FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

Y. BOT

fremsat den 26. marts 2009 [1]

Indhold

I — Retsforskrifter . . . . . I - 8699

II — Faktiske omstændigheder . . . . . I - 8701

III — Sagen for Retten og den appellerede dom . . . . . I - 8703

IV — Retsforhandlinger for Domstolen og parternes påstande . . . . . I - 8704

V — Anbringender til støtte for appellerne . . . . . I - 8705

A — Erstes anbringender (sag C-125/07 P) . . . . . I - 8705

B — RZB's anbringender (sag C-133/07 P) . . . . . I - 8706

C — BA-CA's anbringender (sag C-135/07 P) . . . . . I - 8707

D — ÖVAG's anbringender (sag C-137/07 P) . . . . . I - 8709

VI — Foreningen af appellerne og behandlingen af dem i dette forslag til afgørelse . . . . I - 8710

VII — Indledende bemærkninger . . . . . I - 8710

A — Udstrækningen af den efterprøvelse, Domstolen skal foretage inden for rammerne af de foreliggende appeller . . . . . I - 8711

B — *Den retlige og faktuelle baggrund for kontrollen med konkurrencebegrænsende praksis og aftaler* . . . . . I - 8713

VIII — Anbringenderne om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF . . . . . I - 8716

A — Det første anbringende: fejlagtig vurdering med hensyn til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater . . . . . I - 8716

1. Anbringendets første led: fejlagtig vurdering med hensyn til, om et kartel, der dækker hele en medlemsstats område, mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne . . . . . I - 8719

1 — Originalsprog: fransk.

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8719

b) Bedømmelse . . . . . I - 8720

2. Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til en vurdering under et af kartellets grænseoverskridende virkninger . . I - 8724

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8724

b) Bedømmelse . . . . . I - 8725

i) Det første klagepunkt: urigtig anvendelse og fortolkning af Fællesskabets retspraksis . . . . . I - 8725

— Vedrørende dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen I - 8725

— Vedrørende dommen i sagen Bagnasco m.fl. . . . . I - 8728

ii) Fejlagtig, utilstrækkelig og inkonsekvent argumentation fra Rettens side for så vidt angår afgrænsningen af det relevante marked . . . I - 8729

— Rettens prøvelse af klagepunkterne om fejlagtig afgrænsning af det relevante marked . . . . . I - 8729

— Inkonsekvent og utilstrækkelig begrundelse . . . . . I - 8732

— Den fejlagtige henvisning til dommen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen . . . . . I - 8734

3. Anbringendets tredje led: manglende påvisning af, at kartellet påvirkede handelen inden for Fællesskabet mærkbart . . . . . I - 8734

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8734

b) Bedømmelse . . . . . I - 8735

4. Anbringendets fjerde led: manglende undersøgelse af kartellets konkrete indvirkning på markedet . . . . . I - 8736

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8736

b) Bedømmelse . . . . . I - 8736

B — Det andet anbringende: fejlagtig pålæggelse af ansvaret for overtrædelsen . . I - 8737

1. Parternes argumenter . . . . . I - 8737

2. Bedømmelse . . . . . I - 8738

IX — Anbringenderne om, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, i den udstrækning vurderingen af overtrædelsens grovhed og bødens grundbeløb er behæftet med retlige og begrundelsesmæssige fejl og en tilsidesættelse af retten til forsvar . . . . . I - 8742

A — Første anbringende: retlige fejl vedrørende vurderingen af overtrædelsens grovhed . . . . . I - 8742

1. Anbringendets første led: vurderingen ikke i overensstemmelse med retningslinjerne . . . . . I - 8744

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8744

b) Bedømmelse . . . . . I - 8745

2. Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering af overtrædelsens »art« . . . I - 8746

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8746

b) Bedømmelse . . . . . I - 8747

3. Anbringendets tredje led: fejlagtig vurdering for så vidt angår »overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet« . . . . . I - 8749

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8749

b) Bedømmelse . . . . . I - 8749

i) Fællesskabets retsinstansers holdning . . . . . I - 8751

ii) Min opfattelse . . . . . I - 8755

4. Anbringendets fjerde led: fejlagtig vurdering for så vidt angår »det relevante markeds udstrækning« . . . . . I - 8758

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8758

b) Bedømmelse . . . . . I - 8758

5. Anbringendets femte led: fejlagtig vurdering fra Rettens side af betydningen af forfølgningens selektive karakter og tilsidesættelse af begrundelsespligten . . . . . I - 8759

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8759

b) Bedømmelse . . . . . I - 8760

6. Anbringendets sjette led: mangel på en samlet vurdering af overtrædelsens grovhed . . . . . I - 8761

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8761

b) Bedømmelse . . . . . I - 8761

7. Anbringendets syvende led: fejlagtig vurdering i forbindelse med inddelingen af appellanterne i kategorier . . . . . I - 8762

a) Appellanternes klagepunkter . . . . . I - 8763

i) Første klagepunkt: det retsstridige i at tillægge de centrale institutter de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede . . . . . I - 8763

— Princippet i tillæggelsen og de vurderingskriterier, der blev anvendt i dette øjemed . . . . . I - 8763

— Tilsidesættelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, princippet om, at en sanktion skal være forholdsmæssig, princippet om individuelt ansvar for overtrædelser inden for konkurrenceretten og ligebehandlingsprincippet . . . . . I - 8764

ii) Andet klagepunkt: tilsidesættelse af retten til forsvar . . . . . I - 8765

iii) Tredje klagepunkt: fejlagtig opfattelse af de centrale institutters rolle og funktioner inden for bankgrupperne . . . . . I - 8766

iv) Fjerde klagepunkt: fejlagtig bestemmelse af Erstes og sparekassegruppens markedsandele . . . . . I - 8766

v) Femte klagepunkt: urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder og beviser . . . . . I - 8767

b) Bedømmelse . . . . . I - 8768

i) Første klagepunkt: det retsstridige i at tillægge de centrale institutter de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede . . . . . I - 8768

B — Det andet anbringende: retlige fejl, mangelfuld begrundelse og urigtig gengivelse af beviserne for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder . . . . . I - 8770

a) Anbringendets første led: fejlagtig vurdering fra Rettens side af ÖVAG's passive adfærd . . . . . I - 8771

i) Parternes argumenter . . . . . I - 8771

— Første klagepunkt: ukorrekt udøvelse af Rettens beføjelser som domstol . . . . . I - 8771

— Andet klagepunkt: anvendelse af et fejlagtigt vurderingskriterium I - 8771

— Tredje klagepunkt: urigtig gengivelse af de for Retten fremlagte beviser . . . . . I - 8771

— Fjerde klagepunkt: inkonsekvent begrundelse . . . . . I - 8772

ii) Bedømmelse . . . . . I - 8772

b) Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til de offentlige myndigheders deltagelse i bankudvalgene. . . . . I - 8773

i) Parternes argumenter . . . . . I - 8773

ii) Bedømmelse . . . . . I - 8774

c) Anbringendets tredje led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til, om møderne havde offentlig karakter . . . . . I - 8776

i) Parternes argumenter . . . . . I - 8776

ii) Bedømmelse . . . . . I - 8776

C — Tredje anbringende: retlige fejl, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retten til forsvar samt utilstrækkelig og inkonsekvent begrundelse for så vidt angår anvendelsen af punkt D i samarbejdsmeddelelsen . . . . . I - 8777

1. Anbringendets første led: fejlagtig vurdering fra Rettens side for så vidt angår Kommissionens skøn og udøvelsen af Rettens domstolskontrol . . I - 8780

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8780

b) Bedømmelse . . . . . I - 8780

2. Anbringendets andet led: retlige fejl vedrørende anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen . . . . . I - 8781

a) Første klagepunkt: anvendelse af et fejlagtigt vurderingskriterium og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet . . . . . I - 8781

i) Parternes argumenter . . . . . I - 8781

ii) Bedømmelse . . . . . I - 8782

b) Andet led: retlige fejl i forbindelse med vurderingen af omfanget af virksomhedernes samarbejde, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retten til forsvar samt utilstrækkelig og inkonsekvent begrundelse . . I - 8783

i) RZB's første argument: fejlagtig vurdering med hensyn til, om svarene på begæringerne om oplysninger blev givet frivilligt, og tilsidesættelse af retten til forsvar . . . . . I - 8784

— Parternes argumenter . . . . . I - 8784

— Bedømmelse . . . . . I - 8785

ii) Det andet argument: retlige fejl i forbindelse med vurderingen af den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder . . . . . I - 8788

— Parternes argumenter . . . . . I - 8788

— Bedømmelse . . . . . I - 8789

iii) Det tredje argument: fejlagtig vurdering af RZB's indrømmelse af, at overtrædelsen havde et konkurrencebegrænsende formål, og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet . . . . . I - 8790

— Parternes argumenter . . . . . I - 8790

— Bedømmelse . . . . . I - 8790

iv) Fjerde argument: Bevisbyrden er blevet vendt om for så vidt angår værdien af RZB's samarbejde og tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning . . . . . I - 8791

— Parternes argumenter . . . . . I - 8791

— Bedømmelse . . . . . I - 8791

v) Femte argument: retlige fejl i og inkonsekvent begrundelse for Rettens vurdering af værdien af de af BA-CA fremlagte supplerende dokumenter . . . . . I - 8792

— Parternes argumenter . . . . . I - 8792

— Bedømmelse . . . . . I - 8793

vi) Sjette argument: manglende hensyntagen til BA-CA's svar på klagepunktsmeddelelsen . . . . . I - 8794

— Parternes argumenter . . . . . I - 8794

— Bedømmelse . . . . . I - 8794

3. Anbringendets tredje led: tilsidesættelse af retten til forsvar, for så vidt som den omfatter retten til at blive hørt . . . . . I - 8795

a) Parternes argumenter . . . . . I - 8795

b) Bedømmelse . . . . . I - 8795

D — Fjerde anbringende: tilsidesættelse af retten til forsvar, for så vidt som den omfatter retten til at blive hørt, og af Rettens pligt til at begrunde sine konklusioner for så vidt angår kravene om nedsættelse af bøderne . . . . . I - 8796

1. Parternes argumenter . . . . . I - 8796

2. Bedømmelse . . . . . I - 8796

X — Konsekvenserne af ophævelsen af den appellerede dom . . . . . I - 8798

A — Det første anbringende: fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed og af bødens størrelse på grund af manglende påvisning af, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet . . . . . I - 8798

1. Parternes argumenter . . . . . I - 8798

2. Bedømmelse . . . . . I - 8799

B — Det andet anbringende: fejlagtig vurdering for så vidt angår klassificeringen i kategorier af Erste, RZB og ÖVAG med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden . . . . . I - 8804

1. Den anfægtede beslutning . . . . . I - 8804

2. Sammenfatning af parternes argumenter . . . . . I - 8805

3. Bedømmelse . . . . . I - 8806

XI — Sagens omkostninger . . . . . I - 8816

XII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 8817

1. Den foreliggende sag drejer sig om de appeller, fire østrigske banker, nemlig Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG [2], (sag C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich AG [3] (sag C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt AG [4] (sag C-135/07 P), og Österreichische Volksbanken AG [5] (sag C-137/07 P), har iværksat af den dom, De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans afsagde den 14. december 2006 i sagen Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen [6].

2. Ved den appellerede dom stadfæstede Retten i det væsentlige Kommissionens beslutning 2004/138/EF [7], hvori det blev fastslået, at de nævnte virksomheder i strid med artikel 81, stk. 1, EF havde deltaget i en række aftaler og i samordnet praksis på markedet for bankprodukter og -tjenester i Østrig. Retten ændrede dog som led i sin efterprøvelse af de konklusioner, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber havde draget med hensyn til overtrædelsens varighed og bankernes samarbejde med Kommissionen, den sanktion, som var blevet pålagt Österreichische Postsparkasse AG (herefter »PSK«).

3. I de foreliggende appeller har appellanterne anfægtet Rettens vurdering med hensyn til de betingelser, der skal være opfyldt, for at artikel 81, stk. 1, EF finder anvendelse, herunder navnlig betingelsen om, at handelen mellem medlemsstater skal være påvirket. Endvidere har de hævdet, at Retten har tilsidesat artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 [8] ved bl.a. at foretage en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed med henblik på bødeudmålingen. Endelig har appellanterne fremsat en række klagepunkter vedrørende Rettens vurdering af spørgsmålet, om der forelå formildende omstændigheder, og vedrørende omfanget af appellanternes samarbejde under den administrative procedure.

4. I dette forslag til afgørelse foreslår jeg, at Domstolen ophæver den appellerede dom, i den udstrækning Retten har begået to retlige fejl i forbindelse med sin vurdering af overtrædelsens grovhed med henblik på beregningen af bødens grundbeløb.

5. Jeg mener nemlig, at Retten begik en første retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionen af den omstændighed, at kartellet var blevet gennemført, kunne udlede, at overtrædelsen havde haft en konkret indvirkning på markedet. Endvidere mener jeg, at Retten begik endnu en retlig fejl og forsynede den

2 — Herefter »Erste«.

3 — Herefter »RZB«.

4 — Herefter »BA-CA«. BA-CA er et kreditinstitut, der blev skabt ved en fusion i september 1998 mellem Bank Austria AG (BA) og Creditanstalt AG (CA). Selskabsnavnet blev ændret den 13.8.2002.

5 — Herefter »ÖVAG«.

6 — Forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02, Sml. II, s. 5169, herefter »den appellerede dom«.

7 — Beslutning af 11.6.2002 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/36.571/D-1, Østrigske banker — »Lombard Club«) (EUT 2004 L 56, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«).

8 — Forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1216/1999 af 10.6.1999 (EFT L 148, s. 5, herefter »forordning nr. 17«). Det skal nævnes, at forordningen er blevet afløst af 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).

appellerede dom med en inkonsekvent begrundelse, da den fastslog, at Kommissionen med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden på grund af Erstes, RZB's og ÖVAG's stilling som centrale institutter havde kunnet tillægge dem de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede, skønt den ikke havde pålagt dem ansvaret for de nævnte bankers ulovlige adfærd.

6. Da jeg mener, at tvisten er moden til påkendelse, vil jeg foreslå, at Domstolen i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statutten for Domstolen selv træffer endelig afgørelse om de nævnte to annullationsanbringender, der blev fremsat for Retten. Endvidere foreslår jeg, at Domstolen efter at have truffet denne afgørelse annullerer artikel 3 i den anfægtede beslutning og som led i udøvelsen af sin fulde prøvelsesret fastsætter størrelsen af den bøde, der skal pålægges hver enkelt berørt virksomhed.

I — Retsforskrifter

7. I artikel 81 EF forbydes »[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«.

8. Overtrædes denne bestemmelse, kan Kommissionen ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 »pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst [1 000 EUR] og højst [1 mio. EUR], idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen«.

9. For at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med Kommissionens beslutninger, både i forhold til virksomhederne og i forhold til Fællesskabets retsinstanser, offentliggjorde Kommissionen i 1998 retningslinjer, hvori den fastlagde metoden til beregning af de bøder, der pålægges i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [9].

10. I retningslinjerne bestemmes i punkt 1, at der med henblik på bødeberegningen fastsættes et grundbeløb på grundlag af de kriterier, der er anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, nemlig overtrædelsens grovhed og dens varighed.

11. For det første skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed tages hensyn til overtrædelsens art, dens konkrete indvirkning på

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

markedet — når denne kan måles — og det berørte markeds udstrækning (retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit). I dette øjemed klassificeres overtrædelserne i tre kategorier, nemlig »lidet alvorlige overtrædelser«, for hvilke den påregnelige beløbsramme for bøderne er på fra 1 000 til 1 mio. EUR, »alvorlige overtrædelser«, for hvilke beløbsrammen er på fra 1 mio. til 20 mio. EUR, og »meget alvorlige overtrædelser«, for hvilke beløbsrammen er på 20 mio. EUR og derover (retningslinjernes punkt 1 A, andet afsnit, første til tredje led).

12. For det andet vurderes overtrædelsens grovhed i forhold til hver enkelt berørt virksomheds særlige kendetegn. Inden for hver af de nævnte kategorier gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art. Kommissionen tager således hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at forvolde skade og fastsætter bødens størrelse på et niveau, der skal give den en afskrækkende virkning (punkt 1 A, fjerde afsnit). Det er på dette trin, at Kommissionen kan klassificere virksomhederne i forskellige kategorier og variere grundbeløbet for bøden for hver enkelt virksomhed.

13. For det tredje tager Kommissionen overtrædelsens varighed i betragtning.

14. Dernæst kan Kommissionen i henhold til retningslinjernes punkt 2 og 3 forhøje eller nedsætte grundbeløbet under hensyn til forskellige skærpende eller formildende omstændigheder.

15. Endvidere kan Kommissionen ifølge retningslinjernes punkt 4 anvende sin meddelelse af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager [10]. Heri fastsættes betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelse af et kartel, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt.

16. Samarbejdsmeddelelsens punkt D har følgende ordlyd:

»D. Væsentlig bødenedsættelse

1. Hvis en virksomhed samarbejder, uden at alle betingelserne i afsnit B eller C er opfyldt, indrømmes den en nedsættelse på mellem

10 — EFT C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«.

10% og 50% af den bøde, som den ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde samarbejdet.

2. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis:

— en virksomhed, inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens

— en virksomhed, efter at have modtaget klagepunktsmeddelelsen, meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de faktiske omstændigheder, som Kommissionen bygger sine indvendinger på.«

17. Som en generel bemærkning angives det i retningslinjernes punkt 5, litra a), første afsnit, at bødens endelige størrelse under ingen omstændigheder må overskride 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

II — Faktiske omstændigheder

18. De faktiske omstændigheder, således som de fremgår af den appellerede dom, kan sammenfattes som følger.

19. Den 30. juni 1997 indgav det politiske parti Freiheitliche Partei Österreichs klage over otte østrigske kreditinstitutter, der mistænktes for at have deltaget i konkurrencebegrænsende aftaler og/eller samordnet praksis i strid med artikel 81 EF. I juni 1998 foretog Kommissionen uanmeldte kontrolundersøgelser hos de pågældende banker og fremsatte derpå, i september 1998, begæringer om oplysninger over for dem. De største berørte banker tilbød Kommissionen at »samarbejde« i forbindelse med undersøgelsen af sagen.

20. Den 13. september 1999 fremsendte Kommissionen den klagepunktsmeddelelse, den havde vedtaget den 11. september 1999, til otte banker. Bankerne fik adgang til sagsakterne og fremsatte skriftlige bemærkninger. De blev ligeledes hørt. Derpå fremsendte Kommissionen den 22. november 2000 en supplerende klagepunktsmeddelelse, hvortil de berørte virksomheder kunne fremsætte skriftlige og mundtlige bemærkninger. Kommissionen foreholdt hovedsageligt de nævnte virksomheder at have skabt, hvad den betegnede som »Lombard-netværket«,

dvs. regelmæssige møder, hvorunder virksomhederne regelmæssigt samordnede deres praksis med hensyn til alle væsentlige konkurrenceparametre på markedet for bankprodukter og -tjenester i Østrig.

21. Den 11. juni 2002 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning.

22. Kommissionen kvalificerede de fastslåede omstændigheder som en kompleks overtrædelse af betydelig varighed. De virksomheder, hvortil den anfægtede beslutning er rettet, blev udvalgt på grundlag af hyppigheden af deres deltagelse i de vigtigste udvalg og deres rolle på det østrigske bankmarked på grundlag af deres størrelse.

23. Ifølge den anfægtede beslutning har der tidligere i Østrig været en lang tradition for aftaler mellem banker, især om rentesatser og gebyrer, som indtil 1980'erne delvis var baseret på den nationale lovgivning. Denne blev ophævet senest den 1. januar 1994, hvor Republikken Østrig tiltrådte Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og hvor bankloven (Bundesgesetz über das Bankwesen) [11] trådte i kraft. Kommissionen anførte imidlertid, at kreditinstitutterne fortsatte med at indgå aftaler inden for rammerne af et institutionaliseret og tætmasket net af bankudvalg.

24. Det beskrives i den anfægtede beslutning, hvorledes dette net, der var lige så varieret med hensyn til formen, som det var vidtfavnende, gjorde det muligt for de deltagende institutter regelmæssigt at samordne deres adfærd på markedet, bl.a. hvad angår rentesatser og gebyrer.

25. »Lombard Club« udgjorde den overordnede instans og bestod af repræsentanter for ledelsen for de største østrigske banker. På et lavere niveau samledes tekniske udvalg vedrørende specifikke produkter (udlån, indlån) eller særudvalg, der navnlig beskæftigede sig med forretninger i relation til virksomheder (f.eks. segmentet »selvstændigt erhvervsdrivende«) og private (f.eks. »realkreditudvalget«) eller behandlede konkurrencerelevante emner (f.eks. »eksportfinansieringsudvalget«). Ligeledes samledes regionale udvalg i alle de østrigske delstater. Kommissionen fremhævede den særlige rolle, de centrale institutter havde spillet med hensyn til koordinering og med hensyn til repræsentation af deres decentrale sektorer, dvs. for Erstes vedkommende sparekassesektoren, for RZB's vedkommende land-andelsbanksektoren og for ÖVAG's vedkommende industri-andelsbanksektoren [12].

11 — BGBl. 3903/1993.

12 — Således som Retten anfører i præmis 6 i den appellerede dom, sondres der i Østrig mellem enstrengede banker og flerstrengede eller såkaldt »decentrale« bankgrupper.

26. I artikel 1 i den anfægtede beslutning fastslår Kommissionen, at de otte banker, beslutningen er rettet til, har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved at have deltaget i aftaler og samordnet praksis med hensyn til priser, gebyrer og andre konkurrenceparametre, som i perioden fra den 1. januar 1995 indtil den 24. juni 1998 havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet for bankprodukter og -tjenester i Østrig.

27. I artikel 2 i beslutningen pålægges de nævnte virksomheder omgående at bringe overtrædelsen til ophør.

28. I artikel 3 i den anfægtede beslutning pålægges hver af virksomhederne en bøde, herunder Erste en bøde på 37,69 mio. EUR, RZB en bøde på 30,38 mio. EUR, Bank Austria AG en bøde på 30,38 mio. EUR og ÖVAG en bøde på 7,59 mio. EUR.

29. Bøderne blev fastsat på grundlag af den metode, der angives i retningslinjerne, og under hensyn til samarbejdsmeddelelsen.

30. Med hensyn til overtrædelsens grovhed kvalificerede Kommissionen bankmøderne som en »meget alvorlig overtrædelse« af artikel 81 EF, hvilken vurdering den forholdsvis begrænsede udstrækning af det berørte geografiske marked ikke havde ændret. Dernæst inddelte den deltagerne i aftalerne i fem kategorier på grundlag af deres respektive markedsandele. Den tillagde i den forbindelse de centrale institutter de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede.

31. Med hensyn til varigheden fastsatte Kommissionen overtrædelsen til at have fundet sted fra den 1. januar 1995 til udgangen af juni 1998. Under hensyn til denne varighed forhøjede den grundbeløbet for bøden med 35%.

32. Kommissionen fandt ikke, at bankerne kunne påberåbe sig nogen formildende omstændigheder. Til gengæld indrømmede den i henhold til samarbejdsmeddelelsen bankerne en nedsættelse af bøden med 10%, fordi adressaterne for den anfægtede beslutning ikke havde bestridt de faktiske omstændigheder.

III — Sagen for Retten og den appellerede dom

33. Der blev indbragt søgsmål med henblik på annullation af den anfægtede beslutning, dels af RZB ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 30. august 2002, dels af Erste, BA-CA og ÖVAG samt andre banker, der er adressater for den anfægtede beslut-

ning, ved stævninger indleveret den 2. september 2002.

34. Ved den appellerede dom blev Kommissionen frifundet og sagsøgerne pålagt at betale sagens omkostninger.

IV — Retsforhandlinger for Domstolen og parternes påstande

35. I henhold til artikel 56 i statutten for Domstolen har Erste ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 2. marts 2007 og RZB, BA-CA samt ÖVAG ved stævninger indleveret den 6. marts 2007 iværksat appel af Rettens dom.

36. Erste, BA-CA og ÖVAG har nedlagt følgende påstande:

— Principalt ophæves den appellerede dom, i den udstrækning Kommissionen frifindes i den sag, appellanterne havde anlagt, og den anfægtede beslutning annulleres.

— Subsidiært nedsættes den bøde, appellanterne pålægges i beslutningens artikel 3.

— Under alle omstændigheder pålægges det Kommissionen at betale sagens omkostninger.

— Mere subsidiært har Erste og ÖVAG ligeledes nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom og hjemviser sagen til Retten.

37. Kommissionen har i alle sagerne nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse i det hele.

— Den appellerede dom stadfæstes.

— Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Anbringender til støtte for appellerne

A — *Erstes anbringender (sag C-125/07 P)*

38. Erste har fremsat tre anbringender, som har til formål at opnå, enten at den anfægtede beslutning annulleres i det hele, eller at den bøde, virksomheden er blevet pålagt, nedsættes.

39. Inden for rammerne af det første anbringende har Erste gjort gældende, at artikel 81, stk. 1, EF er blevet tilsidesat. Anbringendet falder i to led:

— Ifølge anbringendets første led er der foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne.

— Ifølge anbringendets andet led er der begået en retlig fejl for så vidt angår pålæggelsen af ansvaret for overtrædelsen.

40. Inden for rammerne af det andet anbringende har Erste gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, idet der er foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til overtrædelsens grovhed og grundbeløbet for bøden. Til støtte for anbringendet har Erste anfægtet den inddeling i kategorier, Kommissionen foretog med henblik på bødeudmålingen. Hvad dette angår består anbringendet af to led:

— Ifølge det første led er der begået retlige fejl i forbindelse med, at Erste blev tillagt de markedsandele, den decentrale sparekassesektor repræsenterede.

— Ifølge det andet led er der foretaget en fejlagtig bestemmelse af Erstes markedsandele og af de markedsandele, den decentrale sparekassesektor repræsenterede.

41. Endelig har Erste inden for rammerne af det tredje anbringende gjort gældende, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, idet det ikke var angivet i klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen agtede at tillægge Erste de markedsandele, den decentrale sparekassesektor tegnede sig for.

B — *RZB's anbringender (sag C-133/07 P)*

42. RZB har ligeledes fremsat tre anbringender, som i det væsentlige har til formål at opnå, enten at den anfægtede beslutning annulleres i det hele, eller at den bøde, virksomheden er blevet pålagt, nedsættes.

43. Inden for rammerne af det første anbringende har RZB bestridt, at artikel 81, stk. 1, EF blev overtrådt, idet der er foretaget en fejlagtig vurdering i relation til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne.

44. Til støtte for det andet anbringende har RZB gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, idet vurderingen af overtrædelsens grovhed er fejlagtig og behæftet med retlige fejl. Dette anbringende falder i seks led:

— Inden for rammerne af de tre første led har RZB gjort gældende, at Retten ikke har vurderet henholdsvis overtrædelsens art, dens konkrete indvirkning på markedet og markedets udstrækning korrekt.

— Til støtte for det fjerde led har RZB gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at tage i betragtning, at forfølgelsen havde selektiv karakter.

— Inden for rammerne af det femte led har RZB gjort gældende, at Retten ikke har foretaget en samlet vurdering af overtrædelsens grovhed.

— Til støtte for det sjette led har RZB kritiseret den inddeling i kategorier, Kommissionen foretog med henblik på bødeudmålingen. RZB har rejst indvending imod, at de markedsandele, virksomhedens decentrale sektor repræsenterede, blev tillagt RZB, og har i den henseende fremsat fem klagepunkter. For det første er der ifølge RZB ikke noget retsgrundlag for en sådan tillæggelse af markedsandele. For det andet er den i strid med princippet om, at en sanktion skal være tilpasset grovheden af de faktiske omstændigheder, for det tredje med princippet om, at ansvaret for overtrædelser af konkurrenceretten er individuelt, og for det fjerde med ligebehandlingsprincippet. Endelig er begrundelsen for den appellerede dom inkonsekvent på dette punkt.

45. Til støtte for det tredje anbringende har RZB gjort gældende, at der er begået retlige fejl vedrørende anvendelsen af punkt D i

samarbejdsmeddelelsen. Anbringendet har to led:

— Ifølge det første led er der anvendt et urigtigt vurderingskriterium; RZB har i den forbindelse fremsat to klagepunkter, hvorefter der ifølge det første er sket en tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende gyldighed og ifølge det andet en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

— Ifølge det andet led er der foretaget en fejlagtig vurdering af omfanget af RZB's samarbejde i forbindelse med proceduren; dette led omfatter tre klagepunkter:

— Ifølge de tre første klagepunkter er der for det første foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til, om svarene på begæringerne om oplysninger blev givet frivilligt, for det andet begået en retlig fejl i forbindelse med vurderingen af den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder og for det tredje foretaget en fejlagtig vurdering af RZB's indrømmelse af, at overtrædelsen havde et konkurrencebegrænsende formål.

— Til støtte for det fjerde klagepunkt har appellanten kritiseret Retten for at have vendt bevisbyrden om for så vidt angår værdien af appellantens samarbejde og derved tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

C — *BA-CA's anbringender (sag C-135/07 P)*

46. BA-CA har fremsat fire anbringender, som har til formål at opnå, at den bøde, virksomheden pålægges i den anfægtede beslutnings artikel 3, nedsættes.

47. Inden for rammerne af det første anbringende har BA-CA gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, idet der er foretaget en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed, herunder navnlig dens konkrete indvirkning på markedet. Dette anbringende består af to led:

— Ifølge det første er der foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til, om bankudvalgene havde økonomiske virkninger.

— Ifølge det andet er principperne om bevisførelse blevet tilsidesat.

48. Til støtte for det andet anbringende har BA-CA gjort gældende, at der er foretaget en fejlagtig vurdering af spørgsmålet om formildende omstændigheder. Anbringendet falder i to led:

— I det første led har BA-CA kritiseret Retten for ikke at have taget i betragtning, at en række offentlige myndigheder deltog i møderne.

— Til støtte for det andet led har appellanten gjort gældende, at Retten har begået en række retlige fejl ved ikke at tage udvalgenes offentlige karakter i betragtning.

49. Inden for rammerne af det tredje anbringende har BA-CA gjort gældende, at der er begået en række retlige fejl, og at grundlæggende principper er blevet tilsidesat for så vidt angår anvendelsen af punkt D i samarbejdsmeddelelsen.

— Til støtte for det første led har appellanten bestridt Rettens vurdering vedrørende Kommissionens skøn og udøvelsen af dens egen retlige prøvelsesret.

— Ifølge det andet led er der anvendt et urigtigt vurderingskriterium og sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

— Ifølge det tredje led er der foretaget en fejlagtig vurdering af omfanget af BA-CA's samarbejde; dette led omfatter fire klagepunkter:

— Ifølge de to første klagepunkter er der foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til for det første værdien af den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder og for det andet værdien af de supplerende dokumenter, appellanten fremsendte.

— I det tredje klagepunkt har BA-CA kritiseret Retten for ikke at have taget hensyn til BA-CA's svar på klagepunktsmeddelelsen.

— Endelig er der ifølge det fjerde klagepunkt sket en tilsidesættelse af retten til at blive hørt.

50. Til støtte for det fjerde anbringende har BA-CA gjort gældende, at Retten i forbindelse med sine konklusioner vedrørende påstandene om nedsættelse af bøderne har tilsidesat BA-CA's ret til kontradiktion, i den udstrækning den omfatter retten til at blive hørt.

D — *ÖVAG's anbringender (sag C-137/07 P)*

51. I lighed med Erste og RZB har ÖVAG fremsat tre anbringender, som i det væsentlige har til formål at opnå, enten at den anfægtede beslutning annulleres i det hele, eller at den bøde, virksomheden er blevet pålagt af Kommissionen, nedsættes.

52. Inden for rammerne af det første anbringende har ÖVAG bestridt, at artikel 81, stk. 1, EF blev overtrådt, idet der er foretaget en fejlagtig vurdering i relation til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater. Dette anbringende falder i tre led:

— Ifølge det første led er der begået retlige og begrundelsesmæssige fejl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt et rent nationalt kartel kan påvirke handelen inden for Fællesskabet.

— Ifølge det andet led har Retten begået retlige fejl ved at foretage en samlet vurdering af kartellets grænseoverskridende virkninger. Appellanten har i denne henseende fremsat to klagepunkter, hvorefter der er foretaget for det første en fejlagtig fortolkning af Fællesskabets retspraksis og for det andet en fejlagtig, utilstrækkelig og inkonsekvent argumentation for så vidt angår afgrænsningen af det relevante marked.

— Ifølge det tredje led påvises det ikke i den appellerede dom, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet.

53. Inden for rammerne af det andet anbringende har appellanten gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet

tilsidesat, idet der er foretaget en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed, herunder navnlig den inddeling i kategorier, Kommissionen foretog med henblik på bødeudmålingen.

54. Inden for rammerne af det tredje anbringende har ÖVAG gjort gældende, at der er begået retlige fejl, givet en mangelfuld begrundelse og foretaget en urigtig gengivelse af beviserne for så vidt angår vurderingen af, om der forelå formildende omstændigheder.

VI — Foreningen af appellerne og behandlingen af dem i dette forslag til afgørelse

55. På grund af deres indbyrdes sammenhæng er de foreliggende sager i overensstemmelse med artikel 43 i Domstolens procesreglement blevet forenet med henblik på dommen. Da nogle af de anbringender, appellanterne har fremsat, er sammenfaldende, har jeg af klarhedshensyn valgt at behandle dem samlet.

56. I min vurdering undersøger jeg først de anbringender, der har til formål at anfægte lovligheden af den anfægtede beslutning i det hele. Jeg behandler i den forbindelse de anbringender, som har til formål at bestride eksistensen af den overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, hvortil der henvises i artikel 1 i den anfægtede beslutning.

57. Dernæst behandler jeg de anbringender, der tager sigte på at opnå en nedsættelse af den bøde, Kommissionen fastsatte i beslutningens artikel 3. Jeg undersøger i den forbindelse de anbringender, hvorefter der er foretaget en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed og af inddelingen af appellanterne i kategorier. Derpå behandler jeg anbringenderne om vurderingen af spørgsmålet om formildende omstændigheder og anbringenderne om vurderingen af virksomhedernes samarbejde i forbindelse med proceduren. Endelig undersøger jeg BA-CA's sidste anbringende om tilsidesættelse af retten til forsvar og begrundelsespligten.

58. Inden jeg påbegynder min vurdering, skal jeg indledningsvis fremsætte en række bemærkninger til belysning af den retlige ramme, inden for hvilken Domstolen skal behandle de foreliggende appeller.

VII — Indledende bemærkninger

59. Bemærkningerne drejer sig dels om den efterprøvelse, Domstolen foretager inden for rammerne af en appel, dels om den retlige og faktuelle baggrund for undersøgelsen og forfølgelsen af konkurrencebegrænsende adfærd.

A — *Udstrækningen af den efterprøvelse, Domstolen skal foretage inden for rammerne af de foreliggende appeller*

60. Inden for rammerne af en appel begrænser Domstolens opgave sig til at efterprøve, om Retten har begået en retlig fejl ved udøvelsen af sin retlige prøvelsesret.

61. Ifølge artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i statutten for Domstolen skal en appel være begrænset til retsspørgsmål og støttes på anbringender om, at Retten savner kompetence, at der er begået rettergangsfejl for Retten, eller at Retten har overtrådt fællesskabsretten. Endvidere skal appelskriftet ifølge artikel 112, stk. 1, i Domstolens procesreglement indeholde de anbringender og argumenter, der påberåbes.

62. På grundlag af disse bestemmelser har Domstolen nærmere klarlagt betingelserne for, at appeller af Rettens domme kan antages til realitetsbehandling.

63. For det første har Domstolen fastslået, at et appelskrift præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, der særligt støtter denne påstand [13].

64. For det andet har Domstolen fastslået, at en appellant ikke først for Domstolen kan fremføre et anbringende og argumenter, som parten ikke har fremført for Retten. Det ville nemlig være ensbetydende med at give parten ret til at forelægge Domstolen en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten, skønt Domstolen har en begrænset kompetence i appelsager [14].

65. For det tredje har Domstolen fastslået, at en appel ikke kan antages til realitetsbehandling, hvis appellanten blot gentager eller ordret gengiver de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten, og hvis han hverken forklarer eller angiver den retlige fejl, Rettens dom hævdes at være behæftet med. Ifølge Domstolen har en sådan appel nemlig i realiteten kun til formål at opnå, at stævningen for Retten bedømmes endnu en gang, hvilket falder uden for Domstolens kompetence [15]. Derimod kan retsspørgsmål, som Retten har behandlet, diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af fællesskabsretten. Hvis en

13 — Dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 19, og den deri nævnte retspraksis.

14 — Dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 114 og den deri nævnte retspraksis.

15 — Jf. bl.a. 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 51 og den deri nævnte retspraksis.

appellant ikke kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren nemlig ifølge Domstolen blive berøvet en del af sin mening [16].

66. Det følger ligeledes af ovennævnte bestemmelser, at en appel kun kan støttes på anbringender vedrørende tilsidesættelse af retsforskrifter. Anbringender om vurdering af de faktiske omstændigheder findes principielt uantagelige til pådømmelse undtagen i to tilfælde, som udtrykkeligt er angivet i retspraksis.

67. Principielt er det alene Retten, der er kompetent til at fastlægge og vurdere de faktiske omstændigheder i sagen. Ligeledes er det alene Retten, der kan vurdere, hvilken værdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt, når de beviser, den har lagt til grund ved fastlæggelsen af disse omstændigheder, er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt [17].

68. I så fald kan Domstolen i henhold til artikel 225 EF kun gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af de faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget af dem [18].

69. Navnlig i forbindelse med gennemførelsen af artikel 81 EF og artikel 15 i forordning nr. 17 har Domstolens efterprøvelse således et dobbelt formål. Dels skal Domstolen undersøge, i hvilket omfang Retten juridisk korrekt har taget hensyn til alle væsentlige faktorer ved vurderingen af grovheden af virksomhedens adfærd under hensyntagen til artikel 81 EF og artikel 15 i forordning nr. 17. Dels skal den undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden [19]. Derimod tilkommer det ikke Domstolen af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten [20].

70. Som nævnt er der to tilfælde, hvori Domstolen kan forelægges klagepunkter vedrørende fastlæggelsen og vurderingen af de faktiske omstændigheder [21].

16 — Dom af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 107 og den deri nævnte retspraksis, og dom af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Jf. bl.a. dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 106 og den deri nævnte retspraksis, og i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis.

19 — Jf. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 128, af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 47, 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 244, og af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 69.

20 — Jf. bl.a. dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, præmis 129, i sagen British Sugar mod Kommissionen, præmis 48, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 245.

21 — Jf. dommen i sagen PKK og KNK mod Rådet, præmis 35.

71. Det første tilfælde er det, hvori appellanten har gjort gældende, at Retten har lagt omstændigheder til grund, hvis urigtighed følger af sagens akter.

72. Det andet tilfælde er det, hvori appellanten har påstået, at Retten har gengivet de beviser, den er blevet forelagt, urigtigt. I dette tilfælde kan Domstolen, som i princippet ikke har kompetence til at efterprøve de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder, foretage en retlig prøvelse. Appellanten skal da præcist angive, hvilke elementer denne finder, at Retten har gengivet urigtigt, og forklare, hvilke bedømmelsesfejl der efter appellantens opfattelse har ført til, at Retten har foretaget denne urigtige gengivelse. Ifølge fast retspraksis skal en sådan urigtig gengivelse fremgå på åbenbar vis af sagsakterne, uden at det skal være fornødent at foretage en fornyet vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne og at fremlægge nye beviser [22].

73. Det er på grundlag af disse betragtninger, at jeg vil undersøge, om de anbringender og argumenter, appellanterne har fremsat inden for rammerne af de foreliggende appeller, kan antages til realitetsbehandling.

22 — Jf. bl.a. dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 108 og den deri nævnte retspraksis, og i sagen PKK og KNK mod Rådet, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

B — *Den retlige og faktuelle baggrund for kontrollen med konkurrencebegrænsende praksis og aftaler* [23]

74. At en virksomhed deltager i konkurrencebegrænsende praksis og aftaler, udgør en økonomisk overtrædelse, hvis formål er at maksimere virksomhedens indtægter, almindeligvis gennem frivillig begrænsning af udbuddet, kunstig opdeling af markedet og kunstig forhøjelse af priserne. En sådan praksis eller sådanne aftaler indebærer en begrænsning af den frie konkurrence og en hindring for virkeliggørelsen af det fælles marked, navnlig fordi handelen inden for Fællesskabet hæmmes. Når denne form for horisontale karteller påvirker rentesatserne — dvs. i sidste instans de priser, de endelige forbrugere skal betale — udgør den en af alvorligste former for konkurrencebegrænsende praksis [24]. Aftaler om udlåns- og indlånsrentesatser som dem, de foreliggende sager drejer sig om, er et af de midler, hvormed kreditinstitutterne kan konkurrere med hinanden ved at tilbyde højere satser for visse opsparingskonti eller lavere satser for udlån. Hvis kreditinstitutterne danner karteller for at fastsætte disse satser, sættes

23 — Jeg henviser hvad dette angår til betragtningerne i præmis 53 ff. i dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen,

24 — Jf. i denne henseende den af Conseil de la concurrence trufne afgørelse nr. 2000-D-28 af 19.9.2000 om konkurrenceforholdene i realkreditsektoren (BOCCRF nr. 13 af 5.12.2000) og den dom, cour d'appel de Paris afsagde den 27.11.2001 vedrørende det søgsmål, SA Caisse nationale du crédit agricole, SA Société générale, SA BNP Paribas, SA Crédit lyonnais, Confédération nationale du crédit mutuel, Fédération du crédit mutuel océan, Caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) og Caisse d'épargne des Alpes havde indbragt til prøvelse af den af Conseil de la concurrence trufne afgørelse nr. 2000-D-28 af 19.9.2001 om konkurrenceforholdene i realkreditsektoren (BOCCRF nr. 2 af 31.1.2002).

markedskræfternes frie spil ud af kraft; det slår direkte igennem på forbrugerne, da de fratages deres manøvremuligheder og ikke længere kan nyde godt af de dermed forbundne fordele.

75. De beføjelser, Kommissionen tillægges i forordning nr. 17, skal gøre det muligt for den at løse den opgave, den overlades i artikel 81 EF, nemlig at overvåge, at konkurrencereglerne overholdes på det fælles marked. Således som det følger af det foregående punkt, er det nemlig i almenhedens interesse at undgå konkurrencebegrænsende praksis og aftaler, og at denne form for adfærd opdages og medfører sanktioner.

76. Da de bøder, virksomhederne kan pålægges, er offentligt kendte, er det almindeligt, at de aktiviteter, de konkurrencebegrænsende aftaler indebærer, finder sted i det skjulte, at møderne er hemmelige og som oftest afholdes i et tredjeland, og at den dermed forbundne dokumentation er begrænset til et minimum.

77. Selv om Kommissionen opdager dokumenter, der udtrykkelig godtgør, at der har fundet en ulovlig kontakt sted mellem virksomheder, såsom møderefera ter, er der normalt kun tale om usammenhængende og spredte dokumenter, hvorfor det ofte er nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder gennem følgeslutninger.

78. At der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, må i de fleste tilfælde udledes af et antal sammentræf og indicier, der samlet betragtet, og i mangel af en anden sammenhængende forklaring, kan udgøre beviset for, at konkurrencereglerne er blevet overtrådt.

79. Endvidere kan Kommissionen — således som det er tilfældet i de foreliggende sager — blive stillet over for de vanskeligheder, som de komplekse strukturer, der kendetegner visse erhvervsdrivende, omstruktureringer og ændringer af virksomhedernes juridiske personlighed, uundgåeligt indebærer.

80. Jeg henleder i den forbindelse opmærksomheden på, at artikel 81 EF omhandler aktiviteter udøvet af »virksomheder«. I henseende til denne bestemmelse fører en ændring af en virksomheds juridiske form og navn ikke nødvendigvis til dannelsen af en ny virksomhed, der er fritaget for ansvar for den tidligere virksomheds konkurrencestridige adfærd, når virksomheden økonomisk set forbliver den samme [25].

81. En klagepunktsmeddelelse skal imidlertid klart angive, hvilken juridisk person der vil

25 — Jf. i denne retning dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, Compagnie royale asturienne des mines og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679, præmis 9.

kunne blive pålagt en bøde, og være stilet til denne [26].

82. For at sikre den praktiske betydning af den undersøgelsesbeføjelse, den tillægges i artikel 11, stk. 1 og 5, i forordning nr. 17, har Kommissionen ret til, i givet fald ved hjælp af en beslutning, at forpligte en virksomhed til at meddele den alle fornødne oplysninger om de omstændigheder, virksomheden måtte have kendskab til, og til efter behov at fremlægge alle de dermed forbundne dokumenter for den, som virksomheden er i besiddelse af, også selv om de pågældende dokumenter kan anvendes til at fastslå, til ugunst for den nævnte eller en anden virksomhed, at der er udvist konkurrencebegrænsende adfærd.

83. De virksomheder, over for hvem Kommissionen har indledt en undersøgelse, har ifølge forordning nr. 17 pligt til at medvirke aktivt, hvilket indebærer, at de skal forsyne Kommissionen med alt det materiale vedrørende undersøgelsens genstand, som de måtte råde over [27].

84. Kommissionen skal dog ved udførelsen af sine funktioner påse, at retten til forsvar ikke undergraves under procedurer, hvorved der foretages en indledende undersøgelse, og som kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar [28].

85. Retten til forsvar hører til de grundrettigheder, der er en integrerende del af de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte på grundlag af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner samt de anvisninger i form af internationale instrumenter, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt, såsom den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 [29].

86. Følgelig må Kommissionen ikke i forbindelse med en begæring om oplysninger pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at indrømme at have begået en overtrædelse, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for [30].

87. Overholdelsen af retten til forsvar indebærer ligeledes, at den berørte virksomhed

26 — Dom af 2.10.2003, sag C-176/99 P, ARBED mod Kommissionen, Sml. I, s. 10687, præmis 21.

27 — Jf. dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283, præmis 27.

28 — Dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 15.

29 — Jf. i denne retning dom af 28.3.2000, sag C-7/98, Krombach, Sml. I, s. 1935, præmis 25 og 26, og af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 37 og 38.

30 — Jf. dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, præmis 35.

under den administrative procedure har fået lejlighed til på hensigtsmæssig måde at ytre sig om rigtigheden og relevansen af de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder og af de dokumenter, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktaten [31].

88. I den henseende foreskrives det i forordning nr. 17, at der til parterne skal fremsendes en klagepunktsmeddelelse, der klart angiver alle de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren. Denne angivelse kan dog være summarisk, og beslutningen skal ikke nødvendigvis være en kopi af fremstillingen af klagepunkterne [32], idet klagepunktsmeddelelsen udgør et forberedende dokument, hvis faktiske og retlige vurderinger er af rent foreløbig karakter [33]. Derfor kan — og skal endog — Kommissionen tage hensyn til resultatet af den administrative procedure og bl.a. frafalde klagepunkter, der viser sig ikke at være tilstrækkeligt begrundede [34].

89. Det er på baggrund af disse betragtninger, at jeg nu skal behandle de forskellige anbringender, appellanterne har fremsat inden for rammerne af de foreliggende appeller.

31 — Jf. dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 10, og af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 21.

32 — Jf. dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 14.

33 — Jf. i denne retning dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 70.

34 — Jf. dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 14.

VIII — Anbringenderne om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF

90. I det væsentlige har appellanterne fremsat to anbringender, hvorefter der for det første er foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater i artikel 81, stk. 1, EF og for det andet en fejlagtig pålæggelse af ansvaret for overtrædelsen.

A — *Det første anbringende: fejlagtig vurdering med hensyn til betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater*

91. Ifølge artikel 81, stk. 1, EF er »[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet […] uforenelige med fællesmarkedet og […] forbudt«.

92. Det er således en betingelse for at anvende artikel 81, stk. 1, EF, for det første at handelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes, og for det andet at konkurrencen kan begrænses [35].

93. Betingelsen vedrørende påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne gør det muligt at afgrænse fællesskabsrettens gyldighedsområde i forhold til den nationale rets for konkurrencerettens vedkommende [36].

94. Domstolen har adskillige gange udtalt sig om de principper, som gælder for den vurdering, der foretages i relation til dette kriterium.

95. Den har med en stående formulering fastslået, at det, for at en aftale eller en praksis kan påvirke handelen mellem medlemsstater, på grundlag af en flerhed af objektive, retlige eller faktiske omstændigheder med tilstrækkelig sandsynlighed skal kunne forudses, at den pågældende aftale eller praksis kan øve en sådan direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indvirkning på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, at det kan befrygtes, at den kan hindre virkeliggørelsen af et enhedsmarked mellem medlemsstaterne [37]. Dette kan navnlig være tilfældet, når aftalen afskærmer det nationale marked, drejer handelsstrømmene bort fra den retning, de ellers ville have taget, eller ændrer konkurrencestrukturen i fællesmarkedet [38].

96. Ifølge Domstolen skyldes en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater i almindelighed en kombination af flere faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis vil være afgørende [39].

97. Hvad dette angår har Domstolen fastslået, at der ikke kræves noget bevis for, at samhandelen rent faktisk er blevet påvirket, og at det er tilstrækkeligt, at aftalerne kan have en sådan virkning [40].

35 — Med hensyn til sidstnævnte betingelse skal en aftale eller en samordnet praksis for at være i strid med artikel 81, stk. 1, EF have »til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«. Det skal derfor først undersøges, om aftalen eller den samordnede praksis har et konkurrencebegrænsende formål. Hvis dette er tilfældet, som i de foreliggende sager, finder forbuddet i artikel 81, stk. 1, anvendelse uanset virkningen (betragtning 426-429 til den anfægtede beslutning). Er formålet ikke at begrænse eller fordreje konkurrencen, skal der foretages en undersøgelse for at fastslå, om aftalen eller den samordnede praksis ikke medfører en sådan virkning (jf. bl.a. Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 13, og Rettens dom af 13.12.2001, forenede sager T-45/98 og T-47/98, Krupp Thyssen Stainless og Acciai Speciali Teini mod Kommissionen, Sml. II, s. 3757, præmis 152).

36 — Dom af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax og Administración del Estado, Sml. I, s. 11125, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis.

37 — Dom af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983, præmis 16, og dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 34. Jf. ligeledes dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 170, og af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 20.

38 — Ibidem.

39 — Dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

40 — Dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 15, og dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 19. Jf. ligeledes dom af 21.1.1999, forenede sager C-215/96 og C-216/96, Bagnasco m.fl., Sml. I, s. 135, præmis 48.

98. Til gengæld skal denne påvirkning være mærkbar [41]. Ved vurderingen af den skal Kommissionen bl.a. hense til den stilling og betydning, parterne har på markedet for de pågældende produkter. Således kan selv en aftale med absolut områdebeskyttelse falde uden for området for forbuddet i traktatens artikel 81 EF, når den kun påvirker markedet ubetydeligt under hensyn til de pågældendes svage stilling på markedet for de omhandlede produkter [42].

99. Desuden betyder det kun lidt, om en aftales indflydelse på samhandelen er ugunstig, neutral eller gunstig, således som Retten bemærkede i præmis 164 i den appellerede dom.

100. Det er under hensyn til disse principper, at jeg nu skal vurdere, om der er grundlag for de argumenter, appellanterne har fremsat.

101. Inden for rammerne af deres første anbringende har henholdsvis Erste, RZB og ÖVAG gjort gældende, at Retten har begået en række retlige fejl i forbindelse med sin fastslåelse af, at »Lombard Club«-aftalerne kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i artikel 81 EF. Bortset fra en række særlige omstændigheder, der knytter sig til deres respektive forhold, er den argumentation, appellanterne har fremført, i det væsentlige ensbetydende med en anfægtelse af de kriterier, Retten har lagt til grund for sin vurdering.

102. Jeg har inddelt de forskellige klagepunkter, appellanterne har rejst, i fire led.

103. Til støtte for det første led har RZB og ÖVAG hævdet, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at et kartel, der dækker en medlemsstats område, kan påvirke handelen inden for Fællesskabet. Til støtte for det andet led har ÖVAG kritiseret Retten for at have vurderet kartellets grænseoverskridende virkninger under ét. Endvidere har Erste inden for rammerne af det tredje led gjort gældende, at Retten ikke har påvist, at kartellet kunne påvirke handelen inden for Fællesskabet mærkbart. Endelig har ÖVAG til støtte for det fjerde led kritiseret Retten for ikke at have foretaget en undersøgelse af kartellets konkrete virkninger på markedet.

41 — Dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69, org.ref.: Rec. s. 295, præmis 5, dommen i sagen Miller International Schallplatten mod Kommissionen, præmis 15, og i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

42 — Javico-dommen, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

1. Anbringendets første led: fejlagtig vurdering med hensyn til, om et kartel, der dækker hele en medlemsstats område, mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne

a) Parternes argumenter

104. RZB og ÖVAG har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i præmis 181 i den appellerede dom at fastslå, at der »findes *en stærk formodning*[43] om, at en restriktiv konkurrencepraksis anvendt på hele en medlemsstats område kan bidrage til opdelingen af markederne og påvirke samhandelen inden for Fællesskabet«.

105. RZB finder dels, at Retten har fortolket betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater forenklende, idet den har lagt mindre vægt på betydningen af kriteriet om en markedsafskærmende virkning. ÖVAG har gjort gældende, at Retten har fortolket artikel 81, stk. 1, EF udvidende.

106. Dels finder RZB, at evne til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne ikke alene forudsætter, at medlemsstatens område er dækket, men også, at der foreligger bevis for en markedsafskærmende virkning. Dette bevis er påkrævet. Retten har derfor tilsidesat Fællesskabets retspraksis, herunder navnlig — i præmis 182-184 i den appellerede dom — betydningen af dommen i sagen Bagnasco m.fl., idet den har fastslået, at den omstændighed, at udvalgene omfattede hele det østrigske område, var tilstrækkelig til, at der kunne drages den konklusion, at handelen inden for Fællesskabet var påvirket. Appellanten har i den forbindelse peget på, at de tjenester, bankmøderne drejede sig om, næsten udelukkende blev ydet på lokalt plan, og at der ikke deltog nogen udenlandske banker i udvalgene. Endvidere er det med hensyn til bevisbyrden ifølge appellanten med urette, at Retten har fastslået, at Kommissionen ikke har pligt til at bevise, at der foreligger en markedsafskærmende virkning, når et kartel omfatter hele en medlemsstats område. Retten har således begået en retlig fejl i præmis 181-186 i den appellerede dom, idet den har væltet bevisbyrden over på virksomhederne.

107. ÖVAG har tilføjet, at disse virksomheder ikke har mulighed for at løfte denne bevisbyrde. Desuden er det ikke et tilstrækkeligt kriterium, at et kartel omfatter hele en medlemsstats område, og Retten burde også have taget andre kriterier i betragtning, såsom de særlige forhold, der kendetegner banksektoren.

108. Endvidere har ÖVAG gjort gældende, at Rettens begrundelse er inkonsekvent og utilstrækkelig. Retten finder således i præmis 164 i den appellerede dom, at den markedsafskærmende virkning ikke er et stærkt indicium, der gør det muligt at konkludere, at handelen mellem medlemsstaterne er blevet påvirket, hvorimod den i

43 — Min fremhævelse.

præmis 181 i dommen tværtimod fastslår, at der er en tæt forbindelse mellem et kartels markedsafskærmende virkning og dets evne til at påvirke den grænseoverskridende handel.

b) Bedømmelse

109. Jeg mener, at de forskellige klagepunkter, appellanterne har rejst, må forkastes.

110. Efter min opfattelse kan et kartel som det i sagen omhandlede, som de største østrigske banker havde oprettet på nationalt plan, og hvis formål var at samordne bankernes priser og gebyrer, nemlig på grund af selve sin natur påvirke handelen mellem medlemsstater som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

111. Hvad for det første angår Rettens vurdering i præmis 181 i den appellerede dom, hvorefter der findes en formodning om, at en aftale, der anvendes på hele en medlemsstats område, kan bidrage til opdelingen af markederne og påvirke samhandelen inden for Fællesskabet, mener jeg, at dette er en korrekt argumentation, om end jeg ikke mener, at udtrykket »formodning« er passende.

112. Domstolen har nemlig fastslået, at den omstændighed, at en aftale gennemføres mellem virksomheder i én og samme medlemsstat og kun vedrører produkter og tjenesteydelser i denne stat, ikke betyder, at samhandelen i det indre marked ikke kan være påvirket [44]. Ifølge Domstolen styrker en sådan aftale nemlig ifølge selve sin natur opdelingen i nationale markeder og sikrer beskyttelse af den nationale produktion, hvorved den hæmmer den med EF-traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksning og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne [45].

113. At et nationalt kartel påvirker samhandelen inden for Fællesskabet, skyldes således selve overtrædelsens natur og ikke en »formodning«, således som Retten har anført.

114. Selv om Retten har anvendt dette udtryk, mener jeg derfor ikke, at dens argumentation i præmis 181 i den appellerede dom er behæftet nogen retlig fejl, i modsætning til, hvad RZB og ÖVAG har gjort gældende.

44 — Dom af 26.11.1975, sag 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1491, præmis 25, og dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

45 — Dommen i sagen Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen, præmis 26, dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22, af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 48, og af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 95, samt dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis.

115. På den baggrund kan jeg ikke tilslutte mig, at Retten derved har foretaget en udvidende fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF eller en forenklende fortolkning af betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne.

116. Jeg foreslår derfor, at Domstolen forkaster de argumenter, RZB og ÖVAG har fremsat i så henseende.

117. Desuden mener jeg — i modsætning til, hvad ÖVAG har gjort gældende — ikke, at argumentation strider imod Rettens bemærkninger i præmis 164 i den appellerede dom. I denne præmis anfører Retten nemlig blot, at virkningerne af en markedsafskærmning ikke var de eneste virkninger, Kommissionen kunne tage i betragtning som grundlag for at fastslå, at et kartel kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

118. Hvad for det andet angår spørgsmålet om, hvorvidt kartellet havde en afskærmende virkning for det nationale marked, er jeg, i modsætning til, hvad RZB og ÖVAG har gjort gældende, af den opfattelse, at Retten — i fornødent omfang og efter at have taget de særlige forhold, der kendetegner banksektoren, i betragtning — ikke kun har påvist, at kartellet omfattede hele det nationale område, men også, at dette kunne føre til afskærmning af det østrigske marked.

119. Efter i præmis 179 i den appellerede dom at have anført, at det af Kommissionen konstaterede kartel dækkede hele det østrigske område, peger Retten således i præmis 183 på, at samordningerne inden for »Lombard-netværket« omfattede samtlige kreditinstitutter i Østrig og en meget lang række produkter og banktjenester, og at de derfor »kunne […] ændre konkurrencevilkårene i hele denne medlemsstat«. Retten anfører videre i dommens præmis 184 og 185, at det ikke kunne fastslås, at kartellet ikke havde nogen grænseoverskridende virkninger, eftersom det havde kunnet bidrage til at bevare det østrigske bankmarkeds strukturer og dermed til at opretholde barrierer for markedsadgangen. Disse bemærkninger skal ligeledes forstås i lyset af Rettens vurdering i præmis 111-121 i den appellerede dom, hvori den på grundlag af dokumenter, som appellanterne ikke har anfægtet undersøgelsen af, redegør for formålet med hvert enkelt udvalg.

120. Den opretholdelse af barrierer for markedsadgangen, hvortil Retten har henvist, udgør efter min opfattelse en tilstrækkelig påvisning af, at der var fare for, at det østrigske marked blev afskærmet.

121. For det første rejste og forstærkede appellanterne strategiske barrierer — ud over de strukturelle barrierer, som navnlig de netværkseffekter, kartellet havde skabt, havde givet anledning til — ved på såvel nationalt

som, i visse regioner, lokalt plan at foranstalte en samordning inden for banksektoren, som udenlandske banker ikke deltog i, hvilket RZB i øvrigt har medgivet i sit appelskrift [46].

122. For det andet skaber arten og udførligheden af de oplysninger, bankerne udvekslede, og som Retten fremhæver i præmis 111-121 i den appellerede dom, i et marked, som i forvejen er præget af en stærk koncentration, en transparent struktur, der hindrer enhver skjult konkurrence og forstærker hindringerne for, at virksomheder, som ikke deltager i kartellet, får adgang til markedet [47].

123. For det tredje vedrørte de banktjenester, det drejer sig om, økonomiske aktiviteter, der kan have væsentlig indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne, og ydelsen af denne form for tjenester er efter min opfattelse en faktor, som er afgørende for, at banker fra andre medlemsstater kan optage virksomhed på en medlemsstats finansielle marked. Ved at fastsætte særligt lave rentesatser for udlån, sænke disse satser eller fastsætte særligt høje indlånsrentesatser lykkedes det appellanterne at fastholde kunderne ved hjælp af samordnede prisnedsættelser og -forhøjelser; derved kunne de bringe udenlandske banker, som ikke var i stand til at følge sådanne satser, til at afholde sig fra at træde ind på det østrigske marked, eller i hvert fald gøre dette vanskeligere eller mere tidskrævende for dem [48].

124. For det fjerde mener jeg ikke, at RZB's argument om, at nogle af de banktjenester, som var genstand for samordningen, var af rent national karakter, er relevant.

125. Bankvirksomhedens globalisering, anvendelsen af ny teknologi ved ydelsen af finansielle tjenester og etableringen af enhedsbankmarkedet har nemlig lettet gennemførelsen af banktransaktioner mellem medlemsstaterne [49]. Man kan således forestille sig, at en tysk kunde henvender sig til en i Østrig etableret bank for med den at indgå aftale om åbning af en kassekredit, hvis de betingelser, denne bank tilbyder, forekommer ham gunstigere end dem, der stilles af de i Tyskland etablerede banker. På samme måde kan en bank fra en anden medlemsstat ønske at yde banktjenester i Østrig, enten fra den medlemsstat, hvori den har hjemsted, eller gennem filialer eller datterselskaber, som den åbner på østrigsk område. Den fuldstændige gennemførelse af det indre marked — gennem etableringsfriheden [50],

46 — Punkt 6.

47 — Jf. præmis 160 i den appellerede dom.

48 — Jf. bl.a. eksemplerne i betragtning 431 til den anfægtede beslutning.

49 — I den henseende skal det nævnes, at Rådets andet direktiv 89/646/EØF af 15.12.1989 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut og om ændring af direktiv 77/780/EØF (EFT L 386, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/26/EF af 29.6.1995 (EFT L 168, s. 7), har lettet europæiske bankers adgang til bankmarkedet i andre medlemsstater end den, hvori de har hjemsted, idet der ved direktivet er sket en harmonisering af betingelserne for udøvelse af bankvirksomhed og indført et princip om gensidig anerkendelse af medlemsstaternes tilladelser til kreditinstitutterne til at udøve bankvirksomhed og en bestemmelse om, at tilsynet med disse kun skal varetages af deres hjemland.

50 — Ifølge artikel 43 EF gælder etableringsfriheden for kreditinstitutter på samme måde som for andre erhvervsdrivende.

den frie udveksling af tjenesteydelser og de frie kapitalbevægelser [51], samt inden for rammerne af den økonomiske og monetære politik — fremmer efter min opfattelse udviklingen hen imod, at alle finansielle tjenesteydelser udbydes på EU-plan. På den baggrund finder jeg det vanskeligt at medgive, at en samordning af rent nationale banktjenester ikke har kunnet påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

126. Derfor mener jeg ikke, at Retten har begået en retlig fejl ved i præmis 186 i den appellerede dom at fastslå, at den omtvistede aftale kunne have markedsafskærmende virkninger og påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

127. Endvidere kan det heller ikke kritiseres, at Retten i samme præmis fandt, at appellanterne ikke havde afkræftet »formodningen« om, at kartellet kunne have haft sådanne virkninger.

128. I modsætning til, hvad RZB har gjort gældende, væltede Retten ikke bevisbyrden over på appellanterne. Det bemærkes i den forbindelse, at Kommissionen for så vidt angår bevisførelsen for, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, skal føre fornødent bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger [52]. Til gengæld påhviler det den af Kommissionen forfulgte virksomhed at forsvare sig inden for rammerne af en kontradiktorisk procedure og at påvise, at betingelserne i artikel 81, stk. 1, EF ikke er opfyldt. Således som Retten anfører i præmis 154 i den appellerede dom, foretog Kommissionen en vurdering af, om »Lombard-netværket« kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne, og fandt bl.a., at kartellet havde ændret konkurrencevilkårene i hele Østrig og påvirket udenlandske bankers beslutninger om at gå ind på markedet. Derpå fastslog Retten blot, at det ikke var lykkedes appellanterne at påvise, at den konklusion, Kommissionen var nået til, var urigtig.

129. Da Retten efter min opfattelse ikke har vendt bevisbyrden om, er ÖVAG's argument om, at appellanterne ikke har mulighed for at bevise, at der ikke fandt nogen afskærmning af markedet sted, ikke relevant.

51 — I medfør af artikel 49 EF gælder den frie udveksling af tjenesteydelser, herunder muligheden for uden forskelsbehandling at levere sådanne til personer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, også for banksektoren. Desuden skal liberaliseringen af de af bankernes og forsikringsselskabernes tjenesteydelser, som er forbundet med kapitalbevægelser, ifølge artikel 51, stk. 2, EF gennemføres sideløbende med liberalisering af kapitalbevægelserne.

52 — Jf. hvad dette angår dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, præmis 58, og dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 86. Jf. ligeledes artikel 2 i forordning nr. 1/2003, hvori det hedder, at bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, i samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af artikel 81 EF påhviler den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende.

130. På baggrund af det foranstående som helhed mener jeg, at Retten har foretaget en korrekt vurdering af, om kartellet kunne påvirke handelen inden for Fællesskabet, og i tilstrækkelig grad begrundet sin argumentation på dette punkt.

131. Jeg foreslår følgelig, at Retten forkaster det første anbringendes første led som grundløst.

2. Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til en vurdering under et af kartellets grænseoverskridende virkninger

a) Parternes argumenter

132. ÖVAG har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen kunne vurdere de forskellige bankudvalgs grænseoverskridende virkninger under ét. Ifølge ÖVAG burde udvalgenes evne til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne være foretaget særskilt for hvert enkelt udvalg.

133. Til støtte for denne opfattelse har appellanten fremsat to klagepunkter.

134. Ifølge det første klagepunkt er Fællesskabets retspraksis blevet anvendt og fortolket urigtigt.

135. Dels har Retten ifølge appellanten begået en retlig fejl ved ikke i overensstemmelse med dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen [53] at have undersøgt, hvilke virkninger udvalgene vedrørende særskilte aktiviteter hver for sig havde på handelen inden for Fællesskabet. Endvidere har ÖVAG for det tilfælde, at de forskellige udvalg udgør én samlet overtrædelse, gjort gældende, at det — i modsætning til, hvad Retten finder i præmis 170 i den appellerede dom — ikke kan fastslås, at der var en direkte forbindelse mellem de aftaler, der blev indgået på udvalgsmøderne.

136. Dels har Retten efter ÖVAG's opfattelse fortolket den retspraksis, Domstolen fastlagde i dommen i sagen Bagnasco m.fl., urigtigt i præmis 171 i den appellerede dom. I denne sag undersøgte Domstolen klausulerne vedrørende to forskellige banktransaktioner særskilt, selv om de var indeholdt i standardbankvilkår og vedrørte den samme banktjenesteydelse.

53 — Rettens dom af 14.5.1997, sag T-77/94, Sml. II, s. 759.

137. Ifølge det andet klagepunkt er det relevante produktmarked blevet afgrænset urigtigt.

138. Dels har ÖVAG kritiseret Rettens argumentation i præmis 172 i den appellerede dom, hvorefter »afgrænsningen af det relevante marked ikke har samme betydning ved anvendelsen af artikel 81 EF og artikel 82 EF«. Der gives ikke nogen begrundelse for denne argumentation, som desuden er urigtig. Ifølge appellanten skal det relevante marked nemlig afgrænses efter de samme kriterier, uanset hvilken af de to procedurer der er tale om. Endvidere finder appellanten, at klagepunktet om den afgrænsning af det relevante marked, Kommissionen lagde til grund, i retlig henseende er selvstændigt i forhold til klagepunkterne om påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne i forbindelse med anvendelsen af artikel 81 EF. Ved dette argument søger ÖVAG at vise, at Kommissionen og Retten burde have vurderet virkningen for handelen af de på udvalgsmøderne indgåede aftaler på grundlag af en snævrere afgrænsning af de berørte markeder.

139. Dels er der efter ÖVAG's opfattelse et modsætningsforhold mellem for det første præmis 174 i den appellerede dom, hvori Retten medgiver, at »de banktjenester, der er omfattet af aftalerne, ikke [kan] træde i stedet for hinanden«, og for det andet dommens præmis 175, hvori Retten anfører, at »Kommissionen [ikke var] forpligtet til særskilt at undersøge de forskellige bankprodukmarkeder, der var omfattet af udvalgene«.

140. Endelig er der efter ÖVAG's opfattelse ikke grundlag for den parallel, Retten i præmis 175 i den appellerede dom drager til sin dom af 21. februar 1995 i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen [54], eftersom det i denne dom var sagsøgeren, der havde foretaget afgrænsningen af det relevante marked, som Kommissionen havde overtaget.

b) Bedømmelse

i) Det første klagepunkt: urigtig anvendelse og fortolkning af Fællesskabets retspraksis

— Vedrørende dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen

141. Appellanterne har i det væsentlige kritiseret Retten for ikke at have undersøgt, hvordan udvalgene vedrørende særskilte aktiviteter hver for sig indvirkede på handelen inden for Fællesskabet, i overensstemmelse med dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen.

142. Jeg mener ikke, at der er grundlag for dette klagepunkt.

54 — Sag T-29/92, Sml. II, s. 289.

143. Det fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet om påvirkning af handelen mellem medlemsstater skal undersøges på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske forhold, som hver for sig ikke nødvendigvis vil være afgørende [55]. Domstolen tager de særlige omstændigheder ved aftalen, dvs. dens art, de af aftalen omfattede varer og aftaleparternes stilling og betydning på markedet, i betragtning [56]. Ligeledes tager den hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen [57].

144. I dommen i sagen Windsurfing International mod Kommissionen [58] bemærkede Domstolen, at artikel 81, stk. 1, EF ikke kræver, at enhver klausul i en aftale isoleret set kan påvirke samhandelen inden for Fællesskabet. Ifølge Domstolen finder Fællesskabets konkurrenceret anvendelse på aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Kun hvor aftalen som helhed kan påvirke samhandelen, er der ifølge Domstolen grund til at undersøge, hvilke aftaleklausuler det er, der har til formål eller til følge at begrænse eller fordreje konkurrencen [59].

145. Det er på grundlag af denne retspraksis, at Retten tog stilling i dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen. I denne sag skulle den afgøre, om to typer handelsaftaler om udbud af blomsterprodukter, som en kooperativ forening af nederlandske blomsterproducenter havde indgået, var forenelige med artikel 81, stk. 1, EF.

146. Den ene type aftaler bestod i handelsaftaler mellem den kooperative forening og engroshandlere, der var etableret på foreningens ejendom med henblik på at eksportere nederlandske blomsterprodukter. I aftalerne, der var indgået på grundlag af regler fastsat af den kollektive forening, fastlagdes det, hvilke rettigheder og pligter lejeren havde med hensyn til udstilling og salg af afskårne blomster i foreningens bygning. I aftalerne var det bestemt, at der skulle betales gebyr, ligesom der var fastsat købsforpligtelser. I den pågældende beslutning havde Kommissionen fundet, at aftalerne udgjorde en del af en helhed af ensartede vedtagelser og aftaler vedrørende udbud af blomsterprodukter, som tilsammen begrænsede konkurrencen i strid artikel 81, stk. 1, EF. Aftalerne gjorde det nemlig vanskeligere for konkurrenter fra andre medlemsstater at optage virksomhed på det nationale nederlandske marked. Retten stadfæstede i dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen dennes opfattelse og fastslog på grundlag af dommen i sagen Windsurfing International mod Kommissionen, at det var uden betydning, om handelsaftalerne isoleret betragtet havde påvirket handelen mellem medlemsstater i tilstrækkelig grad, da de var en integrerende del af de regler, den kooperative forening havde fastsat.

55 — Dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 54, dommen i sagen van Landewyck mod Kommissionen, præmis 170, og i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 22, dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 54, samt dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 20, Javico-dommen, præmis 16, dommen i sagen Bagnasco m.fl., præmis 47, og i sagen British Sugar mod Kommissionen, præmis 27.

56 — Jf. bl.a. dom af 25.11.1971, sag 22/71, Béguelin Import, Sml. 1971, s. 257, org.ref.: Rec. s. 949, præmis 18, og Javico-dommen, præmis 17.

57 — Dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen, præmis 140.

58 — Dom af 25.2.1986, sag 193/83, Sml. s. 611.

59 — Præmis 96.

147. Den anden type aftaler, nemlig de såkaldte »Cultra-aftaler«, bestod i fem individuelle eksklusive købsaftaler mellem den kooperative forening og fem nederlandske grossister, som var etableret på foreningens ejendom. Grossisterne forpligtede sig til udelukkende at købe produkter af nederlandsk oprindelse af foreningen med henblik på videresalg til mindre detailhandlere, uden for auktionssalget, efter »cash and carry«-systemet. Ifølge Retten havde disse aftaler ikke nogen direkte forbindelse med de øvrige elementer i den kollektive forenings regler. De udgjorde nemlig ikke en væsentlig del af disse regler om salg på auktion og om direkte levering til handlende med henblik navnlig på eksport af de pågældende produkter, men indgik snarere i en supplerende og særskilt virksomhed, nemlig videresalg af foreningens produkter til detailhandlere ved hjælp af »cash and carry«-systemet. Det var på den baggrund, og under hensyn til de særlige omstændigheder ved de pågældende aftaler, at Retten fandt, at deres indflydelse på handelen inden for Fællesskabet skulle vurderes særskilt og ikke som en del af helheden af de regler, den kooperative forening havde fastsat.

148. Det er under hensyn til disse betragtninger, at Retten korrekt har kunnet anføre i præmis 168 i den appellerede dom, at »påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne af aftaler, mellem hvilke der findes en direkte forbindelse, og som udgør en del af en helhed, skal undersøges i fællesskab, mens aftaler, mellem hvilke der ikke er direkte forbindelse, og som vedrører særskilte aktiviteter, skal gøres til genstand for en særskilt undersøgelse«. Denne opfattelse er i fuld overensstemmelse med ovennævnte retspraksis.

149. Spørgsmålet er herefter, om det påhvilede Retten at undersøge virkningerne for handelen af de samordninger, der fandt sted i »Lombard-netværkets« særudvalg, på samme måde som i forbindelse med »Cultra-aftalerne«.

150. Det mener jeg ikke.

151. De samordninger, der fandt sted i »Lombard-netværkets« produktspecifikke udvalg eller særudvalg, vedrørte ganske vist specifikke bankprodukter og -transaktioner. Ikke desto mindre udgjorde disse udvalg, i modsætning til de »Cultra-aftaler«, det drejede sig om i dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen, en del af en samlet aftale, som omfattede næsten alle østrigske kreditinstitutter, strakte sig over flere år og dækkede hele den i Østrig udbudte række af bankprodukter og -tjenester. Således som Retten har fastslået i præmis 111-125 i den appellerede dom, var samordningerne en del af en samlet overtrædelse, og det er efter min opfattelse det, som er afgørende. Aftalerne indgik i en samlet plan, »Lombard-netværket«, som bestod i en række foranstaltninger, der havde ét bestemt økonomisk formål, nemlig at ophæve konkurrencen inden for banktjenestesektoren. Dette har ÖVAG ikke bestridt. Udvalgene var meget tæt forbundet med hinanden, såvel indholdsmæssigt som organisatorisk, og det var »Lombard Club«, der vedtog de grundlæggende beslutninger, som udvalgene havde forberedt, og løste disciplinære problemer vedrørende overholdelsen af aftalerne.

152. I en sådan situation, hvor kartellet er blevet kvalificeret som én samlet overtrædelse, mener jeg derfor, at det ville være fuldstændig kunstigt og inkonsekvent at opdele det efter de enkelte udvalgs særlige formål med henblik på vurderingen af den indvirkning, det kan have haft på handelen inden for Fællesskabet. I et sådant tilfælde skal vurderingen efter min opfattelse foretages under ét på grundlag af alle de samordninger, der har fundet sted i udvalgene.

153. Jeg kan derfor kun tilslutte mig Rettens argumentation i præmis 170 i den appellerede dom, hvorefter der mellem aftaler, der henhører under én overtrædelse, er en forbindelse, der berettiger og nødvendiggør en samlet undersøgelse af egnetheden til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

154. Jeg mener følgelig, at den kritik, ÖVAG har fremsat hvad dette angår, må forkastes.

155. I betragtning af det foranstående mener jeg ikke, at Retten har begået nogen retlig fejl ved fortolkningen af dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen.

— Vedrørende dommen i sagen Bagnasco m.fl.

156. ÖVAG har gjort gældende, at Retten i præmis 171 i den appellerede dom har anvendt og fortolket dommen i sagen Bagnasco m.fl. urigtigt.

157. I denne sag var Domstolen blevet anmodet om at træffe præjudiciel afgørelse om, hvorvidt en række standardbankvilkår, som den italienske sammenslutning af banker havde pålagt sine medlemmer at anvende ved indgåelse af aftaler om åbning af kontokurantkredit og om kaution for nuværende og fremtidige forpligtelser, var forenelige med artikel 81, stk. 1, EF. Ifølge den ene af de bestemmelser, det drejede sig om, kunne bankerne inden for rammerne af aftaler om åbning af kontokurantkredit når som helst ændre rentesatserne som følge af ændringer på pengemarkedet ved en meddelelse, der blev slået op i bankens lokaler. Den anden bestemmelse drejede sig om reglerne for den kaution for nuværende og fremtidige forpligtelser, der skulle stilles som sikkerhed for åbning af en kontokurantkredit. Domstolen undersøgte de to bestemmelser særskilt.

158. ÖVAG har i sit appelskrift gjort gældende, at det forbehold, Retten har anført over for at følge denne retspraksis, er uholdbart. Retten har således bemærket, at spørgsmålet om, hvorvidt der skulle foretages en samlet undersøgelse af de grænseoverskridende virkninger af bankvilkårene, ikke var opstået i dommen i sagen Bagnasco m.fl., fordi standardbankvilkårene for den første bestem-

melses vedkommende ikke havde formål eller til følge at begrænse konkurrencen, mens den anden bestemmelse, der drejede sig om kaution for nuværende og fremtidige forpligtelser, ikke kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

159. De grunde, Retten har anført til, at den ikke fulgte den retspraksis, der blev fastlagt i dommen i sagen Bagnasco m.fl., er efter min opfattelse fuldstændig berettigede.

160. Således som jeg nævnte i punkt 92 i dette forslag til afgørelse, er det nemlig en betingelse for at anvende artikel 81 EF, og et grundlæggende element i den overtrædelse, denne bestemmelse tager sigte på, at kriteriet om påvirkning af handelen mellem medlemsstater er opfyldt.

161. Når det derfor er fastslået, at en af de to bestemmelser ikke kan påvirke handelen inden for Fællesskabet, falder bestemmelsen ikke inden for anvendelsesområdet for artikel 81 EF, og spørgsmålet om, hvorvidt der skal foretages en samlet undersøgelse af de grænseoverskridende virkninger af bankvilkårene, opstår følgelig ikke.

162. Jeg mener derfor ikke, at Retten har begået nogen retlig fejl ved fortolkningen af dommen i sagen Bagnasco m.fl., og foreslår følgelig, at Domstolen forkaster dette klagepunkt.

ii) Fejlagtig, utilstrækkelig og inkonsekvent argumentation fra Rettens side for så vidt angår afgrænsningen af det relevante marked

— Rettens prøvelse af klagepunkterne om fejlagtig afgrænsning af det relevante marked

163. ÖVAG har i sit appelskrift anfægtet den måde, hvorpå Retten har prøvet klagepunkterne om den afgrænsning af det relevante marked, Kommissionen lagde til grund ved anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF.

164. ÖVAG har navnlig henvist til præmis 172 i den appellerede dom. Appellanten har indledningsvis kritiseret den af Retten fremførte argumentation, hvorefter »afgrænsningen af det relevante marked ikke har samme betydning ved anvendelsen af artikel 81 EF og artikel 82 EF«. Endvidere har appellanten anfægtet Rettens argumentation, hvorefter »klagepunkterne vedrørende den af Kommissionen anvendte afgrænsning [ikke kan betragtes isoleret] fra klagepunkterne vedrørende påvirkningen af handelen mellem medlemsstater og begrænsningen af konkurrencen«. Denne argumentation savner ifølge appellanten begrundelse og er retligt urigtig.

165. Jeg er delvis enig i den af ÖVAG fremførte kritik, men finder klagepunktet irrelevant, da det ikke kan føre til, at den appellerede dom findes at være retsstridig.

166. I præmis 172 i den appellerede dom sammenfatter Retten nemlig indledningsvis blot den retspraksis i Fællesskabet, som appellanten med rette har anfægtet. Resuméet af denne retspraksis har dog ikke nogen følger for fortsættelsen af Rettens argumentation, idet Retten i præmis 173-175 i den appellerede dom rent faktisk prøver ÖVAG's indvendinger mod Kommissionens afgrænsning af det relevante marked.

167. Da jeg imidlertid er delvis enig i de forbehold, appellanten har givet udtryk for, vil jeg gerne gøre nogle bemærkninger om den argumentation, Retten fremfører i præmis 172 i den appellerede dom.

168. Skønt Rettens argumentation bygger på dens faste praksis [60], mener jeg nemlig, at afgrænsningen af det relevante marked tværtimod spiller den samme rolle, hvad enten det drejer sig om at anvende artikel 81 EF, der forbyder konkurrencebegrænsende karteller, artikel 82 EF, der forbyder misbrug af dominerende stilling, eller Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [61]. Det er kun arten af den af Kommissionen undersøgte adfærd og nødvendigheden af at foretage en afgrænsning af markedet, der varierer.

169. I de nævnte tre procedurer giver afgrænsningen af det relevante marked grundlag for at identificere og definere den grænse, inden for hvilken konkurrencen mellem virksomhederne udspiller sig, således at der opnås en bedre forståelse af, hvorledes markedet fungerer. Afgrænsningen, der foretages i relation til såvel produkterne som det relevante markeds geografiske dimension, skal gøre det muligt at fastslå, om der findes reelle konkurrenter på det pågældende marked, der kan øve indflydelse på den adfærd, som anlægges af de virksomheder, det drejer sig om, eller hindre dem i at handle uafhængigt af det tryk, en effektiv konkurrence øver.

170. En fyldestgørende definition af det pågældende marked er derfor en nødvendig forudsætning for enhver bedømmelse af en adfærd, der hævdes at være konkurrencebegrænsende, hvad enten den foretages inden for rammerne af artikel 81 EF, artikel 82 EF eller forordning nr. 4064/89 [62]. Kommissionen har i øvrigt i en meddelelse, der blev vedtaget den 9. december 1997 [63], redegjort for, hvilke grundprincipper og vurderingselementer den baserer sig på, når den skal afgrænse det relevante marked. I meddelelsen fastsætter Kommissionen en grundlæggende metode og en række vurderingskriterier, som uden forskel finder anvendelse på alle tre former for procedure.

60 — Dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 833, af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 230, og af 11.12.2003, sag T-61/99, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, Sml. II, s. 5349, præmis 27.

61 — EFT 1990 L 257, s. 13.

62 — Rettens dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403, præmis 159.

63 — Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5, herefter »meddelelsen om afgrænsning af markedet«).

171. Til gengæld fremgår det af meddelelsen om afgrænsning af markedet, at Kommissionen kan anvende de nævnte kriterier smidigt og pragmatisk og afveje dem efter arten af det pågældende konkurrencemæssige problem, de berørte produkters kendetegn og de målsætninger, Kommissionen tager sigte på [64]. Således som den anfører i punkt 25 i meddelelsen om afgrænsning af markedet, træffes beslutningen på grundlag af en række forskellige kriterier og vurderingselementer, idet nogle typer elementer vil være afgørende i konkrete tilfælde, afhængigt af de forhold, der præger den industri og de produkter eller tjenesteydelser, der undersøges, mens de måske er uden betydning i andre tilfælde.

172. Den måde, hvorpå Kommissionen afgrænser markedet, vil således afhænge af arten af det pågældende konkurrencemæssige problem og de særlige forhold, der præger visse markeder. På den måde er afgrænsningen af markedet et redskab, der gør det muligt for Kommissionen at udøve sin kontrol i overensstemmelse med formålet med artikel 81 EF eller 82 EF.

173. I relation til artikel 82 EF har Fællesskabets retsinstanser fastslået, at en afgrænsning af det relevante marked er en nødvendig forudsætning for at fastslå, om virksomheden har en dominerende stilling [65], hvilket må gøres, før det kan undersøges, om der foreligger misbrug.

174. I relation til artikel 81 EF har Fællesskabets retsinstanser derimod fastslået, at en afgrænsning af det relevante marked ikke er en nødvendig forudsætning, når den omtvistede aftale i sig selv har et konkurrencebegrænsende formål, dvs. når Kommissionen uden først at have afgrænset markedet behørigt har kunnet fastslå, at den pågældende aftale har fordrejet konkurrencen og mærkbart kunnet påvirke handelen mellem medlemsstater [66]. Fællesskabets retsinstanser har i den forbindelse taget sigte på den alvorligste form for aftaler, som forbydes udtrykkeligt i artikel 81, stk. 1, litra a)-c), EF. Det er med hensyn til sådanne tilfælde, hvortil der henvises i præmis 172 i den appellerede dom, at Fællesskabets retsinstanser har fastslået, at klagepunkterne om, at markedet er blevet afgrænset forkert, er irrelevante, og det er på dette punkt, jeg mener, at der er forskel i forhold til den procedure, der følges i forbindelse med artikel 82 EF [67].

175. For andre tilfældes vedkommende har Fællesskabets retsinstanser derimod fastslået, at en afgrænsning af det relevante marked er en nødvendig forudsætning for, at Kommissionen kan afgøre, om aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, og

64 — Punkt 10 og 25 i meddelelsen om afgrænsning af markedet.

65 — Dommen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen.

66 — En konkurrencebegrænsende praksis kan nemlig også på grund af selve sit formål falde ind under artikel 81, stk. 1, EF. Jf. f.eks. dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 1094, og Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 99.

67 — Denne retspraksis forekommer mig diskutabel i henseende til virksomhedernes rettigheder og retssikkerhed. Når Kommissionen vedtager en beslutning, hvori den fastslår, at en række virksomheder har deltaget i en kompleks, kollektiv og uafbrudt overtrædelse, såsom den beslutning, det drejer sig om i de foreliggende sager, bør den efter min opfattelse tage i betragtning, at beslutningen kan medføre et individuelt ansvar for hver enkelt adressat som følge af dennes deltagelse i overtrædelsen, som bør afgrænses klart. Da beslutningen kan have civilretlige konsekvenser, mener jeg, at Kommissionen heri bør foretage en nøje undersøgelse og afgrænsning af det relevante marked.

om den kan påvirke handelen mellem medlemsstater [68].

176. Afgrænsningen af det relevante marked gør det nemlig bl.a. muligt at indhente oplysninger om det pågældende produkts art og at fastslå, hvor stor en markedsandel de berørte virksomheder har. For det første gør dette det muligt at undersøge, hvilke virkninger en aftale har på konkurrencen. Kommissionen vil da kunne vide, om konkurrencen er begrænset mærkbart, eller om aftalen tværtimod kan meddeles fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, litra b), EF eller gruppefritagelse [69], eller om den udgør en aftale af ringe betydning [70]. For det andet giver det mulighed for at skaffe sig oplysninger om, hvorvidt aftalen kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

177. Det er derfor, at Fællesskabets retsinstanser, således som det fremgår af præmis 172 i den appellerede dom, har fastslået, at klagepunkter om fejlagtig afgrænsning af markedet ikke skal betragtes »isoleret« fra klagepunkter vedrørende begrænsningen af konkurrencen og påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne [71]. Argumenterne om, at Kommissionen begik en fejlagtig vurdering ved afgrænsningen af det relevante marked, vurderes derfor i forbindelse med prøvelsen af argumenterne om begrænsning af konkurrencen og påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne.

— Inkonsekvent og utilstrækkelig begrundelse

178. ÖVAG har gjort gældende, at Rettens begrundelse i den appellerede dom, herunder navnlig præmis 174 og 175, er inkonsekvent og utilstrækkelig.

179. Skønt Retten i præmis 174 i den appellerede dom fastslår, at de banktjenester, der er omfattet af aftalerne, ikke kan træde i stedet for hinanden, medgiver den nemlig i dommens præmis 175, at Kommissionen ikke var forpligtet til at undersøge de forskellige bankproduktmarkeder særskilt.

180. Jeg mener ikke, at der er grundlag for dette klagepunkt.

68 — Domstolens kendelse af 16.2.2006, sag C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, præmis 31.

69 — Jf. bl.a. Kommissionens forordning (EF) nr. 2659/2000 af 29.11.2000 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler (EFT L 304, s. 7).

70 — Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (EFT 2001 C 368, s. 13).

71 — Jf. bl.a. dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 834 og den deri nævnte retspraksis.

181. Retten har nemlig korrekt forklaret, hvorfor der ikke skulle fastlægges en snæver afgrænsning af markedet, som udelukkende byggede på de pågældende produkters substituerbarhed. Således som den med rette anfører, ville en sådan afgrænsning være kunstig inden for denne aktivitetssektor, dels fordi størstedelen af kunderne anmoder deres bank om en helhed af banktjenester, dels fordi en konkurrence mellem disse banker kan vedrøre helheden af disse tjenester. Nogle kunder henvender sig måske — således som ÖVAG har bemærket i sit appelskrift — til en anden bank for at opnå en mere specifik tjeneste, som f.eks. et lån. I de fleste tilfælde råder hver enkelt person imidlertid over en konto i en bank, på grundlag af hvilken der tilbydes mange forskellige tjenester, såsom levering af betalingsinstrumenter (bankkort, betalingsservice, overførsler), således at kunden kan gennemføre transaktioner over sin konto (udlån eller indlån) mod betaling af de af banken fastsatte renter og omkostninger. Det er derfor åbenbart, således som Retten påpeger, at en særskilt undersøgelse ikke ville gøre det muligt fuldt ud at beregne effekten af den aftale, det drejer sig om.

182. Således som jeg anførte i punkt 171 i dette forslag til afgørelse, kan Kommissionen imidlertid anvende de kriterier, der er fastlagt i meddelelsen om afgrænsning af konkurrencen, smidigt og pragmatisk og afveje dem efter arten af det pågældende konkurrencemæssige problem, de berørte ydelsers kendetegn og de målsætninger, Kommissionen tager sigte på [72].

183. I de foreliggende sager er det, i betragtning af, hvorledes aftalen er blevet gennemført, efter min opfattelse åbenbart, at en særskilt undersøgelse af de forskellige bankprodukter ikke ville have gjort det muligt at erkende aftalens udstrækning og betydning og klart ikke ville have givet et billede af de faktiske forhold.

184. Desuden kan det i betragtning af den lange række bankprodukter og -tjenester, »Lombard-netværket« omfattede, ikke udelukkes, således som Retten har påpeget, at påvirkningen af handelen mellem medlemsstaterne kunne være indirekte, og at det marked, hvorpå den kunne forekomme, ikke nødvendigvis er identisk med det marked for bankprodukter eller -tjenesteydelser, hvorpå parterne foretog en samordning. F.eks. beregnes de årlige omkostninger i procent, som alle banker skal fastsætte i forbindelse med et kredittilbud, på grundlag ikke blot af udlånsrenten, men også af de med

72 — Kommissionen anfører i øvrigt i punkt 22 i meddelelsen om afgrænsningen af markedet, at den for visse sektorers vedkommende, såsom papirsektoren, hvori forbrugerne ikke betragter de forskellige kvaliteter som substituerbare, ikke afgrænser et særskilt marked for hver papirkvalitet og hvert anvendelsesformål. I sådanne tilfælde henføres de forskellige papirkvaliteter til et og samme marked, og omsætningerne lægges sammen med henblik på at beregne størrelsen af markedet.

kreditten forbundne omkostninger, såsom ekspeditionsomkostninger, forsikringsomkostninger og omkostninger, der knytter sig til udstedelsen af et betalingskort.

185. Jeg mener følgelig, at Retten i fornødent omfang har redegjort for, hvorfor den på trods af den manglende indbyrdes substituerbarhed af de berørte produkter ikke var forpligtet til at undersøge de forskellige bankproduktmarkeder, udvalgene vedrørte, særskilt. På den baggrund kan der efter min opfattelse ikke rettes nogen kritik mod den begrundelse, Retten giver i præmis 174 og 175 i den appellerede dom.

— Den fejlagtige henvisning til dommen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen

186. ÖVAG har bestridt, at der er grundlag for den parallel, Retten i præmis 175 i den appellerede dom drager til dommen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, eftersom Kommissionen i denne sag havde lagt sagsøgerens afgrænsning af det relevante marked til grund.

187. Dette klagepunkt er efter min opfattelse ikke relevant på nogen måde, og jeg foreslår derfor, at Domstolen forkaster det.

188. I betragtning af det foranstående mener jeg, at Retten ved at fastslå, at Kommissionen kunne foretage en samlet vurdering af bankudvalgenes grænseoverskridende virkninger, ikke har begået nogen retlig fejl, og at den har begrundet sin argumentation i fornødent omfang uden at gøre sig skyldig i nogen inkonsekvens.

189. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster det første anbringendes andet led som grundløst.

3. Anbringendets tredje led: manglende påvisning af, at kartellet påvirkede handelen inden for Fællesskabet mærkbart

a) Parternes argumenter

190. Inden for rammerne af sit første anbringende, hvorefter artikel 81, stk. 1, EF er blevet tilsidesat, har Erste erindret om, at det ikke er den eneste betingelse for at anvende denne bestemmelse, at handelen mellem medlemsstaterne er påvirket. Således som Retten påpeger i præmis 167 i den appellerede dom, skal det ligeledes påvises, at kartellets potentielle virkning på handelen er mærkbar. Selv hvis det er med føje, at Retten har draget den konklusion, at »Lombard-netværket« potentielt kunne påvirke handelen inden for Fællesskabet, har den ikke påvist, at denne påvirk-

ning kunne være mærkbar. Hvis den aftale, bankerne havde indgået, havde grænseoverskridende virkninger, var der ifølge appellanten kun tale om yderst begrænsede virkninger.

b) Bedømmelse

191. Kriteriet om påvirkning af handelen mellem medlemsstater indeholder et kvantitativt element, der begrænser anvendelsen af fællesskabsretten til kun at omfatte aftaler, som kan have mærkbare virkninger. Når aftalerne kun påvirker handelen i ubetydelig grad, er de ikke omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF.

192. Erste har i sit appelskrift kritiseret Retten for ikke at have påvist, at »Lombardnetværket« kunne påvirke handelen inden for Fællesskabet mærkbart.

193. Om end jeg faktisk finder det beklageligt, at Retten ikke udtrykkeligt har angivet, at der var tale om en mærkbar påvirkning, mener jeg, at dette fremgår meget klart af karakteren af den aftale, det drejer sig om, og af Rettens bemærkninger i præmis 111-121, 179 og 183-185 i den appellerede dom.

194. Det fremgår af fast retspraksis — ligesom det følger af punkt 97 i dette forslag til afgørelse — at artikel 81, stk. 1, EF ikke kræver, at de i bestemmelsen omhandlede karteller mærkbart har påvirket samhandelen inden for Fællesskabet (ifølge Domstolen er dette meget vanskeligt at føre bevis for), men at bestemmelsen kun kræver bevis for, at kartellerne kan have en sådan virkning [73]. I sagen Miller International Schallplatten mod Kommissionen fandt Domstolen således, at det var tilstrækkeligt, at Kommissionen på grundlag af en række faktiske omstændigheder havde bevist, at der var *risiko* [74] for en mærkbar påvirkning [75].

195. Desuden kan påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater som nævnt skyldes en kombination af flere faktorer [76]. Hvordan det skal vurderes, om påvirkningen er mærkbar, afhænger af omstændighederne i hvert enkelt tilfælde, idet forskellige elementer skal tages i betragtning, såsom den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori kartellet indgår [77], dettes art, hvad der kendetegner de pågældende produkter, og endelig den stilling og betydning, parterne har på det relevante marked.

196. I den appellerede dom anfører Retten gentagne gange, at aftalen ikke blot omfattede næsten alle de østrigske kreditinstitutter (herunder de største banker), men også en

73 — Dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.
74 — Min fremhævelse.
75 — Præmis 15 i dommen.
76 — Jf. punkt 96 i dette forslag til afgørelse.
77 — Jf. dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

meget lang række bankprodukter og -tjenester, bl.a. indlån og udlån, og at den strakte sig over hele det nationale område og således kunne ændre konkurrencevilkårene i hele denne medlemsstat. Ud over hvad jeg tidligere har anført i punkt 118-126 i dette forslag til afgørelse, og navnlig i betragtning af selve aftalens karakter, mener jeg, at fastslåelsen af disse omstændigheder er tilstrækkelig med hensyn til at påvise, at aftalen kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne i væsentlig grad.

197. Jeg mener derfor, at den af Erste fremsatte kritik er irrelevant, og foreslår, at Domstolen forkaster det første anbringendes tredje led.

4. Anbringendets fjerde led: manglende undersøgelse af kartellets konkrete indvirkning på markedet

a) Parternes argumenter

198. ÖVAG har kritiseret Retten for ikke at have undersøgt kartellets konkrete indvirkning på markedet, skønt dette ville have været en »efterfølgende vurdering af en ophørt overtrædelse«. Den retspraksis, hvortil Retten henviser i præmis 166 i den appellerede dom, og hvorefter det er tilstrækkeligt til, at et kartel er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 81 EF, at det har en potentiel indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, er ikke anvendelig i det foreliggende tilfælde. Ved at finde, at det i de foreliggende sager var tilstrækkeligt at påvise, at kartellet havde haft en potentiel indvirkning, skønt det udmærket havde kunnet undersøges, om de angivelige virkninger havde foreligget, har Retten derfor begået en retlig fejl. Havde Retten foretaget en sådan undersøgelse, ville den have konstateret, at aftalerne ikke havde nogen indflydelse på den grænseoverskridende handel.

b) Bedømmelse

199. Dette klagepunkt mener jeg bør forkastes.

200. Det fremgår nemlig af en fast retspraksis, hvortil Retten henviser i præmis 166 i den appellerede dom, at artikel 81, stk. 1, EF ikke kræver, at de pågældende konkurrencebegrænsninger rent faktisk har påvirket handelen mellem medlemsstaterne, men kun, at der føres bevis for, at aftalerne kan have en sådan indvirkning [78].

78 — Jf. dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 19, og i sagen Bagnasco m.fl., præmis 48.

201. I den nævnte retspraksis sondres der ikke imellem, om spørgsmålet om en aftales forenelighed med artikel 81, stk. 1, EF skal undersøges ved en kontrol ex post, dvs. når der er tale om en aftale, som allerede er blevet indgået eller iværksat, eller ved en kontrol ex ante, dvs. når aftalen på forhånd er blevet anmeldt til Kommissionen med henblik på at opnå fritagelse.

202. At tiltræde ÖVAG's argument ville være ensbetydende med at indføre en forskellig fremgangsmåde og kontrol, som var afhængig af, om der var tale om forhåndsvurdering eller en efterfølgende vurdering. En sådan fremgangsmåde er der ikke grundlag for i retspraksis.

203. Retten kan derfor ikke kritiseres for at have begået en retlig fejl.

204. Det følger af ovenstående betragtninger, at jeg mener, at Retten har foretaget en korrekt vurdering af »Lombard-netværkets« evne til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne og givet en korrekt begrundelse for sin vurdering.

205. Såvel Retten som Kommissionen, i artikel 1 i den anfægtede beslutning, kunne derfor med føje anse de mellem appellanterne indgåede aftaler for at udgøre en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF.

206. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster det første anbringende som grundløst.

B — *Det andet anbringende: fejlagtig pålæggelse af ansvaret for overtrædelsen*

207. Dette anbringende har til formål at anfægte bestemmelsen i den anfægtede beslutnings artikel 1 af, til hvem beslutningen er rettet.

1. Parternes argumenter

208. Erste har gjort gældende, at Retten har begået en række retlige og vurderingsmæssige fejl i forbindelse med sin konstatering i præmis 327 ff. i den appellerede dom af, at Erste var ansvarlig for den af GiroCredit Bank der Österreichischen Sparkassen AG (herefter »GiroCredit«) begåede overtrædelse for så vidt angår perioden før Erstes overtagelse af GiroCredit.

209. For det første har Erste gjort gældende, at Retten ikke har vurderet de økonomiske og juridiske bånd mellem GiroCredit og Bank Austria-koncernen korrekt. Erste har hvad dette angår peget på, at Bank Austria-koncernen, der selv deltog i »Lombard Club«, indtil Erstes overtagelse af aktiemajoriteten i GiroCredit den 20. maj 1997, ejede aktiemajoriteten i virksomheden. Koncernen kontrollerede ikke alene GiroCredit ved at være majoritetsaktionær, men også ved at udnævne medlemmer af tilsynsrådet og direktionen og besætte de højeste direktionsstillinger i GiroCredit med ansatte fra Bank Austria AG. For denne periodes vedkommende burde ansvaret for GiroCredits adfærd derfor være blevet pålagt BA-CA. Endvidere er det retligt forkert, når Retten har fastslået, at GiroCredit var den juridiske person, som var ansvarlig for bankvirksomheden før overtagelsen, eftersom dette selskab ligeledes blev kontrolleret og ledet af Bank Austria-koncernen.

210. For det andet har Erste påstået, at Retten ligeledes har begået en retlig fejl i præmis 328-336 i den appellerede dom ved at finde, at Kommissionen havde et valg med hensyn til, om det var det datterselskab, der havde deltaget i overtrædelsen, eller det moderselskab, som kontrollerede det i denne periode, der skulle pålægges en sanktion, selv hvis der var sket en økonomisk succession.

211. Kommissionen har fremhævet, at der skal drages en klar skillelinje mellem fastslåelsen af, hvilken juridisk person der er ansvarlig for den virksomhed, som har deltaget i overtrædelsen, og betingelserne for, at den adfærd, som er blevet udvist af et datterselskab, der har status som selvstændig juridisk person, kan tilregnes moderselskabet. Ifølge Kommissionen har dens opfattelse ikke givet anledning til nogen uretfærdighed, idet Erste selv deltog i kartellet.

2. Bedømmelse

212. Med dette anbringende har Erste gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen med føje kunne pålægge Erste ansvaret for den overtrædelse, GiroCredit begik, før virksomheden blev overtaget, selv om GiroCredit på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, tilhørte Bank Austria-koncernen.

213. Hvad Domstolen nærmere bestemt skal undersøge, er, om den omstændighed, at GiroCredit var kontrolleret af et andet moderselskab på det tidspunkt, hvor virksomheden begik overtrædelsen, indebærer, at Kommissionen ikke kunne pålægge Erste, det nye moderselskab, ansvaret for dette datterselskabs ulovlige adfærd.

214. Det mener jeg ikke, at den gør.

215. Jeg skal indledningsvis sammenfatte, hvilke principper Domstolen har fastlagt med hensyn til, hvem der kan gøres ansvarlig for overtrædelser, når der er sket succession af en virksomhed, og når der er tale om en gruppe af selskaber.

216. Det fremgår af fast retspraksis, at Fællesskabets konkurrenceret vedrører »virksomheders« aktiviteter, og at begrebet virksomhed omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, *uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde* [79].

217. Endvidere har Domstolen fastslået, at henset til karakteren af den pågældende overtrædelse samt til karakteren og graden af hårdhed af de hertil knyttede sanktioner, er ansvaret for at have begået en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF individuelt [80].

218. Derfor er det ifølge Domstolen den fysiske eller juridiske person, der ledte den pågældende virksomhed på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, der er ansvarlig for overtrædelsen, selv om det på tidspunktet for vedtagelsen af den beslutning, hvorved overtrædelsen blev fastslået, var en anden person, der havde ansvaret for virksomhedens drift [81]. I det omfang den juridiske person, der ledte virksomheden på tidspunktet for overtrædelsen, fortsat består, følger ansvaret for virksomhedens overtrædelse denne, selv om de materielle og menneskelige ressourcer, der har medvirket ved overtrædelsen, efter overtrædelsesperioden er blevet overdraget til tredjemand [82].

219. Når en enhed, der har begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, er ophørt med at eksistere i retlig eller økonomisk forstand, efter at overtrædelsen er blevet begået, anvender Domstolen derimod kriteriet om såkaldt »økonomisk succession« [83].

220. Anvendelsen af dette kriterium gør det muligt at hindre, at virksomheder undgår Kommissionens sanktioner af den enkle

79 — Min fremhævelse. Jf. bl.a. dom af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis.

80 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 78.

81 — Jf. domme af 16.11.2000, sag C-248/98 P, KNP BT mod Kommissionen, Sml. I, s. 9641, præmis 71, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 78, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 37, og sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 25, samt dommen i sagen ETI m.fl., præmis 39 og den deri nævnte retspraksis.

82 — Jf. bl.a. dommen i sagen SCA Holding mod Kommissionen, præmis 25.

83 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 145.

grund, at deres identitet er blevet ændret som følge af omstrukturering, overdragelser eller andre retlige eller organisatoriske ændringer, og således at sikre effektiv gennemførelse af konkurrencereglerne [84].

221. Domstolen har derfor fastslået, at når den person, der var ansvarlig for virksomhedens drift, er ophørt med at bestå i retlig forstand i tiden mellem overtrædelsen og det tidspunkt, hvor virksomheden skal drages til ansvar, må det først fastslås, hvor den samling af materielle og menneskelige ressourcer, der har medvirket ved overtrædelsen, befinder sig, for at det dernæst kan fastslås, hvem der er blevet ansvarlig for driften heraf [85].

222. Hvad mere specifikt angår spørgsmålet om, hvem der kan pålægges ansvar for overtrædelser inden for en gruppe af virksomheder, har Domstolen fastslået, at den omstændighed, at et datterselskab kan have status som selvstændig juridisk person, ikke er tilstrækkeligt til, at moderselskabet ikke kan pålægges ansvaret for en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd, navnlig hvis datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet [86].

84 — Ifølge Domstolen ville der nemlig i en sådan situation opstå fare for virkeliggørelsen af målet om at straffe konkurrencestridig adfærd og om at hindre gentagelse heraf ved hjælp af afskrækkende sanktioner (jf. dommen i sagen ETI m.fl., præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

85 — Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 953.

86 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10065, præmis 27, og af 2.10.2003, sag C-196/99 P, Aristrain mod Kommissionen, Sml. I, s. 11005, præmis 96.

223. Med disse principper in mente skal det nu undersøges, om de klagepunkter, appellanten har rejst, kan antages til realitetsbehandling, og om der er grundlag for dem.

224. Appellanten har til støtte for det første klagepunkt i det væsentlige bestridt Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder. Appellanten er uenig i bemærkningerne i præmis 327 i den appellerede dom, hvorefter GiroCredit var den juridiske person, som var ansvarlig for bankvirksomheden på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået. Appellanten har hvad dette angår fremført en række oplysninger, der skal vise, at betingelserne for, at ansvaret for et datterselskabs adfærd kan pålægges moderselskabet, var opfyldt for så vidt angår Bank Austria AG og GiroCredit.

225. Jeg mener ikke, at disse argumenter kan antages til realitetsbehandling under hensyn til de principper, jeg redegjorde for i punkt 65-72 i dette forslag til afgørelse. Med hensyn til Rettens bemærkninger i præmis 327 er der tale om en fastlæggelse af faktiske omstændigheder, der ikke kan diskuteres under en appelsag. Hvad endvidere angår det, appellanten har fremført til støtte for sin argumentation, er der blot tale om ordret gengivelse af det, der allerede blev fremført for Retten. Formålet med dette første klagepunkt fra appellantens side er i realiteten kun at opnå, at stævningen for Retten bedømmes endnu en gang, og at de faktiske omstændigheder fastlægges på ny, hvilket falder uden for Domstolens kompetence under en appelsag.

226. Til støtte for det andet klagepunkt har appellanten i det væsentlige gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at ansvaret for GiroCredits adfærd før overtagelsen af virksomheden skal pålægges det nye moderselskab, dvs. Erste, og ikke det tidligere moderselskab, nemlig Bank Austria AG.

227. Jeg mener af følgende grunde ikke, at der er grundlag for dette klagepunkt.

228. På grundlag af de principper, Domstolen har fastlagt, var GiroCredit ansvarlig for de overtrædelser, virksomheden individuelt havde begået på markedet. Selv om Bank Austria ejede aktiemajoriteten [87], fremgår det nemlig af betragtning 479 til den anfægtede beslutning, at den forretningspolitik, der blev ført af dette datterselskab, ikke var påvirket af dets moderselskab, endsige bestemt af en anden virksomhed. Det fremgår ligeledes af betragtning 479, at GiroCredit varetog sine egne interesser selvstændigt, på eget ansvar og uden at modtage instrukser fra andre. Under hensyn til førnævnte retspraksis kunne det tidligere moderselskab derfor ikke drages til ansvar for dets datterselskabs adfærd.

229. Som følge af Erstes overtagelse af GiroCredit ophørte den juridiske person, der var ansvarlig for driften af GiroCredit, med at eksistere retligt, og Erste blev i henhold til kriteriet om »økonomisk succession« den juridiske person, som var ansvarlig for virksomhedens materielle og menneskelige ressourcer — de ressourcer, der medvirkede til at begå overtrædelsen. Overtagelsen af virksomheden indebar således, at alle dens aktiver og passiver, herunder dens ansvar for overtrædelsen af fællesskabsretten, overgik til Erste [88].

230. At GiroCredit var kontrolleret af et andet moderselskab på det tidspunkt, hvor virksomheden begik overtrædelsen individuelt, betød derfor ikke, at det nye moderselskab, Erste, ikke kunne drages til ansvar for den adfærd, dette datterselskab udviste, før det blev overtaget. At acceptere det modsatte standpunkt ville i sidste instans være ensbetydende med at rejse tvivl om den selvstændighed, det er blevet fastslået, at datterselskabet havde.

231. Jeg mener derfor, at det er med føje, at Retten har fundet, at det ikke kunne udelukkes, at ansvaret for den af GiroCredit begåede overtrædelse kunne pålægges Erste, blot fordi GiroCredit var kontrolleret af et andet moderselskab, da overtrædelsen blev begået.

87 — Det fremgår af Rettens bemærkninger i præmis 7 i den appellerede dom, at størstedelen af aktierne i GiroCredit ejedes af Bank Austria-gruppen.

88 — Retten redegør i præmis 323-326 og 330-333 i den appellerede dom klart for denne retspraksis.

232. Dertil kommer, at det bør tages i betragtning, at Erste ikke kunne være uvidende om GiroCredits konkurrencebegrænsende adfærd, da virksomheden blev overtaget, eftersom begge virksomheder i næsten tre år havde deltaget i den overtrædelse, den anfægtede beslutning drejer sig om [89]. Appellanten havde således kendskab til GiroCredits adfærd, da appellanten erhvervede virksomheden.

233. I betragtning af det foranstående mener jeg, at Erstes anbringende om fejlagtig pålæggelse af ansvaret for overtrædelsen delvis kan afvises, delvis kan forkastes som grundløst, uden at det er fornødent at behandle de øvrige klagepunkter.

234. Det fremgår af det ovenstående som helhed, at de anbringender, appellanterne har fremsat til støtte for deres påstand om annullation af artikel 1 i den anfægtede beslutning, efter min opfattelse må forkastes i det hele.

89 — Den pågældende adfærd havde været omfattet af artikel 81, stk. 1, EF siden den 1.1.1995. Erste købte GiroCredit i maj 1997. De to enheder fusionerede i oktober 1997.

IX — Anbringenderne om, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, i den udstrækning vurderingen af overtrædelsens grovhed og bødens grundbeløb er behæftet med retlige og begrundelsesmæssige fejl og en tilsidesættelse af retten til forsvar

235. Hensigten med disse anbringender er at opnå en nedsættelse af den bøde, appellanterne pålægges i artikel 3 i den anfægtede beslutning. De har til formål at anfægte Rettens vurderinger med hensyn til for det første overtrædelsens grovhed, for det andet spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder, og for det tredje appellanternes samarbejde i forbindelse med proceduren.

A — *Første anbringende: retlige fejl vedrørende vurderingen af overtrædelsens grovhed*

236. BA-CA har inden for rammerne af sit første anbringende — på samme måde som Erste og RZB inden for rammerne af deres andet anbringende — anfægtet grundlaget for Rettens vurderinger vedrørende overtrædelsens grovhed.

237. Ifølge metoden i retningslinjernes punkt 1 udmåles bøderne på grundlag af de

kriterier, der er anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, nemlig overtrædelsens grovhed og dens varighed [90].

238. Retningslinjerne punkt 1 A, første og andet afsnit, har følgende ordlyd:

»Ved vurderingen af overtrædelsens grovhed skal der tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning.

Overtrædelserne klassificeres i tre kategorier, idet der skelnes mellem lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser.

— Lidet alvorlige overtrædelser:

Som eksempel kan nævnes begrænsninger — oftest vertikale — der tilsigter at påvirke samhandelen, men som kun har mindre indflydelse på markedet, og som desuden kun vedrører en skønt væsentlig dog forholdsvis snæver del af fællesmarkedet.

Påregnelig beløbsramme: fra 1 000 til 1 mio. [EUR].

— Alvorlige overtrædelser:

Det drejer sig som oftest om horisontale eller vertikale begrænsninger af samme art som ovennævnte, men som håndhæves mere strengt og har en større indflydelse på markedet, og hvis virkninger kan gøre sig gældende inden for store dele af fællesmarkedet […]

90 — Jeg redegør for denne metode i punkt 9-13 i dette forslag til afgørelse.

Påregnelig beløbsramme: fra 1 mio. til 20 mio. [EUR].

— Meget alvorlige overtrædelser:

Her drejer det sig hovedsagelig om horisontale begrænsninger såsom priskarteller og markedsopdelende karteller samt andre former for praksis, der er til skade for det indre marked […]

Påregnelig beløbsramme: 20 mio. [EUR] og derover.«

239. Overtrædelsens grovhed vurderes derpå i relation til de forhold, der kendetegner hver enkelt berørt virksomhed. Inden for hver af de nævnte kategorier gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af virksomhederne alt efter overtrædelsens art. Kommissionen tager således hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre skade og fastsætter bødens størrelse på et niveau, der skal give den en tilstrækkelig afskrækkende virkning. Det er på dette trin, Kommissionen kan inddele virksomhederne i forskellige kategorier og variere grundbeløbet for bøden fra kategori til kategori.

240. Efter denne gennemgang skal samtlige de klagepunkter, Erste, RZB og BA-CA har rejst om en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed, nu undersøges.

241. Som jeg anførte i punkt 69 i dette forslag til afgørelse, har Domstolens efterprøvelse til formål at undersøge, i hvilket omfang Retten korrekt har taget hensyn til de faktorer, der giver grundlag for at vurdere grovheden af virksomhedens adfærd under hensyntagen til artikel 81 EF og artikel 15 i forordning nr. 17.

1. Anbringendets første led: vurderingen ikke i overensstemmelse med retningslinjerne

a) Parternes argumenter

242. Ifølge RZB gives der en inkonsekvent begrundelse i appellerede dom. Retten bemærker således i præmis 226 i dommen, at Kommissionen ikke kan fravige den metode, den har angivet i retningslinjerne, men fastslår i præmis 237, at det forhold, at Kommissionen i retningslinjerne har præciseret sin tilgang til vurderingen af en overtrædelses grovhed, ikke er i strid med, at den vurderer overtrædelsen på grundlag af

elementer, som ikke udtrykkeligt er nævnt i retningslinjerne. Appellanten har kritiseret Retten for ved efterprøvelsen af lovligheden af den anfægtede beslutning at have fraveget den metode, som er angivet i retningslinjerne. Appellanten finder, at det er med urette, at Retten har fastslået, at der kan lægges kriterier til grund for vurderingen, som ikke er udtrykkeligt nævnt i retningslinjerne, skønt disse skaber berettigede forventninger hos virksomhederne.

243. Kommissionen har gjort gældende, at den ganske rigtigt er undergivet de begrænsninger, der følger af retningslinjerne, men at dette ikke gælder Retten, når den udøver sin fulde prøvelsesret. Desuden fremgår det klart af retspraksis, at der i retningslinjerne kun fastsættes en »minimumsliste«, som ikke udgør en udtømmende opregning af elementer, der skal tages i betragtning. »Listen« kan endog fraviges, hvis omstændigheder berettiger dertil.

b) Bedømmelse

244. Jeg mener ikke, at der er grundlag for dette klagepunkt.

245. Ved at fastslå, at den metode, Kommissionen angiver i retningslinjerne, ikke er til hinder for, at der tages elementer i betragtning, som ikke er udtrykkeligt nævnt deri, har Retten nemlig efter min opfattelse ikke gjort sig skyldig i en fejlagtig vurdering.

246. Retningslinjerne indeholder forskellige elementer af fleksibilitet, som gør det muligt for Kommissionen at tage hensyn til flere faktorer, når den vurderer overtrædelsens grovhed inden for de rammer, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [91].

247. Disse elementer, der angives i retningslinjernes punkt 1 A, omfatter ikke kun dem, der vedrører overtrædelsens art, indvirkning og geografiske udstrækning, men også dem, som vedrører selve de forhold, der kendetegner virksomhederne, og nødvendigheden af at sikre en afskrækkende virkning. Det er ved vurderingen af hvert af disse elementer, at Kommissionen nødvendigvis må tage faktorer i betragtning, som vedrører selve overtrædelsen, og som ikke kan være udtømmende opregnet i retningslinjerne [92].

91 — Jf. analogt dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

92 — Overtrædelsernes grovhed skal ifølge Domstolens faste praksis fastslås på grundlag af en lang række forhold, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 33, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 240 og 241).

248. Kommissionen kan i den forbindelse tage en lang række faktorer i betragtning, som Domstolen selv har angivet i sin praksis [93].

249. Indledningsvis kan den bedømme overtrædelsens grovhed på grundlag af de særlige omstændigheder i sagen og tage den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den påtalte adfærd indgår, i betragtning. Ved at undersøge karakteren af de hindringer for konkurrencen, der er skabt, kan Kommissionen tage hensyn til den konkurrencebegrænsende adfærds indhold, varighed, hyppighed, intensitet og geografiske udstrækning samt værdien af de varer, den berører. Endvidere kan den tage aftaleparternes antal og relative størrelse på markedet i betragtning ved bl.a. at undersøge deres markedsandel, størrelse, adfærd og rolle i forbindelse med indgåelsen af aftalen. Desuden kan Kommissionen undersøge markedssituationen på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, og tage hensyn til den skade, som er påført almene økonomiske interesser. Endelig kan den tage den trussel i betragtning, som den pågældende aftale repræsenterer for Det Europæiske Fællesskabs målsætninger.

250. Jeg mener ikke, at Kommissionen derved fraviger den metode, den har pålagt sig selv i retningslinjerne, og tilsidesætter de berørte virksomheders retssikkerhed [94].

251. I betragtning af det foranstående mener jeg ikke, at Rettens vurdering på dette punkt er behæftet med en retlig fejl eller en inkonsekvent begrundelse.

252. Dette første led finder jeg følgelig bør forkastes.

2. Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering af overtrædelsens »art«

a) Parternes argumenter

253. Til støtte for det andet led har RZB gjort fire klagepunkter gældende.

93 — Jf. dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref: Rec. s. 661, præmis 176, og af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 612, og dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 38, i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 90 og 91 og den deri nævnte retspraksis, samt i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 241 og 242 og den deri nævnte retspraksis.

94 — I præmis 209-213 i dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen fremhævede Domstolen, at retningslinjerne garanterer retssikkerheden for de berørte virksomheder og gør det muligt for dem at have kendskab til de beregningsmetoder, Kommissionen anvender ved gennemførelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

254. For det første har RZB hævdet, at Retten har begået en retlig fejl ved i præmis 240 i den appellerede dom at fastslå, at overtrædelsens art er af afgørende betydning ved kvalificeringen af overtrædelser som meget alvorlige, mens andre kriterier, såsom overtrædelsens konkrete indvirkning på marked og dettes udstrækning, har mindre vægt.

255. For det andet har appellanten gjort gældende, at Retten ligeledes har begået en retlig fejl ved at lægge elementer til grund for sin vurdering, der ikke findes i retningslinjerne, nærmere bestemt banksektorens betydning for økonomien, den lange række produkter, der var berørt af kartellet, og den omstændighed, at langt størstedelen af de østrigske banker deltog i møderne.

256. For det tredje har appellanten kritiseret Retten for ikke at have taget hensyn til regeringens politik med hensyn til at beskytte banksektoren mod de frie markedskræfter. Endvidere er det med urette, at Retten har fundet, at det i relation til bøden udgør en skærpende omstændighed, at statslige myndigheder medvirkede til den af artikel 81 EF omfattede adfærd.

257. Endelig har RZB gjort gældende, at det er en fejl, at Retten ikke har taget den afskrækkende virkning i betragtning ved undersøgelsen af overtrædelsens grovhed »i sig selv«, når den har fremhævet, at der skal foretages en samlet vurdering.

b) Bedømmelse

258. Hvad det første klagepunkt angår mener jeg, at det er med rette, at Retten har fastslået, at overtrædelsens art er af afgørende betydning ved kvalificeringen af overtrædelser »meget alvorlige«.

259. Indledningsvis fremgår det af fast retspraksis, at horisontale priskarteller altid er blevet anset for at høre til de alvorligste overtrædelser af fællesskabsretten, da de indebærer et direkte indgreb i væsentlige konkurrenceparametre [95]. I det foreliggende tilfælde finder jeg det åbenbart, at et priskartel som »Lombard-netværket«, som er så stort, som Kommissionen har fastslået, og som vedrører en så betydelig sektor som banksektoren, ikke kan undgå at blive kvalificeret som en meget alvorlig overtrædelse.

95 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 118, samt Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 103, og af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 262.

260. Endvidere fastslog Retten i dom af 30. september 2003, Michelin mod Kommissionen [96], at grovheden af overtrædelsen kan fastslås med henvisning til den ulovlige adfærds karakter og formål, og at forhold, der vedrører formålet med en adfærd, kan have større betydning ved bødefastsættelsen end de omstændigheder, der vedrører adfærdens virkninger [97]. Domstolen har bekræftet denne vurdering ved at fastslå, at virkningen af en konkurrencebegrænsende adfærd ikke er et afgørende kriterium ved fastsættelsen af et passende beløb for bøden [98].

261. Endelig fremgår det, således som Retten korrekt anfører i præmis 240 i den appellerede dom, af retningslinjerne, herunder navnlig beskrivelsen af »meget alvorlige overtrædelser«, at priskarteller kan kvalificeres som »meget alvorlige« alene på grund af deres art, uden at Kommissionen behøver at påvise en konkret indvirkning på markedet af overtrædelsen eller vurdere udstrækningen af det berørte marked [99]. Denne form for aftale kan således på grund af selve sin art udgøre en meget alvorlig overtrædelse uanset dens konkrete indvirkning på markedet og dens geografiske udstrækning.

262. Retten kan følgelig ikke kritiseres for at have fastslået, at de tre kriterier, der angives i retningslinjernes punkt 1 A, ikke har den samme betydning ved vurderingen af grovheden af en overtrædelse.

263. Hvad det andet klagepunkt angår har jeg allerede anført i punkt 245-251 i dette forslag til afgørelse, at Retten ved vurderingen af overtrædelsens grovhed med føje kunne tage andre elementer i betragtning end dem, der udtrykkeligt er nævnet i retningslinjerne. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster dette klagepunkt som grundløst.

264. Med hensyn til det tredje og det fjerde klagepunkt har appellanten i det væsentlige kritiseret vægtningen af de kriterier, der er lagt til grund for vurderingen af grovheden af overtrædelsen. Som følge af den rolle, der påhviler Domstolen under en appelsag, mener jeg ikke, at det tilkommer den at behandle dette spørgsmål. Jeg foreslår derfor, at den afviser de nævnte klagepunkter.

265. På baggrund af det foranstående som helhed mener jeg, at det andet led af dette anbringende bør forkastes.

96 — Sag T-203/01, Sml. II, s. 4071.

97 — Præmis 258 og 259.

98 — Dommen i sagen Thyssen Stahl mod Kommissionen, præmis 118.

99 — Jf. ligeledes Rettens dom af 26.4.2007, forenede sager T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 og T-126/02, T-128/02 og T-129/02, T-132/02 og T-136/02, Bolloré m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 947, præmis 447. Af denne dom er der iværksat appeller, som i øjeblikket verserer for Domstolen (sagerne C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P). Appellerne vedrører dog ikke dette punkt.

3. Anbringendets tredje led: fejlagtig vurdering for så vidt angår »overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet«

a) Parternes argumenter

266. RZB har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at tillade Kommissionen at udlede af den blotte omstændighed, at kartellet blev »gennemført«, at overtrædelsen havde konkret indvirkning på markedet. Denne vurdering strider imod ordlyden af retningslinjerne og er udtryk for, at Retten har sammenblandet betingelsen om »gennemførelse« af aftalerne, som er en betingelse for at anvende artikel 81 EF, med det snævrere kriterium om den »konkrete indvirkning på markedet«, som er relevant som begrundelse for, hvor grov overtrædelsen er. Rettens argumentation er i strid med dommen i sagen Cascades mod Kommissionen [100]. Desuden viser den sagkyndige udtalelse, appellanterne har fremlagt, at aftalerne om de væsentligste produkter ikke havde nogen indvirkning på de vilkår, der rent faktisk fandt anvendelse.

267. BA-CA finder, at overtrædelsens konkrete virkninger på markedet er blevet vurderet urigtigt. Den økonomiske rapport, appellanterne har fremlagt, viser nemlig, at møderne ikke havde sådanne virkninger på de østrigske markeder.

100 — Præmis 53 og 62.

268. Endvidere har Retten ifølge BA-CA tilsidesat principperne for bevisførelse i forbindelse med sin behandling af den økonomiske rapport. Ved at kræve, at en sådan rapport omhandler »aftalernes samlede potentielle virkninger på markedet«, er Retten gået ud over, hvad der kan kræves af en økonomisk rapport, der skal vise, at aftalerne ikke er blevet gennemført, og at der ikke er nogen årsagsforbindelse mellem bankudvalgene og den måde, hvorpå konkurrencen udspillede sig på markedet.

269. Kommissionen har peget på, at den af bankerne fremlagte rapport kun drejede sig om to bankprodukter og ikke om aftalernes potentielle virkninger på markedet. Under alle omstændigheder er det tilstrækkeligt til, at det ikke kan fastslås, at en aftale ikke har nogen indvirkning på markedet, at aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

b) Bedømmelse

270. Det klagepunkt, appellanterne har rejst, mener jeg er et af de vanskeligste i denne sag.

271. Hverken retningslinjerne eller Fællesskabets retspraksis giver nemlig særlig klare oplysninger om, hvornår kriteriet om over-

trædelsens konkrete indvirkning på markedet skal tages i betragtning, og om den måde, hvorpå det eventuelt skal ske.

272. Domstolen har fastslået, at Kommissionen ved vurderingen af overtrædelsens indvirkning på markedet skal lægge den konkurrence til grund, som normalt ville have udspillet sig, hvis der ikke var forekommet nogen overtrædelse [101]. Endvidere har den fastslået, at denne indvirkning ikke er et afgørende kriterium ved fastsættelsen af et passende beløb for bøden, når der er tale om overtrædelser af konkurrencereglerne, som efter deres karakter er alvorlige [102].

273. Desuden kan Kommissionen ifølge retningslinjernes punkt 1 A kun tage hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måle den. Dette må med andre ord betyde, at Kommissionen ikke kan tage hensyn til denne indvirkning ved bødeudmålingen, hvis den ikke er målelig.

274. Til gengæld fremgår det med hensyn til horisontale priskarteller og markedsopdelende karteller af retningslinjerne, herunder navnlig beskrivelsen af »meget alvorlige overtrædelser«, at sådanne karteller kan kvalificeres som »meget alvorlige« alene på grund af deres art, uden at Kommissionen behøver at påvise en konkret indvirkning på markedet af overtrædelsen eller vurdere det berørte markeds udstrækning [103]. I så fald udgør overtrædelsens konkrete indvirkning et blandt flere elementer, som, hvis det er måleligt, kan give Kommissionen anledning til at forhøje bøden ud over tærsklen på 20 mio. EUR.

275. Om end retningslinjerne har kastet lys over den måde, hvorpå Kommissionen vurderer en overtrædelses grovhed, er der stadig megen usikkerhed om, hvad udtrykket »når den kan måles« dækker. I hvor høj grad skal Kommissionen være i stand til at måle overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet for at tage den i betragtning ved udmålingen af bøden? Er det tilstrækkeligt til at drage den konklusion, at overtrædelsen har haft en konkret indvirkning på markedet, at Kommissionen ved bødeudmålingen viser, at aftalerne er blevet gennemført, således som Retten fastslår i den appellerede dom, eller skal den også fremlægge andre indicier?

276. Jeg mener ikke, at Fællesskabets retsinstanser har givet et klart svar på dette spørgsmål, når det stadig er usikkert, hvilke elementer Kommissionen skal tage i betragtning.

101 — Jf. dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 619 og 620, og Rettens dom af 8.10.2008, sag T-73/04, Carbone-Lorraine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2661, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis.

102 — Dommen i sagen Thyssen Stahl mod Kommissionen, præmis 118.

103 — Jf. ligeledes dommen i sagen Bolloré m.fl. mod Kommissionen, præmis 447, og den appellerede dom, præmis 240.

i) Fællesskabets retsinstansers holdning

277. Retten finder ifølge fast retspraksis, at Kommissionen ikke er forpligtet til at foretage en nøje kvantificering af den konkrete indvirkning af en overtrædelse eller en vurdering, der er underbygget af tal [104]. Retten har således henvist til de vanskeligheder, det kan indebære for Kommissionen, at »bevis[et] [for en overtrædelses konkrete virkninger på markedet] indebærer en sammenligning mellem den situation, der følger af overtrædelsen, og den situation, der ville have foreligget uden overtrædelsen, og som efter sin art er hypotetisk« [105].

278. Ifølge Retten skal et kartels konkrete indvirkning på markedet derfor anses for tilstrækkeligt godtgjort, når Kommissionen er i stand til at fremlægge konkrete og troværdige indicier, som med en rimelig sandsynlighed godtgør, at kartellet har haft en indvirkning på markedet [106].

104 — Rettens domme af 27.9.2006, sag T-322/01, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3137, præmis 71-80, navnlig præmis 75 og 133-144, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 151-163, navnlig præmis 155, sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3627, herefter »dommen i sagen Archer Daniels Midland II«, præmis 157-168, navnlig præmis 161, Rettens dom af 8.7.2008, sag T-52/03, Knauf Gips mod Kommissionen, præmis 388-415, navnlig præmis 392, sag T-53/03, BPB mod Kommissionen, præmis 297-322, navnlig præmis 301, og sag T-54/03, Lafarge mod Kommissionen, Sml. II, s. 1333, præmis 575-604, navnlig præmis 583.

105 — Rettens dom af 5.4.2006, sag T-279/02, Degussa mod Kommissionen, Sml. II, s. 897, præmis 231.

106 — Ibidem.

279. Fastslåelsen af dette har dannet udgangspunkt for to tendenser i retspraksis.

280. Retten finder ifølge den første, at Kommissionen med føje kan udlede af den omstændighed, at et kartel er blevet gennemført, at det har haft en konkret indvirkning på markedet.

281. Det er denne tendens, Retten har fulgt i den appellerede dom på samme måde som i dommene i sagerne Groupe Danone mod Kommissionen [107] og Brasserie nationale mod Kommissionen [108].

282. Den indebærer normalt, at der lægges mindre vægt på kriteriet om en konkret indvirkning på markedet og på de krav, der er forbundet med at påvise en sådan, således at Kommissionen uden at være forpligtet til at tage hensyn dertil som omhandlet i retningslinjerne kan kvalificere en aftale om priser eller opdeling af markeder som en meget alvorlig overtrædelse [109].

107 — Inden for rammerne af appellen af denne dom skulle Domstolen ikke tage stilling til dette spørgsmål.

108 — Rettens dom af 27.7.2005, forenede sager T-49/02 — T-51/02, Sml. II, s. 3033.

109 — Dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 150, og i sagen Brasserie nationale mod Kommissionen, præmis 178 og 179, samt den appellerede dom, præmis 240.

283. Når det drejer sig om et priskartel som »Lombard-netværket«, kan Kommissionen ifølge Retten med føje udlede, at overtrædelsen har haft virkninger på markedet, fordi deltagerne i kartellet har truffet foranstaltninger til at anvende de aftalte priser [110]. Under alle omstændigheder har Retten fastslået, at det ikke kan kræves af Kommissionen, at den, når en kartelaftales gennemførelse er godtgjort, systematisk viser, at aftalerne faktisk har gjort det muligt for de berørte virksomheder at nå et højere faktureringsprisniveau end det, som ville have været gældende, hvis der ikke havde eksisteret et kartel, idet dette ville kræve betydelige ressourcer og nødvendiggøre hypotetiske beregninger [111].

284. Endvidere tillægger Retten det afgørende betydning, at parterne har udvist vilje til at give deres aftaler en konkret virkning. Den anfører således, at »[h]vad der efterfølgende skete med de markedspriser, der faktisk blev opnået, kunne blive påvirket af andre faktorer, som kartellets medlemmer ikke havde kontrol over«, og fastslår, at disse ikke kunne drage fordel af eksterne faktorer, som modvirkede deres egne bestræbelser [112].

285. Denne retspraksis har Retten ligeledes fulgt i en række nyligt afsagte domme, bl.a. dommene af 18. juni 2008 i sagen Hoechst mod Kommissionen [113] og Carbone-Lorraine mod Kommissionen [114].

286. Ifølge den anden tendens i retspraksis skal Kommissionen for at fastslå, at et kartel har haft en faktisk indvirkning på markedet, ifølge Retten mere end blot bevise, at det er blevet gennemført.

287. I Rettens dom af 12. september 2007 i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen [115] bemærkede den, at »den omstændighed, at en aftale gennemføres, ikke nødvendigvis indebærer, at den har konkrete virkninger på markedet« [116]. Retten fandt i denne sag, at Kommissionen ved bødeudmålingen ikke havde kunnet fastslå, at aftalen havde haft en konkret indvirkning på markedet, alene på grundlag af et årsag-virkning-forhold, og indskrænke sig til at bemærke, at den var blevet gennemført.

288. Endvidere bemærkede Retten i sine domme af 27. september 2006 i sagen Roquette Frères mod Kommissionen og Archer Daniels Midlands mod Kommissionen [117] vedrørende kartellet på natriumgluconatmarkedet, at »den omstændighed, at et

110 — Den appellerede dom, præmis 285.
111 — Ibidem (præmis 286 og den deri nævnte retspraksis).
112 — Ibidem (præmis 287 og den deri nævnte retspraksis).
113 — Sag T-410/03, Sml. II, s. 881, præmis 345 og 348.
114 — Præmis 84-87.
115 — Sag T-30/05. Denne dom er blevet appelleret til Domstolen (sag C-534/07 P).
116 — Præmis 110.
117 — Sag T-329/01, Sml. II, s. 3255, herefter »dommen i sagen Archer Daniels Midlands I«.

kartel rent faktisk er blevet gennemført, [er] en første indikation for, at kartellet har haft en konkret indvirkning, eftersom det er en nødvendig forudsætning for, at et kartel kan have haft en konkret indvirkning, at det rent faktisk er blevet gennemført« [118]. Dette kan udgøre en stærk indikation, dog under forudsætning af, at Kommissionen ikke kun har undersøgt dette punkt [119].

289. I de sager, der førte til de førnævnte to domme, havde Kommissionen således ikke kun henvist til, at kartellet var blevet gennemført »omhyggeligt«, men ligeledes påvist, at der havde været en vis overensstemmelse mellem de priser, kartellet havde fastsat, og dem, de berørte virksomheder rent faktisk havde opkrævet. Kommissionen havde også fremhævet størrelsen af virksomhedernes markedsandel på det relevante marked og de bestræbelser, de havde lagt i tilrettelæggelsen, opfølgningen og overvågningen af aftalerne [120].

290. Endvidere fastslog Retten i dommene af 27. september 2006 i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen og Archer Daniels Midlands II vedrørende kartellet på citronsyremarkedet, at Kommissionen havde vurderet kartellets indvirkning på markedet korrekt, idet den havde påvist, at kartellet var blevet gennemført »omhyggeligt«, og at der havde været en vis overensstemmelse mellem de priser, kartellet havde fastsat, og dem, de berørte virksomheder faktisk havde opkrævet, og fremhævet størrelsen af deres markedsandele på det relevante marked og kartellets varighed [121].

291. Endelig fastslog Retten i dommene af 8. juli 2008 i sagen Knauf Gips mod Kommissionen, BPB mod Kommissionen og Lafarge mod Kommissionen vedrørende kartellet på markedet for gipsplader, at Kommissionen — bortset fra markedsandelenes stabilitet — havde ført tilstrækkeligt bevis for overtrædelsens virkninger ved at vise, at karteldeltagerne havde kontrolleret størstedelen af det pågældende marked, at de mellem parterne indgåede aftaler var blevet gennemført og havde haft tendens til bringe priserne op på et højere niveau end det, som havde kunnet opnås uden disse. Ifølge Retten tydede alle disse indikationer på, at overtrædelsen havde kunnet få betydelige konkurrencebegrænsende virkninger [122].

292. Ovennævnte domme er kun eksempler på den praksis, der følges af Retten, som normalt kræver flere beviser af Kommissionen end alene et bevis for, at kartellet er blevet gennemført. Retten havde i de nævnte domme anledning til at angive, hvor stor betydning der skal lægges på hver enkelt af de anførte indikationer.

293. Med hensyn til den indikation, at kartellet er blevet gennemført, finder Retten, at dens betydning kan øges i takt med

118 — Henholdsvis præmis 77 og 180.
119 — Henholdsvis præmis 78 og 181.
120 — Henholdsvis præmis 76-78 og 179-181.
121 — Henholdsvis præmis 156-159 og 162-166.
122 — Henholdsvis præmis 393 og 394, 302 og 303 samt 585 og 586.

kartellets varighed. Ifølge Retten kan et velfungerende og komplekst kartel, der drejer sig om prisfastsættelse, markedsopdeling og informationsudveksling, medføre betydelige administrations- og driftsomkostninger. Det forekommer den derfor rimeligt at finde, at det forhold, at virksomhederne på trods af de risici, som er forbundet med en sådan ulovlig aktivitet, har ladet overtrædelsen fortsætte og draget omsorg for, at den blev administreret effektivt gennem så lang en periode, viser, at medlemmerne har opnået en vis fortjeneste ved kartellet, og at dette følgelig har haft en konkret indvirkning på det pågældende marked [123].

294. Med hensyn til den indikation, der drejer sig om størrelsen og stabiliteten af virksomhedernes markedsandele, finder Retten, at denne faktor ikke i sig selv er tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en konkret indvirkning. Den omstændighed, at kartelparterne har hovedparten af markedet, vedrører nemlig ifølge Retten kartellets formål og ikke dets virkninger. Der er følgelig tale om en indikation, der godtgør, at overtrædelsen kan have haft mærkbare konkurrencestridige virkninger, og ikke, at dette faktisk har været tilfældet [124]. Ifølge Retten skal Kommissionen derfor ved vurderingen af denne faktor tage hensyn til oplysninger om, hvordan situationen på det pågældende marked var, før kartellet blev dannet. Desuden finder Retten, at betydningen af dette indicium vokser, jo længere kartellet varer [125].

295. Med hensyn til indikationerne vedrørende en samordnet udvikling i priserne har Retten anlagt to synsvinkler.

296. I dommene i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen og i sagen Archer Daniels Midland II bemærkede Retten, at der ved kontrollen af Kommissionens vurdering vedrørende kartellets konkrete indvirkning på markedet »især [skal] foretages en undersøgelse af vurderingen af virkningerne af aftalen om priser«. Ifølge Retten skal Kommissionen således med en rimelig grad af sandsynlighed have fastslået, at aftalerne faktisk har givet de berørte parter muligheder for at fastsætte priserne på et højere niveau end det, der ville have været gældende uden kartellet. Kommissionen skal i den forbindelse have taget samtlige objektive forhold på det pågældende marked i betragtning under hensyntagen til den økonomiske og eventuelt retlige sammenhæng og påvist, at prisniveauet ikke ville have udviklet sig på samme måde, som priserne faktisk udviklede sig, hvis der havde hersket fri konkurrence [126].

297. I dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen fandt Retten, at en konstant parallelitet mellem de priser, kartelmedlemmerne havde fastsat, og dem, kunderne rent faktisk var blevet opkrævet, betød, at det var »tilstrækkeligt godtgjort, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet, som i retningslinjernes forstand kunne »måles«,

123 — Dommen i sagen Roquette Frères mod Kommissionen, præmis 79, og i sagen Archer Daniels Midland I, præmis 182.

124 — Dommen i sagen Degussa mod Kommissionen, præmis 232.

125 — Dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, præmis 159, og i sagen Archer Daniels Midland II, præmis 165 og 166. Jf. ligeledes dommen i sagen Knauf Gips mod Kommissionen, præmis 395 og 403, i sagen BPB mod Kommissionen, præmis 304 og 312, og i sagen Lafarge mod Kommissionen, præmis 587 og 594.

126 — Dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, præmis 177-190, navnlig præmis 179, og i sagen Archer Daniels Midland II, præmis 180-192, navnlig præmis 182. Jf. ligeledes den holdning, Retten indtog i dommen i sagen Degussa mod Kommissionen, præmis 224.

sammenlignet med den hypotetiske pris, som ville have været gældende, hvis kartellet ikke havde eksisteret, og den pris, der blev anvendt efter kartellets gennemførelse« [127].

298. Derimod fandt Retten i den for nylig afsagte dom i sagen Lafarge mod Kommissionen, at denne, når det er blevet godtgjort, at et kartel er blevet gennemført, ikke behøver systematisk at vise, at aftalerne faktisk har gjort det muligt for de berørte virksomheder at nå et højere faktureringsprisniveau end det, som ville have været gældende, hvis der ikke havde eksisteret et kartel. Det ville ifølge Retten lægge beslag på betydelige ressourcer og nødvendiggøre hypotetiske beregninger baseret på økonomiske modeller, hvis nøjagtighed retsinstansen kun vanskeligt kan efterprøve. Retten fandt i denne sag, at Kommissionen på grundlag af offentliggjorte prislister og fastsatte priser — som ifølge Retten påvirker konkurrencen, selv hvis de kun er vejledende — i fornødent omfang havde påvist, at kartellet havde haft en konkret indvirkning på priserne [128].

299. I dommen i sagen Degussa mod Kommissionen fastslog Retten, at disse indikationer desuden skal bygge på objektive økonomiske faktorer og ikke udgøre rene formodninger [129].

300. Det er på baggrund af disse betragtninger, jeg nu skal undersøge, om der er grundlag for det klagepunkt, RZB har rejst.

ii) Min opfattelse

301. Som anført har appellanten i det væsentlige kritiseret Retten for at have tilladt Kommissionen med henblik på bødeudmålingen at udlede af den blotte omstændighed, at kartellet blev gennemført, at overtrædelsen havde en konkret indvirkning på markedet.

302. Jeg mener, at der er grundlag for dette klagepunkt.

303. Det er nemlig efter min opfattelse vigtigt at opretholde et krav om, at Kommissionen opfylder en høj bevistærskel, når den med

127 — Præmis 185 og den deri nævnte retspraksis.

128 — Dommen i sagen Lafarge mod Kommissionen, præmis 587-593. Jf. ligeledes dommen i sagen Knauf Gips mod Kommissionen, præmis 396-402, og i sagen BPB mod Kommissionen, præmis 307-311.

129 — Præmis 240 og den deri nævnte retspraksis.

henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og udmålingen af bøden fastslår, at et kartel har haft indvirkning på markedet.

304. Ifølge Domstolens praksis og retningslinjerne er Kommissionen ganske vist ikke forpligtet til at tage overtrædelsens indvirkning på markedet i betragtning, når der er tale om en særlig grov overtrædelse såsom den, det drejer sig om i den foreliggende sag.

305. Men hvis Kommissionen gør gældende, at overtrædelsen har haft konkret indvirkning, kan den vurdere den til at være grovere og forhøje grundbeløbet for bøden ud over den i retningslinjerne fastsatte tærskel.

306. Efter min mening kan de bøder, som er omhandlet i artikel 15 i forordning nr. 17, i betragtning af deres art og størrelse sidestilles med en straf, selv om de i egentlig forstand har karakter af en administrativ sanktion. Derfor bør Kommissionens indgriben, som først og fremmest er straffende, i henseende til både proceduren og realiteten overholde strafferettens principper, og Kommissionen bør følgelig føre bevis for de omstændigheder, den lægger til grund ved udmålingen af sanktionen.

307. Det gælder så meget mere, når der er tale om en meget grov overtrædelse, eftersom Kommissionen kun er bundet af det loft, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. I modsætning til, når der er tale om overtrædelser, der kvalificeres som »lidet alvorlige« eller »alvorlige«, kan Kommissionen nemlig gå langt ud over den tærskel på 20 mio. EUR, der angives i retningslinjernes punkt 1 A, tredje led, hvilket giver den et vidt skøn.

308. Hvis Kommissionen derfor vælger at tage hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, når den vurderer dens grovhed og fastsætter bøden for den, bør den kunne fremlægge konkrete, troværdige og tilstrækkelige indicier, der godtgør, at overtrædelsen har haft konkrete virkninger på markedet, og at der er en årsagsforbindelse mellem den konkurrencebegrænsende aftale og ændringen af den måde, hvorpå konkurrencen har udspillet sig på markedet.

309. Det er imidlertid ikke den holdning, Retten har anlagt i den appellerede dom.

310. Skønt Retten i præmis 288 i den appellerede dom korrekt bemærker, at »Kommissionen [med rette kunne lægge] gennemførelsen af kartelaftalen til grund«, har den således efter min mening begået en retlig fejl ved at afgøre, at denne vurdering var tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der var en indvirkning på markedet.

311. Indledningsvis mener jeg ikke, at den omstændighed, at en aftale gennemføres, nødvendigvis indebærer, at den har konkrete virkninger på markedet, således som Retten fastslog i dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen. Efter min opfattelse kan sådanne virkninger heller ikke »måles« som omhandlet i retningslinjernes punkt 1 A. At en aftale er blevet gennemført, udgør således en væsentlig indikation, idet dette er en forudsætning for, at der kan være en konkret indvirkning på markedet, men det kan efter min opfattelse kun være en første indikation [130].

312. Efter min mening må Kommissionen derudover kunne tilvejebringe indikationer, der bygger på udviklingen i priserne eller virksomhedernes markedsandele, uden at dette kræver betydelige ressourcer. I forbindelse med eksempelvis en prisaftale som »Lombard-netværket« finder jeg det nødvendigt og i fuld overensstemmelse med den bevisforpligtelse, der påhviler Kommissionen, at den på grundlag af de objektive forhold på det pågældende marked undersøger prisaftalens virkninger. En sådan undersøgelse kan gøre det muligt at fastslå, om priserne er blevet forhøjet eller nedsat, efter at aftalerne er blevet gennemført, eller om der har været parallelitet mellem de priser, kartellet har fastsat, og dem, der rent faktisk er blevet opkrævet. Det er ved denne vurdering og — således som Retten bemærker i præmis 284 i den appellerede dom — ved vurderingen af en overtrædelses konkrete indvirkning på markedet, at Kommissionen skal henholde sig til de konkurrenceforhold, der normalt ville have eksisteret i fravær af en overtrædelse. Selv om det næppe kan kræves af Kommissionen, at den fremlægger vurderinger, som er underbygget af tal, mener jeg dog, at den på grundlag af en sammenligning af markedssituationen henholdsvis før og efter, overtrædelsen blev begået, vil kunne påvise visse tendenser.

313. Derfor deler jeg heller ikke Rettens argumentation i præmis 287 i den appellerede dom, hvorefter det ikke er nødvendigt at tage de faktisk opnåede markedsprisers niveau i betragtning, da dette kunne være påvirket af andre faktorer, som kartellets medlemmer ikke havde kontrol over. Det er unødvendigt at minde om, at formålet med Kommissionens kontrol er at måle kartellets konkrete indvirkning på markedet, herunder på priserne, hvilket Domstolen har fastslået skal ske under hensyntagen til den økonomiske og retlige sammenhæng.

314. Endelig skal jeg blot bemærke, at jeg ganske vist deler Rettens forståelse for de vanskeligheder, Kommissionen kan komme ud for, når den skal føre bevis for, at kartellet har haft en konkret indvirkning [131], men at jeg ikke mener, at dette i det foreliggende tilfælde kan retfærdiggøre, at Kommissionens bevisførelse har været utilstrækkelig, især når den har baseret sin vurdering på kun én indikation, nemlig at aftalen blev gennemført.

130 — Jf. ovenfor, fodnote 118.

131 — Jf. præmis 286 i den appellerede dom.

315. På baggrund af det foranstående som helhed mener jeg, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden kunne udlede af den omstændighed, at kartellet var blevet gennemført, at overtrædelsen havde haft en konkret indvirkning på markedet.

316. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen fastslår, at der er grundlag for anbringendets tredje led.

4. Anbringendets fjerde led: fejlagtig vurdering for så vidt angår »det relevante markeds udstrækning«

a) Parternes argumenter

317. RZB har kritiseret Retten for i præmis 308-313 i den appellerede dom ikke at have behandlet argumentet om, at den omstændighed, at Republikken Østrigs område åbenlyst og ubestrideligt er af begrænset størrelse, er til hinder for at kvalificere den fastslåede overtrædelse som »meget alvorlig«. Desuden strider en sådan argumentation imod ordlyden af retningslinjerne og Kommissionens beslutningspraksis.

b) Bedømmelse

318. Jeg mener ikke, at der er grundlag for dette led.

319. For det første har Retten — i modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende — klart angivet og i tilstrækkelig grad begrundet, nemlig i præmis 308-313 i den appellerede dom, hvorfor den begrænsede udstrækning af det berørte marked efter dens opfattelse ikke var til hinder for at kvalificere den fastslåede overtrædelse som »meget alvorlig«.

320. Således som Retten korrekt bemærker i præmis 240 i den appellerede dom, og således som jeg anførte i punkt 261 i dette forslag til afgørelse, kan priskarteller som dem, der er tale om i det foreliggende tilfælde, på grund af deres art udgøre en »meget alvorlig« overtrædelse uanset deres indvirkning på markedet og det berørte markeds udstrækning.

321. Endvidere skal det nævnes, at Kommissionens beslutningspraksis ikke kan udgøre den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet [132]. Det fremgår

132 — Dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 205. Jf. ligeledes Rettens dom af 18.7.2005, sag T-241/01, Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, Sml. II, s. 2917, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis.

nemlig af fast retspraksis, at den lære, der kan drages af denne praksis, kun er af vejledende karakter, når oplysningerne om de faktiske omstændigheder i sagerne, såsom hvilke markeder, hvilke produkter, hvilke lande, hvilke virksomheder og hvilke relevante perioder der er tale om, ikke er identiske [133]. Appellanten kan derfor ikke påberåbe sig Kommissionens tidligere beslutninger.

322. Endelig skal det tilføjes, at hverken EF-traktaten, forordning nr. 17, retningslinjerne eller retspraksis giver grundlag for at antage, at kun begrænsninger, der omfatter meget udstrakte markeder, kan kvalificeres som meget alvorlige. Således som Retten korrekt bemærker i præmis 312 i den appellerede dom, har Domstolen fastslået, at en enkelt medlemsstats område, eller endog blot en mindre del heraf, kan anses for at udgøre en væsentlig del af det fælles marked. Desuden berører den fastslåede overtrædelse i det foreliggende tilfælde som nævnt ikke kun Republikken Østrig, men kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

323. På den baggrund mener jeg, at det fjerde led af dette anbringende bør forkastes.

133 — Jf. dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 201.

5. Anbringendets femte led: fejlagtig vurdering fra Rettens side af betydningen af forfølgningens selektive karakter og tilsidesættelse af begrundelsespligten

a) Parternes argumenter

324. Til støtte for det femte led har RZB gjort to klagepunkter gældende.

325. For det første har RZB kritiseret Retten for at have forkastet virksomhedens argument om, at kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« er uforenelig med Kommissionens valg med hensyn til kun at forfølge nogle af de virksomheder, der havde deltaget i overtrædelsen.

326. For det andet har RZB gjort gældende, at Retten har tilsidesat sin begrundelsespligt ved ikke at tage stilling til argumenterne om, dels at bødens høje niveau står i modsætning til den symbolske karakter af en procedure, som — når alt kommer til alt — er rettet mod hele den østrigske banksektor, dels at bøden fører til konkurrenceforvridning, da den kun pålægges 10% af bankerne. Endelig er der et modsætningsforhold mellem kvalificeringen af bøden som »meget alvorlig« og klagepunktet om, at der er begået en uretfærdighed mod individuelle virksomheder.

b) Bedømmelse

327. Hvad det første klagepunkt angår mener jeg, i lighed med Kommissionen, at det kun udgør en ordret gengivelse af et anbringende, som allerede er blevet fremført for Retten, og at det ikke angiver til nogen retlig fejl. I overensstemmelse med de principper, jeg sammenfattede i punkt 65 i dette forslag til afgørelse, foreslår jeg, at Domstolen afviser det.

328. Det andet klagepunkt om manglende begrundelse i den appellerede dom mener jeg ikke bør tiltrædes [134].

329. Indledningsvis bestemmes det i artikel 36 i statutten for Domstolen, som i medfør af statuttens artikel 53 også gælder for Retten, at »[d]ommene skal begrundes«.

330. Ifølge Domstolen skal begrundelsen for en dom klart og utvetydigt angive Rettens argumentation, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne afgørelse og Domstolen udøve sin domstolskontrol [135]. Når der er tale om et søgsmål på grundlag af artikel 230 EF, indebærer begrundelsespligten naturligvis, at Retten tager stilling til de annullationsanbringender, appellanten har påberåbt sig, og angiver grundene til, at anbringendet er blevet forkastet eller den anfægtede retsakt annulleret. I forbindelse navnlig med gennemførelsen af artikel 81 EF og artikel 15 i forordning nr. 17 har Domstolen fastslået, at det påhviler den at efterprøve, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden [136].

331. I dommen i sagen Connolly mod Kommissionen har Domstolen dog fastsat grænser for denne forpligtelse til at tage stilling til de påberåbte anbringender [137]. Den har fastslået, at begrundelsen for en dom skal vurderes på baggrund af omstændighederne i sagen [138], og at det ikke kan kræves, at Retten tager »nærmere stilling til hvert eneste anbringende, som påberåbes af appellanten, navnlig når det ikke er tilstrækkeligt klart og præcist og ikke er underbygget af udførlige beviser« [139].

134 — Ifølge fast retspraksis udgør spørgsmålet om, hvorvidt Retten har taget stilling til parternes anbringender og behørigt begrundet sin dom, et retsspørgsmål, der som sådant kan rejses under en appelsag (jf. bl.a. dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

135 — Jf. i denne retning dom af 14.5.1998, sag C-259/96 P, Rådet mod De Nil og Impens, Sml. I, s. 2915, præmis 32-34, og af 17.5.2001, sag C-449/98 P, IECC mod Kommissionen, Sml. I, s. 3875, præmis 70, kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 58, den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s. 4971, præmis 52, og den 25.6.1998, sag C-159/98 P(R), Antilles néerlandaises mod Rådet, Sml. I, s. 4147, præmis 70.

136 — Jf. den retspraksis, hvortil der henvises ovenfor i fodnote 19 i dette forslag til afgørelse.

137 — Dom af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Sml. I, s. 1611.

138 — Præmis 120.

139 — Præmis 121. Jf. ligeledes dom af 11.9.2003, sag C-197/99 P, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8461, præmis 81.

332. På baggrund af det ovenstående mener jeg ikke, at Retten var forpligtet til at tage stilling til de pågældende argumenter fra appellantens side.

333. Retten fastslog således i præmis 315 i den appellerede dom, at den forudsætning, appellanten havde lagt til grund, nemlig at Kommissionen havde forfulgt virksomhederne på en selektiv og symbolsk måde, var urigtig. Den anførte, at Kommissionen i realiteten havde udvalgt adressaterne for beslutningen på grundlag af hyppigheden af deres deltagelse i de vigtigste udvalg [140]. På den baggrund mener jeg ikke, at Retten var forpligtet til også at behandle appellantens øvrige argumenter, der byggede på denne forudsætning.

334. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at dette femte led ikke kan antages til realitetsbehandling, og at det savner grundlag.

6. Anbringendets sjette led: mangel på en samlet vurdering af overtrædelsens grovhed

a) Parternes argumenter

335. RZB har kritiseret Retten for ikke at have foretaget en samlet vurdering af overtrædelsens grovhed under hensyn såvel til samtlige de i retningslinjerne angivne aspekter (overtrædelsens art, dens konkrete indvirkning og det berørte markeds udstrækning) som en række ydre faktorer, nemlig den østrigske banksektors økonomiske betydning, manglen på behov for en afskrækkende virkning og forfølgelsens selektive karakter. Hvis Retten havde foretaget en sådan vurdering, ville den have konstateret, at den omhandlede overtrædelse ikke kunne kvalificeres som »meget alvorlig«.

b) Bedømmelse

336. Jeg mener ikke, at der er grundlag for dette argument. Jeg fandt nemlig ved behandlingen af det første led af dette anbringende, at Retten ikke har gjort sig skyldig i en fejlagtig vurdering ved at fastslå, at Kommissionen med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed kunne tage elementer i betragtning, som ikke er udtrykkeligt nævnt i retningslinjerne, herunder bl.a. »ydre elementer« [141]. Appellanten har i realiteten

140 — Betragtning 470 til den anfægtede beslutning.

141 — Punkt 245-251 i dette forslag til afgørelse.

fremsat et led, som jeg mener ganske enkelt strider imod, hvad appellanten har gjort gældende inden for rammerne af anbringendets første led.

337. Dette sjette led bør følgelig forkastes som grundløst.

7. Anbringendets syvende led: fejlagtig vurdering i forbindelse med inddelingen af appellanterne i kategorier

338. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at det østrigske bankmarked er kendetegnet af såkaldt »decentraliserede« bankgrupper med en flerstrenget struktur.

339. Sparekasserne og industri-andelsbankerne har en tostrenget struktur og land-andelsbankerne (Raiffeisenbanker) en trestrenget struktur. Inden for hver af disse flerstrengede sektorer (herefter »sparekassesektoren«, »land-andelsbanksektoren«, »industri-andelsbanksektoren« og under ét »de decentrale sektorer«) udfører et centralt institut hjælpe- og servicefunktioner for sektorens banker. Erste, RZB og ÖVAG er det centrale institut i henholdsvis sparekassesektoren, land-andelsbanksektoren og industri-andelsbanksektoren.

340. Ifølge retningslinjernes punkt 1 A kan Kommissionen for meget alvorlige overtrædelser variere grundbeløbet for bøderne efter virksomhedernes faktiske økonomiske muligheder for at fordreje konkurrencen.

341. I de foreliggende sager fandt Kommissionen i betragtning 515 til den anfægtede beslutning, at denne form for differentieret behandling navnlig var hensigtsmæssig, fordi der var betydelige størrelsesforskelle mellem de virksomheder og bankgrupper, der havde deltaget i »Lombard-netværket«.

342. Kommissionen inddelte derfor adressaterne for den anfægtede beslutning i fem kategorier på grundlag af de oplysninger, der forelå om deres markedsandele. Med hensyn til Erste, RZB og ÖVAG fandt den, at disse virksomheder på grund af deres stilling som centrale institutter for de decentrale sektorer, dvs. henholdsvis sparekasserne, land-andelsbankerne og industri-andelsbankerne, burde tillægges de markedsandelene, deres respektive sektorer repræsenterede, for at opnå et mere korrekt billede af deres økonomiske styrke på markedet. Erste og RZB blev herefter klassificeret i første kategori, men ÖVAG blev klassificeret i tredje kategori.

a) Appellanternes klagepunkter

343. For det første har Erste, RZB og ÖVAG — med forbehold af en række særlige omstændigheder, der knytter sig til deres respektive forhold — anfægtet princippet i en sådan tillæggelse af markedsandele. De mener, at Retten i retlig henseende har tilsidesat betingelserne for, at Kommissionen ved klassificeringen i kategorier kunne tillægge dem de markedsandele, deres respektive sektorer tegnede sig for, på grund af deres stilling som centrale institutter. Appellanterne har hvad dette angår gjort gældende, at tillæggelsen af markedsandelene er i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, princippet om, at en sanktion skal være forholdsmæssig, princippet om individuelt ansvar for overtrædelser inden for konkurrenceretten og ligebehandlingsprincippet.

344. For det andet finder Erste, RZB og ÖVAG, at Retten har tilsidesat virksomhedernes ret til forsvar.

345. For det tredje har de gjort gældende, at Retten ikke har opfattet deres rolle og funktioner inden for bankgrupperne korrekt.

346. For det fjerde har Erste hævdet, at det, Retten har fastslået om sparekassegruppens markedsandel, er fejlagtigt.

347. For det femte har ÖVAG gjort gældende, at Retten har gengivet de beviser, den er blevet forelagt, urigtigt.

i) Første klagepunkt: det retsstridige i at tillægge de centrale institutter de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede

348. Erste, RZB og ÖVAG har fremsat en række argumenter til støtte for dette klagepunkt.

— Princippet i tillæggelsen og de vurderingskriterier, der blev anvendt i dette øjemed

349. Erste, RZB og ÖVAG har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i præmis 356 og 373 i den appellerede dom at fastslå, at Kommissionen ved med henblik på bødeberegningen at tillægge dem de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer tegnede sig for, ikke pålagde dem ansvaret for de pågældende bankers ulovlige adfærd, men kun pålagde dem en sanktion »for deres egen adfærd«.

350. Ifølge Erste, RZB og ÖVAG er denne tillæggelse af markedsandele i realiteten

ensbetydende med at pålægge dem ansvaret for de overtrædelser, bankerne inden for deres decentrale sektorer begik, idet disse bankers markedsposition indgår fuldt ud i grundlaget for bødeberegningen. Erste, RZB og ÖVAG mener derfor, at denne tillæggelse af markedsandele skulle have været bedømt på grundlag af de kriterier, Domstolen har fastlagt for, hvordan ansvaret for overtrædelser kan pålægges inden for en gruppe af selskaber, dvs. om det er muligt at kontrollere en virksomhed, og om der er tale om en økonomisk enhed.

351. Kommissionen og Retten har ved at basere sig på de stabile relationer inden for bankgrupperne og de hjælpe- og servicefunktioner, de centrale institutter udfører, omgået de strenge krav, der stilles i retspraksis.

352. Kommissionen har gjort gældende, at det afgørende kriterium ved inddelingen i kategorier var en sammenligning af den reelle styrke på markedet, hvis grundlag var de stabile relationer mellem de decentrale banker og deres centrale institutter.

— Tilsidesættelsen af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, princippet om, at en sanktion skal være forholdsmæssig, princippet om individuelt ansvar for overtrædelser inden for konkurrenceretten og ligebehandlingsprincippet

353. Erste har gjort gældende, at det udgør en tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, sammenholdt med punkt 1 A, sjette afsnit, i retningslinjerne, at de ca. 70 østrigske sparekassers markedsandele blev tillagt de centrale institutter (GiroCredit eller Erste) [142]. Den nævnte bestemmelse giver nemlig ikke mulighed for at tillægge en virksomhed de markedsandele, andre virksomheder inden for den samme økonomiske sektor råder over.

354. Erste og RZB har ligeledes gjort gældende, at en sådan tillæggelse strider imod princippet om individuelt ansvar for overtrædelser inden for konkurrenceretten og princippet om, at en sanktion skal være forholdsmæssig.

355. Endelig har RZB og ÖVAG hævdet, at Retten ligeledes har tilsidesat ligebehandlingsprincippet. RZB har i denne henseende

142 — Denne tillæggelse af markedsandele vedrører GiroCredit i perioden fra 1995 til oktober 1997, hvor GiroCredit var det centrale institut i sektoren, og Erste i perioden fra oktober 1997 til juni 1998, hvor Erste efter overtagelsen af GiroCredit blev det centrale institut i sektoren.

kritiseret Retten for ved klassificeringen i kategorier at have sidestillet de decentrale sektorers centrale institutter med store centraliserede banker. Ifølge appellanten burde Retten have undersøgt, om det ikke havde været passende kun at medregne en del af de markedsandele, hver enkelt berørt sektor repræsenterede, for at tage hensyn til, at et centralt institut som RZB kun videresender oplysninger, når det deltager i udvalgsmøder mellem bankerne, da det ikke kan handle på bankernes vegne og ikke kan give instruks om at gennemføre eventuelle aftaler.

356. Kommissionen har anført, at tillæggelsen af markedsandelene i den anfægtede beslutning ikke bygger på fastslåelsen af specifikke omstændigheder vedrørende de decentrale bankers faktiske deltagelse i overtrædelsen, men udelukkende på, at Kommissionen havde pålagt de centrale institutter en sanktion for deres egen adfærd. Ingen er i det foreliggende tilfælde blevet pålagt ansvaret for en anden virksomheds adfærd.

357. Med hensyn til de af RZB fremsatte argumenter har Kommissionen indledningsvis anført, at de bøder, der blev pålagt de centrale institutter, i overensstemmelse med artikel 15 i forordning nr. 17 ikke overskred loftet på 10% af virksomhedens omsætning. Dette udgør en forskel i forhold til den situation, hvori det ville have været nødvendigt at medregne hele koncernens omsætning, hvis det centrale institut og de decentrale banker var blevet betragtet som en økonomisk enhed. Endvidere har Kommissionen peget på, at appellanten ikke har angivet, på hvilken måde forskellige situationer er blevet behandlet ens uden en behørig begrundelse.

358. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at det argument, der tager sigte på en efterprøvelse af bødens forholdsmæssighed, ikke kan antages til realitetsbehandling, da Domstolen af billighedsgrunde ikke kan lade sin vurdering træde i stedet for Rettens.

ii) Andet klagepunkt: tilsidesættelse af retten til forsvar

359. Erste og ÖVAG kritiserede for Retten Kommissionen for ikke at have nævnt i klagepunktsmeddelelsen, at den agtede at tillægge de centrale institutter de respektive gruppers markedsandele med henblik på bødeberegningen.

360. I deres respektive appelskrifter har Erste og ÖVAG hævdet, at Retten har tilsidesat deres ret til forsvar ved i præmis 369 i den appellerede dom at fastslå, at angivelsen i klagepunktsmeddelelsen om, at de var de centrale institutter i henholdsvis sparekasse- og industri-andelsbanksektoren, var tilstrækkelig.

361. Ifølge Erste og ÖVAG burde Kommissionen ikke have indskrænket sig til en generel bemærkning, men have meddelt virksomhederne, hvilke konklusioner den agtede at drage af alle de faktiske omstændigheder vedrørende overtrædelsen.

iii) Tredje klagepunkt: fejlagtig opfattelse af de centrale institutters rolle og funktioner inden for bankgrupperne

362. Erste, RZB og ÖVAG har kritiseret Retten for ikke at have forstået deres rolle og funktioner inden for bankgrupperne korrekt.

363. Erste har bestridt, at Erste, således som Retten fastslår i præmis 401 i den appellerede dom, havde til opgave at »repræsentere« sparekassesektoren på bankudvalgsmøderne.

364. ÖVAG har fremhævet, at ÖVAG, i modsætning til, hvad Retten har fundet, ikke har nogen mulighed for at forpligte de selvstændige industri-andelsbanker, og at ÖVAG og disse ikke tilsammen udgør en økonomisk enhed.

365. RZB har hævdet, at RZB, i modsætning til, hvad der angives i præmis 405 i den appellerede dom, ikke rådede over »større ekspertise og bedre oplysninger« end bankerne i dens decentrale sektor. Under alle omstændigheder var de af Retten fastslåede oplysninger om de forbindelser, RZB opretholder med sin den decentrale sektor, til hinder for at tillægge RZB samtlige markedsandele inden for denne sektor. Endelig har appellanten gjort gældende, at denne ikke har muligheder for at forvolde personer skade, der er sammenlignelige med de store hierarkisk organiserede bankers, og understreget, at RZB heller ikke havde mulighed for at drage fordel af den omtvistede praksis, da RZB ikke har nogen individuel markedsandel af betydning eller andel i den fortjeneste, sektorens banker opnår.

iv) Fjerde klagepunkt: fejlagtig bestemmelse af Erstes og sparekassegruppens markedsandele

366. Erste har gjort gældende, at Retten har begået en fejl ved ikke at have fastslået, at Kommissionen lagde en for høj ansættelse af virksomhedens markedsandele til grund, da den klassificerede den i en af kategorierne. Både før og efter fusionen med GiroCredit var Erstes markedsandel nemlig klart mindre end den, Kommissionen gik ud fra, og som Retten anerkender i præmis 455 og 458 i den appellerede dom.

367. Retten har derfor begået en retlig fejl i præmis 457 i den appellerede dom ved at fastslå, at Erste stadig skulle være klassificeret i første kategori, og at det pågældende klagepunkt, for så vidt der var grundlag for det, ikke ville kunne rejse tvivl om bestemmelsen i den anfægtede beslutning. Retten har derved tilsidesat ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet, idet den med henblik på klassificeringen i kategorier ikke har skelnet mellem, om en virksomhed har en markedsandel på 30% eller en markedsandel på 17%.

368. Kommissionen har gjort gældende, at den, uanset den nøjagtige størrelse af Erstes markedsandel, havde beføjelse til at klassificere Erste i første kategori efter fusionen med GiroCredit. Kommissionen mener ikke, at argumentet om, at den tog de markedsandele, Erste Österreischiche Spar-Casse-Bank AG (dvs. Erste før fusionen med GiroCredit, herefter »EÖ«) tegnede sig for, og virksomhedens adfærd i betragtning to gange, kan antages til realitetsbehandling, eftersom Erste søger at opnå en fornyet behandling af de faktiske omstændigheder, hvilket falder uden for Domstolens kompetence.

v) Femte klagepunkt: urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder og beviser

369. ÖVAG har gjort gældende, at Rettens vurdering bygger på en urigtig gengivelse af beviserne i sagens akter. Informationsudvekslingen og ÖVAG's angivelige virksomhed som koordinator og repræsentant for de decentrale industri-andelsbanker er således aldrig blevet bevist (præmis 401-406 i den appellerede dom). Endvidere har Retten for at forklare, hvorfor ÖVAG skulle tillægges de markedsandele, sektorens banker repræsenterede, med urette henvist til en dom, som Verfassungsgerichtshof (Østrigs forfatningsdomstol) afsagde den 23. juni 1993 (præmis 392-401 i den appellerede dom). ÖVAG deltog nemlig ikke i den pågældende sag, og den nævnte dom drejer sig udelukkende om en række aspekter af spørgsmålet om »likvide reserver«. Dermed har Retten begået en fejl med hensyn til de faktiske omstændigheder samt en retlig fejl og desuden overskredet grænserne for det skøn, den er tillagt. Endelig har appellanten hævdet, at Retten ikke har taget udtrykkelig stilling til appellantens situation, i modsætning til, hvad den har gjort for så vidt angår Erste, RZB og bankerne i deres respektive sektorer.

370. Kommissionen har henvist til manglen på en forklaring fra appellantens side og påstået klagepunktet afvist. Med hensyn til den fejl, Retten skulle have begået ved at henvise til den dom, Verfassungsgerichtshof har afsagt, har Kommissionen bestridt, at dommen er blevet gengivet urigtigt. Den østrigske domstol udtalte sig formelt og generelt om forholdet mellem de »centrale institutter« og deres »primærbanker«, og land-andelsbankerne er udtrykkeligt omhandlet i dommen. Ifølge Kommissionen har ÖVAG ikke påstået, at ÖVAG's rolle som centralt institut er anderledes end de centrale institutters i de øvrige sektorer.

b) Bedømmelse

i) Første klagepunkt: det retsstridige i at tillægge de centrale institutter de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede

371. Dette klagepunkt rejser efter min mening endnu et vanskeligt punkt i sagen. Det drejer sig om den måde, hvorpå Kommissionen skal udmåle sanktionen under hensyn til det ansvar, som den, der har begået overtrædelsen, må påtage sig.

372. Da Kommissionen i de foreliggende sager beregnede den bøde, der skulle pålægges Erste, RZB og ÖVAG i disses egenskab af centrale institutter, tillagde den dem de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer rådede over. Dette gav Kommissionen anledning til at vurdere Erstes, RZB's og ÖVAG's økonomiske muligheder som omhandlet i retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit.

373. I præmis 356 og 373 i den appellerede dom fastslår Retten, at Kommissionen ikke derved pålagde dem ansvaret for den ulovlige adfærd, bankerne inden for deres sektorer havde udvist, men »[pålagde] dem sanktioner for deres egen adfærd«.

374. Efter min opfattelse har Retten i denne henseende begået en retlig fejl og forsynet den appellerede dom med en inkonsekvent begrundelse.

375. Ved den nævnte argumentation fastslår Retten nemlig, at det centrale institut ikke er ansvarligt for de overtrædelser, bankerne i dets decentrale sektor har begået, men at instituttet med henblik på bødeberegningen ikke desto mindre bør tillægges hele gruppens markedsandele.

376. Det er ikke logisk. Kommissionen kan enten pålægge det centrale institut ansvaret for overtrædelsen, fordi det udgør en økonomisk enhed sammen med sin decentrale sektor, og i så fald lægge hele sektorens faktiske økonomiske muligheder til grund ved bødeberegningen, eller den kan forfølge det centrale institut individuelt for dettes deltagelse i overtrædelsen og ved bødeberegningen kun lægge det centrale instituts markedsandele til grund uden hensyn til de markedsandele, dets decentrale sektor tegner sig for.

377. Rettens fremgangsmåde var således ikke konsekvent. Det er åbenbart, at det forhold, at sanktionen blev udmålt på grundlag af de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede, er ensbetydende med, at de centrale institutter blev »straffet« for den ulovlige adfærd, disse banker havde udvist.

378. Efter min opfattelse kan Kommissionen ved udmålingen af en sanktion og, som i det foreliggende tilfælde, en bøde kun lægge de faktiske økonomiske muligheder til grund, som de virksomheder har, den har fundet er ansvarlige for den overtrædelse, der er begået på markedet. Det fremgår meget klart af retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit, hvori der udtrykkeligt henvises til »*de overtrædende virksomheders* faktiske økonomiske muligheder« [143]. I den anfægtede beslutning blev imidlertid kun de centrale institutter fundet ansvarlige for overtrædelsen. Det peger Retten selv på i præmis 356 i den appellerede dom, når den anfører: »Den anfægtede beslutning baserer ikke tilskrivningen af markedsandelene på specifikke konstateringer vedrørende de decentrale bankers faktiske deltagelse i overtrædelsen«, og »Kommissionen [har] straffet de centrale institutter for deres egen adfærd.«

379. På dette trin af min vurdering finder jeg, at der er grundlag for det første klagepunkt, hvorefter det var retsstridigt at tillægge de centrale institutter de markedsandele, bankerne inden for de decentrale sektorer tegnede sig for, idet det er ufornødent at behandle appellanternes øvrige klagepunkter, og at det første anbringendes syvende led bør tiltrædes.

380. På baggrund af det foranstående mener jeg således, at der er grundlag for det første anbringendes tredje og syvende led. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen fastslår, at der er grundlag for dette anbringende, ifølge hvilket der er begået retlige fejl vedrørende vurderingen af overtrædelsens grovhed, og ophæver den appellerede dom, i den udstrækning den er behæftet med:

— en retlig fejl, for så vidt som Retten har fastslået, at Kommissionen med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden kunne udlede af den blotte omstændighed, at kartellet var blevet gennemført, at overtrædelsen havde haft en konkret indvirkning på markedet

— en retlig fejl og en inkonsekvent begrundelse, for så vidt som Retten har fastslået, at Kommissionen med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden kunne tillægge Erste, RZB og ÖVAG de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede, selv om den ikke pålagde Erste, RZB og ÖVAG ansvaret for de nævnte bankers ulovlige adfærd.

381. Jeg foreslår dog, at Domstolen også behandler appellanternes øvrige anbringender, da de ligeledes tager sigte på at opnå en nedsættelse af den af Kommissionen pålagte bøde.

143 — Min fremhævelse.

B — *Det andet anbringende: retlige fejl, mangelfuld begrundelse og urigtig gengivelse af beviserne for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder*

382. Ifølge retningslinjernes punkt 3 kan følgende forhold udgøre formildende omstændigheder, hvis de påvises:

— hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle eller en rolle som medløber

— hvis en virksomhed ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler

— hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb

— hvis der hos en virksomhed har hersket rimelig tvivl for så vidt angår ulovligheden af den konkurrencebegrænsende adfærd

— hvis overtrædelsen skyldes uagtsomhed

— hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren uden for anvendelsesområdet for samarbejdsmeddelelsen.

383. Hverken Kommissionen (betragtning 525-542 i den anfægtede beslutning) eller Retten (præmis 469-511 i den appellerede dom) finder, at appellanterne kan påberåbe sig formildende omstændigheder.

384. Inden for rammerne af de foreliggende appeller har ÖVAG kritiseret Retten for ikke at have anerkendt, at ÖVAG's passive holdning under overtrædelsen udgør en formildende omstændighed. BA-CA har gjort gældende, at Retten ligeledes har begået retlige fejl ved ikke at tage i betragtning, at en række offentlige myndigheder deltog i bankudvalgene, og at udvalgene havde offentlig karakter.

a) Anbringendets første led: fejlagtig vurdering fra Rettens side af ÖVAG's passive adfærd

i) Parternes argumenter

385. ÖVAG har i det væsentlige kritiseret den måde, hvorpå Retten har vurderet virksomhedens adfærd under overtrædelsen med hensyn til formildende omstændigheder. ÖVAG har hvad dette angår fremsat en række klagepunkter.

— Første klagepunkt: ukorrekt udøvelse af Rettens beføjelser som domstol

386. Appellanten har kritiseret Retten for at have indskrænket sig til at gengive retningslinjernes tekst uden at undersøge omstændighederne i sagen, herunder navnlig ÖVAG's særlige rolle i »Lombard-netværket«.

— Andet klagepunkt: anvendelse af et fejlagtigt vurderingskriterium

387. Efter appellantens opfattelse har Retten begået en retlig fejl i præmis 483 i den appellerede dom, idet den har baseret sin vurdering på kriteriet om bankernes deltagelse i udvalgene, der ligeledes blev anvendt ved inddelingen af bankerne i kategorier. Derved har Retten koblet spørgsmålet om inddeling af bankerne efter deres styrke på markedet sammen med spørgsmålet om, hvorvidt der kunne indrømmes en formildende omstændighed. Om der kan indrømmes en formildende omstændighed, kan imidlertid efter appellantens opfattelse ikke afhænge af, om en virksomheds deltagelse i møderne har været »sporadisk«. Ifølge retningslinjerne skal Kommissionen nemlig foretage en differentieret vurdering af rollerne og ikke give en manikæisk fremstilling af »alt eller intet«-typen.

— Tredje klagepunkt: urigtig gengivelse af de for Retten fremlagte beviser

388. Retten har ifølge appellanten gengivet dennes forklaring og de faktiske omstændigheder vedrørende appellantens deltagelse i kartellet, som fremgår af sagens akter, urigtigt. Appellanten har således aldrig hævdet at have taget afstand fra kartellet, men konsekvent fastholdt kun at have spillet en beskeden rolle heri.

— Fjerde klagepunkt: inkonsekvent begrundelse

389. Ifølge ÖVAG er Rettens vurdering inkonsekvent, idet ÖVAG er blevet betegnet som en »stor bank« og som »repræsentant for en sektor«, selv om Kommissionen ikke foretog nogen kontrolundersøgelse i ÖVAG's lokaler, og ÖVAG ikke var en del af den »lukkede kreds af banker« og kun deltog i et begrænset antal møder.

390. Efter Kommissionens opfattelse er ovenstående klagepunkter irrelevante, fordi Domstolen af billighedsgrunde ikke kan lade sin vurdering træde i stedet for Rettens.

ii) Bedømmelse

391. Jeg mener, at dette første led bør forkastes i det hele.

392. Hvad det første klagepunkt angår kan der efter min opfattelse ikke rettes kritik mod den måde, hvorpå Retten har udøvet sine beføjelser som domstol. Ved efterprøvelsen af den anfægtede beslutnings lovlighed udøver Retten nemlig en begrænset domstolskontrol, hvorved der skal tages hensyn til det skøn, Kommissionen har med hensyn til bødefastsættelsen. Ved behandlingen af ÖVAG's klagepunkter var Rettens kontrol derfor begrænset til en efterprøvelse af, at procedurebestemmelserne og begrundelsesreglerne var overholdt, at de faktiske omstændigheder var materielt rigtige, og at der ikke forelå retlige fejl, åbenbare vurderingsfejl eller magtfordrejning. Hvad dette angår anfører Retten i præmis 484 og 487 i den appellerede dom, at Kommissionen under sin vurdering hverken begik faktiske fejl, foretog et åbenbart urigtigt skøn eller gjorde sig skyldig i magtmisbrug.

393. I modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, har Retten ikke indskrænket sig til blot at gengive retningslinjernes tekst, eftersom den i præmis 482-486 klart angiver, hvilken retspraksis der finder anvendelse, hvorefter den i præmis 483-489 i dommen undersøger, hvorledes Kommissionen har taget hver enkelt virksomheds adfærd under bankudvalgsmøderne i betragtning, herunder ÖVAG's.

394. Jeg mener følgelig, at dette klagepunkt uden videre kan forkastes som grundløst.

395. Det andet klagepunkt bør ligeledes forkastes. Dels er det vurderingskriterium, Retten har anvendt ved sin bedømmelse,

nemlig kriteriet om bankernes deltagelse i møderne mellem kartelmedlemmerne, i overensstemmelse med en fast retspraksis, hvortil der udtrykkeligt henvises i præmis 482 i den appellerede dom. Dette kriterium giver mulighed for at tage hensyn til den specifikke adfærd, en virksomhed har udvist under kartellet. Dels er det nævnte kriterium, i modsætning til, hvad ÖVAG har gjort gældende, forskelligt fra det, som Kommissionen anvendte ved klassificeringen af appellanterne i kategorier, og som udelukkende byggede på virksomhedernes økonomiske styrke.

396. Det tredje klagepunkt mener jeg ikke kan antages til realitetsbehandling, idet ÖVAG's argumenter ikke for alvor indeholder noget, der kan godtgøre, at Retten har givet en urigtig fremstilling af appellantens forklaring eller af oplysningerne i sagens akter vedrørende appellantens deltagelse i kartellet. Under alle omstændigheder er det efter min opfattelse åbenbart, at appellanten ved at fremhæve sin beskedne rolle i bankudvalgene ønskede at vise, at appellanten havde lagt afstand til de øvrige medlemmer af kartellet.

397. Endelig foreslår jeg, at Domstolen uden videre forkaster det fjerde klagepunkt som grundløst, eftersom den omstændighed, at Kommissionen ikke foretog en uanmeldt kontrolundersøgelse i appellantens lokaler, på ingen måde er uforenelig med, at appellanten kunne betegnes som en »stor bank« og som »repræsentant for industri-andelsbanksektoren«.

398. På baggrund af det foranstående som helhed mener jeg, at det første led af dette anbringende delvis må afvises, delvis må forkastes som grundløst.

b) Anbringendets andet led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til de offentlige myndigheders deltagelse i bankudvalgene [144].

i) Parternes argumenter

399. BA-CA har i det væsentlige kritiseret Retten for, at den ikke har taget i betragtning som en formildende omstændighed, at visse offentlige myndigheder deltog i møderne. Dermed har Retten tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet BA-CA er blevet behandlet anderledes end andre virksomheder, som er omhandlet i tidligere kommissionsbeslutninger.

400. Ifølge appellanten fremgår det af Kommissionens beslutningspraksis og Domstolens praksis, at det, uanset de pågældende virksomheders størrelse, udgør en formildende omstændighed og kan begrunde en nedsættelse af bøden, at den nationale lovgiver har tolereret den pågældende adfærd, og at de offentlige myndigheder har deltaget i

144 — Præmis 261, 504, 505 og 506 i den appellerede dom.

en række møder [145]. BA-CA har navnlig kritiseret Retten for at have fastslået i præmis 505 i den appellerede dom, at de offentlige myndigheders tolerance over for overtrædelsen ikke kan tages i betragtning, »bl.a. i lyset af de midler, som bankerne råder over til at skaffe sig præcise og korrekte juridiske oplysninger«. Dels er denne betingelse ikke i overensstemmelse med Domstolens praksis, herunder navnlig dom af 9. september 2003, CIF [146]. Dels ville en sådan betingelse skabe forskelsbehandling til skade for visse virksomheder på grund af deres sociale formål.

ii) Bedømmelse

401. Jeg mener ikke, at der er grundlag for BA-CA's kritik.

402. For det første har Retten i præmis 505 i den appellerede dom fundet, at de af appellanterne fremførte oplysninger vedrørende visse offentlige myndigheders deltagelse i møderne ikke var tilstrækkelige til at danne grundlag for en rimelig tvivl om, at udvalgene udgjorde en overtrædelse af fællesskabsretten. Efter min opfattelse er det en vurdering, som det i henhold til de principper, jeg henviste til i punkt 66-68 i dette forslag til afgørelse, ikke tilkommer Domstolen at efterprøve inden for rammerne af en appelsag.

403. For det andet er det ikke i strid med Fællesskabets retspraksis og udgør efter min mening ikke en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, at Retten har fundet, at de østrigske myndigheders billigelse af eller tolerance over for overtrædelsen ikke kunne tages i betragtning som en formildende omstændighed.

404. For det første mener jeg ikke, at appellanten kan påberåbe sig CIF-dommen. I denne dom var kartellet blevet fremmet af en national lovgivning. Det var på den baggrund, Domstolen i præmis 57 i dommen anførte, at »virksomhedernes adfærd, når sanktionsniveauet fastsættes, skal vurderes i lyset af den formildende omstændighed, som den nationale lovgivning udgør«. En sådan situation er der ikke tale om i det foreliggende tilfælde, idet den østrigske lovgivning, som er omhandlet i sagen, og som tillod bankerne at foretage en samordning, blev ophævet senest den 1. januar 1994, dvs. et år før begyndelsen af den periode, den anfægtede beslutning omfatter.

145 — Appellanten har henvist til Kommissionens beslutning 77/327/EØF af 19.4.1977 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (sag IV/28.841 — ABG mod olieselskaber med virksomhed i Nederlandene) (EFT L 117, s. 1), Kommissionens beslutning 92/204/EØF af 5.2.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (sag IV/31.572 og 32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene) (EFT L 92, s. 1, jf. betragtning 141 til beslutningen), Kommissionens beslutning 1999/271/EF af 9.12.1998 vedrørende en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (sag IV/34.466 — Græske færger) (EFT L 109, s. 24) og dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, præmis 88.

146 — Sag C-198/01, Sml. I, s. 8055, præmis 57.

405. For det andet mener jeg heller ikke, at BA-CA kan påberåbe sig, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, fordi virksomheden blev behandlet anderledes end andre virksomheder, som er omhandlet i tidligere kommissionsbeslutninger.

406. Som bekendt er ligebehandlingsprincippet et grundlæggende retsprincip, som Kommissionen skal iagttage under en procedure, der er indledt i henhold til artikel 81 EF. Ifølge fast retspraksis indebærer det, at sammenlignelige situationer behandles forskelligt, og at forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [147]. Domstolen har anerkendt, at en vis forskellig behandling mellem de virksomheder, der er berørt af en kommissionsbeslutning, er iboende i anvendelsen af den i retningslinjerne valgte metode ved beregningen af bøder, der pålægges i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [148]. Ifølge retningslinjerne kan Kommissionen således for at sikre effektiviteten af Fællesskabets konkurrenceregler differentiere sanktionen i forhold til virksomhedernes adfærd og særlige kendetegn.

407. Endvidere fremgår det af en fast retspraksis, som Domstolen henviste til i dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, at »Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, og at beslutninger vedrørende andre sager er af vejledende karakter for så vidt angår forekomsten af forskelsbehandling« [149]. Således som Domstolen har fastslået, kan den lære, der kan drages af denne praksis, nemlig kun være af vejledende karakter, når oplysningerne om de faktiske omstændigheder i sagerne, såsom hvilke markeder, hvilke produkter, hvilket land, hvilke virksomheder og hvilke relevante perioder der er tale om, ikke er identiske [150].

408. På den baggrund mener jeg ikke, at den eventuelle lære, der kan drages af Kommissionens tidligere beslutninger, kan påberåbes i de foreliggende sager.

409. På baggrund af det foranstående mener jeg, at det andet led af dette anbringende må forkastes som grundløst.

147 — Jf. bl.a. Rettens dom af 14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 309, og dommen i sagen Archer Daniels Midland I, præmis 107.

148 — Jf. hvad dette angår dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, præmis 238.

149 — Præmis 205. Jf. ligeledes dommen i sagen Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis.

150 — Dommen i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 201.

c) Anbringendets tredje led: fejlagtig vurdering fra Rettens side med hensyn til, om møderne havde offentlig karakter [151]

i) Parternes argumenter

410. BA-CA har gjort gældende, at Retten har begået en række retlige fejl ved ikke at have foretaget nogen nedsættelse af bøden, skønt det var godtgjort, at bankudvalgene var offentlig kendt. For det første er det fejlagtigt, når Retten har fastslået, at kartellet ikke var offentlig kendt i hele sit omfang, skønt det omfattende materiale, der var blevet fremlagt i forbindelse med stævningen, herunder navnlig presseartiklerne, viser, at offentligheden havde kendskab til emnerne for møderne og til, at der var en direkte forbindelse mellem bankudvalgene og udviklingen i rentesatserne. Retten har følgelig tilsidesat principperne for bevisførelse ved ikke at realitetsbehandle de dokumenter, appellanten havde fremlagt. For det andet er Retten gået ud over, hvad der kan kræves, ved at lægge til grund, at offentligheden skulle have haft fuldt kendskab til møderne, hvis der skulle kunne indrømmes en nedsættelse af bøden. For det tredje har Retten gengivet appellantens forklaring urigtigt, idet denne netop ikke havde gjort gældende, at den omstændighed, at møderne var offentligt kendt, betød, at de var lovlige.

411. Kommissionen har afvist ovennævnte påstande. Den har anført, at der ikke er nogen retspraksis, hvorefter deltagerne i et kartel kan betragte deres praksis som lovlig, fordi visse bestanddele er offentligt kendt. Hvis der var, ville det være tilstrækkeligt til at undgå økonomiske sanktioner at offentliggøre en del af den pågældende praksis. Hvad dette angår har Retten gjort det klart, at det ikke er afgørende, at praksissen er offentligt kendt.

ii) Bedømmelse

412. Jeg foreslår, at Domstolen uden videre afviser dette led.

413. BA-CA søger nemlig i det væsentlige at anfægte en række faktiske vurderinger, som Retten foretager i præmis 506 i den appellerede dom. Appellanten har indskrænket sig til at kritisere Rettens konklusioner uden at påvise de fejl, der kan have ført til, at den har gengivet bevismaterialet urigtigt. Appellantens kritik udgør således kun et forsøg på at udskifte Rettens vurdering med appellantens version af begivenhederne.

151 — Præmis 506 i den appellerede dom.

414. Derfor må anbringendets tredje led efter min opfattelse afvises.

415. På baggrund af det foranstående som helhed foreslår jeg, at Domstolen fastslår, at det andet anbringende, der vedrører Rettens vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder, delvis må afvises, delvis må forkastes som grundløst.

C — *Tredje anbringende: retlige fejl, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retten til forsvar samt utilstrækkelig og inkonsekvent begrundelse for så vidt angår anvendelsen af punkt D i samarbejdsmeddelelsen*

416. I samarbejdsmeddelelsen har Kommissionen angivet betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med den i forbindelse med dens undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt (punkt A 3).

417. Med hensyn til anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen på appellanterne er det ubestridt, at disses adfærd skal vurderes i henhold til meddelelsens punkt D, der bærer overskriften »Væsentlig bødenedsættelse«.

418. Det angives i meddelelsens punkt D 1, at »[h]vis en virksomhed samarbejder, uden at alle betingelserne i afsnit B eller C er opfyldt, indrømmes den en nedsættelse på mellem 10% og 50% af den bøde, som den ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde samarbejdet«.

419. Samarbejdsmeddelelsens punkt D 2 har følgende ordlyd:

»Dette kan navnlig være tilfældet, hvis:

— en virksomhed, inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens

— en virksomhed, efter at have modtaget klagepunktsmeddelelsen, meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de

faktiske omstændigheder, som Kommissionen bygger sine indvendinger på.«

420. Således som Retten anfører i præmis 530 i den appellerede dom, fremgår det af fast retspraksis, at en nedsættelse af bøden under hensyn til samarbejde under den administrative procedure kun er berettiget, hvis den pågældende virksomheds adfærd har lettet Kommissionens opgave og gjort det mindre vanskeligt for den at fastslå overtrædelsen og i givet fald at bringe den til ophør.

421. Endvidere kan Kommissionen navnlig ifølge artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 til løsning af de opgaver, der overlades den i artikel 81 EF, indhente alle fornødne oplysninger fra virksomhederne og sammenslutningerne af virksomheder, som ifølge artiklens stk. 4 er forpligtede til at give de oplysninger, der anmodes om. Hvis en virksomhed eller en sammenslutning af virksomheder inden udløbet af den af Kommissionen fastsatte frist ikke eller ikke udtømmende har meddelt de krævede oplysninger, kan Kommissionen ifølge artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17 fremsætte krav om oplysningerne i form af en beslutning, idet virksomheden eller sammenslutningen af virksomheder derefter kan blive pålagt en bøde eller tvangsbøder, hvis den fortsat vægrer sig ved at meddele dem.

422. I den forbindelse peger Retten i præmis 529 i den appellerede dom korrekt på, at et samarbejde om undersøgelsen, som ikke går ud over de forpligtelser, der påhviler virksomhederne i henhold til artikel 11, stk. 4 og 5, i forordning nr. 17, ikke berettiger en bødenedsættelse. Derimod kan der indrømmes den pågældende virksomhed en bødenedsættelse, hvis den for at efterkomme en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 giver oplysninger, som går langt ud over, hvad Kommissionen kunne have krævet i henhold til den nævnte artikel.

423. Det er på baggrund af disse principper, at det skal undersøges, om Rettens opfattelse af spørgsmålet om den nedsættelse af bøden, Kommissionen indrømmede appellanterne i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D 2, første led, beror på en fejlagtig vurdering.

424. I den anfægtede beslutning vurderede Kommissionen bankernes samarbejde i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D. Den indrømmede bankerne en nedsættelse på 10% af bøden i overensstemmelse med meddelelsens punkt D 2, andet led, med den begrundelse, at de ikke havde bestridt de faktiske omstændigheder, der var angivet i klagepunktsmeddelelsen [152]. Derimod afslog Kommissionen at indrømme dem en nedsættelse af bøden i henhold til meddelelsens

152 — Betragtning 558 og 559 til den anfægtede beslutning.

punkt D 2, første led, hvorefter bøden kan nedsættes, hvis »en virksomhed, inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens«.

425. Med hensyn til svarene på begæringerne om oplysninger fandt Kommissionen, at hverken meddelelsen af datoerne for udvalgsmøderne og af deltagerne heri eller fremlæggelsen af dokumenter vedrørende udvalgene var frivillig. Dette kunne derfor ifølge Kommissionen ikke betragtes som »samarbejde« [153].

426. Med hensyn til den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder, som bankerne havde givet, fandt Kommissionen ikke, at den repræsenterede en merværdi i forhold til, hvad der kræves i retsforskrifterne. Den anerkendte, at redegørelsen gik ud over de oplysninger, den havde anmodet om, idet den indeholdt en udførlig beskrivelse af »Lombard-netværkets« historiske baggrund og en sammenfatning af de forskellige udvalg. Imidlertid havde redegørelsen efter Kommissionens opfattelse ikke til formål at give yderligere oplysninger om de faktiske omstændigheder, men derimod at forsvare bankerne.

427. Med hensyn til de dokumenter, der blev fremlagt sammen med den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder, bemærkede Kommissionen, at bankerne på dens anmodning ikke havde kunnet angive, hvilke der indeholdt faktiske oplysninger, som var nye i forhold til dem, der var blevet indsamlet under kontrolundersøgelserne, eller som skulle fremlægges som svar på begæringerne om oplysninger, og konkluderede, at de nævnte dokumenter ikke havde udgjort nogen merværdi [154].

428. I den appellerede dom forkastede Retten samtlige anbringender om tilsidesættelse af samarbejdsmeddelelsen. Endvidere fastslog den, at appellanternes samarbejde i betragtning af overtrædelsens grovhed ikke berettigede til en supplerende nedsættelse af den bøde, de var blevet pålagt.

429. I deres respektive appeller har appellanterne kritiseret Retten for ikke at have vurderet omfanget af deres samarbejde korrekt i henhold til samarbejdsmeddelelsen og for i denne henseende at have tilsidesat ligebehandlingsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. De har gjort gældende, at de i medfør af punkt D i samarbejdsmeddelelsen burde være blevet indrømmet en større nedsættelse af den bøde, de var blevet pålagt.

153 — Betragtning 545 og 546 til den anfægtede beslutning.

154 — Betragtning 547-557 til den anfægtede beslutning.

1. Anbringendets første led: fejlagtig vurdering fra Rettens side for så vidt angår Kommissionens skøn og udøvelsen af Rettens domstolskontrol

a) Parternes argumenter

430. BA-CA har gjort gældende, at Retten ikke har fortolket det skøn, Kommissionen råder over ved anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen, og grænserne for Rettens domstolskontrol korrekt. I samarbejdsmeddelelsens punkt D tillægges Kommissionen nemlig ikke noget skøn med hensyn til, dels om de af virksomheden meddelte oplysninger har lettet Kommissionens opgave, dels om den virksomhed, der har samarbejdet, skal indrømmes en nedsættelse af bøden. Heller ikke henvisningen til dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen kan underbygge, at Kommissionen råder over et ubegrænset skøn. Desuden er, i modsætning til, hvad Retten bemærker i præmis 532 i den appellerede dom, vurderingen af en virksomheds samarbejde omfattet af Rettens fulde prøvelsesret. Hvad dette angår har appellanten henvist til Rettens dom i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, hvori Retten indvilligede i at prøve, om den bødenedsættelse, Kommissionen havde indrømmet en virksomhed i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D 2, første led, byggede på en fejlagtig vurdering af udstrækningen af virksomhedens samarbejde, bl.a. under hensyn til Kommissionens beslutningspraksis [155].

b) Bedømmelse

431. Jeg deler ikke appellantens standpunkt med hensyn til det skøn, Kommissionen råder over ved anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen.

432. Kommissionen råder nemlig som tidligere nævnt ifølge fast retspraksis over et vidt skøn ved udmålingen af bøden. Den kan i denne forbindelse tage hensyn til flere elementer, når blot den ikke overskrider de rammer, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Med hensyn til en virksomheds samarbejde i forbindelse med proceduren bemærkede Domstolen udtrykkeligt i dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, at »Kommissionen råder […] over et skøn i denne forbindelse, hvilket fremgår af selve ordlyden af [samarbejdsmeddelelsens punkt D 2] og navnlig af de indledende ord: »Dette kan navnlig være tilfældet […]««. Domstolen fastslog i denne dom, at Kommissionen inden for de rammer, der afstikkes i meddelelsen, råder over et skøn med hensyn til, om de oplysninger eller dokumenter, virksomhederne frivilligt har fremlagt, har lettet dens opgave, og om der er anledning til at indrømme en virksomhed en nedsættelse i henhold til meddelelsen [156].

155 — Præmis 456.

156 — Præmis 393 og 394.

433. Kommissionens vurdering kan følgelig kun være genstand for en begrænset retlig efterprøvelse, således som Retten anfører i præmis 532 i den appellerede dom.

434. Endelig skal det nævnes, at Retten i dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen ganske rigtigt efterprøvede, om den bødenedsættelse, Kommissionen havde indrømmet den pågældende virksomhed i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D 2, første led, byggede på en fejlagtig vurdering af udstrækningen af virksomhedens samarbejde og udgjorde en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Jeg henleder imidlertid appellantens opmærksomhed på, at Retten i præmis 458 i dommen undlod at tage hensyn til Kommissionens tidligere beslutningspraksis, idet den bemærkede, at »det forhold, at Kommissionen i sin tidligere beslutningspraksis har givet nedsættelse med en bestemt sats for en bestemt adfærd, ikke i sig selv indebærer, at den har pligt til at give den samme forholdsmæssige nedsættelse i forbindelse med vurderingen af en lignende adfærd under en senere administrativ procedure«.

435. På baggrund af det foranstående foreslår jeg derfor, at Domstolen forkaster dette første led som grundløst.

2. Anbringendets andet led: retlige fejl vedrørende anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen

436. RZB og BA-CA har fremført to klagepunkter til støtte for dette led.

a) Første klagepunkt: anvendelse af et fejlagtigt vurderingskriterium og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

i) Parternes argumenter

437. RZB og BA-CA har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen kunne kræve, at samarbejdet for at give anledning til en nedsættelse af bøden tilførte en »merværdi« [157].

438. Efter BA-CA's opfattelse har Retten ved at anvende dette kriterium ligeledes tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Dels burde Retten have tilstået appellanten en større bødenedsættelse, fordi virksomhedens samarbejde ubestrideligt var mere omfattende og kvalitativt bedre end de andre virksomheders. Dels er

157 — I appelskriftet har BA-CA anvendt begrebet »nyttigt« samarbejde (Hilfreiche) fra virksomhedens side. Dette udtryk forekommer ikke i den appellerede dom.

det fejlagtigt, når Retten i præmis 534 bemærker, at det forhold, at Kommissionen i sin tidligere beslutningspraksis har indrømmet en vis nedsættelsessats for en bestemt adfærd, ikke indebærer, at den er forpligtet til at give den samme forholdsmæssige nedsættelse ved vurderingen af en tilsvarende adfærd inden for rammerne af en efterfølgende administrativ procedure.

ii) Bedømmelse

439. De af RZB og BA-CA fremsatte argumenter om, at der er anvendt et fejlagtigt vurderingskriterium, foreslår jeg, at Domstolen i overensstemmelse med de principper, jeg henviste til i punkt 65 i dette forslag til afgørelse, uden videre afviser. Det fremgår nemlig af sagens akter, at RZB og BA-CA kun har gengivet argumenter, de allerede har fremført for Retten.

440. BA-CA's argument om, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, mener jeg ikke, at der er grundlag for.

441. Som anført fremgår det af fast retspraksis, at Kommissionen i forbindelse med bedømmelsen af en virksomheds samarbejde ikke må se bort fra ligebehandlingsprincippet [158]. Ligebehandlingsprincippet er et grundlæggende retsprincip i fællesskabsretten, som ifølge fast retspraksis tilsidesættes, når sammenlignelige situationer behandles forskelligt, og forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet.

442. Domstolen har imidlertid anerkendt, at en vis forskellig behandling mellem de berørte virksomheder er iboende i anvendelsen af den i retningslinjerne valgte metode ved udmålingen af bøder, der pålægges i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 [159]. I dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen fandt Retten således med hensyn til en virksomheds samarbejde i forbindelse med proceduren, at en forskellig behandling af de pågældende virksomheder kan skyldes grader af samarbejde, som ikke er sammenlignelige, bl.a. fordi samarbejdet har bestået i fremlæggelse af forskellige oplysninger eller fremlæggelse af sådanne oplysninger på forskellige trin af den administrative procedure eller under forskellige omstændigheder [160].

158 — Jf. dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 453.

159 — Jf. hvad dette angår dommen i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, præmis 238.

160 — Præmis 454.

443. Til støtte for klagepunktet har appellanten kritiseret Retten for ikke at have tilstået appellanten en større nedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D under hensyn til, at appellanten samarbejdede i større omfang i forbindelse med proceduren end de øvrige berørte banker. Dette argument mener jeg ikke, at Domstolen kan prøve inden for rammerne af en appel, idet den i så fald ville lade sin vurdering træde i stedet for Rettens.

444. Under alle omstændigheder — og for det tilfælde, at Domstolen finder, at argumentet kan antages til realitetsbehandling — mener jeg, at Retten i betragtning af det skøn, Kommissionen råder over, med føje og uden at begå nogen retlig fejl, der kan kritiseres under appelsagen, kunne fastslå, at appellantens samarbejde, som i princippet kunne repræsentere en situation, hvori der kunne foretages en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D, ikke nødvendigvis burde have foranlediget Kommissionen til at indrømme appellanten en større nedsættelse af bøden.

445. Endelig har Retten, i modsætning til, hvad BA-CA har gjort gældende, ikke begået nogen retlig fejl ved i præmis 534 i den appellerede dom at bemærke, at Kommissionen ikke er bundet af sin tidligere beslutningspraksis. Således som jeg allerede anførte i punkt 407 i dette forslag til afgørelse, fremgår det nemlig af fast retspraksis, at Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, og at beslutninger vedrørende andre sager er af vejledende karakter for så vidt angår forekomsten af forskelsbehandling. Jeg mener derfor ikke, at BA-CA kan påberåbe sig, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, fordi virksomheden blev behandlet anderledes end andre virksomheder, som er omhandlet i tidligere kommissionsbeslutninger.

446. På baggrund af det foranstående foreslår jeg, at Domstolen fastslår, at dette første led delvis må afvises, delvis må forkastes som grundløst.

b) Andet led: retlige fejl i forbindelse med vurderingen af omfanget af virksomhedernes samarbejde, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retten til forsvar samt utilstrækkelig og inkonsekvent begrundelse

447. Dette klagepunkt er blevet rejst af RZB og BA-CA.

448. Med forbehold af en række omstændigheder, der vedrører deres respektive forhold, har de i det væsentlige gjort gældende, at Retten har begået retlige fejl i forbindelse med sin vurdering af deres samarbejde med Kommissionen under de forskellige etaper af proceduren. RZB og BA-CA mener, at Retten ikke har anvendt artikel 11 i forordning nr. 17 korrekt, og at den ikke har taget hensyn til Kommissionens beslutningspraksis. Endvi-

dere har den tilsidesat ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og appellanternes ret til forsvar. Endelig har Retten ifølge RZB og BA-CA forsynet den appellerede dom med en utilstrækkelig og inkonsekvent begrundelse.

i) RZB's første argument: fejlagtig vurdering med hensyn til, om svarene på begæringerne om oplysninger blev givet frivilligt, og tilsidesættelse af retten til forsvar

— Parternes argumenter

449. RZB har kritiseret Retten for ikke at have anset de svar, RZB gav på Kommissionens begæring om oplysninger, for »frivillige«, hvilket ifølge RZB ville have medført en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen. Derved har Retten givet Kommissionen tilladelse til, når den kommer i tvivl med hensyn til møder mellem konkurrenterne, at fremsætte meget vagt formulerede begæringer om oplysninger, som har konsekvenser for de virksomheder, der ikke besvarer dem. I sådanne tilfælde vil Kommissionen ved at stille de pågældende virksomheder enkle standardspørgsmål øve et uimodståeligt pres på dem og dermed tvinge dem til at vidne imod sig selv. En sådan argumentation udgør en tilsidesættelse af de nævnte virksomheders ret til forsvar, således som det blev fastslået i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen [161].

450. Ifølge Kommissionen ser RZB bort fra, at den kun kan tage oplysninger i betragtning, der beror på »frivilligt« samarbejde i samarbejdsmeddelelsens forstand, hvis oplysningerne har lettet Kommissionens opgave med hensyn til at fastslå overtrædelsen og at bringe den til ophør og er udtryk for et reelt samarbejde. De oplysninger, appellanten gav, bestod imidlertid kun i en beskrivelse af »Lombard-netværkets« historiske baggrund og af indholdet af møder i kartellet, som Kommissionen allerede rådede over. De repræsenterede derfor ikke nogen merværdi. Endvidere har Kommissionen understreget, at den på det tidspunkt, hvor den indhentede oplysninger hos appellanterne, var vidende om, at samtlige bankprodukter var genstand for drøftelser i et stort antal udvalg, at disse indgik i et net, hvorfor rammerne for overtrædelsen og dermed genstanden for undersøgelsen var klart fastslået, bl.a. med hensyn til, hvilke virksomheder der havde deltaget, overtrædelsens art og formålet med aftalerne. Endelig har Kommissionen peget på, at spørgsmålene drejede sig om alle regelmæssigt afholdte udvalgsmøder, og at virksomhederne derfor ikke skulle udvælge eller vurdere, hvilke møder der kunne udgøre overtrædelser af artikel 81 EF.

161 — Præmis 32 ff.

— Bedømmelse

451. Den 21. september 1998 fremsendte Kommissionen i henhold til artikel 11, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17 begæringer om oplysninger til en lang række banker, der var mistænkt for at have deltaget i konkurrencebegrænsende aftaler eller praksis.

452. Omfanget af de begæringer om oplysninger, Kommissionen tilsendte de forskellige banker, varierede fra 30 spørgsmål (BA-CA) til 3 spørgsmål (ÖVAG og Bank der Österreischiche Postsparkasse AG, herefter »PSK-B«). De spørgsmål i de mere detaljerede begæringer, som bankerne besvarede, havde bl.a. til formål at indhente oplysning om, hvem der havde deltaget i udvalgene (deltagernes navne, hvilke virksomheder de repræsenterede, og deres stilling), samt at tilvejebringe alle interne dokumenter vedrørende udvalgene og en beskrivelse af indholdet af møderne. Endvidere indeholdt begæringerne om oplysninger spørgsmål af følgende art:

»De anmodes om at levere alle mødeprotokoller, sagsnotater, korrespondance og andre dokumenter, som vedrører møder, drøftelser og andre kontakter, som deres virksomhed har haft med andre østrigske kreditinstitutter inden for rammerne af de nedenfor nævnte udvalg og andre eventuelle udvalg, der har holdt møde regelmæssigt (hvad enten de er blevet nedsat før, under eller efter sådanne kontakter). Angiv venligst datoer, herunder for det første og det sidste møde, og deltagerne (navn, virksomhed, stilling)« (herefter fulgte en liste over en række udvalg).

453. Jeg mener ikke, at der er grundlag for ovennævnte kritik.

454. Efter min opfattelse sammenblander appellanten nemlig de forpligtelser, der påhviler virksomheden i forbindelse med en begæring om oplysninger, som Kommissionen har fremsendt i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, og de fordele, samarbejdsmeddelelsen tilbyder appellanten.

455. Appellantens svar på Kommissionens begæringer om oplysninger er omfattet af de efterforskningsbeføjelser, der er tillagt Kommissionen.

456. Ifølge artikel 11, stk. 1-5, i forordning nr. 17, og således som det fremgår af dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, har Kommissionen beføjelse til at pålægge en virksomhed, eventuelt i form af en beslutning, at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, virksomheden kan tænkes at være bekendt med, og om nødvendigt at fremlægge de dokumenter om disse omstændigheder, som virksomheden er i besiddelse

af [162]. Det gælder også, selv om de pågældende dokumenter vil kunne anvendes »som bevis for, at virksomheden selv, eller en anden virksomhed, har handlet i strid med konkurrencereglerne«, idet Kommissionen dog skal iagttage virksomhedens ret til kontradiktion [163]. Således som Domstolen har påpeget, pålægges virksomhederne i forordning nr. 17 pligt til at medvirke aktivt, hvilket indebærer, at de skal forsyne Kommissionen med alt det materiale vedrørende undersøgelsens genstand, som de måtte råde over [164]. I den foreliggende sag var der således ikke tale om, at appellanten deltog i et »frivilligt« samarbejde i forbindelse med proceduren, der kunne henføres til en de situationer, hvortil der henvises i samarbejdsmeddelelsen.

457. Under sådanne omstændigheder mener jeg, at Retten med føje kunne afvise at anse appellantens bidrag for fuldstændig »frivilligt« og indrømme virksomheden en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

458. Endvidere mener jeg under hensyn til Domstolens praksis ikke, at Retten har tilsidesat appellantens ret til kontradiktion.

459. Som bekendt udgør nødvendigheden af at sikre retten til forsvar et grundlæggende princip i fællesskabsretten, som Kommissionen skal respektere under de administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af sanktioner [165]. Således som Domstolen fremhævede i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, skal denne ret respekteres allerede fra det tidspunkt, hvor den indledende undersøgelse iværksættes, eftersom denne kan være afgørende for tilvejebringelsen af beviser for, at virksomhederne har begået retsstridige handlinger [166].

460. Domstolen har forsøgt at finde en balance mellem de krav, opdagelsen og forfølgelsen af konkurrencebegrænsende karteller stiller, og dem, der følger af nødvendigheden af at iagttage de virksomheders ret til kontradiktion, som er genstand for en undersøgelse fra Kommissionens side.

461. Denne balance mener jeg er meget vanskelig at finde, således som Domstolens ordvalg i præmis 34 i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen vidner om: »Med henblik på at sikre, at bestemmelserne i artikel 11, stk. 2 og 5, i forordning nr. 17 får fuld gennemslagskraft, har Kommissionen […] beføjelse til at pålægge en virksomhed dels at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, som virksomheden kan tænkes at være bekendt med, dels, om nødvendigt, at fremlægge de dokumenter om disse omstændigheder, som virksom-

162 — Præmis 34.
163 — Ibidem.
164 — Præmis 27.
165 — Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 7, samt dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, præmis 15, og i sagen Orkem mod Kommissionen, præmis 32 og 33.
166 — Præmis 33.

heden er i besiddelse af, *selv om de pågældende oplysninger eller dokumenter vil kunne anvendes som bevis for, at virksomheden selv, eller en anden virksomhed, har handlet i strid med konkurrencereglerne. Derimod må Kommissionen ikke ved en beslutning om begæring af oplysninger tilsidesætte de rettigheder, der tilkommer virksomheden i kraft af kontradiktionsprincippet*« [167]. Det betyder, således som Domstolen anførte i dommens præmis 35, at »Kommissionen ikke [må] pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for« [168].

462. Denne retspraksis, der forekommer mig at være inkonsekvent i visse henseender, viser, hvilke vanskeligheder Fællesskabets retsinstanser kan komme ud for, når de skal efterprøve, om virksomhedernes ret til kontradiktion er blevet respekteret i denne form for procedure.

463. Efterprøvelsen må nødvendigvis finde sted tilfælde for tilfælde. Der rejser sig navnlig det spørgsmål, hvilke oplysninger der kan vise, at virksomhederne har udvist konkurrencebegrænsende adfærd på markedet.

464. De foreliggende sager synes ikke at give anledning til reelle vanskeligheder i den henseende.

167 — Min fremhævelse.

168 — Jf. ligeledes dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 61-65.

465. Domstolen har nemlig allerede fastslået, at spørgsmål vedrørende møderne mellem virksomhederne, der udelukkende har til formål at få fremskaffet en række faktiske oplysninger om mødernes afholdelse og deltagernes stilling, samt udvirket, at de dermed forbundne dokumenter fremlægges, ikke giver anledning til kritik [169].

466. Derimod har Retten ligeledes fastslået, at oplysninger om formålet med og forløbet af de møder, som virksomhederne har deltaget i, samt resultaterne og konklusionerne fra disse møder, er uforenelige med kontradiktionsprincippet, da de kan forpligte den berørte virksomhed til at indrømme sin deltagelse i overtrædelsen [170].

467. I de foreliggende sager har Retten anført, at Kommissionens begæringer om oplysninger tog sigte på at opnå rent faktuelle oplysninger om samtlige udvalg, og denne vurdering kan, som nævnt, ikke være genstand for Domstolens prøvelse inden for rammerne af en appel.

468. Under hensyn til førnævnte retspraksis kunne Retten følgelig efter min opfattelse med føje fastslå i præmis 541 og 544 i den

169 — Dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, præmis 37.

170 — Jf. den retspraksis, hvortil der henvises i præmis 540 i den appellerede dom, herunder navnlig Rettens dom af 20.2.2001, sag T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 71-73 og den deri nævnte retspraksis.

appellerede dom, at Kommissionens spørgsmål ikke udgjorde en tilsidesættelse af appellantens ret til forsvar.

469. På baggrund af det foranstående mener jeg, at RZB's første argument, hvorefter der er foretaget en fejlagtig vurdering med hensyn til, om svarene på begæringerne om oplysninger blev givet frivilligt, må forkastes som grundløst.

ii) Det andet argument: retlige fejl i forbindelse med vurderingen af den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder

— Parternes argumenter

470. Dette andet argument er fremsat af RZB og BA-CA.

471. For det første har de to virksomheder gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved i præmis 556 i den appellerede dom at finde, at forklaringerne i den fælles redegørelse vedrørende praksis i strid med konkurrenceretten ikke kunne anses for samarbejde i forbindelse med proceduren i samarbejdsmeddelelsens betydning, fordi de kan udgøre et forsvarsmiddel for virksomhederne. Ifølge BA-CA eksisterer der ikke nogen retsregel, hvorefter et dokument, parterne anvender i forbindelse med deres forsvar, ikke samtidig kan bibringe Kommissionen værdifulde oplysninger, som er nyttige for så vidt angår realiteten, og som bidrager til at fastslå overtrædelsen.

472. For det andet har RZB gjort gældende, at Rettens vurdering er urigtig, fordi Kommissionens argumentation strider imod dens egen beslutningspraksis. Appellanten har i den forbindelse henvist til afsnit II, A, punkt 9, litra a), og afsnit IV i samarbejdsmeddelelsen af 2006 [171].

473. For det tredje har BA-CA hævdet, at Retten har begået en fejl ved at fastslå, at Kommissionen ved sin vurdering af nytten af bankernes frivillige samarbejde kunne tage hensyn til, at de ikke sammen med den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder havde fremlagt »alle dokumenterne vedrørende udvalgene« for den. Dette findes der ifølge appellanten ingen regel om. Desuden kunne appellanten i betragtning af overtrædelsens omfang kun fremlægge dokumenterne over en periode.

474. For det fjerde har BA-CA gjort gældende, at den appellerede dom er inkonse-

171 — Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EUT 2006 C 298, s. 17).

kvent. Retten har nemlig ikke indrømmet appellanten en nedsættelse af bøden, selv om den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder bidrog til at fastslå overtrædelsen.

— Bedømmelse

475. I det væsentlige har RZB og BA-CA kritiseret Retten for ikke at have forkastet Kommissionens vurdering af, at bankerne havde anvendt den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder som et forsvarsmiddel. Jeg foreslår, at Domstolen uden videre afviser dette argument, fordi det kun er Kommissionen, det tilkommer at vurdere, i hvilken udstrækning virksomhederne har samarbejdet i forbindelse med proceduren ved at fremlægge en fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder, og fordi Retten blot har respekteret det skøn, Kommissionen råder over i denne henseende.

476. Det andet argument, som RZB har fremsat, foreslår jeg ligeledes, at Domstolen afviser. Dels er Kommissionen som nævnt ikke bundet af sin tidligere beslutningspraksis. Dels kan RZB ikke påberåbe sig den samarbejdsmeddelelse, Kommissionen vedtog i 2006, dvs. fire år efter vedtagelsen ad den anfægtede beslutning.

477. Det tredje argument, der er fremsat af BA-CA, bør også forkastes. Retten kunne på grundlag af det skøn, Kommissionen råder over i denne henseende, med føje fastslå, at Kommissionen med henblik på vurderingen af nytten af virksomhedens samarbejde kunne tage hensyn til, at bilagene til den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder ikke var fuldstændige.

478. På baggrund af det foranstående mener jeg ikke, at Rettens vurdering af appellanternes fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder er behæftet med retlige fejl, eller at den er inkonsekvent.

479. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster hele den kritik, RZB og BA-CA har fremsat hvad dette angår.

iii) Det tredje argument: fejlagtig vurdering af RZB's indrømmelse af, at overtrædelsen havde et konkurrencebegrænsende formål, og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

— Parternes argumenter

480. RZB har kritiseret Retten for i præmis 559 i den appellerede dom ikke at have taget hensyn til den særlige værdi, virksomhedens tilståelse havde, skønt Kommissionen udtrykkeligt henviste til den i sin vurdering. Ifølge RZB er Rettens argumentation i strid med dens praksis, idet den i dommen i sagen Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen fastslog, at det letter Kommissionens arbejde, at en virksomhed indrømmer et ulovligt kartel. Desuden indebærer vurderingen en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, idet RZB på trods af sin tilståelse blev behandlet på samme måde som de øvrige banker. Appellanten har følgelig krævet, at Domstolen bestemmer, at den bøde, appellanten er blevet pålagt, nedsættes med mindst 10%.

481. Kommissionen har gjort gældende, at den betingelse, der skal være opfyldt for, at der kan opnås en større nedsættelse af bøden end 10%, ikke var opfyldt, idet Kommissionen allerede rådede over de dokumenter, som var nødvendige for at fastslå de væsentligste faktiske omstændigheder. Den har understreget, at samarbejdsmeddelelsen udgør et middel til bevisoptagelse forsynet med økonomiske incitamenter og ikke en belønningsforanstaltning til gavn for virksomheder, der indvilliger i at samarbejde med Kommissionen, og har peget på, at den råder over et skøn med hensyn til, om en oplysning bidrager til at fastslå, at der foreligger en overtrædelse.

— Bedømmelse

482. Dette argument mener jeg ligeledes bør forkastes.

483. Det er rigtigt, at Retten i dommen i sagen Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen udtalte, at »[e]n indrømmelse af, at en samordning har fundet sted, gør Kommissionens arbejde i forbindelse med undersøgelsen lettere end den blotte anerkendelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder« [172]. Der er imidlertid tale om en principiel betragtning, der skal anvendes på baggrund af det konkrete tilfælde, hvilket Retten udtrykkeligt har fastslået i præmis 559 i den appellerede dom. Retten har taget det vide skøn i betragtning, som Kommissionen er tillagt ved vurderingen af virksomhedernes samarbejde i forbindelse med proceduren. Efter min opfattelse er det derfor med føje, og uden at begå nogen retlig fejl, som kan kritiseres under appelsagen, at Retten har bemærket, at det påhviler Kommissionen i hvert enkelt tilfælde at vurdere, om en sådan tilståelse reelt har lettet dens arbejde.

172 — Præmis 276.

484. Endvidere mener jeg ikke, at det er muligt at tiltræde RZB's argument om, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat, fordi RZB på trods af sin tilståelse blev behandlet på samme måde som de øvrige banker.

485. Det fremgår nemlig af den appellerede dom, at appellantens tilståelse ikke lettede Kommissionens arbejde, hvilket er kriteriet for, at bøden kan nedsættes. Jeg mener derfor, at Retten med føje kunne fastslå, at Kommissionen ikke var forpligtet til at behandle denne virksomhed anderledes end de øvrige og indrømme den en yderligere nedsættelse af bøden af den nævnte grund.

iv) Fjerde argument: Bevisbyrden er blevet vendt om for så vidt angår værdien af RZB's samarbejde og tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

— Parternes argumenter

486. RZB har kritiseret Retten for at have vendt bevisbyrden om ved i præmis 546-551 i den appellerede dom at fastslå, at appellanten for at opnå en større nedsættelse af bøden end 10% skulle have godtgjort, at Kommissionen ikke kunne bevise overtrædelsen uden det fremlagte bevismateriale. Denne vurdering er dels i strid med samarbejdsmeddelelsens punkt D 2, andet led, og udgør derfor en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Dels er den uforenelig med Kommissionens forpligtelse til i administrative procedurer at bevise såvel gunstige som ugunstige omstændigheder.

— Bedømmelse

487. Jeg foreslår, at Domstolen forkaster dette argument. Jeg mener nemlig, at RZB på ny sammenblander proceduren i artikel 11 i forordning nr. 17 vedrørende de begæringer om oplysninger, Kommissionen kan fremsætte inden for rammerne af sin undersøgelse, og de tilfælde, hvori RZB kan indrømmes en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

488. RZB har anfægtet Rettens argumentation i præmis 551 i den appellerede dom. Denne argumentation vedrører svarene på de begæringer om oplysninger, Kommissionen fremsatte i henhold til forordning nr. 17. Appellanten kan derfor ikke påberåbe sig en tilsidesættelse af samarbejdsmeddelelsen og heller ikke af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

489. Endvidere kan RZB ikke hævde, at Rettens vurdering er i strid med de processuelle regler for bevisbyrde og bevisførelse.

490. Samarbejdsmeddelelsen er et middel til bevisoptagelse, der giver Kommissionen mulighed for at tilvejebringe oplysninger om en angivelig overtrædelse af konkurrenceretten ved at give virksomhederne økonomiske incitamenter til at samarbejde i forbindelse med proceduren. Således som jeg anførte i punkt 420 og 422 i dette forslag til afgørelse, kan der, når en virksomheds samarbejde sker inden for rammerne af en begæring om oplysninger, der er fremsat i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, kun indrømmes den en bødenedsættelse, hvis de oplysninger, den giver Kommissionen, går langt ud over, hvad Kommissionen kunne have krævet i henhold til denne bestemmelse. Virksomhedens adfærd skal lette Kommissionens opgave og gøre det mindre vanskeligt for den at fastslå overtrædelsen.

491. Selv om det ganske vist påhviler Kommissionen at føre bevis for den overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, den fastslår [173], er det derfor den virksomhed, som anmoder om nedsættelse af den bøde, den er blevet pålagt, der skal påvise, at dens samarbejde har hjulpet Kommissionen med at løse dennes opgave.

173 — Jf. hvad dette angår mine betragtninger i punkt 128 i dette forslag til afgørelse.

492. Derfor har Retten ved i præmis 551 i den appellerede dom at fastslå, at »sagsøgerne ikke har godtgjort, at de dokumenter, der er fremlagt som svar på begæringerne om oplysninger, var nødvendige for at give Kommissionen mulighed for at identificere alle de væsentligste udvalg, eller, hvis dette ikke var muligt, at det bevismateriale, der var opnået ved kontrolundersøgelserne, ville have været utilstrækkeligt til at bevise det væsentligste ved overtrædelsen og til at vedtage en beslutning om pålæggelse af bøder«, ikke væltet bevisbyrden over på virksomhederne.

493. Jeg mener følgelig ikke, at der er grundlag for det af RZB fremsatte fjerde argument.

v) Femte argument: retlige fejl i og inkonsekvent begrundelse for Rettens vurdering af værdien af de af BA-CA fremlagte supplerende dokumenter

— Parternes argumenter

494. BA-CA har i det væsentlige anfægtet Rettens vurdering af værdien af 33 ringbind med over 10 000 sider dokumenter, som BA-CA havde fremlagt for Kommissionen.

495. For det første har BA-CA gjort gældende, at Retten har nedvurderet virksomhedens samarbejde ved uophørligt at skærpe de krav, der skal være opfyldt for at blive indrømmet en nedsættelse af bøden. Appellanten har navnlig kritiseret Rettens sammenligning af den værdi, den finder bør tillægges de nævnte dokumenter, med den værdi, den finder bør tillægges den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder.

496. For det andet har appellanten hævdet, at Rettens argumentation er inkonsekvent, idet Retten har afvist at indrømme bødenedsættelse under hensyn til den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder med den begrundelse, at den ikke indeholdt nye dokumenter, mens det er ubestridt, at appellanten som led i den frivillige fremlæggelse af dokumenter fremlagde 10 000 sider nye dokumenter, hvoraf en del ubestrideligt blev anvendt i forbindelse med den anfægtede beslutning.

497. Kommissionen har gjort gældende, at dette argument ikke kan antages til realitetsbehandling, da det udgør en gentagelse af et argument, som allerede er blevet fremsat for Retten. Endvidere har Kommissionen påpeget, at den omstændighed, at dokumenter er nye, dvs. ikke er blevet fremlagt før, ikke alene er tilstrækkelig til, at de pågældende dokumenter udgør et relevant bidrag i samarbejdsmeddelelsens forstand.

— Bedømmelse

498. Retten udtalte i præmis 560 i den appellerede dom, at den omstændighed, at en af de berørte banker havde fremlagt supplerende dokumenter, kun kunne danne grundlag for en yderligere nedsættelse af dens personlige bøde, hvis samarbejdet reelt havde frembragt nye og nyttige elementer i forhold til, hvad der var blevet meddelt inden for rammerne af samtlige virksomheders fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder.

499. Dels forekommer denne vurdering mig fuldstændig logisk og sammenhængende, idet værdien af et frivilligt samarbejde først og fremmest afhænger af, om de fremlagte dokumenter er relevante, og om de er nyttige med hensyn til at fastslå overtrædelsen.

500. Dels mener jeg ikke, at vurderingen er inkonsekvent. I modsætning til, hvad BA-CA har gjort gældende, har Retten nemlig ikke afvist at nedsætte appellanternes bøde med den begrundelse, at den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder ikke indeholdt nye elementer. Således som det fremgår af præmis 552-558 i den appellerede dom, har den blot fastslået, at Kommissionen ikke gjorde sig skyldig i en åbenbart fejlagtig vurdering ved ikke at indrømme en supplerende nedsættelse med den begrundelse, at redegørelsen ikke havde gjort dens arbejde lettere.

501. I forbindelse med såvel sin vurdering vedrørende den fælles redegørelse for de faktiske omstændigheder som sin behandling af værdien af de af BA-CA fremlagte supplerende dokumenter har Retten anlagt en fuldstændig konsekvent argumentation, der bygger på ét og samme kriterium, nemlig at de af appellanterne meddelte oplysninger skulle være nyttige i relation til Kommissionens arbejde og relevante.

502. Jeg mener derfor ikke, at appellanten kan kritisere Rettens vurdering, og jeg foreslår, at Domstolen forkaster det femte argument som grundløst.

vi) Sjette argument: manglende hensyntagen til BA-CA's svar på klagepunktsmeddelelsen

— Parternes argumenter

503. BA-CA har anfægtet Rettens vurdering i præmis 564 i den appellerede dom, hvorefter Kommissionen ikke var forpligtet til at tage virksomhedens svar på klagepunktsmeddelelsen i betragtning som samarbejde. Ved dette svar havde BA-CA nemlig leveret beviset for den udveksling af oplysninger, der havde fundet sted inden for de decentrale sektorer, hvilket havde gjort det muligt for Kommissionen at fastslå overtrædelsen. Desuden er der ikke grundlag for at udelukke en virksomheds samarbejde, efter at klagepunktsmeddelelsen er blevet fremsendt.

— Bedømmelse

504. Efter min opfattelse kan dette argument ikke antages til realitetsbehandling, da BA-CA blot ordret har gengivet et argument, som virksomheden allerede har fremført for Retten. Under hensyn til de principper, jeg har henvist til i punkt 65 i dette forslag til afgørelse, kan argumentet derfor ikke efterprøves af Domstolen inden for rammerne af den foreliggende appel.

505. På baggrund af det foranstående mener jeg, at det andet led, hvorefter der er begået retlige fejl i forbindelse med anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen, delvis bør afvises, delvis bør forkastes som grundløst.

3. Anbringendets tredje led: tilsidesættelse af retten til forsvar, for så vidt som den omfatter retten til at blive hørt

a) Parternes argumenter

506. BA-CA har gjort gældende, at Retten har tilsidesat virksomhedens ret til at blive hørt ved at afslå at høre et vidne, nærmere bestemt en tjenestemand i Kommissionen, som kunne have givet Retten en mere korrekt opfattelse af appellantens samarbejde i forbindelse med proceduren gennem de dokumenter, appellanten fremlagde.

b) Bedømmelse

507. Dette led mener jeg bør afvises.

508. I præmis 563 i den appellerede dom undlod Retten at tage denne begæring om bevisoptagelse til følge med den begrundelse, at »denne angivelse af beviser ikke umiddelbart [er] relevant med henblik på at vurdere de nævnte dokumenters nytte«. Retten havde indledningsvis bemærket, at den omstændighed, at de pågældende dokumenter var blevet anvendt, ikke i sig selv godtgjorde, at fremlæggelsen af dem havde lettet Kommissionens arbejde på det materielle plan.

509. Det fremgår af fast retspraksis, at det alene tilkommer Retten at afgøre, om det er nødvendigt at supplere bevismaterialet i de sager, den forelægges til afgørelse. Vurderingen af oplysningernes beviskraft er et led i Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som er endelig. Ifølge Domstolen har denne derfor ikke nogen prøvelsesret vedrørende vurderingen, når den træffer afgørelse inden for rammerne af en appel, medmindre parterne har gjort gældende, at de for Retten forelagte beviser er blevet gengivet urigtigt, eller det fremgår af de dokumenter, som er tilført sagens akter, at Rettens konstateringer er materielt urigtige [174].

510. Der er ikke fremkommet noget inden for rammerne af den af BA-CA iværksatte appel, der giver mig grund til at antage, at dette er tilfældet i den foreliggende sag. På den baggrund mener jeg ikke, at Retten kan kritiseres for ikke at have accepteret det af appellanten ønskede bevismiddel.

511. Derfor savner det tredje anbringendes tredje led efter min opfattelse grundlag og bør forkastes.

512. På baggrund af det foranstående som helhed foreslår jeg, at Domstolen fastslår, at det tredje anbringende, der vedrører Rettens

174 — Jf. bl.a. kendelsen af 12.12.2006, sag C-129/06 P, Autosalone Ispra mod Kommissionen, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis.

vurdering med hensyn til virksomhedernes samarbejde i forbindelse med proceduren, delvis må forkastes som grundløst, delvis må afvises.

D — *Fjerde anbringende: tilsidesættelse af retten til forsvar, for så vidt som den omfatter retten til at blive hørt, og af Rettens pligt til at begrunde sine konklusioner for så vidt angår kravene om nedsættelse af bøderne*

1. Parternes argumenter

513. BA-CA har inden for rammerne af sin appel kritiseret Rettens generelle konklusioner vedrørende påstandene om nedsættelse af bøderne som helhed. BA-CA har hævdet, at virksomheden skulle have været hørt, fordi Retten har fremsat sine egne betragtninger angående størrelsen af de bøder, der skulle pålægges.

514. Kommissionen har gjort gældende, at de betragtninger, der fremsættes i præmis 566 i den appellerede dom, kun er supplerende og afsluttende betragtninger, som udtrykker Rettens vurdering.

2. Bedømmelse

515. Retten bemærker i præmis 566 i den appellerede dom: »Under hensyn til overtrædelsens grovhed, i forhold til hvilken det af Kommissionen fastsatte bødeniveau forekommer lavt, er Retten som led i udøvelsen af sin fulde prøvelsesret af den opfattelse, at sagsøgernes samarbejde i den foreliggende sag ikke berettiger en supplerende nedsættelse af de pålagte bøder.«

516. Endvidere anfører Retten i præmis 570 i dommen, at sagsøgernes anbringender om at opnå en nedsættelse af bøderne som led i legalitetskontrollen må forkastes, og at den som led i udøvelsen af sin fulde prøvelsesret finder, at der ikke er noget grundlag for at nedsætte bøderne af andre grunde.

517. Jeg mener ikke, at Retten var forpligtet til at give BA-CA lejlighed til at fremsætte bemærkninger, inden den meddelte sine konklusioner. Efter min opfattelse har appellanten på fyldestgørende måde kunnet gøre sit synspunkt gældende vedrørende fastsættelsen af bøden.

518. Dette fremgår for det første af den argumentation, BA-CA fremførte for Retten, for det andet af de spørgsmål, denne stillede,

og for det tredje af betragtningerne i den appellerede dom.

519. For det første tog fire af de seks anbringender, appellanten fremsatte for Retten, sigte på en nedsættelse af den pålagte bøde. De pågældende anbringender vedrørte bl.a. Kommissionens vurderinger med hensyn til, hvordan overtrædelsen skulle kvalificeres, spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder, og appellantens samarbejde i forbindelse med proceduren.

520. For det andet stillede Retten appellanten talrige spørgsmål til skriftlig besvarelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der forelå formildende omstændigheder, og appellantens samarbejde i forbindelse med proceduren.

521. For det tredje har Retten i den appellerede dom meget udførligt behandlet alle de omstændigheder, der var relevante for fastsættelsen af bøden, og i den forbindelse taget alle de argumenter i betragtning, der er blevet fremsat for den.

522. Retten behandler således fra præmis 216 til præmis 571 i den appellerede dom alle påstandene om nedsættelse af de pålagte bøder. Den bekræfter indledningsvis i præmis 217 ff. i dommen, at retningslinjerne og samarbejdsmeddelelsen finder anvendelse. Videre bekræfter den i dommens præmis 315, at appellanterne har begået en »meget alvorlig« overtrædelse. På dette grundlag tager Retten i præmis 463 i den appellerede dom stilling til Kommissionens klassificering af virksomhederne i kategorier og i præmis 468 til dens forhøjelse af bøderne under hensyn til overtrædelsens varighed. Dernæst forkaster den i dommens præmis 511 alle appellanternes klagepunkter vedrørende Kommissionens vurdering af spørgsmålet om formildende omstændigheder og i præmis 565 alle anbringenderne om fejlagtig fortolkning af samarbejdsmeddelelsen.

523. På den baggrund mener jeg, at BA-CA havde mulighed for på fyldestgørende måde at fremføre sit synspunkt vedrørende alle de omstændigheder, der var relevante for fastsættelsen af bøden.

524. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster det fjerde anbringende som grundløst.

X — Konsekvenserne af ophævelsen af den appellerede dom

525. Som anført foreslår jeg, at Domstolen ophæver den appellerede dom, i den udstrækning Retten har begået to retlige fejl i forbindelse med vurderingen af overtrædelsens grovhed med henblik på beregningen af bødens grundbeløb.

A — *Det første anbringende: fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed og af bødens størrelse på grund af manglende påvisning af, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet*

1. Parternes argumenter

526. Jeg mener nemlig, at Retten begik en første retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionen kunne udlede af den omstændighed, at kartellet var blevet gennemført, at overtrædelsen havde haft en konkret indvirkning på markedet. Endvidere mener jeg, at Retten begik endnu en retlig fejl og forsynede den appellerede dom med en inkonsekvent begrundelse, da den fastslog, at Kommissionen ved at tillægge Erste, RZB og ÖVAG de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede, kun havde pålagt dem en sanktion for deres egen ulovlige adfærd.

527. Da jeg mener, at tvisten er moden til påkendelse, foreslår jeg, at Domstolen i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statutten for Domstolen selv træffer endelig afgørelse om ovennævnte to annullationsanbringender, der blev fremsat for Retten.

528. Alle de berørte banker anfægtede i deres annullationssøgsmål for Retten den måde, hvorpå Kommissionen havde fastsat grundbeløbet for bøderne [175]. De gjorde gældende, at det var fejlagtigt, at overtrædelsen var blevet kvalificeret som »meget alvorlig«. Appellanterne kritiserede navnlig Kommissionen for i strid med retningslinjerne ikke at have foretaget en undersøgelse af overtrædelsens konkrete indvirkning på de berørte markeder, men at have indskrænket sig til at fastslå, udelukkende på grundlag af en påstand om, at kartellet var blevet gennemført, at det havde haft en indvirkning på markedet, og uden at undersøge, hvor stor denne havde været. Bødens grundbeløb blev følgelig fastsat forkert.

175 — Ud over appellanterne havde også Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (herefter »BAWAG«), PSK, Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG (herefter »NÖ-Hypo«) og Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG (herefter »RLB«) indbragt søgsmål. RLB overtog i 1997 Raiffeisen Wien AG (herefter »RBW«).

2. Bedømmelse

529. Jeg mener, at der er grundlag for dette anbringende, og det af følgende grunde.

530. I den anfægtede beslutning blev overtrædelsen kvalificeret som »meget alvorlig« på grundlag af overtrædelsens art, dens geografiske udstrækning og den omstændighed, at kartellet havde haft indvirkning på markedet. Denne omstændighed blev lagt til grund ved kvalificeringen af overtrædelsen og dermed ved fastsættelsen af grundbeløbet for bøden. Dette bekræftes af selve ordlyden af den anfægtede beslutning.

531. I betragtning 430 til den anfægtede beslutning fastslår Kommissionen, at der var en faktisk indvirkning på det østrigske bankmarked som følge af, at de ulovlige aftaler blev gennemført, skønt den i betragtning 436 til beslutningen anfører, at det ikke er muligt at kvantificere den nøjagtigt, dvs. at fastslå, hvorledes bankernes forskellige satser og gebyrer ville have været, hvis der ikke var blevet indgået nogen aftale. I betragtning 508-510 til beslutningen henvises til de konkrete virkninger af kartellet, der tages i betragtning ved udmålingen af bøden. Der henvises i de nævnte betragtning til betragtning 410 og 430-436 til den anfægtede beslutning, som, med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, blot indeholder en beskrivelse af, hvordan bankerne gennemførte aftalerne.

532. I betragtning 431 til den anfægtede beslutning henvises til konkrete eksempler på gennemførelse af kartelbeslutninger, såsom nedsættelse af udlånsrentesatser og ændring af indlånsrentesatser. I betragtning 432 til beslutningen angives, at bankerne i den forbindelse gjorde brug af oplysninger, der var indhentet på udvalgsmøderne, og i betragtning 433 forklares, at bankerne selv evaluerede, hvorledes deres aftaler konkret var blevet gennemført. I betragtning 434 til den anfægtede beslutning peger Kommissionen på, at bankerne ikke ville være mødtes regelmæssigt og så ofte, hvis møderne ikke havde haft nogen virkning. Endelig anfører Kommissionen i betragtning 435 til beslutningen, at de konkurrencebegrænsende virkninger af informationsudvekslingen med hensyn til kalkulationsmetoder og -parametre må anses for at have været så meget mere betydelige, som bankernes rentemarginaler er lave.

533. Det fremgår ikke af den anfægtede beslutning, at Kommissionen i så vid udstrækning som muligt forsøgte at foretage en separat undersøgelse af, henholdsvis hvordan kartellet var blevet gennemført, og hvilken konkret indvirkning det havde haft på markedet. Jeg mener ikke, at Kommissionen i sin undersøgelse henviser til nogen objektiv økonomisk faktor, der gør det muligt at måle, i udtrykkets egentlige forstand, hvilken faktisk indvirkning aftalen havde på det østrigske marked for bankprodukter og -tjenester. Der henvises således ingen steder til markedssituationen og bankernes priser og gebyrer, henholdsvis før overtrædelsen blev begået og efter, at den var blevet indledt. På den baggrund er det faktisk vanskeligt at påvise, om gennemførelsen af aftalerne konkret påvirkede markedets struktur eller prisni-

veauet, som kartellet netop havde til formål at kontrollere [176]. Desuden beror det indicium, hvortil der henvises i betragtning 434 til den anfægtede beslutning, nemlig at bankerne mødtes regelmæssigt, efter min mening på en ren formodning.

534. På baggrund af det foranstående påviste Kommissionen efter min opfattelse ikke i fornødent omfang med henblik på bødeudmålingen, hvilken faktisk indvirkning kartellet havde haft på markedet for bankprodukter og -tjenester i perioden fra januar 1995 til juni 1998.

535. Det skal nu undersøges, hvilken betydning denne konklusion har for Kommissionens kvalifikation af overtrædelsen og det grundbeløb, den fastsatte.

536. Jeg mener for det første ikke, at den fejlvurdering, Kommissionen gjorde sig skyldig i, havde nogen betydning i relation til, at overtrædelsen blev kvalificeret som »meget alvorlig«.

537. Prisaftaler som dem, der er tale om i det foreliggende tilfælde, kan nemlig af de grunde, jeg har anført ovenfor i punkt 259-261 i dette forslag til afgørelse, på grund af selve deres art udgøre en meget alvorlig overtrædelse uanset deres konkrete indvirkning på markedet og det berørte markeds udstrækning. I den forbindelse skal det bemærkes, at sådanne aftaler i artikel 81, stk. 1, litra a), EF angives som et af eksemplerne på karteller, som udtrykkeligt erklæres for uforenelige med det fælles marked. Ud over den alvorlige forvridning af konkurrencen, de medfører, skaber sådanne karteller, ved at forpligte parterne til at overholde bestemte priser, barrierer for adgangen til markedet og modarbejder derved EF-traktatens hovedformål om integration inden for fællesmarkedet.

538. Endvidere mener jeg ikke, at Kommissionen tillagde kriteriet om overtrædelsens faktiske indvirkning på markedet størst vægt, da den fastsatte grundbeløbet for bøden. Den lagde således også andre faktorer til grund for sin vurdering, nemlig at det var blevet fastslået, at overtrædelsen på grund af selve sin art måtte kvalificeres som meget alvorlig (betragtning 506 og 507 til den anfægtede beslutning), og udstrækningen af virksomhedernes evne til at fordreje konkurrencen som følge af deres økonomiske muligheder (betragtning 515-519 i beslutningen).

539. Jeg mener følgelig, at Kommissionen med føje kunne kvalificere overtrædelsen som »meget alvorlig«.

176 — Betragtning 426 til den anfægtede beslutning.

540. Derimod finder jeg, at den omstændighed, at Kommissionen ikke påviste overtrædelsens angivelige virkninger på markedet, rejser tvivl om vurderingen af, hvor stort et grundbeløb for bøden der skulle fastsættes under hensyn til overtrædelsens grovhed. Som tidligere anført lagde Kommissionen nemlig til grund for fastsættelsen af grundbeløbet for bøden under hensyn til overtrædelsens grovhed, at overtrædelsen efter dens opfattelse havde haft virkninger på markedet, skønt det ikke var blevet påvist, at der havde været en sådan indvirkning i den periode, hvori kartellet bestod.

541. På den baggrund foreslår jeg, at Domstolen tiltræder dette anbringende og som led i udøvelsen af sin fulde prøvelsesret ændrer de grundbeløb for bøderne, Kommissionen fastsatte i betragtning 520 til den anfægtede beslutning.

542. Jeg skal i dette øjemed redegøre for den fremgangsmåde, Kommissionen fulgte ved bødeberegningen.

543. Det fremgår af betragtning 515-519 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen varierede det bødebeløb på 20 mio. EUR, der er fastsat i retningslinjerne for meget alvorlige overtrædelser, for at tage hensyn dels til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, dels til hver enkelt virksomheds faktiske økonomiske muligheder, samt for at sikre bøden en afskrækkende virkning [177].

544. Det fremgår af betragtning 519 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen i dette øjemed inddelte virksomhederne i fem kategorier på grundlag af de oplysninger om deres markedsandele, der forelå. Desuden fastsatte Kommissionen, således som den har oplyst i punkt 143 i svarskriftet, for hver kategori af virksomheder vejledende værdier for de berørte virksomheders markedsandele. Det fremgår af betragtning 520 til den anfægtede beslutning, at den ligeledes fastsatte et fast bødebeløb for hver enkelt kategori af virksomheder.

545. Hvad dette angår har Retten i henhold til retspraksis fastslået, at afvigelserne mellem de vejledende værdier er sammenhængende og objektivt begrundede for så vidt angår første til fjerde kategori [178]. Med hensyn til femte kategori har Retten i præmis 424-427 i den appellerede dom fundet, at Kommissionen ikke overskred sit skøn ved at henføre alle de virksomheder, hvis markedsandel var på under 1%, til denne kategori på trods af størrelsesforskellene mellem dem.

177 — Retningslinjernes punkt 1 A, første og fjerde afsnit.

178 — Den vejledende værdi for anden til fjerde kategori svarede i hvert tilfælde til halvdelen af den vejledende værdi for den overliggende kategori, og det samme gjaldt for det tilsvarende grundbeløb (jf. præmis 424 i den appellerede dom).

546. Kommissionens beregningsgrundlag var som følger:

	Vejledende værdi for markedsandel	Grundbeløb for bøden (i mio. EUR)
Kategori I (GiroCredit/Erste og RZB)	> 22%	25
Kategori II (BA og CA)	11%	12,5
Kategori III (Erste før fusionen med GiroCredit, BAWAG og ÖVAG)	5,5%	6,25
Kategori IV (PSK og PSK-B)	2,75%	3,13
Kategori V (NÖ-Hypo og RBW/RLB)	< 1%	1,25

547. Jeg ved ikke, i hvilket omfang Kommissionen ved udmålingen af bødens grundbeløb tog hensyn til kriteriet om overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet. Jeg er ikke klar over, hvor stor en andel dette kriterium repræsenterer i forhold til de to andre kriterier om henholdsvis virksomhedens økonomiske vægt og bødens afskrækkende virkning. På den baggrund anser jeg den forhøjelse, Kommissionen foretog, for at udgøre et udeleligt hele.

548. Hvad for det første angår virksomhederne i første kategori, dvs. GiroCredit/Erste (efter deres fusion) og RZB, blev det til 20 mio. EUR fastsatte grundbeløb for meget alvorlige overtrædelser forhøjet med 5 mio. EUR for at tage hensyn til ovennævnte tre kriterier. For at ophæve den forhøjelse af bøden, der blev foretaget som følge af den fejlagtige hensyntagen til kriteriet om overtrædelsens konkrete indvirkning, foreslår jeg under hensyn til mine foranstående bemærkninger, at Domstolen nedsætter beløbet til 20 mio. EUR, dvs. det påregnelige beløb for en meget alvorlig overtrædelse.

549. Hvad for det andet angår virksomhederne i de øvrige kategorier, herunder BA-CA og ÖVAG, blev denne tærskel nedsat væsent-

ligt under hensyn til de pågældende virksomheders mindre økonomiske vægt. Jeg foreslår, at Domstolen for dem nedsætter bødens grundbeløb med samme sats som den, jeg foreslår anvendes for virksomhederne i første kategori, dvs. med en femtedel.

550. Jeg foreslår med andre ord, at Domstolen under hensyn til manglen på en konkret indvirkning af overtrædelsen på markedet ændrer de grundbeløb for bøderne, Kommissionen pålagde Erste, RZB, BA-CA og ÖVAG, som følger:

	Adressater for den anfægtede beslutning	Grundbeløb for bøden uden en konkret indvirkning af overtrædelsen på markedet *(i mio. EUR)*
Kategori I	GiroCredit/Erste (efter fusionen)	20
	RZB	20
Kategori II	BA	10
	CA	10
Kategori III	Erste (EÖ før fusionen med GiroCredit)	5
	ÖVAG	5

B — *Det andet anbringende: fejlagtig vurdering for så vidt angår klassificeringen i kategorier af Erste, RZB og ÖVAG med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden*

551. I deres annullationssøgsmål for Retten gjorde Erste, RZB og ÖVAG gældende, at deres klassificering i kategorier var retsstridig, fordi Kommissionen på grund af deres stilling som centrale institutter i henholdsvis sparekassesektoren, land-andelsbanksektoren og industri-andelsbanksektoren havde tillagt dem de markedsandele, deres respektive sektorer som helhed tegnede sig for.

1. Den anfægtede beslutning

552. At de centrale institutter blev tillagt deres respektive decentrale sektorers markedsandele, begrundes i den anfægtede beslutning med følgende betragtninger:

»(515) Inden for de overtrædelser, der her er kategoriseret som meget alvorlige, gør bødeskalaen det muligt at variere behandlingen af de pågældende virksomheder alt efter deres faktiske økonomiske muligheder for at påføre konkurrencen alvorlig skade. Skalaen gør det også muligt at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning. En sådan differentiering er navnlig hensigtsmæssig i det foreliggende tilfælde, da der er en betydelig uligevægt med hensyn til størrelsen af de virksomheder og grupper, der har deltaget i overtrædelsen.

(516) I det foreliggende tilfælde skal der tages hensyn til de særlige omstændigheder på det østrigske bankmarked. Det ville i realiteten være ude af trit med virkeligheden at begrænse Erstes, RZB's og ÖVAG's betydning inden for netværket samt deres faktiske mulighed for at begrænse konkurrencen til skade for forbrugerne til deres respektive erhvervsmæssige virksomhed som forretningsbank.

(517) Det fremgår derimod særdeles klart af sagens akter, at disse virksomheder — i overensstemmelse med deres rolle som det centrale institut for de respektive grupper — i vidt omfang bidrog til netværkets effektivitet i hele Østrig gennem intensive informationsstrømme internt i grupperne. Disse institutter varetog ikke blot deres egne, men også deres respektive gruppes interesser, og blev derfor af de andre karteldeltagere opfattet som repræsentant for de respektive grupper. Aftalerne fandt derfor ikke blot sted mellem de enkelte institutter selv, men også mellem grupperne.

(518) Ses der bort fra de grupper, der stod bag de centrale institutter — sparekassegruppen, land-andelsbankgruppen og industri-andelsbankgruppen — ville det resultere i en ukorrekt bødeudmåling — uden afskrækkende virkning — som var ude af trit med den økonomiske realitet. Der foreligger i realiteten kun en tilstrækkelig afskrækkende virkning, hvis de pågældende centrale institutter fremover ikke længere deltager i former for karteladfærd som repræsentant for deres respektive gruppe.«

553. I betragtning 519 til den anfægtede beslutning klassificerede Kommissionen herefter GiroCredit/Erste og RZB i første kategori og ÖVAG i tredje kategori og beregnede grundbeløbet for deres bøder i overensstemmelse hermed.

2. Sammenfatning af parternes argumenter [179]

554. Erste, RZB og ÖVAG har, for det første, hævdet, at Kommissionen retligt fejlfortolkede betingelserne for, at en virksomheds markedsandele kan tillægges en anden virksomhed med henblik på bødeberegningen. De har gjort gældende, at den omstændighed, at de centrale institutter blev tillagt de markedsandele, bankerne i deres respektive decentrale sektorer repræsenterede, indebar, at de blev pålagt ansvaret for disses adfærd. De har påstået, at der ikke er noget retsgrundlag for denne ansvarspålæggelse, og at den er i strid med den individuelle karakter af ansvaret for overtrædelser af konkurrenceretten, da sektorerne ikke kan anses for at udgøre økonomiske enheder.

555. For det andet har Erste og ÖVAG gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte deres ret til kontradiktion og begrundelsespligten. Erste har kritiseret Kommissionen for at have tilsidesat virksomhedens ret til kontradiktion, fordi det ikke var angivet i klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen agtede at tillægge de centrale institutter deres gruppers markedsandele. Endvidere har Erste og ÖVAG gjort gældende, at hverken den påståede videregivelse af oplysninger til de decentrale banker eller den omstændighed, at de centrale institutter angiveligt repræsenterede disse, blev nævnt i klagepunktsmeddelelsen.

556. For det tredje har Erste, RZB og ÖVAG bestridt den fastlæggelse af de faktiske omstændigheder, hvormed Kommissionen begrundede tillæggelsen af markedsandelene, og vurderingen af disse omstændigheder. De har i det væsentlige kritiseret Kommissionen for at have set bort fra, at de decentrale banker retligt og økonomisk er selvstændige, og understreget, at de ikke kan give instrukser til institutterne i deres sektorer.

179 — Jeg henviser til fremstillingen af parternes argumenter i præmis 339-354 i den appellerede dom.

557. Med hensyn til informationsudvekslingen mellem de centrale institutter og de decentrale banker har RZB medgivet, at en sådan fandt sted inden for dens sektor, men bestridt, at der blev indført interne informations- og repræsentationsmekanismer med særligt henblik på at gennemføre aftalerne.

558. Endvidere har Erste og RZB bestridt oplysningerne i navnlig betragtning 61 og 517 til den anfægtede beslutning om, at de var »repræsentanter« for deres decentrale sektorer og/eller blev opfattet som sådanne af de andre banker. Endelig har Erste gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne anvende Wien-udvalgenes angivelige indflydelse på de regionale udvalg som begrundelse for den omtvistede ansvarspålæggelse.

559. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at der må sondres mellem at pålægge en virksomhed ansvaret for en anden virksomheds overtrædelser og at klassificere virksomhederne i kategorier med henblik på fastsættelsen af bødens grundbeløb, og hævdet, at den kun pålagde de enkelte centrale institutter en sanktion for deres egen adfærd, dvs. for at have bidraget til, at kartellet kunne fungere på hele det østrigske område ved at sende oplysninger til eller fra institutterne i deres decentrale sektorer. Ifølge Kommissionen er argumenterne om, at der ikke var tale om økonomiske enheder, og om de regler, der gælder for sammenslutninger af virksomheder, derfor ikke relevante. Efter dens opfattelse var det under hensyn til retningslinjerne berettiget at medregne markedsandelene, da der måtte tages hensyn til de centrale institutters faktiske muligheder for at skade konkurrencen. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at de centrale institutter sammen med deres grupper udgør enheder, der udøver en fælles økonomisk virksomhed, svarende til økonomiske enheder.

3. Bedømmelse

560. Der er efter min opfattelse grundlag for Erstes, RZB's og ÖVAG's første klagepunkt.

561. Jeg mener nemlig ikke, at Kommissionen ved udmålingen af den sanktion, den påregnede at pålægge de nævnte virksomheder, på grund af deres stilling som centrale institutter kunne tillægge dem de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede, når den ikke havde pålagt institutterne ansvaret for disse bankers ulovlige adfærd.

562. Ifølge retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit, kan Kommissionen med henblik på beregningen af bødens grundbeløb kun tage hensyn til »de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder«.

563. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke forfulgte bankerne i de decentrale sektorer i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, bortset fra RLB, som er en af de otte regionale banker i land-andelsbanksektoren.

564. Det fremgår ligeledes af beslutningen, at Kommissionen heller ikke ønskede at pålægge de centrale institutter ansvaret for de overtrædelser, bankerne i de decentrale sektorer eventuelt havde begået.

565. Beslutningen er således kun rettet til Erste, RZB og ÖVAG i deres egenskab af centrale institutter, men ikke i deres egenskab af repræsentanter, der har handlet på vegne af bankerne i de decentrale sektorer og i disses navn.

566. Dette fremgår af selve ordlyden af niende betragtning til den anfægtede beslutning:

»b) [Erste]

Efter fusionen med GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen med virkning fra den 4. oktober 1997 […] *er Erste det centrale institut i sparekassegruppen* [inden for sparekassegruppen er der særlige bindinger, som giver den *en koncernlignende struktur*. I sin egenskab af centralt institut er Erste forpligtet til at varetage forskellige funktioner i forhold til de tilknyttede sparekasser og udføre sine opgaver under hensyntagen til sparekassernes interesser, hvorved der fremkommer et tætmasket net af gensidige rettigheder og pligter], hvori indgår i alt ca. 70 sparekasser […] Sparekassegruppen samt Erste tegner sig for en markedsandel på ca. 30% [Erste tegner sig alene for en markedsandel på ca. 7%]. […]

c) [RZB]

RZB er det centrale institut i den østrigske land-andelsbankgruppe. Denne har en trestrenget struktur [den første streng omfatter ca. 615 retligt selvstændige lokale land-andelsbanker, hvis nøgleaktiviteter er detailbankvirksomhed og engrosbankvirksomhed for små og mellemstore virksomheder. På delstatsplan fungerer som anden streng otte regionale land-andelsbanker (Raiffeisen-Landesbanken — »RLB«). Den tredje streng udgøres af RZB, hvori RLB har en kapitalandel på over 80%. *Land-andelsbankerne er retligt selvstændige enheder, som ikke er undergivet instrukser fra RLB og/eller RZB*] […] Land-andelsbankgruppen tegner sig for en markedsandel på ca. 22% […] Foruden sin funktion som repræsentant for land-

andelsbankgruppen varetager RZB også selv bankforretninger, hovedsageligt inden for udenlandske aktiviteter og storkunderådgivning [RZB tegner sig alene for en markedsandel på ca. 2%].

h) [RLB]

[…]

I 1997 blev [RBW] fusioneret med sin hovedanpartshaver RLB [forinden havde RLB kun i meget begrænset omfang udført egne aktiviteter]. RLB/RBW's aktivitetsområde er begrænset til forbundshovedstaden Wien, hvor banken tegner sig for en markedsandel på ca. 5%« [180].

f) [ÖVAG]

ÖVAG er det centrale institut i industri-andelsbankgruppen, der har en tostrenget struktur og består af ca. 60 selvstændige industri-andelsbanker på primærtrinnet. Industri-andelsbankerne har et tæt samarbejde inden for vigtige områder […] og ejer majoriteten af andelene i ÖVAG. Industri-andelsbank-gruppens markedsandel udgør ca.7% [ÖVAG tegner sig alene for en markeds-andel på under 1%]. […]

567. Denne redegørelse giver oplysninger om, hvilke enheder Kommissionen ønskede at forfølge i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Den forklarer bankgruppernes struktur, og det fremgår meget klart af den, at en del af bankerne i de decentrale sektorer, nærmere bestemt bankerne i land-andelsbanksektoren, er »selvstændige enheder, som ikke er under-givet instrukser fra RLB og/eller RZB« [181].

180 — Mine fremhævelser.

181 — Niende betragtning, litra c), til den anfægtede beslutning, der gengives i det foregående punkt i dette forslag til afgørelse.

[…]

568. Det fremgår hverken af redegørelsen eller af de omstændigheder, der angives i fortsættelsen af Kommissionens fremstilling, at de centrale institutter sammen med bankerne i deres decentrale sektorer udgjorde økonomiske enheder, og at de centrale institutter på grund af deres rolle i bankgrupperne kunne forpligte dem [182].

569. Dette fremgår endnu klarere af, at Kommissionen forfulgte RLB, dvs. en af de regionale banker i land-andelsbanksektoren, særskilt for dens deltagelse i »Lombard-netværket« og pålagde den en bøde, som den havde beregnet på grundlag af virksomhedens egne markedsandele. For land-andelsbanksektorens vedkommende forfulgte Kommissionen således særskilt dels en bank i anden streng, som drev virksomhed på regionalt plan, nemlig RLB, dels en bank i tredje streng, som drev virksomhed på centralt plan, nemlig RZB.

570. På den baggrund mener jeg ikke, at Kommissionen kunne medregne de faktiske økonomiske muligheder, bankerne i de decentrale sektorer rådede over, endsige tillægge de centrale institutter, der var blevet fundet at skulle pålægges en sanktion for deres egen adfærd, disse muligheder.

571. Den omstændighed, Kommissionen nævner i betragtning 517 til den anfægtede beslutning, nemlig at Erste, RZB og ÖVAG bidrog til netværkets effektivitet gennem en intensiv informationsudveksling inden for grupperne, var ikke en tilstrækkelig grund til — og udgjorde heller ikke et kriterium, der muliggjorde — at Kommissionen tillagde dem hele den pågældende gruppes markedsandele.

572. Der skal nemlig være en logisk og sammenhængende forbindelse mellem pålæggelsen af ansvaret for overtrædelsen og udmålingen af sanktionen for denne. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, er der ikke tale om to særskilte procedurer, der skal gennemføres på grundlag af forskellige kriterier. Den førstnævnte procedure er en forudsætning for den sidstnævnte, og sanktionen kan kun udmåles på grundlag af omstændigheder, som er lagt dem, der har begået overtrædelsen, til last, således som de i det foreliggende tilfælde defineres i artikel 1 i den anfægtede beslutning. I de foreliggende sager havde Kommissionen ikke ført bevis for den informationsudveksling, der eventuelt havde fundet sted mellem de centrale institutter og bankerne i deres decentrale sektorer, og heller ikke anskuet den i relation til artikel 81, stk. 1, EF. Ved at lægge denne informationsudveksling til grund ved bødeberegningen ændrede Kommissionen ikke blot karakteren af den overtrædelse, den foreholdt appellanterne, men forværrede ligeledes deres situation.

182 — Jf. betragtning 58-62, 358-361 og 516-518 til den anfægtede beslutning.

573. Det er åbenbart, at en sådan argumentation savner retsgrundlag.

574. Desuden er argumentationen inkonsekvent. Som nævnt forfulgte Kommissionen nemlig RLB, som er en af de regionale banker i land-andelsbanksektoren, særskilt. Således som det fremgår af betragtning 519 til den anfægtede beslutning, blev RLB klassificeret i femte kategori på grundlag af sin markedsandel. Kommissionen tog således virksomhedens markedsandel i betragtning to gange: første gang, da den tillagde RZB alle de markedsandele, bankerne i land-andelsbanksektoren tegnede sig for, og anden gang, da den klassificerede RLB i en kategori.

575. På baggrund af det foranstående mener jeg ikke, at Kommissionen ved klassificeringen af Erste, RZB og ÖVAG i en kategori kunne tillægge dem de markedsandele, bankerne i de decentrale sektorer repræsenterede. Erste, RZB og ÖVAG kan derfor kun pålægges en sanktion for at have deltaget i kartellet som forretningsbanker og ikke for at have deltaget i det som centrale institutter i deres decentrale sektorer.

576. Jeg mener følgelig, at klassificeringen af Erste og RZB i første kategori og klassificeringen af ÖVAG i tredje kategori er urigtig, og at størrelsen af de bøder, Kommissionen pålagde de nævnte banker, derfor også er urigtig.

577. På den baggrund foreslår jeg, at Domstolen tiltræder de anbringender, de tre virksomheder fremsatte i første instans, og hvorefter der blev foretaget en fejlagtig vurdering for så vidt angår klassificeringen af dem i kategorier med henblik på bødeberegningen. Jeg foreslår ligeledes, at Domstolen annullerer artikel 3 i den anfægtede beslutning, fordi Kommissionen beregnede de bøder, der blev pålagt Erste, RZB og ÖVAG, på grundlag af et fejlagtigt vurderingskriterium.

578. Det påhviler nu Domstolen at fastslå, til hvilken kategori hver af de tre virksomheder hører, og i givet fald at ændre grundbeløbene for de bøder, de er blevet pålagt, som led i udøvelsen af sin fulde prøvelsesret.

579. I dette øjemed skal der til grund for beregningen lægges den vurderingsmetode, Kommissionen anvendte, og tages hensyn til

den korrektion, jeg har foreslået at foretage som følge af, at det ikke er påvist, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet.

580. Med hensyn til den vurderingsmetode, Kommissionen fulgte, inddelte den som nævnt de berørte banker og bankgrupper i fem kategorier på grundlag af de oplysninger om deres markedsandele, der forelå. Således som det fremgår af tabellen i punkt 546 i dette forslag til afgørelse, fastsatte Kommissionen desuden for hver virksomhedskategoris vedkommende vejledende værdier for de pågældende virksomheders markedsandele og et fast bødebeløb.

581. De berørte virksomheders markedsandele er for størstedelens vedkommende angivet i fodnote 17 til den anfægtede beslutning. Tallene vedrører detail- og engrosbankvirksomhed (aktiv- og passivside) og hidrører fra en række kommissionsbeslutninger vedrørende bankfusioner [183], årsberetninger samt andre publikationer og offentligt tilgængelige kilder. Således som det fremgår af punkt 190 i Kommissionens svarskrift, vedrører oplysningerne årene 1997-1999.

582. Derimod angives det i den anfægtede beslutning hverken, hvor stor sparekassegruppens markedsandel var, før den blev overtaget af Erste, eller hvor stor GiroCredits egen markedsandel var før fusionen. Det fremgår imidlertid af punkt 145 i svarskriftet, at Kommissionen vurderede førstnævnte markedsandel til at være på 23%. Endvidere fremgår det af Kommissionens svar på Rettens 12. spørgsmål, litra b), at GiroCredits individuelle markedsandel blev vurderet til 4,8% på grundlag af oplysningerne i Kommissionens beslutning IV/M.873 af 11. marts 1997, Bank Austria/Creditanstalt [184].

183 — Jf. Kommissionens beslutninger af 7.11.2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (niende betragtning), af 14.11.2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (21. betragtning), og af 2.7.2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (15. betragtning). Alle de nævnte beslutninger er offentliggjort på hjemmesiden http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases

184 — Denne beslutning er ligeledes tilgængelig på hjemmesiden http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases

583. På dette trin i vurderingen foreligger følgende data [185]:

	Markedsandele	Kommissionens vurdering			Korrektion nr. 1
		Markeds-andel lagt til grund	Kategori	Bøde	Bøde uden en konkret indvirkning
Erste/Giro-Credit (efter fusionen)	Sparekasse-gruppen inkl. Erste efter fusi-onen: 30% — Erste: 7% Spare-kasse-gruppen før fusionen inkl. GiroCredit: 23% — GiroCredit: 4,8%	30%	I	25	20

185 — Bødebeløbene er angivet i mio. EUR.

RZB	Land-andels-bankgruppen: 22% — RZB: 2%	22%	I	25	20
Erste (EÖ før fusionen)	7%	7%	III	6,25	5
ÖVAG	Industri-andels-bank-gruppen: 7% — ÖVAG: 1%	7%	III	6,25	5

584. Der skal nu foretages en ny inddeling af appellanterne i kategorier på grundlag af deres egne markedsandele (korrektion nr. 2).

585. Med hensyn til Erste/GiroCredit finder jeg, at Erste ved overtagelsen af GiroCredit i oktober 1997 blev ansvarlig for den overtrædelse, GiroCredit havde begået siden den 1. januar 1995, ikke som det centrale institut i sparekassesektoren, men som forretningsbank. Derfor skal Erstes og GiroCredits egne markedsandele, som i alt udgør 11,8%, lægges til grund.

586. Jeg finder følgelig, at Erste/GiroCredit herefter hører til i anden kategori. For denne kategori fastsatte Kommissionen et grundbeløb for bøden på 12,5 mio. EUR, som jeg siden har korrigeret og nedsat til 10 mio. EUR.

587. RZB's og ÖVAG's markedsandele udgør henholdsvis 2% og 1%. Disse virksomheder bør efter min opfattelse klassificeres i fjerde kategori. For denne kategori fastsatte Kommissionen et grundbeløb på 3,3 mio. EUR, som jeg siden har korrigeret og nedsat til 2,5 mio. EUR under hensyn til, at det ikke er påvist, at kartellet havde en konkret indvirkning på markedet.

588. Her følger den nye inddeling i kategorier af Erste, RZB og ÖVAG og det grundbeløb for bøden under hensyn til overtrædelsens grovhed, som jeg mener bør pålægges dem:

	Markedsandel ifølge den anfægtede beslutning	Korrektion nr. 2		
		Markedsandel at lægge til grund	Kategori	Grundbeløb for bøden under hensyn til overtrædelsens grovhed *(i mio. EUR)*
Erste/GiroCredit (efter fusionen)	Erste: 7% GiroCredit: 4,8%	11,8%	II	10
Erste (EÖ før fusionen)	7%	7%	III	5
RZB	2%	2%	IV	2,5
ÖVAG	1%	1%	IV	2,5

589. Nu skal størrelsen af den endelige bøde, der pålægges, fastsættes for samtlige appellanter, først under hensyn til den forhøjelse, Kommissionen foretog som følge af overtrædelsens varighed.

590. I den forbindelse blev de grundbeløb, der var fastsat under hensyn til overtrædelsens grovhed, alle forhøjet med 35% med undtagelse af grundbeløbet for Erste før fusionen med GiroCredit (EÖ). For denne virksomhed forhøjede Kommissionen kun grundbeløbet med 30%, da den som forret-

ningsbank kun havde deltaget i overtrædelsen i tre år [186].

591. Dernæst skal der tages hensyn til, at Kommissionen ikke fandt, at der forelå nogen formildende eller skærpende omstændigheder [187], men at den alligevel indrømmede alle de virksomheder, hvortil den anfægtede beslutning er rettet, en nedsættelse på 10% i henhold til samarbejdsmeddelelsen [188].

	Grundbeløb for bøden under hensyn til overtrædelsens grovhed (i mio. EUR)	Grundbeløb for bøden under hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed (i mio. EUR)	Bødebeløb efter hensyntagen til virksomhedernes samarbejde (i mio. EUR)
BA	10	13,5	12,15
Erste/GiroCredit (efter fusionen)	10	13,5	12,15
CA	10	13,5	12,15
Erste (EÖ før fusionen)	5	6,5	5,85
RZB	2,5	3,375	3,037
ÖVAG	2,5	3,375	3,037

592. På baggrund af det foranstående som helhed foreslår jeg, at Domstolen fastsætter de endelige beløb for de bøder, der pålægges BA-CA, Erste, RZB og ÖVAG, således:

— BA-CA: 24 300 000 EUR

— Erste: 18 000 000 EUR

— RZB: 3 037 000 EUR

186 — Betragtning 521 og 522 til den anfægtede beslutning.

187 — Betragtning 525 og 542 til den anfægtede beslutning.

188 — Betragtning 543 og 559 til den anfægtede beslutning.

— ÖVAG: 3 037 000 EUR.

596. I de foreliggende sager må det lægges til grund, at appellanterne har tabt sagen for så vidt angår størstedelen af deres påstande.

XI — Sagens omkostninger

593. Ifølge artikel 122, stk. 1, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt der gives appellanten medhold, eller såfremt Domstolen selv endeligt afgør sagen.

597. De annullationsanbringender, de har fremsat, og som har til formål at opnå, at den anfægtede beslutning annulleres i det hele, må nemlig efter min opfattelse forkastes. Jeg mener, at appellanterne rent faktisk begik en overtrædelse af artikel 81 stk. 1, EF, således som Kommissionen fastslog i beslutningens artikel 1. De af appellanternes annullationsanbringender, som har til formål at opnå en nedsættelse af grundbeløbet for den bøde, Kommissionen fastsatte i artikel 3 i den anfægtede beslutning, fører ifølge min vurdering faktisk til, at den appellerede dom ophæves, og at den anfægtede beslutnings artikel 3 annulleres. Imidlertid er grundbeløbet for bøden kun blevet ændret under hensyn til to vurderingskriterier.

594. Ifølge artikel 69, stk. 2, første afsnit, i Domstolens procesreglement, som i henhold til artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

595. Domstolen kan imidlertid ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 3, første afsnit, 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, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

598. For alle fire appellanters vedkommende er bøden blevet ændret under hensyn til, at det ikke er påvist, at kartellet havde en konkret

indvirkning på markedet. Derudover er der indrømmet Erste, RZB og ÖVAG en yderligere bødenedsættelse som følge af de fejl, Kommissionen begik ved inddelingen af virksomhederne i kategorier med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed.

599. På den baggrund foreslår jeg, at Domstolen pålægger BA-CA at bære sine egne omkostninger og betale 80% af Kommissionens omkostninger.

600. For så vidt angår Erste, RZB og ÖVAG foreslår jeg, at Domstolen pålægger disse virksomheder at betale deres egne omkostninger og 70% af Kommissionens omkostninger.

XII — Forslag til afgørelse

601. På baggrund af de foranstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen udtaler og bestemmer følgende:

»1) Dommen afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 14. december 2006 i sagen Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen (forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02), ophæves, i den udstrækning den er behæftet med:

— en retlig fejl, for så vidt som De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans har fastslået, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden kunne udlede af den blotte omstændighed, at kartellet var blevet gennemført, at overtrædelsen havde haft en konkret indvirkning på markedet

— en retlig fejl og en inkonsekvent begrundelse, for så vidt som Retten har fastslået, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med henblik på vurderingen af overtrædelsens grovhed og beregningen af grundbeløbet for bøden kunne tillægge Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG og Österreichische Volksbanken AG de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede, selv om den ikke pålagde de førstnævnte banker ansvaret for sidstnævnte bankers ulovlige adfærd.

2) Derudover forkastes appellerne.

3) De annullationssøgsmål, der blev indbragt for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, og som havde til formål at opnå, at Kommissionens beslutning 2004/138/EF af 11. juni 2002 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/36.571/D-1, Østrigske banker — »Lombard Club«) blev annulleret, tages til følge, i den udstrækning:

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG og Österreichische Volksbanken AG havde nedlagt påstand om annullation af artikel 3 i beslutning 2004/318/EF, for så vidt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med henblik på vurderingen af grovheden af overtrædelsen ikke havde påvist, at kartellet havde haft en konkret indvirkning på markedet, og havde fastsat det dermed forbundne bødebeløb urigtigt

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG og Österreichische Volksbanken AG havde nedlagt påstand om annullation af artikel 3 i beslutning 2004/318/EF, for så vidt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber med henblik på vurderingen af grovheden af

overtrædelsen og beregningen af grundbeløbet for bøden havde tillagt dem de markedsandele, bankerne i deres decentrale sektorer repræsenterede.

4) De bøder, der pålægges i artikel 3 i beslutning 2004/138/EF, ændres som følger:

— I sag C-125/07 P nedsættes den bøde, der pålægges Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, til 18 000 000 EUR.

— I sag C-133/07 P nedsættes den bøde, der pålægges Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, til 3 037 000 EUR.

— I sag C-135/07 P nedsættes den bøde, der pålægges Bank Austria Creditanstalt AG, til 24 300 000 EUR.

— I sag C-137/07 P nedsættes den bøde, der pålægges Österreichische Volksbanken AG, til 3 037 000 EUR.

5) I sag C-125/07 P, C-133/07 P og C-137/07 P bærer Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG og Österreichische

Volksbanken AG hver deres egne omkostninger og betaler 70% af de omkostninger, som er afholdt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Denne bærer 30% af sine egne omkostninger.

6) I sag C-135/07 P bærer Bank Austria Creditanstalt AG sine egne omkostninger og 80% af de omkostninger, som er afholdt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Denne bærer 20% af sine egne omkostninger.«