FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 19. januar 2006 [1]

1. I denne appelsag søger Kommissionen delvis ophævelse af dom afsagt den 29. april 2004 af Retten i Første Instans i de forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«). Appellen vedrører alene sag T-239/01 [2].

I — Relevante retsforskrifter

2. I sagen for Retten nedsatte Retten den bøde, Kommissionen havde pålagt SGL ved beslutning 2002/271/EF af 18. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder) (herefter »den anfægtede beslutning«) [3].

Forordning nr. 17

3. Kommissionens anbringender angår visse elementer i virksomheders samarbejde med Kommissionen inden for rammerne af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i henhold til forordning nr. 17 i modsætning til frivilligt samarbejde efter samarbejdsmeddelelsen.

4. 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] [4] (herefter »forordning nr. 17«) fastsætter følgende:

»1. Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på 100 til 5 000

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 29.4.2004, Sml. II, s. 1181.

3 — EFT 2002 L 100, s. 1.

4 — EFT 1959-1962, s. 87.

regningsenheder, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

[...]

b) i et svar på en begæring i henhold til artikel 11, stk. 3 eller stk. 5 [...] giver en oplysning, der er urigtig [...]

2. Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 [...]

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

Retningslinjerne

5. I Kommissionens meddelelse med titlen »Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten«[5] (herefter »retningslinjerne«) anføres følgende i præamblen:

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

Den nye metode til beregning af en bødes størrelse vil fremover følge følgende model, der bygger på fastsættelsen af et grundbeløb, som kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder og nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder.«

5 — EFT 1998 C 9, s. 3.

Samarbejdsmeddelelse

6. I sin meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager[6] (herefter »samarbejdsmeddelelsen«), fastlagde Kommissionen betingelserne for, hvornår en virksomhed, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, den ellers ville være blevet pålagt, som angivet i meddelelsen afsnit A, punkt 3.

7. Afsnit A, punkt 5, i samarbejdsmeddelelsen fastsætter følgende:

»En virksomheds samarbejdsvillighed er blot ét af de elementer, som Kommissionen tager hensyn til ved fastsættelsen af bødestørrelsen [...]«

8. Afsnit D er affattet som følger:

»1. Hvis en virksomhed samarbejder, uden at alle betingelserne i afsnit B eller C er opfyldt, indrømmes den en nedsættelse på mellem 10% og 50% af den bøde, som den ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde samarbejdet.

2. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis:

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

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

II — Faktiske omstændigheder og baggrund for vedtagelsen af den anfægtede beslutning

9. I den appellerede dom sammenfattede Retten de faktiske forhold i den sag, der var indbragt for den, som følger:

»1 Ved beslutning 2002/271/EF af 18. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-

6 — EFT 1996 C 207, s. 4.

traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 — sag COMP/E-1/36.490 — grafitelektroder (EFT L 100, s. 1, herefter »beslutningen«) fandt Kommissionen, at forskellige virksomheder havde deltaget i en række aftaler og samordnet praksis i henhold til artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk.1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«) i grafitelektrodesektoren.

2 Grafitelektroder anvendes primært i stålproduktionen i elektriske lysbueovne. Stålproduktion i sådanne ovne er som oftest en genvindingsproces, hvorved stålskrot omdannes til nyt stål i modsætning til den traditionelle proces, hvor jernmalm smeltes i højovne/iltblæste konvertere. I en gennemsnitlig ovn anvendes der ni elektroder, samlet i tre gange tre søjler til smeltning af skrot. På grund af smelteprocessens intensitet er en elektrode brugt op i løbet af ca. otte timer. Det tager ca. to måneder at producere en elektrode. Der findes ingen produkter, der kan substituere grafitelektroder i denne produktion.

3 Efterspørgslen efter grafitelektroder er direkte knyttet til produktionen af stål i elektriske lysbueovne; aftagerne er hovedsagelig stålproducenter, som tegner sig for omkring 85% af efterspørgslen. I 1998 lå verdensproduktionen af råstål på 800 mio. tons, hvoraf 280 mio. tons blev produceret i elektriske lysbueovne [...]

[...]

5 I 1980'erne førte teknologiske forbedringer til en betydelig nedgang i forbruget af elektroder pr. ton produceret stål. Stålindustrien gennemgik også en omfattende omstrukturering i denne periode. Som følge af nedgangen i efterspørgslen efter elektroder indledtes en omstruktureringsproces i den verdensomspændende elektrodeindustri. Adskillige virksomheder lukkede.

6 I 2001 forsynede ni vestlige producenter det europæiske marked med grafitelektroder: [...]

7 I medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 [...] foretog Kommissionens tjenestemænd [...] samtidige, uanmeldte kontrolundersøgelser [...]

8 Federal Bureau of Investigation (FBI) foretog i USA samme dag ransagninger

hos en række producenter. Disse undersøgelser resulterede i strafferetlig tiltale for ulovlig samordning af priser mod SGL [...]. Alle de anklagede erkendte sig skyldige i anklagerne og accepterede at betale bøder, der blev fastsat til 135 mio. USD for SGL [...]

[...]

10 Mod SGL [...] blev der i USA anlagt civile søgsmål på vegne af en gruppe aftagere med påstand om tredobbelte skadeserstatninger.

11 I [...] Canada [...] erklærede SGL sig skyldig og accepterede at betale en bøde på 12,5 mio. CAD for den samme overtrædelse. Canadiske stålproducenter anlagde i juni 1998 civile søgsmål mod SGL [...] på grund af ulovlig samordning.

12 Den 24. januar 2000 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til de anklagede virksomheder. Proceduren førte den 18. juli 2001 til vedtagelsen af beslutningen, hvori de sagsøgende virksomheder [...] blev foreholdt at have foretaget en verdensomspændende prisfastsættelse og national og regional markedsopdeling for det omhandlede produkt ud fra princippet om »hjemmemarkedsproducenten«: UCAR var ansvarlig for USA og dele af Europa, SGL havde ansvar for resten af Europa [...]

13 Grundprincipperne for aftalen var i henhold til beslutningen følgende:

— Prisen på grafitelektroder skulle fastsættes globalt.

— Beslutninger om det enkelte selskabs prissætning skulle ikke træffes af marketings- og salgsdirektørerne, men udelukkende af bestyrelsesformanden/direktørerne.

— »Hjemmemarkedsproducenten« (markedslederen) skulle fastsætte markedsprisen i sit hjemmemarkedsområde, og de øvrige producenter ville så »følge efter«.

— På »ikke-hjemmemarkederne« (eksportmarkeder, hvor der ikke fandtes nogen »hjemmemarkeds«-producent eller markedsledere) ville priserne blive fastlagt ved konsensus.

— »Ikke-hjemmemarkeds«-producenterne måtte ikke udvise aggressiv konkurrenceadfærd og skulle trække sig tilbage fra de andres hjemmemarkeder.

— Der måtte ikke ske nogen kapacitetsudvidelse (japanerne skulle reducere deres kapacitet).

— Der måtte ikke finde nogen teknologioverførsel sted uden for kredsen af karteldeltagende producenter.

14 I beslutningen anføres herefter, at grundprincipperne var blevet gennemført på kartelmøder på forskellige niveauer: topledermøder, arbejdsmøder, møder i gruppen af europæiske producenter (uden de japanske virksomheder), nationale eller regionale møder vedrørende specifikke markeder og bilaterale kontakter mellem virksomhederne.

[...]

16 På baggrund af de i beslutningen fastslåede faktiske omstændigheder og juridiske vurderinger pålagde Kommissionen de anklagede virksomheder bøder, hvis størrelse blev fastlagt ud fra beregningsmetoden i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) og meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«).

17 I artikel 3 i beslutningens dispositive del blev bøderne fastlagt på følgende måde:

— SGL: 80,2 mio. EUR

[...]

18 I artikel 4 i beslutningens dispositive del fastsættes, at de berørte virksomheder betaler bøderne inden tre måneder efter meddelelsen af beslutningen, hvorefter der påløber renter på 8,04%.«

III — Sagen for Retten og den appellerede dom

10. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 20. oktober 2001 anlagde SGL og visse andre virksomheder, som den anfægtede beslutning var rettet til, søgsmål til prøvelse af beslutningen.

11. I den appellerede dom udtalte Retten bl.a. følgende:

»[...]

(2) I sag T-239/01, SGL Carbon mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber:

— Den bøde, der er pålagt sagsøgeren ved artikel 3 i beslutning 2002/271, fastsættes til 69 114 000 EUR.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

[...]«

12. I præmis 401-412 fastslog Retten, at SGL ikke var forpligtet til at besvare bestemte spørgsmål fra Kommissionen eller til at fremlægge bestemte dokumenter. Det forhold, at SGL alligevel fremlagde de begærede oplysninger, må anses for et frivilligt samarbejde, som kan belønnes i medfør af samarbejdsmeddelelsens punkt D, stk. 2, første led.

IV — Appellen

13. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves for så vidt angår domskonklusionens punkt 2.

— SGL betaler sagens omkostninger.

14. SGL har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Appellanten betaler sagens omkostninger.

V — Søgsmålsgrunde og væsentligste argumenter

15. Kommissionen har anført, at visse af Rettens konstateringer i præmis 401-412 tilsidesætter fællesskabslovgivningen, navnlig artikel 15 sammenholdt med artikel 11 i forordning nr. 17 og samarbejdsmeddelelsen. Desuden indeholder den anfægtede del af dommen også fejl begået af Retten i begrundelsen af dommen.

16. Kommissionen har fremsat ét anbringende, som er opdelt i to, og ét subsidiært anbringende.

17. Det principale anbringende, hvorved Kommissionen rejser spørgsmålet om, hvorvidt bestemte svar på en begæring om oplysninger i princippet giver grundlag for en nedsættelse, vedrører:

1) begæringen om oplysninger af 31. marts 1999 (præmis 407-409 og de første tre sætninger i præmis 410 i den appellerede dom)

2) begæringen om oplysninger af 30. juni 1999 (præmis 412 i den appellerede dom).

18. Det andet, subsidiære, anbringende vedrører størrelsen af nedsættelsen i tilfælde af bidrag efter en forudgående begæring om oplysninger (præmis 410).

19. Sammenfattet har Kommissionen fremført følgende argumenter.

20. For så vidt angår det principale anbringendes første del, som vedrører dokumenter, har Kommissionen anført, at den altid kan begære fremlæggelse af dokumenter, og at en sådan begæring ikke tilsidesætter retten til kontradiktion. Den vedrører ikke spørgsmål, der kan føre til en tilståelse af at have begået retsstridige handlinger. I præmis 408 og 409 i den appellerede dom har Retten derfor handlet imod fast retspraksis. Endvidere er denne fremgangsmåde ikke i overensstemmelse med præmis 403, 406 og 407, hvor Retten henviste til denne retspraksis.

21. Desuden burde Retten have undersøgt, i hvilket omfang SGL faktisk besvarede Kommissionens begæring om fremlæggelse af de begærede dokumenter, hvilket bestrides af Retten. Ordlyden i besvarelsen, som er dateret den 8. juni 1999, viser, at dette ikke er tilfældet. SGL svarede, at virksomheden ikke havde alle de begærede dokumenter. Der er derfor ingen grund til at indrømme en større nedsættelse end den, der allerede er givet. Trods de manglende dokumenter bestræbte SGL sig på at forklare de faktiske omstændigheder. Kommissionen tog hensyn

til dette samarbejde. De eneste besvarelser, Kommissionen ikke tog hensyn til i forbindelse med samarbejdsmeddelelsen, var besvarelserne på den formelle begæring om oplysninger. Kommissionen har taget hensyn til oplysninger, som gik ud over forpligtelsen til at samarbejde.

22. SGL har anført, at alle virksomhedens udtalelser i notatet af 8. juni 1999 samt besvarelserne på begæringen om oplysninger af 30. juni 1997 fuldt ud bør betegnes som samarbejde, eftersom der ikke kan foretages en sondring mellem en udtrykkelig tilståelse om at have begået retsstridige handlinger og elementer eller fremlæggelse af dokumenter, der indeholder beviser. Efter SGL's mening består der en absolut ret til ikke at udtale sig.

23. Selv om Domstolen ikke tilslutter sig dette synspunkt, er den appellerede dom ifølge SGL under alle omstændigheder i overensstemmelse med retspraksis.

24. For så vidt angår anbringendets anden del, som vedrører begæringen om oplysninger af 30. juni 1997, har Kommissionen anført, at dommens præmis 412 også indeholder en række fejl. Retten synes at tillægge Kommissionen et synspunkt, som den aldrig selv har fremført. Kommissionen fremhævede, at den ikke belønnede SGL mindre, fordi SGL ikke havde nævnt alle de selskaber, som virksomheden havde advaret, men at den derimod ikke belønnede SGL mere, fordi den besvarelse, SGL faktisk gav, ikke gik ud over SGL's forpligtelse til at samarbejde i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17. Endvidere kan kun bidrag, som satte Kommissionen i stand til lettere at fastslå overtrædelsen, føre til en bødenedsættelse.

25. SGL er enig i Rettens konstatering. Ifølge SGL er der ingen hjemmel for en begæring om oplysninger, idet advarsler til andre kartelmedlemmer ikke udgør elementer i en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF. Artikel 11 i forordning nr. 17 bemyndiger ikke Kommissionen til at stille sådanne spørgsmål. Hvis advarsler til andre kartelmedlemmer kan betegnes som en skærpende omstændighed, må SGL's tilståelse betegnes som et udtryk for samarbejde. Under alle omstændigheder fastslog Retten korrekt, at SGL ikke var forpligtet til at svare.

26. Endelig har Kommissionen nedlagt påstand om, at Retten fastslog, at et bidrag som svar på en begæring om oplysninger medfører samme nedsættelse som et spontant bidrag. Herved benægtede Retten ifølge Kommissionen, at der kun kan ske nedsættelse af bøden på baggrund af et bidrag, som har lettet Kommissionens arbejde. Det er klart, at dette gælder så meget desto mere,

hvis der er tale om et spontant bidrag, idet dette ydes tidligt i forløbet, hvorved Kommissionen kan undgå at foretage visse undersøgelsesforanstaltninger såsom udarbejdelse af en begæring om oplysninger.

27. Rettens sammenligning med samarbejdsmeddelelsens punkt C støtter ikke Rettens synspunkt, men Kommissionens. Den opfattelse, at et bidrag som svar på en begæring om oplysninger bør belønnes på samme måde som et spontant bidrag, er uforeneligt med denne meddelelse. Hvis Retten mener, at begge situationer bør behandles på samme måde, har den tilsidesat artikel 15 i forordning nr. 17 sammenholdt med samarbejdsmeddelelsen.

VI — De relevante dele af dommen

28. I den første del bemærkede Retten som følger:

— Den understregede, at den absolutte ret til at nægte at udtale sig ikke kunne anerkendes, at det ville være mere vidtgående end nødvendigt for at sikre virksomhedernes ret til forsvar og ville udgøre en ubegrundet hindring for Kommissionens opfyldelse af pligten til at påse, at konkurrencereglerne overholdes inden for fællesmarkedet. Den fastslog endvidere, at en ret til at nægte at udtale sig kun kan anerkendes, såfremt den omhandlede virksomhed derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for (præmis 402).

— Den henviste til den retspraksis, hvorefter Kommissionen for at sikre, at bestemmelserne i artikel 11 i forordning nr. 17 får fuld gennemslagskraft, har beføjelse til at pålægge virksomheder dels at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, som virksomhederne kan tænkes at være bekendt med, dels, om nødvendigt, at fremlægge de dokumenter om disse omstændigheder, som virksomhederne er i besiddelse af, selv om de vil kunne anvendes som bevis for, at der er blevet handlet i strid med konkurrencereglerne, og at denne oplysningsbeføjelse ikke er i strid med artikel 6 EMK eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis (præmis 403 og 404).

— Derefter bemærkede den, at selv om Domstolen i sin dom i sagen Limburgse

Vinyl Maatschappij m.fl.[7] mod Kommissionen havde fastslået, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, som Fællesskabets retsinstanser skal tage hensyn til, efter dommen i Orkem-sagen 374/87[8] var blevet yderligere udviklet ved Funke-dommen og dommene i sagerne Saunders mod Det Forenede Kongerige og J.B. mod Schweiz, havde Domstolen ikke i LVM-dommen foretaget nogen ændring af retspraksis (præmis 405).

— Endelig konkluderede den, at pligten til at besvare spørgsmål af rent faktisk karakter fra Kommissionen samt til at efterkomme dennes begæringer om at udlevere eksisterende dokumenter under alle omstændigheder ikke kan antages at være i strid med princippet om retten til kontradiktion og til en retfærdig rettergang, som inden for konkurrencerettens område giver en lignende beskyttelse som den, der sikres ved EMK's artikel 6 (præmis 406).

29. Den bemærkede herefter følgende:

— Hvad angik spørgsmålet om, hvorvidt SGL var forpligtet til i medfør af ovennævnte retspraksis at besvare begæringen om oplysninger af 31. marts 1999, måtte det fastslås, at Kommissionen ud over spørgsmål af rent faktisk karakter og anmodninger om at udlevere eksisterende dokumenter havde anmodet om, at virksomheden beskrev formålene med og forløbet af flere møder, hvori SGL havde deltaget, samt resultaterne af/konklusionerne fra disse møder, selv om det var klart, at Kommissionen havde mistanke om, at formålet med møderne var at begrænse konkurrencen. Det fulgte heraf, at denne anmodning kunne tvinge SGL til at erkende sin deltagelse i overtrædelsen af konkurrencereglerne (præmis 407).

30. I de efterfølgende præmisser, som denne appel vedrører, bemærkede Retten imidlertid følgende:

»408 Dette gælder også for anmodningerne om at få udleveret referaterne fra møderne, arbejdsdokumenterne og de forberedende dokumenter, håndskrevne noter, konklusionerne fra møderne samt planlægningsdokumenter, diskussionsoplæg og forslag til gennemførelse af prisforhøjelserne i 1992-1998.

409 Da SGL ikke havde pligt til at besvare sådanne spørgsmål i begæringen om

7 — 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.

8 — Sml. 1989, s. 3283.

oplysninger af 31. marts 1999, må det forhold, at virksomheden alligevel meddelte oplysningerne herom, anses for et frivilligt samarbejde, som kan berettige til en bødenedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen.

410 Kommissionens argumenter om, at de omhandlede oplysninger ikke blev afgivet frivilligt, men som svar på en begæring om oplysninger, kan ikke ændre herved. Samarbejdsmeddelelsens punkt D, stk. 2, første led, kræver nemlig ikke, at handlingen foretages på den omhandlede virksomheds eget initiativ, men kræver alene, at oplysningerne bidrager til »at fastslå« overtrædelsens eksistens. Selv punkt C, som vedrører større bødenedsættelser end i punkt D, tillader, at samarbejde belønnes, »efter at Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse hos de i kartellet deltagende virksomheder«. Den omstændighed, at SGL er blevet tilsendt en begæring om oplysninger i medfør af artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17, kan ikke mindske værdien af det af virksomheden i henhold til samarbejdsmeddelelsens punkt D, stk. 2, første led, ydede samarbejde, navnlig fordi en sådan begæring er en mindre indgribende handling end en kontrolundersøgelse på baggrund af en beslutning.

411 Det følger heraf, at Kommissionen i denne sammenhæng fejlbedømte betydningen af SGL's samarbejde.«

31. For så vidt angår den begæring om oplysninger, som vedrørte advarslerne, fastslog Retten følgende:

»412 Kommissionen har anført, at SGL gav en ufuldstændig besvarelse af spørgsmålet om, hvilke virksomheder den havde informeret om Kommissionens forestående kontrolundersøgelser i juni 1997. Det er korrekt, at SGL ved skrivelse af 30. juli 1997 alene erkendte at have informeret VAW og en anden virksomhed uden at oplyse, at den også havde advaret UCAR. Kommissionen har imidlertid selv understreget, at SGL's advarsler forstærkede overtrædelsens grovhed, hvilket gav anledning til en bøde, hvor den afskrækkende virkning var af større betydning end normalt, og at advarslerne måtte anses for en skærpende omstændighed, idet SGL's adfærd skabte de nødvendige betingelser for at fortsætte kartellets virksomhed og forlænge dets skadelige virkninger. SGL havde derfor ikke pligt til over for Kommissionen at angive, at den havde advaret de andre virksomheder. Disse oplysninger kunne skærpe den sanktion, som Kommissionen ville pålægge SGL. Også på dette punkt har Kommissionen således fejlbedømt SGL's adfærd, idet den foreholdt virksomheden at have afgivet ufuldstændige oplysninger.«

VII — Retlig gennemgang

32. Som anført ovenfor vedrører Kommissionens appel navnlig præmis 408, 409, 410 og 412.

33. I sin beslutning indrømmede Kommissionen på baggrund af første led i samarbejdsmeddelelsens punkt D, stk. 2, SGL en nedsættelse på 30% af den bøde, den ellers ville have pålagt SGL. Som nævnt i den appellerede dom er det Kommissionens opfattelse, at »en virksomhed kun [fortjener] en nedsættelse af bøden, hvis samarbejdet er »frivilligt« og ikke sker i forbindelse med »udøvelsen af undersøgelsesbeføjelse[n]««: Kommissionen mente, at en væsentlig del af de oplysninger, der blev meddelt af SGL rent faktisk udgjorde SGL's svar på Kommissionens formelle begæring om oplysninger, og at SGL's udtalelse kun kan anses for et frivilligt bidrag som fastsat i samarbejdsmeddelelsen for de oplysningers vedkommende, som gik ud over, hvad der anmodedes om i henhold til artikel 11. Endvidere fremsendte SGL først sin udtalelse af 8. juni 1999 efter fremsendelsen af en erindringsskrivelse, hvorved Kommissionen forbeholdt sig ret til at vedtage en formel beslutning efter artikel 11, stk. 5 [9].

34. I sagen for Retten nedlagde SGL påstand om, at Kommissionen undervurderede virksomhedens samarbejde i forbindelse med samarbejdsmeddelelsen. SGL anførte, at virksomheden ikke var forpligtet til at besvare visse af spørgsmålene i Kommissionens begæring om oplysninger, fordi den i så fald ville have været nødt til at anklage sig selv. SGL anførte, at virksomheden henset til retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol endda var berettiget til at modsætte sig aktivt at medvirke til fastlæggelsen af dens skyld.

35. Retten fastslog, at Kommissionen på forskellige punkter fejlbedømte betydningen af SGL's samarbejde, og den nedsatte derfor bøden.

36. Efter at Retten havde henvist til fast retspraksis (præmis 402, 403 og 404) behandlede den først begæringen om oplysninger af 31. marts 1999 (præmis 407, 408 og 409) og derefter begæringen om oplysninger af 30. juni 1997 (præmis 412).

37. Begæringen om oplysninger af 31. marts 1999 vedrørte spørgsmål om møder afholdt mellem konkurrenter i grafitelektrodesektoren. Kommissionen anmodede bl.a. om en beskrivelse af formålene med og forløbet af flere møder, hvori SGL deltog, samt resultaterne af/konklusionerne fra disse møder. Endvidere anmodede den om at få udleveret

9 — Jf. betragtning 173 til Kommissionens beslutning, delvist citeret i dommens præmis 401.

bestemte dokumenter, bl.a. kopier af indkaldelserne, dagsorden, deltagerliste, håndskrevne noter, arbejdsdokumenter, forberedende dokumenter, planlægningsdokumenter og gennemførelsesdokumenter vedrørende prisforhøjelser i en given periode [10].

38. Efter at Kommissionen havde anført, at den fra et andet selskab havde erfaret, at dette selskab af SGL var blevet advaret om mulige forestående undersøgelser, forespurgte den i sin begæring om oplysninger af 30. juni 1997, om SGL havde modtaget disse oplysninger fra et selskab, som var aktivt i den pågældende sektor, og anmodede SGL om i bekræftende fald at oplyse dette selskabs navn. Med sit andet spørgsmål anmodede Kommissionen om at få oplyst navnene på de selskaber, som SGL havde tilstillet denne advarsel [11].

Begæringen af 31. marts 1999

39. I sagen for Retten anerkendte Kommissionen, at spørgsmålet om formålene med og forløbet af en række møder gik ud over, hvad den var berettiget til at spørge om i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17. Denne konstatering er ikke del af denne appel.

40. Retten fastslog således i præmis 407-409 og 412 i den appellerede dom, at SGL's svar på den begæring om oplysninger, som var blevet rettet til virksomheden i medfør af artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 17, medførte, at SGL — i modsætning til det af Kommissionen i beslutningen anførte — var berettiget til en bødenedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen.

41. Retten forkastede desuden Kommissionens argument om, at en eventuel nedsættelse som følge af SGL's svar under alle omstændigheder måtte være mindre, end hvis disse oplysninger var blevet afgivet på virksomhedens eget initiativ (præmis 410).

42. Kommissionen har anført, at de nævnte præmisser er behæftede med retlige fejl, og at dommen derfor er i strid med artikel 15 og 11 i forordning nr. 17 og med samarbejdsmeddelelsen. Endvidere er begrundelsen også behæftet med fejl (selvmodsigelser), og hvilket således udgør en yderligere retlig fejl.

10 — SGL svarede ved skrivelse af 25.5.1999 (med besvarelse af spørgsmål 8 og 10 vedrørende tal for omsætning og salg) og ved en udtalelse af 8.6.1999 (hvori virksomheden anførte, at den delvist ikke var forpligtet til at besvare spørgsmål 1-5 og 7, og at den derfor burde anses for at handle frivilligt. I udtalelsen gives der en beskrivelse af møderne, og vedhæftet er de dokumenter, som forelå, og som virksomheden var i besiddelse af).

11 — SGL svarede ved skrivelse af 30.6.1997. Før virksomheden besvarede det andet spørgsmål, anfægtede den hjemmelen og henviste til sin ret til kontradiktion.

43. Selv om dette anbringende er fremsat med henvisning til anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen, vedrører det navnlig Rettens konklusioner vedrørende rækkevidden af virksomhedernes ret til ikke at anklage sig selv.

44. Som bekendt tilkommer det Kommissionen at undersøge og straffe overtrædelser af EF-traktatens konkurrenceregler. Med henblik på at løse denne opgave kan Kommissionen ifølge artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 indhente alle fornødne oplysninger. Først skal den fremsætte en begæring om oplysningerne (artikel 11, stk. 2), og hvis en virksomhed ikke efterkommer denne anmodning, skal Kommissionen fremsætte krav om oplysningerne i form af en formel beslutning (artikel 11, stk. 5) [12].

45. I den velkendte Orkem-sag [13], hvori Domstolen skulle undersøge Kommissionens efterforskningsbeføjelser i lyset af retten til kontradiktion, fastslog Domstolen, at virksomheder har pligt til at medvirke til fremme af efterforskningen.

46. Pligten til aktivt at samarbejde med Kommissionen indebærer imidlertid ikke, at virksomheden skal anklage sig selv ved at tilstå at have overtrådt konkurrencereglerne.

47. I den forbindelse sondrede Domstolen mellem på den ene side besvarelse af spørgsmål og på den anden side fremlæggelse af dokumenter. Med hensyn til besvarelser foretog Domstolen yderligere en sondring. Den fastslog, at Kommissionen har beføjelse til at pålægge en virksomhed at besvare faktuelle spørgsmål, men at den ikke har beføjelse til at pålægge en virksomhed at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger. Det er på baggrund af det sidstnævnte aspekt, en virksomhed kan påberåbe sig retten til ikke at udtale sig som del af sin ret til kontradiktion. Med hensyn til dokumenter begrænsede Domstolen ikke Kommissionens undersøgelsesbeføjelser. Den berørte virksomhed skal på anmodning fremlægge dokumenter, som allerede findes, og som vedrører undersøgelsens genstand, selv om disse dokumenter vil kunne anvendes som bevis for, at der er handlet i strid med konkurrencereglerne [14].

48. Med henblik på at afsløre nogle af de mest alvorlige karteller, udviklede Kommissionen derefter en samarbejdspolitik. Denne

12 — Denne todelte proces er afskaffet i forordning nr. 1/2003. I henhold til denne forordnings artikel 18 kan Kommissionen fra begyndelsen vælge at anmode om oplysninger fra virksomheder ved beslutning.

13 — Nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 22 og 27.

14 — Jf. præmis 34 og 35.

politik er fastlagt i den såkaldte samarbejdsmeddelelse. Som belønning for samarbejde (fremlæggelse af relevante oplysninger og beviser) kan der — afhængigt af mildhedsgraden — indrømmes en bødenedsættelse.

49. Jeg skal bemærke, at samarbejdspolitikken ikke indebærer nogen tvang. Den bygger tværtimod på frivilligt samarbejde. En bødenedsættelse som belønning for samarbejde er derfor forenelig med retten til kontradiktion og navnlig med retten til ikke at anklage sig selv [15].

50. Desuden indrømmes der kun en nedsættelse af bøden for en medvirken under den administrative procedure, hvis denne medvirken har gjort det lettere for Kommissionen at konstatere en overtrædelse og i givet fald bringe denne til ophør [16].

51. I denne appel har Kommissionen gjort gældende, at de oplysninger, som blev begæret i medfør af artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 17, opfyldte Orkem-kriterierne og ikke kunne betragtes som samarbejde i samarbejdsmeddelelsens forstand.

52. Det retlige spørgsmål er således, om SGL's reaktion på Kommissionens anmodning bør betegnes som frivilligt samarbejde eller som overholdelse af en forpligtelse [17]. Første skridt består derfor i at undersøge karakteren af de spørgsmål, Kommissionen stillede. Kunne Kommissionen med andre ord have opnået de begærede oplysninger i medfør af artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17? Hvis svaret er bekræftende, svarer oplysningerne fra den berørte virksomhed blot til en overholdelse af dens forpligtelser i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17. Et sådant »samarbejde« er ikke samarbejde i samarbejdsmeddelelsens forstand. Hvis svaret derimod er benægtende, og virksomheden ikke desto mindre gav oplysningerne, bør dens adfærd betragtes som samarbejde i samarbejdsmeddelelsens forstand.

53. I tillæg hertil skal jeg bemærke, at hvis en virksomhed henvendte sig til Kommissionen og gav udtryk for sin vilje til at samarbejde, kunne Kommissionen have brug for yderligere oplysninger end dem, virksomheden allerede havde givet. Kommissio-

15 — Dom af 14.7.2005, sag C-57/02 P, Acerinox mod Kommissionen, Sml. I, s. 6689, præmis 87-89.

16 — Jf. dom af 16.11.2000, sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 36. Jf. i forbindelse med samarbejdsmeddelelsen dom af 28.6.2005 i de 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 395 og 396.

17 — Ud fra en juridisk betragtning er en virksomhed ikke forpligtet til at besvare en anmodning, der fremsættes i medfør af artikel 11, stk. 2. Men hvis en virksomhed nægter at svare, skal Kommissionen anmode om oplysningerne ved en beslutning i medfør af artikel 11, stk. 5. Der er fastsat sanktioner for manglende overholdelse. I sidste ende er virksomheden således forpligtet til at efterkomme Kommissionens anmodning.

nen kan opnå disse oplysninger ved hjælp af en skriftlig begæring. Det er indlysende, at sådanne begæringer og svarene på disse bør tages i betragtning i den overordnede vurdering af den berørte virksomheds samarbejdsindstilling i forbindelse med samarbejdsmeddelelsen.

54. For at vurdere, om en bødenedsættelse var tænkelig, foretog Retten ovennævnte test. Den undersøgte, om SGL var forpligtet til at fremlægge de begærede dokumenter.

55. Ved undersøgelsen af, om begæringen om oplysninger indeholder spørgsmål, som Kommissionen ikke var berettiget til at stille i medfør af artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17, bemærkede Retten korrekt, at spørgsmålet om formålene med og forløbet af visse møder var ulovligt. En besvarelse af sådanne spørgsmål ville uundgåeligt indebære, at SGL anklagede sig selv. Som tidligere nævnt kendte Kommissionen dette for Retten. Denne konstatering er ikke del af denne appel.

56. Retten bemærkede derefter, at det samme gælder specifikke dokumenter. Den fastslog, at anmodningen om at fremlægge disse dokumenter kunne tvinge SGL til at erkende sin deltagelse i overtrædelsen af konkurrencereglerne. Retten har således tilsyneladende sondret mellem »lovlige« og »ulovlige« dokumenter. Da Kommissionen ikke kunne pålægge SGL at besvare spørgsmål om formålene med og resultaterne af disse møder, kunne den altså heller ikke anmode om dokumenter vedrørende møderne.

57. Efter min mening er denne vurdering forkert, eller i det mindste behæftet med fejl, af tre forskellige årsager.

58. For det første, eftersom de i præmis 408 og 409 omhandlede oplysninger vedrører »dokumenter« og ikke en anmodning om »svar«, undlod Retten at tage hensyn til sondringen i retspraksis mellem på den ene side dokumenter og på den anden side svar på spørgsmål. I hvert fald anvendte den ikke de i denne retspraksis fastlagte principper på de faktiske omstændigheder i sagen.

59. For det andet, som Kommissionen korrekt fremhævede, indeholder Rettens argumentation en indre selvmodsigelse. Først gentager Retten udtrykkeligt de principper, som blev fastlagt i Orkem-dommen og i dens egen dom i Mannesmannröhren-Werke-sagen [18]. I præmis 403, 406 og 407 henviser

18 — Dom af 20.2.2001, sag T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 729.

den således til fast retspraksis, men i præmis 408 går den imod denne retspraksis. Denne retspraksis er blevet stadfæstet mange gange, senest i de såkaldte »Legeringstillæg«-sager [19].

60. Domstolen fastslog således i sin dom i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen [20], også benævnt PVC II-dommen, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis var blevet yderligere udviklet med Funke-dommen og dommene i sagerne Saunders mod Det Forenede Kongerige og J.B. mod Schweiz. Ikke desto mindre så Domstolen ingen grund til at ændre retspraksis, som Retten selv bemærkede [21]. Det er derfor klart, at Rettens konstateringer ikke er i overensstemmelse med den eksisterende retspraksis. Desuden leder man forgæves i dommens relevante præmisser efter en særlig begrundelse for dette forhold, som er bemærkelsesværdigt i sig selv.

61. Selv om Retten konkluderede, at LVM-dommen ikke ændrede fast retspraksis, kom den ikke desto mindre til et andet resultat. Der kan ikke findes nogen begrundelse for dette i den appellerede dom. Som tidligere nævnt er den også selvmodsigende. Alene på denne baggrund bør Rettens konstatering i præmis 408 ophæves.

62. Domstolen tillægger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis stor værdi. Det er også korrekt, at Domstolen i lyset af anbringendet om tilsidesættelse af retten til ikke at bidrage til selvinkriminering faktisk ikke behøvede at behandle dette spørgsmål i den pågældende sag [22]. Mere generelt kan man spørge, om der overhovedet er nogen grund til at ændre den retspraksis, som blev fastlagt i Orkem-dommen og siden er blevet fulgt, i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols seneste retspraksis. Jeg skal forklare, hvorfor der efter min mening ikke er nogen tungtvejende grunde hertil.

63. For det første skal jeg bemærke, at denne retspraksis vedrørte fysiske personer i forbindelse med »klassiske« strafferetlige procedurer. Konkurrencelovgivningen omfatter virksomheder. Kommissionen har kun beføjelse til at pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder for overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF. Det er ikke muligt uden videre at overføre Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols konstateringer til juridiske personer eller virksomheder [23]. Jeg skal herved henvise til andre jurisdiktioner, hvor retten til ikke at inkriminere sig selv udelukkende er forbeholdt fysiske personer og ikke kan påberåbes af juridiske personer [24]. I USA kan selskaber

19 — Acerinox-dommen, præmis 86, dom af 14.7.2005, forenede sager C-65/02 P og C-73/02 P, ThyssenKrupp mod Kommissionen, Sml. I, s. 6773, præmis 49.

20 — 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.

21 — Jf. præmis 405.

22 — LVM-dommen, præmis 274-276.

23 — I visse medlemsstater kan myndighederne i henhold til national lovgivning også pålægge andre typer sanktioner såsom fængsling af direktører eller administratorer, som er ansvarlige for deres selskabers overtrædelse af artikel 81 EF og 82 EF. Det må forventes, at der er tilsvarende strengere proceduremæssige rettigheder og garantier.

24 — Supreme Court United States mod Whit 322 U.S 694(1944).

således ikke påberåbe sig den femte ændring af De Forenede Staters forfatning. Det er fastsat i den femte forfatningsændring, at »ingen person skal tvinges til at vidne mod sig selv i en strafferetlig sag«. Denne ret til ikke at bidrage til selvinkriminering er personlig. Den finder kun anvendelse på mennesker. Et selskab kan ikke påberåbe sig den femte ændring med henblik på ikke at udtale sig. Med andre ord skal et selskab fremlægge dokumenter, hvis det bliver anmodet om det.

64. For det andet er der ingen tvivl om, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udvidede visse rettigheder og friheder til at omfatte selskaber og andre virksomheder. Det samme er tilfældet i fællesskabslovgivningen og i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Når dette er sagt, sondrer Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol også mellem det beskyttelsesniveau, der ydes fysiske personer på den ene side og juridiske personer på den anden side. Dette kan udledes af andre grundlæggende rettigheder i konventionen såsom artikel 8. I Niemietz-dommen [25] antydede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at beskyttelsen af virksomhedslokaler kan være mindre omfattende end beskyttelsen af private hjem. Domstolen fastslog, at »hjem« kunne omfatte en professionel erhvervsudøvers kontor, og at en sådan fortolkning ikke lægger urimelige bånd på de kontraherende stater, idet disse i den i artikel 8, stk. 2, tilladte udstrækning bevarer deres ret til indgreb. Denne dom blev senere bekræftet i Colas Est-dommen [26]. I denne dom fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, ligesom i Niemietz-dommen, at de i artikel 8 garanterede rettigheder under visse omstændigheder kan forstås som omfattende retten til respekt for et selskabs hjemsted, afdelinger eller andre forretningslokaler. I Roquette Frères-dommen [27] fastslog Domstolen følgelig i overensstemmelse med denne retspraksis, at »[n]år rækkevidden af det nævnte princip skal fastlægges med hensyn til beskyttelsen af selskabers forretningslokaler, må der tages hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis efter dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, og det fremgår for det første af denne praksis, at den beskyttelse af boligens ukrænkelighed, som er omhandlet i EMK's artikel 8, under visse omstændigheder kan udvides til at omfatte de nævnte lokaler [henvisning til Colas Est-dommen, § 41], og, for det andet, at den ret til indgreb, der hjemles i EMK's artikel 8, stk. 2, »meget vel kan række videre for så vidt angår erhvervs- eller forretningsmæssige lokaler eller aktiviteter end i andre tilfælde« [henvisning til Niemietz-dommen, § 31]«.

65. For det tredje er det, for så vidt angår konventionens artikel 6, imidlertid afgø-

25 — Dom af 16.12.1992, serie A, nr. 251-B.

26 — Dom af 16.4.2002, Colas Est m.fl. mod Frankrig, nr. 37971/97 EMK 2002-III.

27 — Dom af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 29.

rende, at en anmodning om dokumenter ikke er i modstrid med retten til ikke at udtale sig. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anerkendte ikke en absolut ret til ikke at udtale sig. Den fastslog i Saundersdommen, at »retten til ikke at inkriminere sig selv imidlertid primært vedrører respekt for en anklaget persons vilje til ikke at udtale sig. Som denne ret almindeligvis forstås i retssystemerne i de kontraherende parter til konventionen og andre steder, omfatter den ikke anvendelse i straffesager af materiale, som kan opnås fra den anklagede ved tvang, men som foreligger, uden at den anklagede har indflydelse herpå, såsom bl.a. *dokumenter*, der er indhentet i medfør af en dommerkendelse, åndedræts-, blod- og urinprøver samt kropsvæv med henblik på DNA-test« [28]. Denne konstatering var for nylig blevet bekræftet i dommen i sagen J.B. mod Schweiz.

66. Retten til at nægte at vidne mod sig selv omfatter således ikke oplysninger, som foreligger, uden at den anklagede har indflydelse herpå, såsom bl.a. dokumenter. Disse dokumenter kan begæres fremlagt, og de kan anvendes som bevis. I den forbindelse skal jeg især henvise til dokumenterede oplysninger, som vedrører og anvendes i en virksomheds interne sagsbehandling og beslutningsproces, f.eks. marketing- eller prisstrategier. Sådanne oplysninger, som foreligger til intern brug, kan begæres. De kan muligvis afsløre en formodning for, at der findes et kartel eller en samordnet praksis, men dette er ikke i sig selv selvinkriminerende. Det er stadig muligt at afkræfte denne formodning. At gå længere ville være at fjerne det objektive element fra Domstolens praksis, hvilket ville forstyrre ligevægten i håndhævelsen.

67. Endelig skal jeg nævne, at samspillet mellem juridiske personers grundlæggende rettigheder og håndhævelsen af konkurrencereglerne er og bliver en balancegang: Det er beskyttelsen af grundlæggende rettigheder mod effektiv håndhævelse af Fællesskabets konkurrencelovgivning. Som Domstolen fastslog i Eco Swiss-dommen [29], er artikel 81 EF en grundlæggende bestemmelse, der er nødvendig for udførelsen af de opgaver, som er blevet overdraget Fællesskabet, og navnlig for det indre markeds funktion. Artikel 81 EF indeholder en ufravigelig retsgrundsætning. Hvis Kommissionen ikke længere har beføjelser til at anmode om fremlæggelse af dokumenter, vil dens håndhævelse af konkurrencelovgivningen i Fællesskabets retsorden blive meget afhængig af enten frivilligt samarbejde eller anvendelse af andre afpresningsmidler såsom »dawn-raids«. Det er klart, at effektiv håndhævelse af hovedprincipperne i Fællesskabets offentlige retsorden med rimelige midler fortsat bør være mulig, ligesom det er klart, at retten til kontradiktion også bør respekteres. Jeg mener, at sidstnævnte punkt er sikret. På retspraksis' nuværende udviklingstrin kan en sagsøgt stadig, enten under den administrative procedure eller i sagen for Fællesskabets ret-

28 — § 69 (min fremhævelse).

29 — Dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055.

sinstanser, nedlægge påstand om, at de fremlagte dokumenter har en anden betydning end den, Kommissionen tillægger dem.

Begæringen om oplysninger af 30. juni 1997

68. I denne sag var de berørte dokumenter eksisterende dokumenter, som i sidste ende kunne begæres ved hjælp af en beslutning i medfør af artikel 11, stk. 5, og som en virksomhed var forpligtet til at fremlægge, hvis den var i besiddelse af dem.

69. Efter min mening er der, da Retten begik en retlig fejl, således ingen grund til at indrømme en nedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen. Som Kommissionen anførte i den anfægtede beslutning, belønnede den ikke SGL for de oplysninger, som den mente, SGL var forpligtet til at give som svar på en anmodning om oplysninger. Den tog hensyn til de oplysninger fra SGL, som gik ud over, hvad der blev begæret på grundlag af artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 17. Ved nedsættelsen af SGL's bøde tog Retten imidlertid også hensyn til spørgsmålet om begæringen om en beskrivelse af formålene med og forløbet af en række møder. Eftersom Kommissionen erkendte, at den del af begæringen var ulovlig, havde den aldrig kunnet tage hensyn til denne del ved fastsættelsen af bøden.

70. For så vidt angår begæringen om oplysninger af 30. juni 1997, dvs. det andet spørgsmål, hvor SGL anmodes om at nævne de virksomheder, selskabet har advaret, kan følgende bemærkninger være nyttige.

71. Kommissionen har anført, at i henhold til præmis 412 i den appellerede dom var Retten tilsyneladende af den opfattelse, at Kommissionens mål var at opnå en indrømmelse af en overtrædelse, og at SGL derfor, i overensstemmelse med Orkem-dommen, var omfattet af retten til kontradiktion og følgelig, i medfør af samarbejdsmeddelelsen, var berettiget til en bødenedsættelse.

72. Kommissionen har nedlagt påstand om, at det spørgsmål, den stillede, ikke gik ud over dens undersøgelsesbeføjelser, og at det svar, der blev givet, derfor ikke gik ud over, hvad der blev spurgt om i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17. Følgelig var der ingen grund til at indrømme en nedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen. En anden grund til ikke at give en nedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen er desuden, at SGL's svar var ufuldstændigt og vildledende.

73. Kommissionen har anført, at det pågældende spørgsmål ikke er et spørgsmål, der fører til en indrømmelse af en overtrædelse. I den forbindelse har Kommissionen anført, at Retten selv fastslog, at advarslerne ikke i sig selv udgjorde en overtrædelse af artikel 81 EF. Ifølge Kommissionen er spørgsmålet, om svaret ville føre til den konklusion, at der forelå en overtrædelse således, at virksomheden blev pålagt en sanktion alene på grundlag af dette svar. Kommissionen mener, at dette ikke er tilfældet. Det forhold, at advarslerne betragtes som en skærpende omstændighed, påvirker ikke denne konklusion. For at drage denne konklusion må Kommissionen først og fremmest fastslå, at der foreligger en overtrædelse. Oplysningen om advarslerne kan ikke erstatte dette.

74. Endvidere begik Retten ifølge Kommissionen en logikfejl. Det forhold, at Kommissionen betragtede advarslerne som en skærpende omstændighed, indgår ikke i fastlæggelsen af bestanddelene, men i Kommissionens udøvelse af sin skønsbeføjelse i forbindelse med bødepolitikken. Hvis man skulle følge Rettens logik, ville det indebære, at hvis Kommissionen havde truffet beslutning om ikke at justere bøden på grund af en skærpende omstændighed, kunne den have stillet spørgsmålet.

75. Som jeg allerede har forklaret i mit forslag til afgørelse i sag C-308/04 P, fastslog Retten korrekt, at det forhold, at SGL havde advaret andre virksomheder om de forestående undersøgelser, ikke udgjorde en specifik og særskilt overtrædelse, men en adfærd, der forstærkede grovheden af den egentlige overtrædelse, og derfor kunne tages i betragtning som en skærpende omstændighed ved fastsættelsen af bøden.

76. Det er således korrekt, at denne adfærd ikke i sig selv udgør en overtrædelse, og det er korrekt, at før Kommissionen kan tage den i betragtning som en skærpende omstændighed, skal den først bevise den egentlige overtrædelse. Denne adfærd er imidlertid stadig et element, som kan føre til en forhøjelse af bøden, og Kommissionen skal derfor påvise den i rimelig grad. Det forhold, at Kommissionen har en skønsbeføjelse i forbindelse med bødefastsættelsen, gør ingen forskel. Kommissionen har også en skønsbeføjelse i forbindelse med den egentlige overtrædelse, men det ændrer ikke ved, om et spørgsmål kan foranledige selvinkriminerende svar.

77. Som Retten korrekt bemærkede i dommens præmis 412, havde SGL derfor ikke pligt til over for Kommissionen at angive, at den havde advaret de andre virksomheder. Kommissionen kan stille et spørgsmål vedrørende disse advarsler, men den kunne aldrig have pålagt SGL at besvare det. I modsætning til det af Kommissionen anførte,

angår dette spørgsmål ikke objektive kendsgerninger.

78. Jeg skal imidlertid bemærke, at selv om SGL ikke var forpligtet til at besvare dette spørgsmål, besvarede virksomheden det alligevel, men på en ufuldstændig og vildledende måde. Denne adfærd kan ikke siges at vise en samarbejdsindstilling, og dommen indeholder en fejl på dette punkt. I den forbindelse skal jeg blot henvise til seneste retspraksis, hvor Domstolen fastslog, at en nedsættelse på grundlag af samarbejdsmeddelelsen kun er berettiget, såfremt de fremlagte oplysninger og den pågældende virksomheds adfærd i almindelighed i denne forbindelse kan betragtes som udtryk for et virkeligt samarbejde fra dennes side, og at det fremgår af selve begrebet samarbejde, således som dette er fremhævet i samarbejdsmeddelelsens tekst, og navnlig denne meddelelses indledning og afsnit D, punkt 1, at det således kun er, såfremt den berørte virksomheds adfærd viser en sådan samarbejdsindstilling, at der kan gives en nedsættelse på grundlag af den nævnte meddelelse [30].

79. Alene af den grund er det intet grundlag for en nedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsens afsnit D, punkt 1.

Afsluttende bemærkninger og forslag til afgørelse

80. For så vidt angår forholdet mellem »samarbejde« i henhold til forordning nr. 17 og frivilligt samarbejde i henhold til samarbejdsmeddelelsen samt konsekvenserne for bøden fremgår følgende af mine bemærkninger hertil og af retspraksis.

— Principielt har en virksomhed pligt til at samarbejde med Kommissionen i henhold til forordning nr. 17 (jf. Orkemdommen).

— Når en virksomhed kun samarbejder, i det omfang den er forpligtet dertil i medfør af forordning nr. 17 (nu forordning nr. 1/2003), kan denne begrænsning aldrig blive en skærpende omstændighed og dermed berettige en forhøjelse af bøden [31].

— Når en virksomhed besvarer en begæring om oplysninger i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17, som går ud

30 — Jf. herved Dansk Rørindustri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 388-403.

31 — Jf. Dansk Rørindustri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 352.

over Kommissionens undersøgelsesbeføjelser (hvor spørgsmålene er af en sådan karakter, at Kommissionen ikke kan pålægge virksomheden at besvare dem), kan denne besvarelse anses for samarbejde i medfør af samarbejdsmeddelelsen.

— En virksomhed kan opnå en gunstig behandling i medfør af samarbejdsmeddelelsen, hvis den viser en samarbejdsindstilling, og hvis dette samarbejde gjorde det lettere for Kommissionen at konstatere en overtrædelse og i givet fald bringe denne til ophør.

81. Det fremgår klart af det anførte, at den appellerede dom er behæftet med retlige fejl. I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i Domstolens statut skal Domstolen, når den giver appellanten medhold, ophæve den af Retten trufne afgørelse. Den kan enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

82. Jeg mener, at betingelserne for at træffe endelig afgørelse er opfyldt. Grundlæggende tildelte Retten SGL en ekstra nedsættelse på 10% i medfør af første og andet led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D, stk. 2, ligesom visse andre medlemmer af kartellet [32], men nedsatte den derefter med 2% til 8% på grund af SGL's indstilling [33]. Eftersom en del af de 10% må tilskrives andet led i afsnit D, stk. 2, følger det af dommen, at det forhold, at nedsættelsen blev nedsat med 2%, også er forbundet med denne del. Formålet med den anden del af nedsættelsen var at belønne SGL for virksomhedens svar på Kommissionens spørgsmål, som blev anset for at gå ud over Kommissionens beføjelser, hvorfor svarene af Retten blev betegnet som samarbejde i medfør af samarbejdsmeddelelsen. Som tidligere angivet, jf. punkt 69 ovenfor, var det faktisk kun en mindre del af Kommissionens spørgsmål, der gik ud over det, den kunne have pålagt virksomheden at besvare. Denne del udgør ca. en femtedel af de pågældende begærede oplysninger. Jeg mener derfor, at en samlet nedsættelse på 4% i tillæg til de 30%, som Kommissionen gav, er berettiget. Dette indebærer, at bøden skal fastsættes til 75,7 mio. EUR.

32 — Ifølge Kommissionens beslutning (jf. betragtning 41) anfægtede ingen af producenterne i det væsentlige de faktiske forhold, som Kommissionen baserede sin klagepunktsmeddelelse på. Den nedsættelse, der blev givet SGL, UCAR, C/G og VAW, var imidlertid kun baseret på første led i afsnit D, stk. 2. For Retten anførte Kommissionen, selv om den erkendte fejlagtigt ikke at have nævnt det andet led i dette afsnit, at nedsættelsen dækkede begge led i afsnit D, stk. 2. Retten fastslog, at dette burde have været nævnt i beslutningen (jf. dommens præmis 415). Følgelig gav Retten yderligere nedsættelser på henholdsvis 10%, 10% og 20% (VAW appellerede ikke), som dækkede en nedsættelse i medfør af både første og andet led i samarbejdsmeddelelsens afsnit D, stk. 2: en revurdering af samarbejdsadfærden i medfør af første led og en belønning for ikke at bestride de faktiske forhold i medfør af andet led.

33 — Jf. præmis 418 i den appellerede dom.

VIII — Forslag til afgørelse

83. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Rettens dom af 29. april 2004 i sag T-239/01 ophæves.

— Bøden fastsættes til 75,7 mio. EUR.

— SGL betaler sagens omkostninger.