FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI

fremsat den 30. april 2009 [1]

I — Sagens baggrund, retsforhandlinger og parternes påstande

1. Ved beslutning K(2004) 4221 endelig udg. af 26. oktober 2004 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] (sag COMP/F-1/38.338 — PO/Nåle) (herefter »den omtvistede beslutning«) fastslog Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i beslutningens artikel 1, at William Prym GmbH & Co. KG og Prym Consumer GmbH & Co. KG havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved at deltage i en række aftaler, der foretog eller bidrog dels til en opdeling af produktmarkederne ved at segmentere det europæiske marked for hårde syartikler, dels til opdeling af de geografiske markeder ved at segmentere det europæiske marked for nåle sammen med to britiske virksomheder og deres respektive datterselskaber, nemlig Coats Holdings Ltd og J&P Coats Ltd (herefter under ét »Coats-gruppen«) og Entaco Group Ltd et Entaco Ltd (herefter under ét »Entaco-gruppen«).

2. I den omtvistede beslutnings artikel 2 pålagde Kommissionen appellanterne en bøde på 30 mio. EUR.

3. I den omtvistede beslutning fastsatte Kommissionen bøden på grundlag af overtrædelsens grovhed og varighed, dvs. de to kriterier, der er nævnt både i artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] [2], som ændret (herefter »forordning nr. 17«), og i artikel 23, stk. 3, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 [3]. Ved beregningen af størrelsen af den bøde, der pålagdes appellanterne i den omtvistede beslutning, fulgte Kommissionen ligeledes, uden udtrykkeligt at nævne den, metoden i retningslinjerne fra 1998 for beregning af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5 i EKSF-traktaten [4] (herefter »retningslinjerne«).

4. Med hensyn til overtrædelsens grovhed, som blev undersøgt i betragtning 317-321 til den omtvistede beslutning, tog Kommissionen hensyn til overtrædelsens art, dens »reelle indvirkning på markedet« og det relevante geografiske markeds størrelse. På grundlag af disse faktorer konkluderede Kommissionen, at de virksomheder, der

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 1959-1962, s. 81.
3 — EFT 2003 L 1, s. 1.
4 — EFT C 9, s. 3.

deltog i det pågældende kartel, havde begået en »meget alvorlig« overtrædelse, som førte til, at den for appellanternes vedkommende fastsatte bødens udgangsbeløb til 20 mio. EUR.

5. Hvad angår overtrædelsens varighed fastslog Kommissionen, at den havde strakt sig over en periode på mindst fem år og tre måneder, nemlig fra den 10. september 1994 til den 31. december 1999. Som følge heraf forhøjede Kommissionen udgangsbeløbet med 50 % for at tage overtrædelsens varighed i betragtning. Kommissionen fastsatte således bødens grundbeløb til 30 mio. EUR.

6. I den omtvistede beslutnings betragtning 331 afviste Kommissionen at lade formildende omstændigheder gælde for appellanterne og understregede bl.a., at den ulovlige aftales afslutning før tiden ikke skyldtes en indgriben fra dens side, og at den allerede havde taget hensyn til et sådant ophør før tiden ved fastlæggelsen af overtrædelsens varighed.

7. Kommissionen fandt endvidere, at kun Entaco-gruppen havde opfyldt betingelserne i punkt B i Kommissionens meddelelse af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager [5] (herefter »samarbejdsmeddelelsen«). Den samlede bøde, der pålagdes appellanterne ved den omtvistede beslutning, beløb sig således til 30 mio. EUR.

8. Ved stævning indleveret til Justitskontoret for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 28. januar 2005 nedlagde appellanterne principalt påstand om annullation af den omtvistede beslutning, for så vidt som den vedrørte dem, og subsidiært påstand om annullation eller nedsættelse af den bøde, som appellanterne var blevet pålagt in solidum.

9. I dommen af 12. september 2007 (herefter »den appellerede dom«) [6] gav Retten delvist appellanterne medhold, for så vidt som den nedsatte bøden, idet den fastslog, at appellanterne med urette var blevet nægtet at drage fordel af punkt D, stk. 2, i samarbejdsmeddelelsen for ikke at have bestridt de faktiske omstændigheder, der var konstateret i den af Kommissionen fremsendte klagepunktsmeddelelse af 15. marts 2004. Følgelig nedsatte Retten, som led i dens fulde prøvelsesret i artikel 229 EF's forstand, den pålagte bøde til 27 mio. EUR. I øvrigt blev Kommissionen frifundet. Med hensyn til sagens omkost-

5 — EFT C 207, s. 4.

6 — Sag T-30/05, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, Sml. II, s. 107.

ninger pålagde Retten appellanterne at bære 90 % af deres egne omkostninger og betale 90 % af Kommissionens omkostninger, og Kommissionen at bære den resterende del.

II — Retlig vurdering

A — *Indledende bemærkninger*

10. Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. november 2007 iværksatte appellanterne appel mod den appellerede dom. De har principalt nedlagt påstand om, at dommen ophæves, i det omfang den er bebyrdende for dem, og at den omtvistede beslutning annulleres, for så vidt som den berører appellanterne. Appellanterne har subsidiært nedlagt påstand om, at den bøde, der blev pålagt dem i den omtvistede beslutnings artikel 2, ophæves eller nedsættes, og at sagen hjemvises til fornyet behandling ved Retten. Appellanterne har endvidere nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens samlede omkostninger.

11. Kommissionen har i sit svarskrift nedlagt påstand om frifindelse og om, at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12. Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 5. marts 2009.

13. Til støtte for appellen har appellanterne gjort fem anbringender gældende. De to første anbringender om henholdsvis tilsidesættelse af retten til kontradiktion og retsnægtelse vedrører påstanden om (fuldstændig) ophævelse af den appellerede dom. De tre andre anbringender vedrører, som jeg skal uddybe i det følgende, udelukkende fastsættelsen af den bøde, der er pålagt appellanterne in solidum og kan derfor, hvis mindst ét af dem tages til følge, medføre delvis ophævelse af den appellerede dom og i givet fald omgørelse af den omtvistede beslutning, hvis Domstolen i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statutten for Domstolen fastslår, at sagen er moden til påkendelse.

14. Jeg bemærker imidlertid allerede på dette sted, at ingen af de anbringender, som appellanterne har gjort gældende til støtte for deres påstande, forekommer mig at kunne føre til ophævelse, heller ikke delvis ophævelse, af den appellerede dom, selv om begrundelsen for dommen ganske vist i visse henseender kan kritiseres, således som jeg senere vil påpege.

B — *Det første appelanbringende: tilsidesættelse af retten til kontradiktion, navnlig af retten til at blive hørt*

1. Rettens bemærkninger

15. For Retten gjorde appellanterne gældende, at Kommissionen havde tilsidesat deres ret til at blive hørt, idet den opdelte den oprindeligt samlede procedure vedrørende »syartikler« i to særskilte procedurer, nemlig på den ene side den såkaldte »syartikler: nåle« (herefter »nåle-sagen«), som resulterede i den omtvistede beslutning, og på den anden side proceduren vedrørende »syartikler: låse« (herefter »låse-sagen«). Appellanterne anførte, at hvis Kommissionen havde overholdt deres ret til at blive hørt, ville de have påpeget, at den i den omtvistede beslutning pålagte bøde skulle fastsættes inden for rammerne af en helhedsvurdering på grund af konneksiteten mellem »nåle-sagen« og »låse-sagen«. Appellanterne understregede, at Kommissionen ikke havde taget hensyn til »låse-sagen« i forbindelse med den omtvistede beslutning, hvilket medførte, at den bøde, der var pålagt appellanterne i beslutningen, var langt højere (ca. 8,9 % af appellanternes omsætning på verdensplan) end den ville have været, hvis de to sager var blevet behandlet samlet.

16. Retten tilbageviste dette argument. Den konstaterede for det første, i den appellerede doms præmis 61, at klagepunktsmeddelelsen, som blev fremsendt til appellanterne den 15. marts 2004, havde den entydige overskrift »Meddelelse af klagepunkter i sagen PO/syartikler: nåle«, og at appellanterne dermed senest på dette tidspunkt vidste, at Kommissionen havde indledt en særskilt procedure vedrørende nålemarkedet. Ifølge Retten var appellanterne således i stand til at forsvare sig mod opdelingen af procedurerne i deres svar på klagepunktsmeddelelsen.

17. I den appellerede doms præmis 63-66 tilføjede Retten:

»63 Med hensyn til loftet på 10 % og Kommissionens påståede forpligtelse til at foretage en »helhedsvurdering« af nåle- og låse-sagerne skal det påpeges, at artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kun bestemmer, at bøden for hver deltager i overtrædelsen ikke må overstige 10 % af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår. Denne bestemmelse henviser ikke til summen af de forskellige bøder, der er pålagt et selskab. Har sagsøgerne faktisk begået særskilte overtrædelser, er det uden betydning, om overtrædelserne er godtgjort i flere beslutninger eller i en enkelt beslutning. Det eneste spørgsmål, der opstår, er således, om der i virkeligheden er tale om særskilte overtrædelser eller ej.

64 I denne sammenhæng er Kommissionens ret til både at adskille og forene procedurerne af objektive grunde implicit blevet anerkendt i Rettens dom af 15. juni 2005, forenede sager T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (herefter »Tokai II-dommen«). I Tokai II-dommens præmis 118 fastslog Retten, at Kommissionen lovligt kunne pålægge SGL Carbon, som var en af sagsøgerne i disse sager, tre særskilte bøder (i to beslutninger), som hver især overholdt de i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 fastsatte grænser, på betingelse af at SGL Carbon havde begået tre særskilte overtrædelser af bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF.

65 I den foreliggende sag er situationen ikke helt sammenlignelig med den, der gav anledning til Tokai II-dommen, nævnt i præmis 64 ovenfor, da nåle- og låsesagerne ifølge sagsøgerne er delvis sammenfaldende med hensyn til deres oprindelse, de relevante markeder, det tidsrum, overtrædelserne omfatter, og de berørte virksomheder. Sagsøgerne har anført, at markedsdefinitionen i klagepunktsmeddelelsen vedrørende låsesagen »næsten ord for ord« svarer til den, der er anført i betragtning 46 til den omtvistede beslutning.

66 Disse udtalelser kan imidlertid først efterprøves efter vedtagelsen af beslutningen i låse-sagen. Under den mundtlige forhandling bekræftede Kommissionen, at den administrative procedure i låse-sagen ikke var afsluttet, og at der endnu ikke var truffet nogen beslutning. Følgelig er alle antagelserne vedrørende procedurens eventuelle udfald og den påståede mangel på objektive grunde til at opdele procedurerne (jf. om dette krav præmis 119-124 i Tokai II-dommen, præmis 64 ovenfor) af spekulativ karakter og kan ikke anfægte den [omtvistede] beslutnings lovlighed.«

2. Parternes argumenter

18. Med dette anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten gjorde sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved i den appellerede doms præmis 61 at fastslå, at de i hvert fald siden klagepunktsmeddelelsen af 15. marts 1994 havde vidst, at Kommissionen ville indlede en særskilt procedure vedrørende markedet for nåle, og at de dermed var i stand til at forsvare sig mod opdelingen af proceduren. Efter appellanternes mening er et kendskab til opdelingen af proceduren ikke i sig selv tilstrækkeligt til at give dem mulighed for effektivt at udøve deres ret til kontradiktion. Ifølge dem skulle Kommissionen have angivet de forhold og de grunde, på basis af hvilke den havde foretaget opdelingen af proceduren, da klagepunktsmeddelelsen af 15. marts 1994 kun viste, at Kommissionen fandt, at appellanternes adfærd på området »syartikler: nåle« udgjorde en selvstændig overtrædelse i forhold til handlingerne på området »syartikler: låse«. Efter appellanternes mening havde den af Retten begåede urigtige retsanvendelse til følge, at de blev frataget muligheden for at gøre gældende, at der forelå et betydeligt antal elementer, som er anført i deres appelskrift, og hvorefter de handlinger, der var begået i »nåle-« og »låsesagerne«, i hvert fald delvis

skulle anses for en enkelt og vedvarende overtrædelse som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. Under retsmødet understregede appellanterne, at de ved Retten havde anlagt et annullationssøgsmål til prøvelse af Kommissionens beslutning K(2007) 4257 endelig udg. af 19. september 2007, i sagen COMP/E-1/39.168 — PO/Syartikler af metal og plastic: låse [7] (herefter »låse-beslutningen«).

19. I sit svarskrift har Kommissionen gjort gældende, at dette anbringende må afvises fra realitetsbehandling, for så vidt som appellanterne for første gang har påberåbt sig, at den fjerde overtrædelse, der var identificeret i »låse-beslutningen«, udgjorde en enkelt og vedvarende overtrædelse sammen med den i den omtvistede beslutning konstaterede overtrædelse. Ifølge Kommissionen gjorde appellanterne aldrig en sådan påstand gældende, heller ikke mere generelt, for Retten. Kommissionen har bl.a. henvist til punkt 12-23 i stævningen for Retten, hvorefter appellanterne gjorde gældende, at hvis de havde haft kendskab til opdelingen af de to procedurer, ville de have gjort opmærksom på, at bøden ikke kunne overstige et loft på 10 % af omsætningen i de to procedurer. På den anden side har Kommissionen anført, at appellanternes anbringende om, at Kommissionen har tilsidesat begrundelsespligten ved at foretage en opdeling af proceduren, må afvises, og subsidiært, at det er ugrundet.

7 — Denne sag, som aktuelt verserer for Retten, er registreret som sag T-454/07.

3. Bedømmelse

a) Appelanbringendets omfang og spørgsmålet, om det kan antages til realitetsbehandling

20. Indledningsvis skal det bemærkes, at under en appel har Domstolen kun kompetence til at tage stilling til den retslige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, som er blevet behandlet i første instans [8]. En part kan således principielt ikke for Domstolen for første gang fremføre et anbringende, som parten ikke har fremført for Retten, idet dette ville være ensbetydende med at give Domstolen ret til at kontrollere lovligheden af Rettens afgørelse i relation til anbringender, som ikke har været forelagt for Retten [9].

21. I den foreliggende sag er det ubestridt, at appellanterne ved Retten i forbindelse med et anbringende om tilsidesættelse af væsentlige

8 — Jf. i denne retning bl.a. dom af 1.2.2007, sag C-266/05 P, Sison mod Rådet, Sml. I, s. 1233, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis.

9 — Jf. i denne retning dommen i sagen Sison mod Rådet.

formforskrifter påberåbte sig en tilsidesættelse af deres ret til at blive hørt, for så vidt som de ikke havde kunnet fremsætte deres bemærkninger til opdelingen i proceduren »nåle« og proceduren »låse« før vedtagelsen af den omtvistede beslutning.

22. Appellanterne har i deres appelskrift genoptaget denne argumentation og mere specifikt kritiseret den appellerede doms præmis 61, men synes at udvide deres anbringende til »tilsidesættelse af retten til kontradiktion, navnlig retten til at blive hørt«, uden i øvrigt at hævde, at Retten i forbindelse med den procedure, der førte til den appellerede dom, havde tilsidesat en sådan ret. Retten til at blive hørt er imidlertid blot en udøvelse af retten til kontradiktion. Jeg mener derfor, at undersøgelsen af det første anbringende skal begrænses til at efterprøve, om Retten med føje har forkastet appellanternes klagepunkt om tilsidesættelse af retten til at blive hørt.

23. Før denne undersøgelse skal de to af Kommissionens påberåbte anbringender vedrørende sagens formalitet besvares. Jeg anfører allerede nu, at de efter min mening må forkastes.

24. Med hensyn til den første indsigelse til støtte for sagens afvisning skal det for det første bemærkes, at appelanbringendet, sådan som jeg har afgrænset det, om tilsidesættelse af retten til at blive hørt ikke udgør et nyt anbringende, som ikke har været genstand for behandling i første instans, og som Domstolen i henhold til retspraksis principielt ikke kan behandle under en appel [10].

25. Dernæst har Kommissionen i sit svarskrift udvist en vis usikkerhed med hensyn til kvalificeringen af det af appellanterne fremførte påståede nye klagepunkt vedrørende en enkelt og vedvarende overtrædelse i forbindelse med de to procedurer »nåle« og »låse«, idet den har talt om såvel et nyt »argument« som et nyt »anbringende« [11].

26. Det er korrekt, at selv om denne kvalificering synes væsentlig med henblik på tiltrædelse/ikke-tiltrædelse af en formalitetsindsigelse om fremførelse af et nyt anbringende for Domstolen, der træffer afgørelse i en appelsag, behandler Domstolen sjældent dette spørgsmål og nøjes undertiden med at kvalificere et klagepunkt som »argument« og acceptere, at det kan realitetsbehandles uden på forhånd at forsøge at undersøge, om det i realiteten drejer sig om et anbringende [12] eller, mere kritisabelt og efter min mening fejlagtigt, at sidestille ethvert nyt argument fremsat af appellanterne under appellen til støtte for et

10 — Jf. den ovenfor i fodnote 8 nævnte retspraksis.

11 — Jf. i denne henseende punkt 3 i svarskriftet.

12 — Jf. i denne henseende vedrørende muligheden for at realitetsbehandle argumenter støttet på den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4.11.1950, dom af 18.1.2007, sag C-229/05 P, PKK og KNK mod Rådet, Sml. I, s. 439, præmis 66, hvori Domstolen præciserede at »[…] en appellant under en appelsag kan påberåbe sig alle relevante argumenter, alene med forbehold af at appellen ikke ændrer sagsgenstanden, således som den har foreligget for Retten. I modsætning til hvad Rådet hævder, er der ikke noget krav om, at alle argumenter, der påberåbes under appellen, i forvejen skal have været genstand for en diskussion i første instans. En sådan begrænsning kan ikke accepteres, da den ville bevirke, at appelproceduren ville blive berøvet en stor del af sin mening«.

anbringende, med bestemmelserne om afvisning af påberåbelse af nye anbringender og konkludere, at det pågældende argument ikke kan antages til realitetsbehandling [13].

27. Jeg mener, at det i den foreliggende sag er vigtigt at efterprøve, om påberåbelsen af klagepunktet vedrørende en enkelt overtrædelse hviler på et andet retsgrundlag end anbringendet om retten til at blive hørt, i hvilket tilfælde det førstnævnte klagepunkt må anses for et særskilt og nyt retligt anbringende, der ikke kan realitetsbehandles, da det er fremført for første gang for Domstolen, eller om dette klagepunkt kun er fremført til støtte for anbringendet om tilsidesættelse af retten til at blive hørt, og i så fald derfor kun drejer sig om et argument, som kan antages til realitetsbehandling [14].

28. I den foreliggende sag fremgår det imidlertid af appelskriftet og af Kommissionens svarskrift, at klagepunktet om en enkelt og vedvarende overtrædelse, som ubestridt ikke blev fremført med denne ordlyd for Retten, kun synes formuleret som en følge af Kommissionens påståede tilsidesættelse af retten til at blive hørt. Appellanterne nævner udtrykkeligt, bl.a. i appelskriftets punkt 12 og 13, de indvirkninger, som denne hævdede proceduremangel har haft, og som de redegør for i det afsnit af deres appelskrift, der har overskriften »Virkninger af procedurefejlen på appellanternes materielle situation«, hvori de henviser til den retspraksis, hvorefter tilsidesættelse af retten til at blive hørt kun kan medføre annullation af en retsakt, hvis det må antages, at proceduren ville have ført til et andet resultat, såfremt den pågældende mangel ikke havde foreligget [15]. Det er således alene under synsvinklen påvisning af den indvirkning, som den hævdede tilsidesættelse af retten til at blive hørt har haft på deres situation og på den omtvistede beslutning, at appellanterne i deres appelskrift redegør for argumentet om, at der forelå talrige elementer, der angav, at de handlinger, der var begået i »nåle-« og »låse-sagerne«, skulle anses for en enkelt og vedvarende overtrædelse. Det drejer sig således om et klagepunkt, der blot er formuleret til støtte for det retlige anbringende om tilsidesættelse af retten til at blive hørt. Dette klagepunkt må følgelig anses for et argument, som bør antages til realitetsbehandling.

29. Endelig fremgår det af den appellerede doms præmis 63-66, at Retten faktisk har taget stilling, nemlig i forbindelse med anbringendet om tilsidesættelse af retten til at blive hørt, til spørgsmålet om Kommissionens eventuelle opdeling af en enkelt og vedvarende overtrædelse. I forhold til appellanternes argumentation, jf. punkt 15 og 28 i dette forslag til afgørelse, vedrørende indvirkningen af Kommissionens tilsidesættelse af retten til at blive hørt på den omtvistede beslutnings konklusion, kan en sådan bedømmelse fra Rettens side givetvis kun, trods dens

13 — Jf. bl.a. dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, som i præmis 114 præciserer, at »[u]nder en appel har Domstolen […] kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender og argumenter, der er blevet behandlet i første instans«. Jf. ligeledes dom af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 59 og 60.

14 — Jf. Domstolens sondring mellem retligt argument og anbringende i dom af 25.10.2007, sag C-167/06 P, Komninou m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 141, præmis 24.

15 — Jf. i denne henseende bl.a. dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 31. Jf. ligeledes i denne retning dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 98 og den deri nævnte retspraksis.

noget uklare formulering, være foretaget for fuldstændighedens skyld, eftersom Retten forkastede appellanternes påstand om tilsidesættelse af retten til at blive hørt.

30. I forbindelse med et anbringende, der kan antages til realitetsbehandling, tilkommer det imidlertid i princippet appellanten at fremsætte argumenter til støtte for anbringendet, sådan som han forstår det, enten ved at støtte sig på argumenter, der allerede er fremført for Retten, eller ved at fremsætte nye argumenter, navnlig vedrørende Rettens stillingtagen. I modsat fald ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening [16].

31. Det er på baggrund af ovenstående vurderinger under alle omstændigheder indlysende, at de af appellanterne fremførte anbringender i punkt 13-29 i appelskriftet med hensyn til forekomsten af en fælles enkelt og vedvarende overtrædelse i procedurerne i »nåle-« og »låse-sagerne« ikke kan fortolkes således, at formålet er for Domstolen at påberåbe sig et anbringende om en urigtig retsanvendelse eller et urigtigt skøn med hensyn til de fremsatte konstateringer i betragtning 250-260 til den omtvistede beslutning, hvorefter der forelå en enkelt og vedvarende overtrædelse på de i beslutningen identificerede markeder. I henhold til retspraksis vil, såfremt dette måtte være tilfældet, et sådant anbringende vedrørende den omtvistede beslutnings rigtighed ikke kunne antages til realitetsbehandling, idet det er ubestridt, at det ikke har været fremført for Retten.

32. For det andet bemærker jeg, at hvad angår den formalitetsindsigelse, som Kommissionen har gjort gældende vedrørende appellanternes anbringende om den begrundelsesmangel, som opdelingen af proceduren var behæftet med, kan denne indsigelse efter min mening heller ikke tages til følge.

33. Jeg medgiver ganske vist, at dette anbringende skal kvalificeres som et anbringende, der er forskelligt fra anbringendet vedrørende tilsidesættelse af retten til at blive hørt, og det er ubestridt, at det ikke er blevet gjort gældende for Retten.

34. Denne dobbelte konstatering kunne medføre forkastelse af dette anbringende med den begrundelse, at det er nyt. Jeg bemærker i øvrigt, at Domstolen allerede i dommen i sagen O'Hannrachain mod Parlamentet fastslog, at et klagepunkt, som angår en fællesskabsinstitutions begrundelsespligt, og som ikke var fremført for Retten, ikke kunne antages til realitetsbehandling, fordi den sag, der forelægges Domstolen i forbindelse med en appel, ikke må være mere omfattende end den tvist, der blev forelagt Retten [17].

16 — Jf. dommen i sagen PKK og KNK mod Rådet, præmis 64 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Dom af 5.6.2003, sag C-121/01 P, Sml. I, s. 5539, præmis 39.

35. Tilgangen i dommen i sagen O' Hannrachain mod Parlamentet forekommer mig imidlertid alt for restriktiv, for så vidt som den undlader at tage hensyn til Domstolens praksis, hvorefter tilsidesættelsen af begrundelsespligten udgør et anbringende, som vedrører en ufravigelig procesforudsætning, som Fællesskabets retsinstanser skal tage under påkendelse ex officio [18]. Som Domstolen for nylig bemærkede i præmis 49 og 50 i appeldommen i sagen Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl., kan en prøvelse af en ufravigelig procesforudsætning finde sted på et hvilket som helst stadium af sagen, selv om den part, der har påberåbt sig den, har undladt at gøre den gældende for Retten [19]. Det skal bemærkes, at i præmis 49 i dommen i sagen Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl. henviste Domstolen til præmis 25 i dommen i sagen Kommissionen mod Daffix [20], hvori en tilsidesættelse af begrundelsespligten var blevet gjort gældende. Denne henvisning får mig til at tro, at Domstolen, indirekte, men nødvendigvis, har anerkendt, at et anbringende vedrørende tilsidesættelse af begrundelsespligten, navnlig vedrørende en begrundelsesmangel, bør kunne gøres gældende under en appel, til trods for, at det ikke har været fremført for Retten.

36. Appellanterne synes under alle omstændigheder at kritisere Retten for ikke ex officio at have rejst spørgsmålet om den hævdede begrundelsesmangel vedrørende opdelingen af undersøgelsesproceduren i to særskilte procedurer.

37. Jeg mener på denne baggrund, at Domstolen skal forkaste de to argumenter, som Kommissionen har gjort gældende med det formål at få fastslået, at det første appelanbringende ikke kan antages til realitetsbehandling.

b) Realiteten

38. Hvad angår realiteten mener jeg, at det foreliggende appelanbringende skal forkastes.

39. For det første kan appellanterne efter min mening ikke kritisere Retten for at have fastslået i den appellerede doms præmis 61,

18 — Jf. bl.a. dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 67, og af 30.3.2000, sag C-265/97 P, VBA mod Florimex m.fl., Sml. I, s. 2061, præmis 114. Jf. endvidere om begrebet anbringende med ordre public-karakter, punkt 102-104 i mit forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 13.9.2007, sag C-443/05 P, Common Market Fertilizers mod Kommissionen, Sml. I, s. 7209. Med hensyn til begrundelsespligten for en retsakt som et spørgsmål, der falder ind under ordre public og skal behandles ex officio af retsinstanserne, synes retspraksis ikke at etablere en sondring efter begrundelsesreglernes dobbelte funktion, nemlig dels at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at udøve deres prøvelsesret (objektivt formål), dels at sikre, at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder og efterprøve grundlaget for retsakten (subjektivt formål) (jf. om denne dobbelte funktion bl.a. dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 22, af 17.1.1995, sag C-360/92 P, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. I, s. 23, præmis 39, og af 18.9.2003, sag C-338/00 P, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. I, s. 9189, præmis 124). Afvisningen i dommen i sagen O'Hannrachain mod Parlamentet synes ikke at hvile på en sondring af denne type. Under hensyn til det udelukkende subjektive formål at overholde retten til kontradiktion kan et anbringende vedrørende tilsidesættelse af denne ret (eller retten til at blive hørt) efter min mening under alle omstændigheder ikke kvalificeres som et anbringende med ordre public-karakter. Fællesskabets retsinstanser bør således ikke kunne undersøge et sådant anbringende ex officio.

19 — Dom af 1.7.2008, forenede sager C-341/06 P og C-342/06 P, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser.

20 — Dom af 20.2.1997, sag C-166/95 P, Sml. I, s. 983, præmis 25.

at de havde haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til opdelingen af proceduren i forbindelse med deres svar på klagepunktsmeddelelsen, som blev fremsendt til dem den 15. marts 2004, og som entydigt havde overskriften »Meddelelse af klagepunkter i sagen PO/syartikler: nåle«.

40. Jeg erindrer om, at meddelelsen af klagepunkter, jf. forordning nr. 17 (og forordning nr.1/2003), er et forberedende dokument i forhold til den beslutning, der bringer proceduren til ophør. Dette dokument fastsætter genstanden for den iværksatte administrative procedure og er således til hinder for, at Kommissionen i den beslutning, som danner afslutningen på proceduren, tager andre klagepunkter i betragtning. Dokumentet skal angive de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren. Kommissionens faktiske og retlige bedømmelser i meddelelsen af klagepunkter er således alene af foreløbig karakter [21].

41. Overholdelsen af retten til kontradiktion indebærer endvidere, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure gives lejlighed til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder faktisk foreligger, og hvilken betydning de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktaten [22]. Kommissionen skal tage hensyn til resultatet af den administrative procedure, enten for at frafalde klagepunkter, der viser sig ikke at være tilstrækkeligt begrundede, eller for, såvel faktisk som retligt, at tilrettelægge og supplere argumentationen til støtte for de klagepunkter, som den opretholder [23].

42. Det er med andre ord gennem meddelelsen af klagepunkter, at den berørte virksomhed bliver underrettet om alle de væsentlige omstændigheder, som Kommissionen lægger til grund på dette trin af proceduren, og det er først efter fremsendelsen af den nævnte meddelelse, at den berørte virksomhed fuldt ud kan gøre retten til kontradiktion gældende [24].

43. I den foreliggende sag har meddelelsen af klagepunkter af 15. marts 2004 utvetydigt fastsat genstanden for den administrative procedure, der har ført til vedtagelsen af den omtvistede beslutning vedrørende »syartikler: nåle«.

44. Denne angivelse var tilstrækkelig til at give appellanterne mulighed for at gøre deres stillingtagen til opdelingen af proceduren gældende, for så vidt som de måtte mene, at denne opdeling var bebyrdende for dem, at anfægte den.

21 — Jf. i denne retning kendelse af 18.6.1986, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 1899, præmis 13, dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 70, og 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 67 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis.

23 — Jf. dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 92, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 67, samt kendelsen i sagen British American Tobacco og Reynolds Industries mod Kommissionen, præmis 13.

24 — Jf. dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis.

45. Jeg påpeger desuden, uden at det er nødvendigt at tage stilling til grundlaget for dette anbringende, at appellanterne udtrykkeligt i punkt 10 i appelskriftet har anerkendt, at klagepunktsmeddelelsen af 15. marts 2004 viste, at Kommissionen anså deres adfærd i »nåle-sagen« for at udgøre en selvstændig overtrædelse i forhold til deres handlinger på området »låse«.

46. Denne indrømmelse viser, at appellanterne sagtens kunne gøre deres stillingtagen til opdelingen af proceduren virkningsfuldt gældende på stadiet for klagepunktsmeddelelsen. Appellanterne har imidlertid ikke forklaret, hvorfor de, selv om de var underrettet om og havde kendskab til Kommissionens i det mindste foreløbige stillingtagen, ikke kunne fremsætte bemærkninger — end ikke summariske — til den nævnte stillingtagen i forbindelse med deres svar på klagepunktsmeddelelsen, hvortil de havde en frist på over to måneder regnet fra modtagelsen af meddelelsen.

47. Hertil kommer, at fremsættelsen af sådanne bemærkninger på dette stadium af proceduren ikke ville have fået appellanterne til at anerkende, at der forelå en overtrædelse i »låse-sagen« [25], hvilket appellanterne i øvrigt ikke har påstået.

48. For det andet kan påstanden om, at opdelingen af proceduren på stadiet for meddelelsen af klagepunkter var behæftet med en begrundelsesmangel, heller ikke tiltrædes.

49. Det skal bemærkes, at den administrative procedure, der fører til vedtagelse af en beslutning, som konstaterer en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF generelt er opdelt i to faser, som hver har *sin egen indre logik*. Den første af disse faser, nemlig undersøgelsesfasen før meddelelsen af klagepunkter, skal gøre det muligt for Kommissionen at tage stilling til procedurens tilrettelæggelse. Den anden fase, der strækker sig fra meddelelsen af klagepunkter til vedtagelsen af den endelige beslutning, skal gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse [26].

25 — I henhold til retspraksis har Kommissionen beføjelse til, i givet fald ved en beslutning, at pålægge en virksomhed at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, som virksomheden kan tænkes at være bekendt med, men den kan ikke pålægge virksomheden at besvare spørgsmål, hvorved den tvinges til at indrømme at have begået overtrædelser, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for (jf. dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

26 — Jf. i denne henseende dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 182-184, og af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 38.

50. Som appellanterne har anerkendt i appelskriftet, fremgik det af meddelelsen af klagepunkter af 15. marts 2004, at Kommissionen mente, at den i dokumentet omhandlede overtrædelse, dvs. den, der var relateret til »syartikler: nåle«, *udgjorde en enkelt og vedvarende overtrædelse*. Appellanterne forstod således senest på datoen for underretningen om meddelelsen af klagepunkter af 15. marts 2004 grunden til opdelingen af proceduren, regnet fra den nævnte meddelelse, i to adskilte procedurer, hvoraf den ene førte til vedtagelsen af den omtvistede beslutning.

51. I denne forbindelse og i modsætning til, hvad appellanterne har anført, mener jeg ikke, at man kan pålægge Kommissionen mere detaljeret at redegøre for de grunde, som medfører, at den har afgrænset selve genstanden for et dokument, såsom en meddelelse af klagepunkter, som netop i sig selv har til formål at fastlægge genstanden for den administrative procedures fase, som skal gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse [27]. Appellanternes foreslåede tilgang ville have til følge, at det krævedes, at Kommissionen forklarede sin foreløbige stillingtagen, således som afgrænset i meddelelsen af klagepunkter, med hensyn til de forhold, der fremgik af de forudgående undersøgelsesforanstaltninger, som Kommissionen ikke mener at skulle inddrage i fasen for den administrative procedure. Kommissionen ville i så fald ikke alene være forpligtet til, i overensstemmelse med retspraksis, i meddelelsen af klagepunkter at anføre alle de væsentlige forhold, som den støtter sig på i dette stadium af proceduren, dens påstand om forekomsten af en overtrædelse, men ligeledes til at inddrage en klar begrundelse for forhold (efter deres karakter ikke væsentlige), som Kommissionen inden for rammerne af den samme administrative procedure ikke har til hensigt at støtte sig på.

52. At pålægge en sådan begrundelsespligt på dette stadium af den administrative procedure ville efter min opfattelse være uforholdsmæssigt.

53. I den foreliggende sag er det vigtigt at gøre opmærksom på, således som appellanterne har anført i deres skriftlige indlæg, at på tidspunktet for vedtagelsen af meddelelsen af klagepunkter af 15. marts 2004 havde Kommissionen ikke afsluttet undersøgelsesproceduren, som vedrørte området låse, og den havde derfor ikke tilstillet dem en meddelelse af klagepunkter i den sag, som først blev vedtaget den 16. september 2004. Under sådanne omstændigheder forstår man så meget desto mindre, hvordan Kommissionen kan afkræves en særlig begrundelse for opdelingen af proceduren i forbindelse med vedtagelsen af dens første meddelelse af klagepunkter på området »syartikler: nåle«, når intet andet dokument på dette trin omhandler en konstatering af forekomsten af en anden overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF.

54. Jeg bemærker i øvrigt, at i dommen i sagen van Landewyck m.fl. mod Kommissionen forkastede Domstolen et anbringende om en ukorrekt og ubegrundet forening af

27 — Jf. i denne henseende dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 183.

sager på stadiet for Kommissionens beslutning, hvori der fastslås en overtrædelse af artikel 81 EF, af tre oprindeligt særskilte procedurer, med den begrundelse, at de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder havde haft lejlighed til at udtale sig om de klagepunkter, der var gjort gældende inden for rammerne af den administrative procedure, og som havde udspring i flere på hinanden følgende klager, der var indgivet under proceduren [28]. Til trods for den manglende begrundelse for den beslutning, der var genstand for søgsmålet i den nævnte sag med hensyn til »foreningen« af de tre procedurer, fastslog Domstolen, at intet var til hinder for, at Kommissionen ved en enkelt beslutning træffer afgørelse vedrørende en og samme overtrædelse, som er genstand for flere på hinanden følgende klager, der er indgivet under en og samme procedure [29].

55. Jeg kan ikke se, hvorfor Kommissionen skulle pålægges et mere vidtgående begrundelseskrav i et tilfælde, hvor den foretager en opdeling af proceduren, når meddelelsen af klagepunkter har givet appellanterne lejlighed til at udtale sig om denne opdeling inden for rammerne af den administrative procedure, der resulterede i vedtagelsen af den omtvistede beslutning. I denne forbindelse erindrer jeg om, at appellanterne aldrig for Retten har påberåbt sig en retlig fejl eller et fejlskøn begået af Kommissionen i den omtvistede beslutning med hensyn til de i beslutningens punkt 250-260 anførte konstateringer, hvorefter der forelå en »enkelt og vedvarende overtrædelse« af artikel 81, stk. 1, EF på de af beslutningen omhandlede markeder.

28 — Jf. dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Sml. s. 3125, præmis 29-32.

29 — Dommens præmis 32.

56. Jeg finder derfor ikke, at Retten var forpligtet til ex officio at behandle den hævdede begrundelsesmangel vedrørende opdelingen af den administrative procedure.

57. Det første appelanbringende bør derfor forkastes som ugrundet.

C — *Det andet appelanbringende: retsnægtelse og tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse*

1. Parternes argumenter

58. Appellanterne foreholder Retten, at den har afvist at prøve lovligheden af opdelingen af proceduren, selv om den dels havde anerkendt, at den foreliggende sag var forskellig fra den sag, der gav anledning til Tokai II-dommen, dels var i besiddelse af indicier, nemlig meddelelsen af klagepunkter af 16. september 2004 og af 8. marts 2006 om »låsesagen«, hvorefter Kommissionen ifølge appellanterne havde foretaget en vilkårlig opdeling af en enkelt vedvarende overtrædelse. I modsætning til, hvad Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 66, var udfaldet af denne procedure ikke længere af spekulativ karakter. Retten har ligeledes ikke taget hensyn til den omstændighed, at lovligheden af den omtvistede beslutning afhang af

spørgsmålet om, hvorvidt den konstaterede og sanktionerede overtrædelse udgjorde en særskilt overtrædelse i forhold til den fjerde overtrædelse, der blev påtalt i forbindelse med låse-beslutningen.

59. Kommissionen har i det væsentlige erindret om, at låse-beslutningen ikke var vedtaget på det tidspunkt, hvor Retten traf afgørelse i sagen, der gav anledning til den appellerede dom, og at en klagepunktsmeddelelse er et forberedende dokument. Kommissionen foreslår, at dette anbringende forkastes.

2. Bedømmelse

60. Som jeg har anført i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende, blev Rettens bemærkninger i den appellerede doms præmis 63-66, som er gengivet i punkt 17 i dette forslag til afgørelse, implicit, men nødvendigvis, fremført i forbindelse med undersøgelsen af den indvirkning, som tilsidesættelsen af retten til at blive hørt om lovligheden af den omtvistede beslutning hævdedes at have haft.

61. Men for så vidt som Retten fastslog, efter min mening med rette, at appellanterne havde haft lejlighed til at forsvare sig mod opdelingen af proceduren, blev bemærkningerne i den appellerede doms præmis 63-66 således foretaget for fuldstændighedens skyld.

62. I henhold til retspraksis kan et klagepunkt vedrørende sådanne præmisser i en dom fra Retten ikke tages til følge [30].

63. Det andet anbringende må således efter min mening erklæres irrelevant.

64. Under alle omstændigheder er dette anbringende efter min mening ugrundet.

65. For det første og i modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, har Retten ikke i den appellerede doms præmis 65 anset den foreliggende sag for at adskille sig fra den sag, der gav anledning til Tokai II-dommen, men har blot gengivet appellanternes argumenter til støtte for deres stillingtagen, hvorefter nåle- og låse-sagerne overlappede hinanden, således at den pågældende situation ikke var fuldstændig sammenlignelig med situationen i Tokai II-sagen. I den appellerede doms præmis 66 fastslog Retten, at »[appellanternes] udsagn imidlertid først kan efterprøves efter vedtagelsen af beslutningen i låse-sagen«.

30 — Jf. bl.a. dom af 28.10.2004, sag C-164/01 P, van den Berg mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 10225, præmis 60, og 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 148.

66. For det andet er det med hensyn til bemærkningen i den appellerede doms præmis 66 ubestridt, at på tidspunktet for sagsanlægget ved Retten og voteringen af sagen efter den mundtlige forhandling var der endnu ikke vedtaget nogen beslutning, der afsluttede den administrative procedure i låse-sagen. Den omstændighed, at Retten, som appellanterne har anført, på tidspunktet for retsmødet i den sag, der gav anledning til den appellerede dom, rådede over de to klagepunktsmeddelelser, der blev tilstillet appellanterne i låse-sagen, gav på grund af den nødvendigvis midlertidige karakter af bedømmelserne i de nævnte dokumenter [31] ikke Retten mulighed for at anse disse dokumenter for at udgøre et indicium på en hævdet mangel på objektive grunde, der berettigede opdelingen af proceduren. Hvis Retten havde fulgt den af appellanterne foreslåede tilgang til støtte for det her omhandlede anbringende og taget hensyn til de forhold, der var anført i klagepunktsmeddelelserne, ville den efter min mening have været foranlediget til at behæfte den appellerede doms præmisser med en retlig fejl, for så vidt som den ville have taget hensyn til midlertidige bedømmelser, uden hensyn til eventuelle bemærkninger fra de virksomheder, der var adressater for meddelelserne, ved på upassende vis at foregribe låse-beslutningen [32].

67. Det skal endvidere bemærkes, at appellanterne aldrig for Retten hævdede, at Kommissionen havde begået retlige fejl eller fejlskøn ved i den omtvistede beslutning at lægge forekomsten af en enkelt og vedvarende overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF til grund.

68. Retten kunne således kun fastslå, at appellanternes argumenter, der var baseret på forberedende retsakter til låse-beslutningen, som ikke var blevet vedtaget hverken på tidspunktet for voteringen af sagen eller på tidspunktet for afsigelsen af den appellerede dom, udelukkende var af spekulativ karakter og ikke kunne rejse tvivl med hensyn til lovligheden af den omtvistede beslutning.

69. Med bemærkningen i den appellerede doms præmis 66, første punktum, om, at disse udtalelser først kunne efterprøves efter vedtagelsen af beslutningen i låse-sagen, har Retten derfor ikke begået en retlig fejl. Retten har derimod besvaret appellanternes argumenter ved med rette at begrænse sin kontrol til lovligheden af den omtvistede beslutning, i lyset af de af appellanterne påberåbte anbringender. Man kan således ikke efter min mening hævde, at Retten har begået en retsnægtelse eller tilsidesat retten til en effektiv domstolsbeskyttelse.

70. Endvidere viser bemærkningen i den appellerede doms præmis 66, første punktum og præciseringen i samme doms præmis 232 in fine vedrørende proportionaliteten af den i den omtvistede beslutning pålagte bøde i forhold til den, som appellanterne risikerede at få pålagt i låse-beslutningen, hvorefter appellanternes argument eventuelt kunne gøres gældende i forbindelse med en eventuelt efterfølgende sag til prøvelse af beslutningen i låse-sagen, efter min opfat-

31 — Jf. i denne henseende retspraksis nævnt i fodnote 21 til dette forslag til afgørelse.

32 — Jf. vedrørende bødeniveauet dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 434.

telse, at Retten ønskede at gøre appellanterne opmærksom på, at disse klagepunkter mere relevant skulle rettes mod den beslutning, som eventuelt blev vedtaget i låse-sagen [33].

71. Af alle disse grunde mener jeg, at det andet anbringende om retsnægtelse og tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsbeskyttelse principalt bør forkastes som irrelevant, subsidiært som ugrundet.

D — *Det tredje appelanbringende: Rettens utilstrækkelige hensyntagen til konstateringen af Kommissionens tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til bestemmelsen af overtrædelsens grovhed*

72. Det tredje anbringende er opdelt i to led om henholdsvis Rettens utilstrækkelige hensyntagen til konstateringen af Kommissionens tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til størrelsen af de relevante markeder og Rettens utilstrækkelige hensyntagen til konstateringen af Kommissionens tilsidesættelse af begrundelsespligten hvad angår overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet.

33 — Som appellanterne har anført under retsmødet i den foreliggende sag, har de anlagt sag til prøvelse af låsebeslutningen (jf. punkt 18 i dette forslag til afgørelse).

1. Det tredje anbringendes første led vedrørende Rettens utilstrækkelige hensyntagen til konstateringen af tilsidesættelse af Kommissionens begrundelsespligt hvad angår størrelsen af de relevante markeder

a) Rettens bemærkninger

73. I sagen ved Retten kritiserede appellanterne bl.a. Kommissionen for ikke i tilstrækkelig grad i den omtvistede beslutning at have begrundet sine vurderinger vedrørende størrelsen af de relevante markeder.

74. Retten påpegede for det første i den appellerede doms præmis 87, at Kommissionen ikke var forpligtet til i den foreliggende sag at foretage en afgrænsning af markedet med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF ud fra aftalernes konkurrencebegrænsende formål.

75. Retten præciserede dog i den appellerede doms præmis 88, at eftersom konklusionen i den omtvistede beslutning pålagde en bøde i henhold til forordning nr. 1/2003, var de faktiske omstændigheder vedrørende det berørte marked relevante, selv om deres utilstrækkelighed ikke kunne medføre en hel annullation af beslutningen.

76. I den appellerede doms præmis 89 understregede Retten:

»89 Ifølge retningslinjerne skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed »tages hensyn til« ikke alene selve overtrædelsens art, men ligeledes til »dens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måles« (punkt 1 A, første afsnit). Med henblik på at vurdere en overtrædelses konkrete indvirkning på markedet er det imidlertid nødvendigt at afgrænse dette marked. Retningslinjerne foreskriver ligeledes, at det er »nødvendigt«, for at bestemme en overtrædelses grovhed, at »tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade« (punkt 1 A, fjerde afsnit), hvilket indebærer, at det er nødvendigt at fastlægge markedernes størrelse og de berørte virksomheders markedsandele.«

77. Efter at have udtalt, at der ikke forelå nogen begrundelsesmangel med hensyn til afgrænsningen af markederne (den appellerede doms præmis 95), undersøgte Retten Kommissionens bemærkninger om markedets størrelse i punkt 45 og 46 i betragtningerne til den omtvistede beslutning.

78. I den appellerede doms præmis 98 bemærkede Retten, at Kommissionens bedømmelse af størrelsen af de tre produktmarkeder, som den havde identificeret, stadig ikke var tilstrækkelig og ikke gjorde det muligt at efterprøve størrelsen af alle de berørte markeder. Retten fastslog i den appellerede doms præmis 99, at den omtvistede beslutning »var behæftet med utilstrækkelig begrundelse, hvilket kunne føre til delvis annullation af den [nævnte] beslutning […], medmindre Kommissionens konstateringer om de berørte virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre betydelig skade er baseret på andre af den [omtvistede] beslutnings begrundelser«.

79. I den appellerede doms præmis 100 og 101 udtalte Retten følgende:

»100 Under den foreliggende sags omstændigheder har sagsøgerne aldrig anfægtet Kommissionens konstateringer i [begrundelsen] til den [omtvistede] beslutning, som gør det muligt at hævde, at der findes en sådan økonomisk mulighed selv i mangel af de ovennævnte oplysninger. Kommissionen har rent faktisk konstateret i [betragtning] 325 til den [omtvistede] beslutning, at i overtrædelsesperioden var Prym og Entaco førende fabrikanter af nåle på det europæiske marked, og at konkurrencen var yderst begrænset [udøvet hovedsagelig af Needle Industries (India) Ltd]; at Prym var den europæiske nummer et i de øvrige sektorer for hårde syartikler, såsom låseanordninger og knappenåle og en

af de største konkurrenter på markedet for lynlåse, og at Coats og Prym var de største konkurrenter inden for detailsalg med deres respektive synålemærker, nemlig Milward et Newey.

101 Disse bemærkninger befinder sig, til trods for at de bærer overskriften »Differentieret behandling«, i afsnittet »Overtrædelsens grovhed« i den [omtvistede] beslutning og indeholder henvisninger til de kriterier, der er relevante ved vurderingen af de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre betydelig skade. Sagsøgerne har desuden aldrig bestridt, at de var blandt de stærkeste økonomiske beslutningstagere i den berørte sektor.«

b) Parternes argumenter

80. Ifølge appellanterne har Retten set bort fra, at tilsidesættelsen af begrundelsespligten med hensyn til produktmarkedernes størrelse har haft en indvirkning på fastsættelsen af overtrædelsens konkrete grovhed, eftersom fastsættelsen af denne indebærer en kumulativ anvendelse af en række kriterier. I denne forbindelse har appellanterne præciseret, at Kommissionen selv havde angivet i betragtning 333 til den omtvistede beslutning, at den havde fastsat overtrædelsens konkrete grovhed på grundlag af de relevante markeders størrelse og de overtrædende virksomheders økonomiske muligheder for at påføre betydelig skade.

81. Ifølge appellanterne har Retten ligeledes begået en retlig fejl ved at lægge til grund, at Kommissionen havde beskrevet overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet i tilstrækkelig grad ved i den appellerede doms præmis 101 at henvise til stillingen som førende blandt de berørte virksomheder. Retten har således ikke taget hensyn til forskellen mellem fastsættelsen af en virksomheds faktiske økonomiske muligheder for at påføre en betydelig skade og fastsættelsen af den konkrete indvirkning på markedet, når denne kan måles. Mens appellanterne anerkender, at henvisningen til en førende stilling strengt taget kan være tilstrækkelig til at fastslå en virksomheds økonomiske muligheder for at påføre en betydelig skade, er denne stilling ikke tilstrækkelig til at måle den konkrete indvirkning på markedet, som kræver en fastlæggelse af markedernes størrelse. Appellanterne mener i øvrigt, at der foreligger en selvmodsigende begrundelse mellem på den ene side den appellerede doms præmis 89 og på den anden side præmis 99 og 100. De mener således, at de fejl, som den appellerede dom er behæftet med, bør medføre annullation af den omtvistede beslutning.

82. Kommissionen har hertil anført, at ved en korrekt fortolkning af den appellerede dom har Retten kun godkendt en forpligtelse til at fastlægge produktmarkedernes størrelse med hensyn til de berørte virksomheders muligheder for at påføre en betydelig skade. Kan denne mulighed imidlertid konstateres på andre måder, således som det er tilfældet i den foreliggende sag, er Kommissionen fritaget for forpligtelsen til at fastlægge markedernes størrelse (den appellerede doms præmis 89, 90, 99 og 101). Det fremgår endvidere af Rettens praksis, at den i retningslinjerne beskrevne metode til beregning af bøderne på ingen måde kræver en hensyntagen til størrelsen af produktmarkederne med henblik på fastsættelsen af bødens udgangsbeløb.

83. Ifølge Kommissionen har Retten ikke sammenblandet spørgsmålet om fastlæggelsen af virksomhedens faktiske muligheder for at påføre en betydelig skade og spørgsmålet om fastlæggelsen af overtrædelsens konkrete indvirkning, eftersom Retten i den appellerede doms præmis 115 har fastslået, at der er tale om en begrundelsesmangel med hensyn til den konkrete indvirkning.

84. Kommissionen har tilføjet, at ved at fastslå i den appellerede doms præmis 89, at Kommissionen var forpligtet til at afgrænse det relevante marked og dermed at fastlægge dets størrelse, har Retten givetvis ikke kunnet mene, at en sådan afgrænsning svarer til den, der skal foretages inden for rammerne af anvendelsen af artikel 82 EF. I modsat fald ville den retspraksis, i henhold til hvilken Kommissionen ikke er forpligtet til ved anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF at afgrænse markedet, blive fuldstændig tømt for sit indhold. Under alle omstændigheder kan eventuelle fejl vedrørende konstateringerne om markedernes størrelse ikke medføre annullation i det hele af den omtvistede beslutning.

c) Bedømmelse

85. Det skal indledningsvis præciseres, at med det foreliggende led af det tredje anbringende omhandler appellanternes kritik af den appellerede dom udelukkende Rettens bedømmelse af den omtvistede beslutnings begrundelse med hensyn til de relevante markeders størrelse med henblik på fastsættelsen af overtrædelsens grovhed. Da denne, som det allerede er blevet anført, udgør et af de to kriterier i artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 for bødeberegningen, kan det foreliggende led, hvis det antages, at det skal tages til følge — ud over ophævelse af den appellerede dom — kun medføre delvis annullation af den omtvistede beslutning, således som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 88 og 99, og i givet fald en omgørelse af dommen.

86. Jeg mener imidlertid ikke, at dette led kan tages til følge.

87. For det første har appellanterne, som Kommissionen med rette har bemærket i sit svarskrift, i flere henseender foretaget en ukorrekt fortolkning af de i den appellerede dom kritiserede præmisser, for så vidt som de sammenblander Rettens bedømmelse vedrørende markedernes størrelse og bedømmelsen — som i øvrigt er genstand for dette anbringendes andet led, og som er fremført i andre af den appellerede doms præmisser — vedrørende overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet. I modsætning til det af appellanterne hævdede har Retten på intet tidspunkt fastslået, at Kommissionen har beskrevet overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet i tilstrækkelig grad ved i den appellerede doms præmis 101 at henvise til stillingen som førende blandt de berørte virksomheder. Bemærkningerne i den appellerede doms præmis 101 henviser udelukkende til de berørte virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade som

omhandlet i punkt 1 A, fjerde afsnit, i retningslinjerne, og ikke til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet som omhandlet i punkt 1 A, første afsnit, i retningslinjerne.

88. For det andet synes appellanterne, selv om deres argumentation ikke er særligt klar i denne henseende, at mene, at kriterierne vedrørende bedømmelsen af en overtrædelses grovhed med henblik på bødeberegningen er kumulative, og at, når Kommissionen som i den omtvistede beslutning henviser til markedernes størrelse blandt disse kriterier, Retten ikke kan fastslå, at den utilstrækkelige begrundelse i forbindelse med dette kriterium kan suppleres med en henvisning til de i den omtvistede beslutning fremførte bemærkninger vedrørende de berørte virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre en betydelig skade.

89. Det skal i denne henseende bemærkes, at ifølge retspraksis skal overtrædelsernes grovhed fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning [34].

90. Domstolen har fastslået, at de elementer, der indgår i vurderingen af overtrædelsernes grovhed, bl.a. omfatter de enkelte virksomheders adfærd og rolle ved gennemførelsen af den samordnede praksis, den fortjeneste, som virksomhederne har kunnet opnå ved denne praksis, deres størrelse og værdien af de omhandlede varer samt den risiko, som overtrædelser af denne art indebærer for gennemførelsen af Det Europæiske Fællesskabs mål [35].

91. Kommissionen er således principielt ikke forpligtet til at tage produktmarkedernes størrelse i betragtning som kriterium ved vurderingen af en overtrædelses grovhed, idet den kun indgår som et relevant element blandt andre [36].

92. I modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende med henvisning til præmis 91 i dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, kan man ikke udlede en anden konklusion af den nævnte præmis. I denne præmis er det blot angivet, at »det berørte markeds udstrækning« skal tages i betragtning, hvilket givetvis omhandler det berørte markeds geografiske udstrækning, således som det bekræftes i punkt 1 A. i retningslinjerne, og ikke de berørte markeders økonomiske størrelse (eller omsætningstal).

34 — Jf. dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, dommen af 15.10.2002 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 465, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 241, og Dalmine mod Kommissionen, præmis 129.

35 — Jf. bl.a. dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 129, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 242, og i sagen Dalmine mod Kommissionen, præmis 130.

36 — Jf. i denne retning dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, præmis 132.

93. Det bemærkes, at i den omtvistede beslutning anførte Kommissionen, at den byggede på forskellige elementer med henblik på at fastlægge overtrædelsens grovhed, herunder markedernes størrelse og virksomhedernes faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade, idet det sidstnævnte element udtrykkeligt er nævnt i retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit.

94. Det skal påpeges, at appellanterne ikke har kritiseret Rettens bemærkning i den appellerede doms præmis 89, hvorefter fastlæggelsen af markedernes størrelse (og dermed i realiteten funktionelle størrelse) var nødvendig med henblik på bedømmelsen af overtrædelsens grovhed for at bestemme virksomhedernes faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade som omhandlet i retningslinjerne.

95. Appellanterne mener imidlertid, at Retten har modsat sig selv ved for det første at stille et sådant krav og dernæst i den appellerede doms præmis 99 og 100 at acceptere, at den utilstrækkelige begrundelse, den har fastslået vedrørende bestemmelsen af markedernes størrelse, kan suppleres med Kommissionens henvisning til den førende stilling på de berørte markeder i den omtvistede beslutnings betragtning 325, hvilket appellanterne ikke har bestridt.

96. Selv om det forekommer mig, at appellanterne fuldstændig relevant understreger den selvmodsigende begrundelse, der fremgår af den appellerede doms præmis 89, 99 og 100 [37], kan dette argument imidlertid efter min mening ikke tages til følge af følgende årsager.

97. Som Domstolen har fastslået, og som Retten har anført i den appellerede doms præmis 90, er markedsandelene relevante ved vurderingen af, hvilken indflydelse en virksomhed har haft på markedet [38].

98. Man kan imidlertid ikke udlede af denne retspraksis, at ved vurderingen af en virksomheds indflydelse på markedet eller, for at anvende udtrykkene i retningslinjerne, de faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade, skal disse muligheder måles ved at forpligte Kommissionen til først at afgrænse markedet og bedømme dettes størrelse i form af omsætningstal [39].

37 — Jeg erindrer om, at ifølge fast retspraksis er spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen til en dom afsagt af Retten er selvmodsigende, et retsspørgsmål, der kan rejses under en appelsag. Jf. bl.a. dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, præmis 71 og den deri nævnte retspraksis.

38 — Dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 139.

39 — Det bemærkes, at i den appellerede doms præmis 95 har Retten fastslået, at Kommissionen har opfyldt begrundelsespligten med hensyn til afgrænsningen af de relevante markeder, hvilket appellanterne ikke har kritiseret.

99. At fortolke den appellerede doms præmis 89 således, at der heri stilles et sådant krav, ville, som Kommissionen med rette har anført, føre til at pålægge Kommissionen at fremlægge en konkret beskrivelse, som den ikke engang er forpligtet til i forbindelse med konstateringen af en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, når en sådan overtrædelse på grund af selve sin natur er i strid med den nævnte artikel, sådan som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 86 og 87 med henvisning til fast retspraksis (grunde, som i øvrigt ikke er bestridt af appellanterne) [40].

100. En sådan tilgang ville desuden være ensbetydende med en særligt indskrænkende fortolkning af retningslinjerne.

101. Jeg mener derfor, at selv om Retten med føje fandt, at det er nødvendigt for Kommissionen ved fastsættelsen af overtrædelsens grovhed og bødeberegningen at tage hensyn til de overtrædende virksomheders økonomiske muligheder for at påføre andre aktører betydelig skade i henhold til retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit, bør en sådan hensyntagen efter min mening ikke obligatorisk indebære, »at det er nødvendigt at fastlægge markedernes størrelse«, hvilket er i modsætning til, hvad Domstolen fastslog i den appellerede doms præmis 89.

102. Derimod er det efter min mening mere korrekt at antage, at en sådan mulighed for de overtrædende virksomheder kan påvises ved hensigtsmæssige midler, herunder fastsættelsen af markedernes størrelse i omsætningstal.

103. Det er imidlertid netop dette kriterium, Retten har anvendt i den appellerede doms præmis 99-101. Retten fandt efter at have fastslået, at den omtvistede beslutning var utilstrækkeligt begrundet med hensyn til fastsættelsen af markedernes størrelse angivet i omsætningstal, at denne begrundelsesmangel kunne suppleres med andre grunde i den omtvistede beslutning, jf. bemærkningerne i betragtning 325 til beslutningen, der i det væsentlige vedrører, hvad parterne i den foreliggende sag har beskrevet som appellanternes førende stilling på de berørte markeder.

104. Det skal bemærkes, at appellanterne i punkt 63 og 66 i appelskriftet udtrykkeligt anerkender relevansen af et sådant kriterium

40 — Domstolen har udtalt, at »definitionen af et relevant marked i forbindelse med anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, [nu artikel 81, stk. 1, EF] har som eneste formål at bestemme, om den pågældende aftale kan påvirke handelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet« (kendelse af 16.2.2006, sag C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, summarisk offentliggørelse i Sml. I, s. 22, præmis 31). Retten har helt logisk udledt heraf, f.eks. i den appellerede doms præmis 86, at forpligtelsen til at afgrænse det relevante marked i en beslutning vedtaget i henhold til artikel 81 EF ikke er absolut, men udelukkende pålægges Kommissionen, når det uden en sådan afgrænsning ikke er muligt at bestemme, om det pågældende kartel kan påvirke handelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Jf. ligeledes bl.a. Rettens dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 206, af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 230, og af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 132.

ved bedømmelsen af en virksomheds faktiske økonomiske muligheder for at forårsage betydelig skade. Appellanterne begrænser sig i denne sammenhæng til at foreholde Kommissionen, at den ikke i fornødent omfang har påvist, at der er tale om en sådan førende stilling på markedet, ud fra sagens omstændigheder. En sådan kritik, der omhandler fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder og vurderingen af dem, kan Domstolen ikke behandle i en appelsag, medmindre Retten har gengivet oplysningerne urigtigt [41], hvilket i den foreliggende sag ikke er gjort gældende af appellanterne.

105. Trods den retlige fejl og den selvmodsigende begrundelse, som har påvirket Rettens argumentation i den appellerede doms præmis 89, 99 og 100, har disse mangler ikke haft en indvirkning på dommens konklusion, som kan medføre, at den bør ophæves.

106. Jeg foreslår således, at det tredje anbringendes første led forkastes som ugrundet.

41 — Jf. i denne henseende bl.a. dom af 19.3.2009, sag C-510/06 P, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 105 og den deri nævnte retspraksis.

2. Det tredje anbringendes andet led om, at Retten ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til konstateringen af Kommissionens tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet

a) Rettens bemærkninger

107. I den appellerede doms præmis 108 har Retten bemærket, at ifølge retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit, er Kommissionen ved fastsættelsen af overtrædelsens grovhed kun forpligtet til at foretage en undersøgelse af en overtrædelses konkrete indvirkning på markedet, når indvirkningen kan måles.

108. Det er derefter i den appellerede doms præmis 109 bemærket, at Kommissionen aldrig i den foreliggende sag havde hævdet, at indvirkningen ikke kunne måles, og at den under retssagen havde anført, at overtrædelsen var blevet gennemført, hvilket indebar, at den nødvendigvis havde haft reelle virkninger på konkurrencevilkårene på de berørte markeder.

109. Retten forkastede denne opfattelse som værende ikke-»overbevisende«, med den begrundelse, at gennemførelsen af en aftale ikke nødvendigvis indebærer, at den giver anledning til reelle virkninger, idet den støttede sig på Kommissionens beslutningspraksis og en af dens egne domme. Retten

kritiserede desuden Kommissionen for ikke at have besvaret appellanternes argument, hvorefter de pågældende aftaler ikke havde medført en forhøjelse af salgsprisen for hulnåle (den appellerede doms præmis 110). Retten fastslog endelig, at Kommissionen udelukkende byggede på et årsag-virkning-forhold mellem gennemførelsen af kartellet og dets konkrete indvirkning, hvilket ikke var tilstrækkeligt med henblik på beregningen af bøden (den appellerede doms præmis 111). Retten konkluderede derfor i den appellerede doms præmis 112, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde opfyldt den begrundelsespligt, som påhvilede den.

110. Retten undersøgte de retlige konsekvenser af en sådan tilsidesættelse af begrundelsespligten i den appellerede doms præmis 190. I den nævnte præmis understregede Retten, at i særdeleshed Kommissionens redegørelse vedrørende fastsættelsen af bødebeløbet ikke indeholdt noget element, der forklarede hvorfor mindskelsen af overtrædelsens indvirkning efter den 13. marts 1997, som Kommissionen i øvrigt udtrykkeligt havde anerkendt i betragtning 320 til den omtvistede beslutning, ikke var blevet overvæltet på bødeberegningen. Retten konkluderede imidlertid, at »[d]enne begrundelsesmangel […] imidlertid ikke under sagens omstændigheder [kan] føre til bortfald eller nedsættelse af det pålagte bødebeløb, i betragtning af, at kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« var begrundet [af de i den appellerede doms præmis 188 og 189 anførte grunde], og at Kommissionen havde valgt det i retningslinjerne fastsatte mindste udgangsbeløb for en sådan overtrædelse (eller nærmere bestemt det højeste beløb for en »alvorlig« overtrædelse), nemlig 20 mio. EUR. Kommissionen har med rette påpeget, at valget af mindstebeløbet i den foreliggende sag er tilstrækkeligt til at tage hensyn til mindskelsen af overtrædelsens indvirkning i overtrædelsesperioden«.

b) Parternes argumenter

111. Ifølge appellanterne har Retten begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 190 at fastslå, at begrundelsesmanglen vedrørende bedømmelsen af overtrædelsens konkrete indvirkning under sagens omstændigheder ikke burde føre til bortfald eller nedsættelse af bøden, eftersom kvalificering af overtrædelsen som »meget alvorlig« var begrundet. Retten sammenblandede således spørgsmålet vedrørende beslutningens materielle lovlighed med spørgsmålet vedrørende de retlige konsekvenser af en tilsidesættelse af den formelle begrundelsespligt. Eftersom Kommissionen i kartelspørgsmål har et vidt skøn, har overholdelsen af de proceduremæssige bestemmelser og begrundelsespligten en afgørende betydning for retten til forsvar.

112. Kommissionen afviser appellanternes opfattelse. Den mener imidlertid, at Retten har begået retlige fejl i den appellerede doms præmis 109-112. Retten krævede dels, at Kommissionen påviste manglen på en konkret indvirkning, der kunne måles, selv

om Retten ikke selv har fastslået, at indvirkningen kunne måles. Retten har dels ikke fulgt en fast retspraksis, hvorefter gennemførelsen af en aftale, hvis formål er konkurrencebegrænsende, er tilstrækkelig til at afvise muligheden for at konkludere, at der ikke er nogen indvirkning på markedet. Kommissionen har derfor anmodet Domstolen om at foretage en substitution af begrundelser og se bort fra konstateringerne i den appellerede doms præmis 109-112 med hensyn til beviset for og målbarheden af indvirkningen på markedet.

c) Bedømmelse

113. Før jeg undersøger det andet led til støtte for det af appellanterne påberåbte anbringende vedrørende den appellerede doms præmis 190, er det nødvendigt først at tage stilling til Kommissionens anmodning om substitution af begrundelser, idet en sådan anmodning kan give Domstolen mulighed for at identificere en retlig fejl begået af Retten og at korrigere den uden at påvirke appeldommens konklusion, som måtte være berettiget af andre grunde [42].

42 — Jf. bl.a. dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28, af 12.11.1996, sag C-294/95 P, Ojha mod Kommissionen, Sml. I, s. 5863, præmis 52, af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 58, og af 9.9.2008, forenede sager C-120/06 P og C-120/06 P, FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 187.

i) Kommissionens anmodning om substitution af begrundelser

114. To retlige spørgsmål er i centrum for Kommissionens kritik af Rettens begrundelse i den appellerede doms præmis 109-112.

115. Kommissionen mener for det første, at Retten fejlagtigt har fastslået, at den skulle fremlægge bevis for en manglende konkret indvirkning af overtrædelsen på markedet, når denne forpligtelse kun pålægges den, når indvirkningen kan måles, hvilket den i det foreliggende tilfælde ifølge Kommissionen ikke kunne på grund af arten af aftalerne, der havde til formål at neutralisere den potentielle konkurrence på de berørte markeder, og i sidste instans har Retten ikke udtalt, at indvirkningen på markedet i det foreliggende tilfælde kunne måles.

116. Kommissionen har for det andet anført, at Retten har begået en retlig fejl ved at udtale, at Kommissionen ikke havde begrundet den omtvistede beslutning i tilstrækkeligt omfang, idet den blot havde angivet, at overtrædelsens reelle virkninger på markedet kunne udledes af kartellets gennemførelse.

117. Disse kritikpunkter kan efter min mening ikke deles fuldt ud.

118. For så vidt angår den første række kritikpunkter er det ganske vist korrekt, at det ifølge retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit, kun påhviler Kommissionen at påvise en overtrædelses konkrete indvirkning på markedet, når denne kan måles. Med hensyn til horisontale priskarteller og markedsopdelende karteller fremgår det også af retningslinjerne, 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. I så fald udgør overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet et blandt flere elementer.

119. Som Retten har konstateret i den appellerede doms præmis 111, har Kommissionen viet et afsnit af den omtvistede beslutning til »overtrædelsens reelle virkning«, hvori den bl. a. har anført, at overtrædelsen havde haft en indvirkning på markedet, og at denne indvirkning var mindsket i perioden mellem den 13. marts 1997 og den 31. december 1999. Dette kan forstås på to måder — enten vil Kommissionen ikke bygge på kriteriet om overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, og i så fald tager den beslutning, hvorved den pålægger kartelvirksomhederne en bøde ved fastsættelsen af overtrædelsens grovhed, kun hensyn til overtrædelsens art og eventuelt markedets geografiske udstrækning i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 1 A, eller den vil basere sin beslutning på en sådan indvirkning, således som det fremgår af den omtvistede beslutning, og i så fald foreligger der efter min mening en formodning for, at den mener, at en sådan indvirkning kan måles. For så vidt som anvendelsen af et sådant kriterium *kan* give Kommissionen mulighed for at forhøje den bøde, som den agter at pålægge ud over det mindstebeløb på 20 mio. EUR, der er fastsat i retningslinjerne for meget alvorlige overtrædelser, kan man ikke med rimelighed tro, at Kommissionen, når den i en beslutning, der pålægger en bøde, vælger at bruge tre punkter i begrundelsen til »overtrædelsens reelle indvirkning«, ikke har til hensigt at basere beslutningen på kriteriet om overtrædelsens konkrete indvirkning. Under sådanne omstændigheder er det efter min mening retligt korrekt at udlede, som Retten i det væsentlige har gjort i den appellerede dom, at Kommissionen mener, at den indvirkning, den beskriver i beslutningen, principielt kan måles, medmindre beslutningen indeholder en særlig begrundelse for det modsatte på dette punkt.

120. Det er i denne sammenhæng og på grundlag af en sådan formodning for, at den konkrete indvirkning på markedet kan måles, at Retten i den appellerede doms præmis 109 understregede, at Kommissionen ikke under retssagen i det foreliggende tilfælde havde anført, at overtrædelsens konkrete indvirkning ikke kunne måles. Retten har derfor på ingen måde pålagt Kommissionen en forpligtelse til at fremlægge et negativt bevis, men har blot fastslået, at ud fra den formodning, som jeg netop har præciseret, havde Kommissionen ikke under retssagen afsvækket en sådan formodning, som kunne udledes af den omtvistede beslutning.

121. Den forklaring, som Kommissionen har anført i sit svarskrift for Domstolen, og hvorefter aftalernes indvirkning ikke kunne måles på grund af deres art — hvis formål som allerede nævnt var en opdeling af produkt-

markederne og de geografiske markeder ved at neutralisere en potentiel konkurrents markedsadgang — kan ikke tiltrædes. En sådan begrundelse findes ikke i den omtvistede beslutning og er under alle omstændigheder ikke blevet gjort gældende i første instans.

122. Endelig var Retten ikke forpligtet til i forbindelse med sin undersøgelse af, om begrundelsen for den omtvistede beslutning var tilstrækkelig, sådan som dette klagepunkt var påberåbt af appellanterne, at udtale, at indvirkningen faktisk kunne måles, idet en sådan bedømmelse henhører under spørgsmålet om lovligheden af den omtvistede beslutning.

123. Jeg foreslår således, at Kommissionens første række kritikpunkter vedrørende begrundelsen for den appellerede doms præmis 109 forkastes.

124. Den anden række kritikpunkter, som omhandler Rettens bedømmelse i den appellerede doms præmis 110-112 vedrørende den utilstrækkelige karakter af påvisningen af en konkret indvirkning af overtrædelsen på markedet, bør undersøges nærmere.

125. Indledningsvis skal jeg bemærke, at den argumentation, Retten har fremført i de nævnte præmisser under underoverskriften »Om begrundelsen for beregningen af bøderne«, er uklar. Retten har fremsat nogle usammenhængende betragtninger, som drejer sig om en utilstrækkelig begrundelse i den omtvistede beslutning (og kritiserer f.eks. Kommissionen i den appellerede doms præmis 110 for, at den ikke har besvaret appellanternes argumentation vedrørende manglende forhøjelse af salgsprisen for hulnåle) og reale betragtninger, som i øvrigt er væsentligt mere konkrete, og som omhandler den ikke-»overbevisende« eller unøjagtige karakter af betragtning 318-320 til beslutningen [43].

126. Jeg mener imidlertid, at Kommissionen med rette har kritiseret Retten for at have fastslået, at begrundelsen i den omtvistede beslutning om overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet var utilstrækkelig.

127. I henhold til retspraksis om rækkevidden af begrundelsespligten vedrørende udmålingen af en bøde, der er pålagt for overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, er kravene i henhold til den væsentlige formforskrift, som begrundelsespligten udgør, opfyldt, såfremt Kommissionen i sin beslutning giver oplysninger om de hensyn, der har givet den grundlag for at bedømme

43 — Jf. bl.a. om denne sondring dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 67 og 72, samt præmis 92 i den appellerede dom.

overtrædelsens grovhed og dens varighed [44]. Hvad angår overtrædelsens grovhed, som er det eneste, det drejer sig om her, fremgår disse hensyn i den foreliggende sag givetvis af den omtvistede beslutnings betragtning 316-325, og kriteriet for den konkrete indvirkning er blevet bedømt i beslutningens betragtning 318-320.

128. På den anden side fremgår det utvivlsomt af bemærkningerne i den appellerede doms præmis 110, første og andet punktum, og i dommens præmis 111, sidste punktum, at Retten undersøgte rigtigheden af den omtvistede beslutnings betragtninger og afkræftede den heri indeholdte bedømmelse i stedet for blot at efterprøve, om Kommissionen klart og entydigt havde redegjort for den argumentation, på grundlag af hvilken den havde konkluderet, at der forelå en konkret indvirkning på markedet af overtrædelsen.

129. Jeg mener derfor, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 112 at kvalificere manglerne i den omtvistede beslutning, som Retten har fastslået i dommens præmis 110 og 111, som henhørende under en utilstrækkelig begrundelse vedrørende kriteriet om konkret indvirkning på markedet [45].

130. Jeg mener imidlertid trods alt ikke, at Kommissionens anmodning om substitution af begrundelser kan tages til følge, medmindre denne anmodning forstås således (hvilket jeg stærkt betvivler), at Retten skulle have fastslået et retligt fejlskøn.

131. Jeg mener af nedenstående grunde, at Retten med føje i det væsentlige har fastslået, at Kommissionen ved bødeberegningen ikke udelukkende kunne støtte sig på et årsag-virkning-forhold mellem kartellets gennemførelse og dettes konkrete indvirkning på markedet.

132. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende både i svarskriftet og under retsmødet, har spørgsmålet om, hvorvidt den faktiske gennemførelse af et kartel er tilstrækkelig til at påvise overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, langt fra

44 — Jf. domme af 16.11.2000, sag C-248/98 P, KNP BT mod Kommissionen, Sml. I, s. 9641, præmis 42, og sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 73, samt dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 463.

45 — Det skal i denne forbindelse bemærkes, at mens Retten i den franske version af den appellerede doms præmis 115 anvender udtrykket »défaut de motivation«, fremgår det klart af processproget (tysk) — originalsproget — som anvender udtrykket »unzureichende Begründung«, at hvad der er omhandlet ved dette udtryk ikke er en begrundelsesmangel (»Begründungsmangel»), men en utilstrækkelig eller mangelfuld begrundelse («unzureichende Begründung»). Denne fortolkning bekræftes af, at dette udtryk er identisk med det, der er anvendt i den appellerede doms præmis 99, hvor Retten har fastslået en »utilstrækkelig begrundelse« med hensyn til markedernes størrelse.

været genstand for Rettens »faste praksis«. Under alle omstændigheder er denne problematik ikke hidtil blevet afgjort af Domstolen, som for første gang har fået den forelagt, ikke alene i den foreliggende sag, men ligeledes i de såkaldte »østrigske banksager« [46].

133. Som generaladvokat Bot har understreget i sit forslag til afgørelse, der blev fremsat den 26. marts 2009 i ovennævnte sager, er der megen usikkerhed om, hvad udtrykket »når den kan måles« dækker i retningslinjernes forstand [47].

134. Denne usikkerhed følger delvis af Rettens selvmodsigende praksis med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt konstateringen af den faktiske gennemførelse af kartellet er tilstrækkelig til at påvise, at der foreligger en konkret indvirkning af overtrædelsen på markedet.

135. Som generaladvokat Bot med rette har påpeget i det nævnte forslag til afgørelse [48], synes der at være to tendenser i retspraksis.

136. Ifølge den første tendens finder Retten, at Kommissionen med føje kan udlede af den omstændighed, at et kartel er blevet gennemført, at det har haft en konkret indvirkning på markedet. Det er denne tendens, Retten har fulgt i dommene i de østrigske banksager [49], i dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen [50] og i de nyligt afsagte domme i sagerne Hoechst mod Kommissionen [51] og Carbone Lorraine mod Kommissionen [52].

137. Som jeg tidligere har anført, har Retten derimod i den appellerede dom fundet, at Kommissionen ikke kunne begrænse sig til at fastslå, at kartellet faktisk var blevet gennemført med henblik på påvisning af overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet. Denne tilgang hører under den anden tendens i retspraksis, som er sideløbende med den første, og som i det væsentlige kræver, at Kommissionen kan levere konkrete og pålidelige indicier, som med rimelig sandsynlighed angiver, at kartellet har haft en indvirkning på markedet,

46 — De for Domstolen verserende forenede sager C-125/07 P, Erste Bank der österreichischen Sparkassen mod Kommissionen, C-133/07 P, Raiffeisen Zentralbank Österreich mod Kommissionen, C-135/07 P, Bank Austria Creditanstalt mod Kommissionen, og C-137/07 P, Österreichische Volksbanken mod Kommissionen.

47 — Punkt 275 i det nævnte forslag til afgørelse.

48 — Jf. punkt 279-300 i det samme forslag til afgørelse.

49 — Dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 288. Det bemærkes, at denne dom blev afsagt af den samme afdeling og med den samme sammensætning som den, der har afsagt den appellerede dom.

50 — Dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Sml. II, s. 4407. I denne doms præmis 148 hedder det, at »[s]elv en delvis gennemførelse af en konkurrencebegrænsende aftale er tilstrækkelig til at udelukke den konklusion, at aftalen ikke har haft nogen indvirkning på markedet«. Det bemærkes, at i den appelsag, der blev iværksat ved Domstolen, og som gav anledning til dommen af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, fik Domstolen ikke forelagt dette punkt.

51 — Dom af 18.6.2008, sag T-410/03, Sml. II, s. 991, præmis 345 og 348.

52 — Dom af 8.10.2008, sag T-73/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 84. Det bemærkes, at denne dom er genstand for en verserende appel ved Domstolen, registreret som sag C-554/08 P, Le Carbone Lorraine mod Kommissionen.

idet den faktiske gennemførelse af kartellet i denne tendens alene udgør et stærkt indicium, uden at Kommissionen imidlertid kan begrænse sin analyse til et sådant indicium [53].

138. Ifølge denne tilgang udgør gennemførelsen af overtrædelsen kun en første betingelse for at godtgøre, at et kartel har en konkret indvirkning på markedet [54].

139. I lighed med generaladvokat Bots stillingtagen i ovennævnte forslag til afgørelse [55] deler jeg det af denne anden tendens i retspraksis fulgte ræsonnement.

140. Jeg mener således, at når Kommissionen vil basere en beslutning, hvorved den pålægger en virksomhed en bøde for tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, på forekomsten af overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, skal den være i stand til at levere konkrete, pålidelige og tilstrækkelige indicier, der giver den grundlag for at vurdere, hvilken faktisk indflydelse overtrædelsen har kunnet have på konkurrencen på markedet. For så vidt som forekomsten af en konkret indvirkning af overtrædelsen giver Kommissionen grundlag for, i tilfælde af en efter sin art meget alvorlig overtrædelse, at forstærke dennes grovhed og øge udgangsbeløbet ud over den fastsatte tærskel på 20 mio. EUR, kan denne institution navnlig ikke blot fastslå, at kartellet faktisk er blevet gennemført og dermed begrænse sig til at antage, uden yderligere påvisning, at kartellet sandsynligvis har haft en virkning på markedet.

141. Et sådant krav finder jeg så meget mere hensigtsmæssigt i lyset af det i retspraksis omhandlede mål, hvorefter bøder, der pålægges virksomheder, som har tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF, navnlig har til formål at straffe virksomhedernes ulovlige adfærd [56].

142. Man kan imidlertid efter min mening ikke anerkende, at med hensyn til aftaler, der har et konkurrencebegrænsende formål, såsom aftaler, der drejer sig om en opdeling af produktmarkeder og/eller af geografiske markeder eller prisfastsættelsesmarkeder, er Kommissionen ikke alene fritaget for forpligtelsen til at godtgøre virkningerne af aftalerne med henblik på at konstatere *eksistensen* af en

53 — Jf. Rettens domme af 27.9.2006, sag T-322/01, Roquette Frères mod Kommissionen, Sml. II, s. 3137, præmis 77 og 78, sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3255, præmis 178-181, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 155-159, og sag T-59/02, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, Sml. II, s. 3627, præmis 161-165). Jf. ligeledes i denne retning Rettens domme af 8.7.2008, sag T-52/03, Knauf Gips mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 392-395, sag T-53/03, BPB mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 301-304, og sag T-54/03, Lafarge mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis. Det bemærkes, at dommene i sagerne T-52/03 og T-54/03 er genstand for verserende appelsager, der er registreret som sag C-407/08 P og C-413/08 P (sagerne Knauf Gips mod Kommissionen og Lafarge mod Kommissionen).

54 — Jf. dommen i sagen Roquette Frères mod Kommissionen, præmis 77, og dommen i sag T-329/01, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, præmis 180.

55 — Jf. punkt 303-314 i det nævnte forslag til afgørelse.

56 — Jf. bl.a. dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 173, og i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 37, samt dom af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 22.

overtrædelse, men også for forpligtelsen til at fremføre konkrete og pålidelige indicier for den faktiske indvirkning af overtrædelsen på markedet, selv om den finder det nødvendigt at støtte sig på et sådant kriterium ved fastsættelsen af overtrædelsens *grovhed* og, i sidste instans, ved beregningen af den bøde, som den agter at pålægge de berørte virksomheder.

143. Heraf følger efter min mening, at det var med føje, at Retten i det væsentlige fastslog i den appellerede doms præmis 110 og 111, at Kommissionen ikke uden yderligere forklaring kunne indskrænke sig til af gennemførelsen af kartellet at udlede eksistensen af faktiske virkninger af dette kartel på markedet og begrænse sig til at basere sin beslutning på et årsag-virkning-forhold mellem gennemførelsen af kartellet og dettes konkrete indvirkning på markedet.

144. Jeg foreslår derfor, at Kommissionens anmodning om substitution af begrundelser ikke tages til følge.

ii) De af appellanterne påberåbte klagepunkter til støtte for det tredje appelanbringendes andet led

145. Appellanterne har kritiseret Retten for at have afvist at annullere den omtvistede beslutning, selv om Retten fastslog, at Kommissionen havde tilsidesat begrundelsespligten vedrørende kriteriet om overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet [57]. Ifølge appellanterne kunne Retten ikke uden at begå en retlig fejl fastslå i den appellerede doms præmis 190, at bødens grundbeløb var passende.

146. Selv hvis det antages, at Retten med føje har fastslået, at der var tale om en mangelfuld begrundelse i den omtvistede beslutning med hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet i stedet for at fastslå, at der var tale om en (åbenbar) skønsfejl i forbindelse med dette kriterium, mener jeg ikke, at appellanternes argumentation bør tages til følge.

147. Det skal bemærkes, at når der er tale om søgsmål til prøvelse af kommissionsbeslutninger, hvorved der pålægges virksomheder bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne, er Retten kompetent i to henseender. For det første skal den prøve lovligheden af beslutningerne i henhold til artikel 230 EF. Den skal herved bl.a. kontrollere, om begrundelsespligten er opfyldt, idet en tilsi-

57 — Betragtningerne i fodnote 45 i dette forslag til afgørelse vedrørende den franske version af udtrykket »défaut de motivation«, der er anvendt i den appellerede doms præmis 115, gælder ligeledes for anvendelsen af samme udtryk i dommens præmis 190. Dette udtryk skal derfor læses som omhandlende en utilstrækkelig eller mangelfuld begrundelse og ikke forstås i overensstemmelse med den tyske version af den appellerede dom.

desættelse heraf kan medføre, at beslutningen *annulleres*. For det andet har Retten kompetence til inden for rammerne af dens fulde prøvelsesret, der er tillagt den ved artikel 229 EF og forordning nr. 1/2003, at vurdere, om bødernes størrelse er passende [58].

148. Det følger heraf, at såfremt det fastslås, at der er tale om en utilstrækkelig begrundelse vedrørende et af kriterierne for beregning af det bødebeløb, der pålægges en virksomhed for overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, kan dette ikke i sig selv medføre annullation, end ikke delvis, af den beslutning, hvorved bøden er blevet pålagt. Denne konklusion hænger sammen med antallet af kriterier, som Kommissionen kan anvende ved fastsættelse af en nærmere bestemt overtrædelses grovhed og varighed. Konklusionen i den pågældende beslutning (herunder det bødebeløb, den pålægger) kan fuldt ud være gyldigt baseret på andre grunde end dem, der er blevet påvirket af den fejl eller mangel, som Retten har fastslået.

149. I den omtvistede beslutning kom Kommissionen med hensyn til overtrædelsens grovhed frem til et udgangsbeløb på 20 mio. EUR. Dette beløb blev fastsat ved bl.a. at tage hensyn til overtrædelsens art, dens reelle indvirkning på markedet og markedets geografiske udstrækning.

58 — Jf. i denne retning dommen i sagen KNP BT mod Kommissionen, præmis 38-40, og dommen i sagen Sarrió mod Kommissionen, præmis 69-71.

150. I den appellerede dom har Retten efter at have påpeget de mangler, der har påvirket Kommissionens vurdering vedrørende den konkrete indvirkning på markedet inden for rammerne af undersøgelsen af overtrædelsens grovhed, efterprøvet, om disse mangler ligeledes kunne have en indvirkning på bødeberegningen, dvs. på udgangsbeløbet på 20 mio. EUR, som var anvendt i den omtvistede beslutning.

151. Det er imidlertid som led i dens fulde prøvelsesret, at Retten efter i den appellerede doms præmis 188 og 189 at have fastslået, at kvalificering som en meget alvorlig overtrædelse i den omtvistede beslutning var berettiget på grund af de pågældende aftalers art, med rette fastslog i dommens præmis 190, at de fastslåede mangler ikke under sagens omstændigheder kunne *føre til ophævelsen eller nedsættelse af det pålagte bødebeløb,* idet kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« var begrundet, og Kommissionen havde valgt det i retningslinjerne fastsatte mindste udgangsbeløb for en sådan overtrædelse (eller nærmere bestemt det højeste beløb for en »alvorlig« overtrædelse), nemlig 20 mio. EUR.

152. Retten fandt med andre ord, at selv om overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet kunne give Kommissionen grundlag for at øge det udgangsbeløb, den anvendte, såfremt dette kunne have været tilfældet under den foreliggende sags omstændigheder, havde de mangler, dette kriterium var behæftet med, under ingen omstændigheder haft nogen indflydelse på det i den foreliggende sag anvendte beløb (og således på den omtvistede beslutnings

konklusion), eftersom et sådant beløb svarede til det højeste beløb i kategorien alvorlige overtrædelser, som omhandlet i retningslinjerne, om end overtrædelsen på grund af dens art kunne kvalificeres som »meget alvorlig«. Under disse omstændigheder fastslog Retten som led i sin fulde prøvelsesret, at der ikke var behov for at iværksætte dens beføjelse til at omgøre den omtvistede beslutning, eftersom det anvendte udgangsbeløb allerede var lempet i forhold til kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig«, og derfor var passende.

153. En sådan bedømmelse og en sådan tilgang er efter min mening ikke behæftet med nogen retlig fejl.

154. Jeg foreslår derfor, at de af appellanterne fremførte klagepunkter til støtte for det tredje anbringendes andet led forkastes. Dette anbringende bør følgelig efter min mening forkastes i sin helhed.

E — *Det fjerde appelanbringende: tilsidesættelse af retningslinjerne og fejlagtig vurdering med hensyn til overtrædelsens grovhed*

155. Dette anbringende bygger på to led. Det første vedrører manglende hensyntagen til den fejlagtige karakter af fastsættelsen af overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet. Det andet led drejer sig om manglende hensyntagen, som en formildende omstændighed, til det forhold, at appellanterne frivilligt havde bragt overtrædelsen til ophør.

1. Det fjerde anbringendes første led vedrørende manglende hensyntagen til den fejlagtige karakter af fastsættelsen af overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet

a) Parternes argumenter

156. Appellanterne har gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 188-190 har begået en retlig fejl i to henseender. Retten har således fastsat overtrædelsens grovhed ved udelukkende at tage hensyn til dens abstrakte form. Den manglende hensyntagen til overtrædelsens konkrete omstændigheder er i strid med såvel retningslinjerne og Domstolens praksis som Kommissionens beslutningspraksis. Desuden fandt Retten med urette, at det i retningslinjerne fastsatte udgangsbeløb for en meget alvorlig overtrædelse udgør et mindstebeløb, som ikke kan fraviges. Denne tilgang er i strid med Kommissionens beslutningspraksis og udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

157. Kommissionen har delvis henvist til sine argumenter i forbindelse med det tredje anbringende vedrørende overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet. Den har tilføjet, at Retten ikke har anset det i retningslinjerne fastsatte udgangsbeløb for en tærskel, der ikke kan fraviges, men derimod har undersøgt dets proportionalitet i den appellerede doms præmis 206 og 223. Med hensyn til appellanternes argumenter vedrørende Kommissionens beslutningspraksis er de nævnte eksempler enten irrelevante, nye eller ukorrekte.

b) Bedømmelse

158. Det skal bemærkes, at under en appelsag til prøvelse af en dom afsagt af Retten, hvori det bødebeløb, der er pålagt en virksomhed, som har tilsidesat Fællesskabets konkurrenceregler, er fastsat, er formålet med Domstolens efterprøvelse dels at undersøge, i hvilket omfang Retten juridisk korrekt har taget hensyn til alle væsentlige faktorer ved vurderingen af grovheden af en given adfærd på grundlag af artikel 81 EF og 82 EF og artikel 15 i forordning nr. 17 (eller artikel 23 i forordning nr. 1/2003), dels at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden [59].

159. Jeg erindrer om, at Retten i den foreliggende sag i den appellerede doms præmis 188 fastslog, at på grund af arten af overtrædelsen, som havde en opdeling af produktmarkederne og af de geografiske markeder til formål, udgjorde den en åbenbar tilsidesættelse af konkurrenceretten og var derfor særlig alvorlig. Retten udledte heraf i den appellerede doms præmis 189, at henset til definitionen i retningslinjerne var kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« i den omtvistede beslutning berettiget.

160. Efter min mening er denne vurdering imidlertid ikke i sig selv behæftet med nogen retlig fejl.

161. I dommen i sagen Thyssen Stahl mod Kommissionen [60] havde Domstolen således allerede lejlighed til at bekræfte Rettens tilgang, hvorefter overtrædelsens grovhed kan fastsættes ved henvisning til arten af og formålet med en ulovlig adfærd, og at faktorer henhørende under formålet med en adfærd kan have større betydning ved fastsættelsen af bøden end faktorer vedrørende virkningerne. Domstolen har således fastslået, at virkningen af en konkurrencebegrænsende adfærd derfor ikke er et afgørende kriterium ved vurderingen af, om et beløb for bøden er passende [61].

59 — Jf. bl.a. dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, præmis 128, i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, præmis 217, og i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 69.

60 — Dom af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Sml. I, s. 10821.

61 — Dommens præmis 118.

162. Som Retten med føje har bemærket i den appellerede doms præmis 189, har Kommissionen i retningslinjerne anført vedrørende meget alvorlige overtrædelser, at det drejer sig »hovedsagelig om horisontale begrænsninger såsom priskarteller og markedsopdelende karteller samt andre former for praksis, der er til skade for det indre marked, såsom begrænsninger der tager sigte på at isolere nationale markeder« (punkt 1 A, andet afsnit, tredje led).

163. Det fremgår af denne vejledende beskrivelse, at aftaler eller samordnet praksis, der som i den foreliggende sag har til formål at opdele produktmarkederne ved at segmentere det europæiske marked for nåle og andre syartikler og opdele det geografiske marked ved at segmentere det europæiske marked for synåle, symaskinenåle, strikkepinde og hæklenåle, alene på grund af deres art kan føre til kvalificeringen »meget alvorlig«, uden at det er fornødent, at en sådan adfærd karakteriseres ved nogen særlig indvirkning.

164. Jeg mener derfor ikke, at appellanterne kan kritiserer Retten for at have fastslået i det væsentlige, at de i retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit, opregnede kriterier ikke har samme betydning ved vurderingen af, om en overtrædelse er alvorlig.

165. Som jeg har anført i punkt 151 og 152 i dette forslag til afgørelse, har Retten, efter at have påpeget de mangler, Kommissionens undersøgelse af overtrædelsens konkrete indvirkning er behæftet med, ikke desto mindre afvist at iværksætte sin beføjelse til at omgøre det i den omtvistede beslutning fastsatte udgangsbeløb for bøden, idet den i det væsentlige fandt, at under sagens omstændigheder var det anvendte beløb lempet i forhold til kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« som følge af overtrædelsens art. I modsætning til det af appellanterne hævdede fandt Retten således ikke, at udgangsbeløbet på 20 mio. EUR, som var fastsat i den omtvistede beslutning, udgjorde en tærskel, der ikke kunne overskrides, men undersøgte derimod som led i sin fulde prøvelsesret, om der var grund til at ændre dette beløb, således som det fremgår af den appellerede doms præmis 190 [62]. Det forhold, at Retten ud fra den foreliggende sags omstændigheder har fastslået, at det ikke var hensigtsmæssigt at ændre udgangsbeløbet for den i den omtvistede beslutning fastsatte bøde, idet den har forklaret grundene til denne vurdering, kan ikke i sig selv udgøre en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. At Kommissionen eventuelt har vurderet andre former for ulovlig adfærd i andre sager anderledes, er ikke relevant, eftersom Kommissionens beslutningspraksis ikke udgør retsgrundlaget for bøder i konkurrencesager [63].

62 — Jf. bl.a. for en tilsvarende fremgangsmåde Rettens dom af 9.7.2003, sag T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo og Kyowa Hakko Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 2553, præmis 77-89.

63 — Jf. bl.a. dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 209-213, i sagen JCB Service mod Kommissionen, præmis 205, og i sagen Archer Daniels Midland mod Kommissionen, præmis 82.

166. Det fjerde appelanbringendes første led bør således forkastes.

2. Det fjerde anbringendes andet led om manglende hensyntagen, som formildende omstændighed til, at appellanterne frivilligt havde bragt overtrædelsen til ophør

a) Parternes argumenter

167. Med dette led har appellanterne gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl i den appellerede doms præmis 211 og 213 ved at fastslå, at der kun kunne være tale om formildende omstændigheder, hvis de pågældende virksomheder var blevet tilskyndet til at bringe deres konkurrencebegrænsende adfærd til ophør som følge af Kommissionens indgriben. Ifølge appellanterne burde der logisk nok i forbindelse med formildende omstændigheder tages hensyn til, at overtrædelsen frivilligt var ophørt før Kommissionens første efterforskningsforanstaltning, eftersom der givetvis ikke var taget hensyn hertil ved vurderingen af overtrædelsens varighed.

168. Ifølge Kommissionen er Rettens analyse i overensstemmelse med dens retspraksis, som der ikke er grund til at anfægte.

b) Bedømmelse

169. Det er ubestridt, at Retten har forkastet appellanternes argumentation, hvorefter den anmodedes om at pålægge Kommissionen sanktioner for at have afvist at anerkende en formildende omstændighed for deres vedkommende i medfør af punkt 3 i retningslinjerne med bl.a. den begrundelse, at overtrædelsen var bragt til ophør før tidspunktet for Kommissionens første indgriben.

170. I den appellerede doms præmis 211 har Retten fastslået, at ophøret før tiden af den ulovlige aftale ikke kan give ret til at nyde godt af formildende omstændigheder som omhandlet i punkt 3 i retningslinjerne. Anvendelsen af en nedsættelse af bødebeløbet under sådanne omstændigheder ville overlappe hensynet til overtrædelsens varighed ved bødeberegningen. I den foreliggende sag har Retten i den appellerede doms præmis 212 fastslået, at den ulovlige aftales ophør før tiden ikke skyldtes hverken Kommissionens indgriben eller appellanternes beslutning om at bringe overtrædelsen til ophør, men hovedsageligt skyldtes appellanternes øgede produktionskapacitet i Den Tjekkiske Republik, således som appellanterne anførte i deres besvarelse af klagepunktsmeddelelsen. Retten har i den appellerede doms præmis 213 påpeget, at der allerede var taget hensyn til aftalens ophør før tiden ved vurderingen af overtrædelsens varighed, og at dette derfor ikke kunne udgøre en formildende omstændighed.

171. Uafhængigt af spørgsmålet (hvilket vedrører sagens faktiske omstændigheder) om, hvorvidt det var fuldt ud frivilligt eller

på grund af tvingende økonomiske hensyn, at appellanterne bragte overtrædelsen til ophør før tiden, kan Rettens fortolkning af retningslinjerne efter min mening ikke være behæftet med en retlig fejl.

172. Det bemærkes, at punkt 3 i retningslinjerne i det væsentlige angiver, at grundbeløbet for den af Kommissionen fastsatte bøde bl.a. nedsættes, hvis virksomheden har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgriben.

173. I dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen har Domstolen imidlertid allerede haft lejlighed til at bekræfte Rettens vurdering, hvorefter formildende omstændigheder i henhold til punkt 3 i retningslinjerne ikke kan anerkendes, når den konstaterede overtrædelse var ophørt eller var ved at ophøre på det tidspunkt, hvor Kommissionen foretog de første kontrolundersøgelser [64].

174. Denne tilgang, om end under noget anderledes omstændigheder, er for nylig blevet bekræftet i dommen i sag C-510/06 P, Archer Daniels Midland mod Kommissionen, hvori Domstolen fastslog, at denne virksomhed med rette havde fået afslag på en nedsættelse af grundbeløbet for den bøde, den var blevet pålagt, under henvisning til, at virksomheden bragte sin ulovlige adfærd til ophør efter de amerikanske konkurrencemyndigheders første indgriben, som i den omhandlede sag skete før Kommissionens [65]. Domstolen lagde for denne vurdering til grund, at det var nødvendigt at sikre den afskrækkende virkning af den af Kommissionen pålagte bøde og af den effektive virkning af artikel 81, stk. 1, EF [66].

175. Det følger heraf med hensyn til den foreliggende sag, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl, for så vidt som den har bekræftet Kommissionens afvisning i den omtvistede beslutning af at anerkende formildende omstændigheder for appellanternes vedkommende for at have bragt overtrædelsen af artikel 81, stk. 1, EF, hvis eksistens de ikke har anfægtet, til ophør før tiden.

176. Jeg mener derfor, at det fjerde appelanbringendes andet led ikke kan tages til følge. Dette anbringende bør ligeledes forkastes i sin helhed.

64 — Præmis 158 og 160.

65 — Præmis 150.

66 — Dommens præmis 149.

F — *Det femte appelanbringende: tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ved fastsættelsen af bødebeløbet*

1. Parternes argumenter

177. Appellanterne hævder, at ved bestemmelsen af overtrædelsens grovhed i forbindelse med bødefastsættelsen har Retten tilsidesat proportionalitetsprincippet i to henseender. Retten har således foretaget en formalistisk anvendelse af retningslinjerne uden at tage hensyn til overtrædelsens konkrete omstændigheder. Retten har desuden kun efterprøvet bødens forholdsmæssighed i forhold til isolerede kriterier, men ikke taget hensyn til sagens samlede omstændigheder. Appellanterne kritiserer i denne forbindelse særligt den appellerede doms præmis 228-232.

178. Ifølge Kommissionen skal dette anbringende afvises, da det opfordrer Domstolen til at foretage en revurdering af bødens størrelse. Subsidiært understreger Kommissionen, at Retten har foretaget en gennemgribende undersøgelse af bødens forholdsmæssighed, og at appellanternes argumenter er ugrundede.

2. Bedømmelse

179. Med hensyn til appellanternes første klagepunkt vedrørende en formalistisk anvendelse af retningslinjerne, bør det forkastes af de samme grunde, som fremgår af punkt 165 i dette forslag til afgørelse. Til støtte for dette klagepunkt har appellanterne blot gentaget deres kritikpunkter, hvorefter Retten har opfattet udgangsbeløbet på 20 mio. EUR som en tærskel, der ikke kunne overskrides. Som jeg har anført ovenfor, kan dette kritikpunkt ikke tages til følge.

180. Med hensyn til det andet klagepunkt bemærkes, at i henhold til fast retspraksis er Domstolen ikke ud fra billighedsbetragt-

ninger, under en appelsag, berettiget til at udøve et andet skøn end det, Retten har anlagt, når denne som led i sin fulde prøvelsesret træffer afgørelse vedrørende en bøde, som en virksomhed er blevet pålagt på grund af en tilsidesættelse af fællesskabsretten [67].

181. Det følger heraf, at Domstolen ikke under en appelsag er kompetent til at foretage en ny vurdering af bøderne [68].

182. Appellanterne har imidlertid i appelskriftet i realiteten opfordret Domstolen til at foretage en ny vurdering af det bødebeløb, som Retten har pålagt. De anfører således i appelskriftets punkt 103-108, at den hævdede manglende konkrete indvirkning på markedet, overtrædelsens varighed og forskellige indvirkning, overtrædelsens ophør før tiden, det hævdede misforhold mellem bøden og den samlede omsætning, de pågældende markeders påståede mindre omfang samt den procentdel, som den af Kommissionen pålagte bøde repræsenterer i forhold til den årlige omsætning på de aktuelle berørte markeder, burde have fået Retten til at nedsætte den bøde, der var pålagt i den omtvistede beslutning.

183. Under en appelsag skal Domstolen derimod 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 [69].

184. Som Kommissionen har gjort gældende i sit svarskrift, og som det fremgår af undersøgelsen af det tredje og fjerde appelanbringende i dette forslag til afgørelse, har Retten detaljeret gennemgået appellanternes argumenter, som er gentaget i appelskriftets punkt 103-108, og som er nævnt ovenfor.

185. For så vidt angår de mest detaljerede kritikpunkter vedrørende det påståede misforhold mellem bøden og appellanternes samlede omsætning på de aktuelle berørte markeder, og som ikke var blevet undersøgt i forbindelse med svaret på de foregående anbringender, har Retten med føje i den appellerede doms præmis 228-232 efterprøvet, om det i den omtvistede beslutning anvendte beløb — ud fra appellanternes argumenter og Rettens fulde prøvelsesret — var forholdsmæssigt i forhold til de nævnte elementer. Det bemærkes i denne forbindelse, at Retten har gennemført denne vurdering uden at holde sig til det loft på 10 %

67 — Jf. bl.a. dom af 15.12.1994, sag C-320/92 P, Finsider mod Kommissionen, Sml. I, s. 5697, præmis 46, og af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 109, samt dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, præmis 614, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 245.

68 — Jf. i denne retning dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 246 og den deri nævnte retspraksis.

69 — Jf. navnlig dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, præmis 128, og i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 69.

af den samlede omsætning, som er fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, hvis overholdelse, som det korrekt er fastslået i den appellerede doms præmis 226, ikke automatisk kan sikre bødens forholdsmæssighed.

186. I lyset af disse betragtninger foreslår jeg, at det femte appelanbringende forkastes, og at appellen således forkastes i sin helhed.

III — Sagens omkostninger

187. Det bestemmes i artikel 122, stk. 1, i procesreglementet, at såfremt der ikke gives appellanten medhold, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af dets artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger, og disse efter min mening har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale appelsagens omkostninger.

IV — Forslag til afgørelse

188. På grundlag af disse betragtninger foreslår jeg, at Domstolen udtaler og bestemmer følgende:

»1) Appellen forkastes.

2) William Prym GmbH & Co. KG og Prym Consumer GmbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.«