FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 11. februar 2003 [1]

Indhold

I — Sagens faktiske omstændigheder ..... I - 272

II — Sagen for Retten og den appellerede dom ..... I - 274

III — Sagen for Domstolen ..... I - 277

IV — Appelsagen ..... I - 278

1 — Kontradiktionsprincippet (første gruppe af anbringender) ..... I - 279

A — Adgangen til aktindsigt under den administrative procedure og Rettens foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse [første anbringende og andet anbringende, punkt i)] ..... I - 279

1) Parternes holdning ..... I - 279

a) Første anbringende ..... I - 279

b) Andet anbringende, første led ..... I - 280

2) Gyldigheden af Rettens foranstaltninger ..... I - 281

3) Spørgsmålet, om bevisbyrden retsstridigt er vendt om ..... I - 285

4) Spørgsmålet, om den appellerede doms præmis 263 og 264 er i modstrid med hinanden ..... I - 286

B — De nationale klagepunkter og beslutningen om at frafalde disse — henvisning til senere stillingtagen til spørgsmålet (fjerde og femte anbringende) ..... I - 289

C — Unicems ret til at nægte at vidne mod sig selv (syvende anbringende) . I - 289

1) Parternes holdning ..... I - 289

2) Et grundløst klagepunkt ..... I - 290

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Cembureau-aftalen og Unicems deltagelse i aftalen og foranstaltningerne til dens gennemførelse (anden gruppe af anbringender) ..... I - 292

A — Spørgsmålet om, hvorvidt Cembureau-aftalen fandtes, og karakteren af denne (niende anbringende) ..... I - 292

1) Fejlagtig bedømmelse af de direkte dokumentbeviser (første del af det niende anbringendes andet led) ..... I - 292

a) Parternes holdning ..... I - 292

i) De interne notater fra Blue Circle ..... I - 293

ii) Kalogeropoulos' erklæring ..... I - 293

iii) Cembureaus indrømmelse ..... I - 293

iv) Indkaldelsen til delegationsledernes møde den 14. januar 1983 ..... I - 293

v) Godkendelsen af Cembureau-aftalen på delegationsledernes møde den 7. november 1984 ..... I - 293

b) En argumentation alene vedrørende de faktiske omstændigheder ..... I - 294

2) De påståede selvmodsigelser i Rettens argumentation vedrørende eksistensen af Cembureau-aftalen (anden del af det niende anbringendes andet led) ..... I - 295

a) Parternes holdning ..... I - 295

b) Spørgsmålet, om de nævnte præmisser i Rettens dom er selvmodsigende ..... I - 296

3) Det forhold, at Cembureau-aftalen er blevet anset for en samlet aftale (niende anbringendes tredje led) ..... I - 297

a) Parternes holdning ..... I - 297

b) Begrebet samlet og kontinuerlig aftale og spørgsmålet om anvendelse heraf på Cembureau-kartellet ..... I - 297

B — Den regelmæssige udveksling af prisoplysninger (tiende anbringende) I - 299

1) Parternes holdning ..... I - 299

a) Ulogisk begrundelse (første led) ..... I - 299

b) Fejlagtig begrundelse vedrørende lovligheden af informationsudvekslingerne (andet led) ..... I - 300

c) Ulogisk begrundelse vedrørende spørgsmålet, om informationsudvekslingerne var egnede til at lette gennemførelsen af Cembureau-aftalen (tredje led) ..... I - 301

d) Begrundelsen indeholder en cirkelslutning (fjerde led) ..... I - 301

e) Fejlagtig begrundelse hvad angår tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet (fjerde anbringende og tiende anbringendes femte led) ..... I - 302

2) Unicem og den regelmæssige udveksling af prisoplysninger (det tiende anbringendes tre første led) ..... I - 303

3) Unicems deltagelse i den regelmæssige udveksling af prisoplysninger er ikke blevet brugt som bevis for dens deltagelse i Cembureau-aftalen (fjerde led) ..... I - 307

4) Ligebehandlingsprincippet (fjerde anbringende og tiende anbringendes femte led) ..... I - 307

C — Unicems deltagelse i aftalen om oprettelse af Cembureau Task Force eller European Task Force (ellevte anbringendes tredje led) ..... I - 309

1) Parternes holdning ..... I - 309

2) Et grundløst anbringende ..... I - 309

D — Foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked (det tolvte anbringende) ..... I - 310

1) Opgivelsen af de nationale dele af meddelelsen af klagepunkter (femte anbringende og tolvte anbringendes første led og tredje led, punkt 1 (det ene aspekt ved dette)) ..... I - 310

a) Parternes holdning ..... I - 310

b) Antagelse til realitetsbehandling ..... I - 311

c) Princippet ne bis in idem ..... I - 312

d) Spørgsmålet, om begrundelsen er selvmodsigende ..... I - 315

2) Unicems deltagelse i den aftale, der havde til formål at forhindre, at Calcestruzzi var kunde hos de græske producenter — beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a) — (det tolvte anbringendes andet led) ..... I - 317

a) Parternes holdning ..... I - 317

b) Et grundløst anbringende, som ikke rækker videre end til fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder ..... I - 317

3) Aftalen vedrørende de kontrakter, der blev indgået med Calcestruzzi i april 1987 [beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b)] I - 319

a) Parternes holdning ..... I - 319

i) Beviserne for Unicems deltagelse (tolvte anbringendes tredje led, punkt 2) ..... I - 319

ii) Pligten til at anmelde kontrakterne med Calcestruzzi (tolvte anbringendes tredje led, punkt 3) ..... I - 320

iii) Overtrædelsens varighed (tolvte anbringendes tredje led, punkt 4) ..... I - 320

b) Unicems deltagelse ..... I - 321

c) Anmeldelsespligten ..... I - 322

d) Overtrædelsens varighed — henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet ..... I - 323

4) Spørgsmålet, om der var en forbindelse mellem foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked og European Task Force og mellem denne og Cembureau-princippet [tolvte anbringendes tredje led, punkt 1 (andet aspekt ved dette), og tolvte anbringendes fjerde led] ..... I - 323

a) Parternes holdning ..... I - 323

i) Forbindelsen mellem foranstaltningerne og European Task Force ..... I - 323

ii) Forbindelsen mellem European Task Force og Cembureau-princippet ..... I - 323

b) Mere om det forhold, at Cembureau-princippet blev anset for en »samlet og kontinuerlig aftale«— henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet ..... I - 324

E — Unicems deltagelse i den samlede og kontinuerlige Cembureau-aftale (trettende anbringende) ..... I - 325

1) Det objektive element (første led) ..... I - 325

a) Parternes holdning ..... I - 325

b) Gentagelse af argumenter — Henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet ..... I - 326

2) Det subjektive element (andet led) ..... I - 326

a) Parternes holdning ..... I - 326

i) Den fejl, der er begået ved at anse Unicem for at være direkte medlem af Cembureau ..... I - 326

ii) Det ulogiske i påstanden om, at Unicem »nødvendigvis må have haft kendskab til«aftalen ..... I - 327

iii) Den manglende begrundelse og det forkerte i også at anvende de kriterier, der blev anvendt på de indirekte medlemmer, på Unicem ..... I - 327

iv) Andre indicier, som Retten har anvendt ..... I - 327

b) Bedømmelsen af Unicems særlige stilling i forbindelse med Cembureau-aftalen ..... I - 328

3) Begrundelsen (tredje led) ..... I - 331

a) Parternes holdning ..... I - 331

b) Spørgsmålet, om der er draget en cirkelslutning — endnu en henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet ..... I - 331

4) Overtrædelsens varighed (fjerde led) ..... I - 332

a) Parternes holdning ..... I - 332

b) Afvisning fra realitetsbehandling og endnu en henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet ..... I - 332

3 — Bøden (tredje gruppe af anbringender) ..... I - 333

A — Parternes holdning ..... I - 333

1) Pålæggelsen af en samlet bøde for de forskellige overtrædelser (fjortende anbringende) ..... I - 333

2) Pålæggelsen af en samlet bøde uafhængigt af antallet af overtrædelser og deres grovhed (femtende anbringende) ..... I - 334

3) Fejl i bødeudmålingen som følge af den forkert fastsatte varighed af overtrædelsen (attende anbringende) ..... I - 334

B — Bødens størrelse og overtrædelsens varighed — ikke et selvstændigt anbringende ..... I - 334

C — Kommissionens kriterier ved bødeudmålingen ..... I - 334

D — Spørgsmålet om, hvorvidt proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet er blevet overholdt ..... I - 337

V — Sagens omkostninger ..... I - 340

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 341

1. Buzzi Unicem SpA (herefter »Unicem«) har appelleret dommen af 15. marts 2000 afsagt af Retten i Første Instans, Fjerde Udvidede Afdeling, i den sag, der er kendt som cementsagen, anlagt af Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen [2]. Unicem er dannet ved en fusion af virksomhederne Unicem SpA og Buzzi SpA. Appellen vedrører alene de dele af den appellerede dom, hvori der tages stilling til de påstande, som den førstnævnte af disse to virksomheder nedlagde i første instans.

I — Sagens faktiske omstændigheder

2. Den appellerede dom indeholder følgende faktiske omstændigheder, der er af interesse for appelsagen:

— Kommissionens tjenestegrene foretog i perioden fra april 1989 til juli 1990 i henhold til artikel 14, stk. 2 og 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [3], kontrolundersøgelser hos forskellige europæiske cementproducenter og branchesammenslutninger.

På baggrund af disse undersøgelser besluttede Kommissionen den 12. november 1991 at indlede en administrativ procedure [4] mod en række virksomheder, og heriblandt mod Unicem [5].

— Den 25. november 1991 tilstillede Kommissionen de 76 berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder en meddelelse af klagepunkter, hvortil Unicem fik lejlighed til at fremsætte skriftlige og dernæst mundtlige bemærkninger i de høringer, der blev afholdt mellem den 1. marts og den 1. april 1993 [6].

— Meddelelsen af klagepunkter, der var udarbejdet som ét dokument, blev ikke meddelt i sin fulde ordlyd til de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder. Hver adressat modtog en komplet indholdsfortegnelse over klagepunkterne samt en liste over samtlige sagsakter med nærmere angivelse af de dokumenter, de kunne få adgang til. Nogle af de berørte virksomheder anmodede Kommissionen om at fremsende de kapitler, der ikke var indeholdt i den meddelelse af klagepunkter, de havde fået tilsendt,

2 — Forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Sml. II, s. 491, herefter »den appellerede dom«.

3 — EFT 1959-1962, s. 81.

4 — Sag IV/33.126 og 33.322 — Cement.

5 — Den appellerede doms præmis 2 og 3.

6 — Den appellerede doms præmis 3, 9 og 12.

og at give dem adgang til samtlige sagsakter, bortset fra interne og fortrolige dokumenter. Kommissionen afslog at imødekomme denne anmodning [7].

— Ved beslutning 94/815/EF af 30. november 1994 (herefter »beslutningen«) [8] foreholdt Kommissionen Unicem følgende konkurrencebegrænsende adfærd, der indebar en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF) [9]:

1. Fra den 14. januar 1983 at have deltaget i en aftale om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet og regulering af cementleverancerne fra det ene land til det andet (artikel 1). Dette er den såkaldte »Cembureau-aftale«.

2. Fra den 14. januar 1983 til den 14. april 1986 at have deltaget i aftaler, der blev indgået på møder mellem delegationslederne og i eksekutivkomitéen for Cembureau — Association européenne du Ciment (herefter »Cembureau«), om udveksling af oplysninger om priser for at lette gennemførelsen af den i artikel 1 omhandlede aftale (artikel 2, stk. 1).

3. Fra den 1. januar 1984 til den 31. december 1988 med samme formål at have deltaget i en samordnet praksis om udveksling af oplysninger om:

   a) de belgiske og nederlandske producenters minimumspriser for levering af cement i lastbiler samt den luxembourgske producents priser, inklusive rabat

   b) danske og irske producenters individuelle prislister, de gældende prislister inden for cementindustrien i Grækenland, Italien og Portugal samt de gennemsnitlige priser i Tyskland, Frankrig, Spanien og Det Forenede Kongerige (artikel 2, stk. 2).

4. Fra den 28. maj 1986 at have deltaget i en aftale om oprettelse af Cembureau Task Force eller European Task Force (artikel 4, stk. 1).

7 — Den appellerede doms præmis 4-6.
8 — EFT L 343, s. 1.
9 — Den appellerede doms præmis 22.

5. Fra den 9. juni 1986 til den 26. marts 1993 at have deltaget i en aftale om stiftelse af Joint Trading Company, Interciment SA, der havde til formål at gennemføre foranstaltninger, der skulle virke tilskyndende eller afskrækkende over for dem, der truede stabiliteten på medlemslandenes cementmarkeder (artikel 4, stk. 2).

6. Fra den 17. juni 1986 til den 15. marts 1987 at have deltaget i en samordnet praksis, der gik ud på, at den italienske virksomhed Calcestruzzi skulle ophøre med at være kunde hos græske producenter og navnlig Titan Cement Company, SA [artikel 4, stk. 3, litra a)].

7. Fra den 3. april 1987 til den 3. april 1992 at have deltaget i en aftale, som vedrørte kontrakter, der var underskrevet den 3. og 15. april 1987, og som havde til formål at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement [artikel 4, stk. 3, litra b)].

— Kommissionen påbød Unicem at bringe de omhandlede overtrædelser til ophør og for fremtiden at afstå fra enhver form for aftale eller samordnet praksis, der kunne hindre den frie konkurrence på markederne for grå og hvid cement (artikel 8), og pålagde virksomheden en bøde på 11 652 000 ECU, der forrentedes med virkning fra udløbet af den frist, der var fastsat for betalingen, nemlig tre måneder fra meddelelsen af beslutningen (artikel 9 og 11).

3. Da Unicem ikke var enig i det af Kommissionen anførte, indbragte virksomheden sagen for Retten i Første Instans.

II — Sagen for Retten og den appellerede dom

4. I stævningen nedlagde Unicem principalt påstand om annullation af beslutningen, for så vidt som den vedrørte sagsøgeren. Subsidiært påstod Unicem bøden ophævet eller nedsat. Under alle omstændigheder nedlagde Unicem påstand om, at Kommissionen blev tilpligtet at betale sagens omkostninger og at erstatte sagsøgeren udgifterne og renterne i forbindelse med sikkerhedsstillelse, fuldt ud eller for så vidt angår den del af bøden, hvorved denne eventuelt blev nedsat.

5. Ved en foranstaltning med henblik på sagernes tilrettelæggelse (der blev meddelt sagsøgerne mellem den 19.1. og den

2.2.1996) opfordrede Retten Kommissionen til at fremlægge en række dokumenter, og Kommissionen efterkom opfordringen den 29. februar og fremlagde [10]:

1) Meddelelsen af klagepunkter, således som denne var meddelt de sagsøgende virksomheder.

2) Referatet af høringen af hver virksomhed.

3) Listen over samtlige akter, der indgik i sagerne.

4) Kasserne, der indeholdt de dokumenter, på hvilke Kommissionen støttede de faktiske omstændigheder, den lagde til grund for meddelelsen af klagepunkter.

5) Den korrespondance, der under den administrative procedure var udvekslet mellem Kommissionen og de sagsøgende virksomheder.

6. Ved to andre foranstaltninger med henblik på sagernes tilrettelæggelse, der blev meddelt parterne henholdsvis den 2. oktober 1996 og den 18. og 19. juni 1997, fastsatte Retten de nærmere forholdsregler for sagsøgernes gennemgang af samtlige originale dokumenter, der indgik i sagen, bortset fra dokumenter indeholdende forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger og Kommissionens interne dokumenter [11].

7. Efter at have tilsendt dem samtlige sagsakter opfordrede Retten de sagsøgende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder til at fremlægge et processkrift, hvis indhold var begrænset til en nøjagtig angivelse af de dokumenter, de ikke havde haft adgang til under den administrative procedure, og som kunne have haft betydning for deres muligheder for at varetage deres forsvar, og en redegørelse for grundene til, at den administrative procedure efter deres opfattelse kunne have fået et andet udfald, hvis de havde haft adgang til disse dokumenter. Processkriftet skulle bilægges en kopi af de dokumenter, de havde gennemgået. Alle sagsøgerne på nær én [12] efterkom opfordringen. Kommissionen besvarede alle sagsøgernes bemærkninger [13].

10 — Jf. den appellerede doms præmis 163, sammenholdt med præmis 5 og 95.

11 — Jf. den appellerede doms præmis 164-168.

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — Den appellerede doms præmis 169 og 170.

8. I den appellerede dom gav Retten Unicem delvis medhold og fastslog følgende:

»— Artikel 1 i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986 og efter den 3. april 1992.

— Artikel 2, stk. 1, i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren.

— Artikel 2, stk. 2, i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren dels, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at den regelmæssige udveksling af oplysninger mellem Cembureau — Association européenne du ciment og sammenslutningens medlemmer for så vidt angår de belgiske og nederlandske priser vedrørte de to landes producenters minimumspriser for levering af cement i lastbiler og for så vidt angår Luxembourg vedrørte dette lands producents priser, inklusive rabat, dels for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986.

— Artikel 4, stk. 1, i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986 og efter den 31. maj 1987.

— Artikel 4, stk. 2, i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren.

— Artikel 4, stk. 3, litra a), i beslutning 94/815 annulleres, for så vidt som det i bestemmelsen er fastslået, at sagsøgeren deltog i den heri omhandlede overtrædelse før den 9. september 1986.

— Artikel 5 i beslutning 94/815 annulleres i forhold til sagsøgeren [14].

— Den bøde, der er pålagt sagsøgeren ved artikel 9 i beslutning 94/815, fastsættes til 6 399 000 EUR.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

14 — Der er tale om en fejl i Rettens dom. Unicem nævnes ikke i beslutningens artikel 5.

— Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler en tredjedel af Kommissionens.

— Kommissionen bærer to tredjedele af sine egne omkostninger.«

9. Retten fastslog således, at Unicem havde udvist en konkurrencebegrænsende adfærd derved, at virksomheden havde deltaget:

1) i Cembureau-aftalen om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet for så vidt angår grå cement (beslutningens artikel 1) fra den 9. september 1986 til den 3. april 1992

2) fra den 9. september 1986 til den 31. december 1988 i en regelmæssig udveksling af oplysninger om danske og irske producenters individuelle prislister, de gældende prislister inden for cementindustrien i Grækenland, Italien og Portugal og om de gennemsnitlige priser i Tyskland, Frankrig, Spanien og Det Forenede Kongerige [beslutningens artikel 2, stk. 2, litra b)]

3) i en aftale om oprettelse af European Task Force (beslutningens artikel 4, stk. 1) fra den 9. september 1986 til den 31. maj 1987

4) i en samordnet praksis, der gik ud på, at Calcestruzzi skulle ophøre med at være kunde hos de græske producenter [beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a)], fra den 9. september 1986 til den 15. marts 1987

5) i en aftale, som vedrørte kontrakter, der var underskrevet den 3. og 15. april 1987, og som havde til formål at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement [artikel 4, stk. 3, litra b)], fra den 3. april 1987 til den 3. april 1992.

III — Sagen for Domstolen

10. Efter at sagen var blevet anlagt, og den skriftlige del af proceduren var tilendebragt, forkastede Domstolen ved kendelse af 5. juni 2002 det andet anbringende (andet, tredje, fjerde og femte led), det tredje, det

sjette, det ottende og det niende anbringende (første led), det ellevte anbringende (første, andet, fjerde og femte led), det sekstende, det syttende, det nittende, det tyvende og det enogtyvende anbringende, idet den gjorde brug af sin kompetence i henhold til procesreglementets artikel 119 [15].

11. For så vidt angår de øvrige anbringender blev der den 4. juli 2002 afholdt et fælles retsmøde i de seks sager angående appel af den af Retten afsagte dom, hvori appellanterne og Kommissionen deltog.

IV — Appelsagen

12. Unicem har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves i sin helhed, og den administrative afgørelse, som Retten har stadfæstet, annulleres i sin helhed, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Hvis Unicem ikke kan få medhold heri, har virksomheden nedlagt påstand om, at bøden nedsættes, og — mindre specifikt — om, at der træffes enhver hensigtsmæssig eller rimelig forholdsregel, uden at appellantens rettigheder hvad angår både realiteten og formaliteten herved indskrænkes.

13. Til støtte for ovennævnte påstande har Unicem fremført en række anbringender i tre grupper.

1) I den første af disse grupper, som består af otte anbringender, har Unicem anført, at der er sket en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, og at Retten i forbindelse med denne påståede overtrædelse har foretaget en urigtig retsanvendelse og givet en fejlagtig og selvmodsigende begrundelse. Af disse anbringender er det andet anbringendes andet til femte led samt det tredje, det sjette og det ottende anbringende blevet forkastet ved den ovenfor nævnte kendelse af 5. juni 2002.

2) Den anden gruppe vedrører beviserne for Cembureau-aftalen og Unicems deltagelse i aftalen og foranstaltningerne til dens gennemførelse. Der er tale om det niende til det trettende anbringende, hvormed appellanten har gjort gældende, at Retten har tilsidesat retsregler, at dens begrundelse er mangelfuld, og at den har anlagt en urigtig bedømmelse af de i sagen fremlagte dokumenter. Det niende anbringendes første led og det ellevte anbringendes første, andet, fjerde og femte led er blevet forkastet af Domstolen.

3) Den tredje gruppe vedrører beregningen af den bøde, der er pålagt Unicem. Der er tale om det fjortende til det enogtyvende anbringende, hvoraf det sekstende, det syttende, det nittende, det tyvende og det enogtyvende er blevet forkastet undervejs.

15 — Den konsoliderede udgave er offentliggjort i EFT 2001 C 34, s. 1.

14. I det følgende vil jeg redegøre for og analysere Unicems klagepunkter og Kommissionens modargumenter for at kunne begrunde mit forslag.

1 — *Kontradiktionsprincippet (første gruppe af anbringender)*

A — Adgangen til aktindsigt under den administrative procedure og Rettens foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse [første anbringende og andet anbringende, punkt i)]

1) Parternes holdning

a) Første anbringende [16]

15. Unicem har gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved at forkaste virksomhedens klagepunkter vedrørende måden, hvorpå den administrative procedure blev gennemført, navnlig hvad angår aktindsigt. Unicem har tilføjet, at Rettens foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse ikke var egnede til at afhjælpe den tilsidesættelse af retten til kontradiktion, som Kommissionen havde gjort sig skyldig i, og at Retten har begået en tilsvarende overtrædelse ved at fastslå, at beslutningen kun skulle annulleres, i det omfang det blev godtgjort, at proceduren kunne have fået et andet udfald, hvis sagsøgeren havde haft mulighed for at konsultere de dokumenter, der ikke blev givet adgang til. Efter Unicems opfattelse er dette i strid med Domstolens praksis fra dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen [17].

16. Unicem har anført, at tilsidesættelsen af parternes ret til aktindsigt i belastende oplysninger under den administrative procedure automatisk medfører, at beslutningen må annulleres, hvis der var en risiko for, at deres ret til at forsvare sig blev tilsidesat. Efter Unicems opfattelse kan den omstændighed, at virksomheden ikke kunne anvende dokumenterne på det tidspunkt, hvor forholdene blev påtalt, ikke opvejes af, at den kunne anvende dem under retssagen, hvor virksomhederne allerede var blevet pålagt et ansvar, og hvor det påhviler dem at bevise deres uskyld, medmindre retsinstansen da finder tilsidesættelsen irrelevant. Appellanten mener, at dette er en krænkelse af retten til at varetage sit forsvar på en effektiv måde og udgør en tilsidesættelse af reglerne om, at bevisbyrden påhviler Kommissionen og ikke de af proceduren omfattede virksomheder og sammenslutninger.

16 — Anbringende A.1.1.1. i appelskriftet.

17 — Dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Sml. I, s. 4235.

17. Kommissionen mener ikke selv, at Retten har tilrettelagt aktindsigten med henblik på at afhjælpe eventuelle mangler under den administrative procedure. Retten har derimod kun undersøgt, om sagsøgerens ret til kontradiktion rent faktisk blev tilsidesat ved, at virksomheden ikke fik adgang til visse dokumenter, og Retten har herved nøje undersøgt den retspraksis, der blev henvist til i stævningen, og truffet sin afgørelse i overensstemmelse hermed.

18. Kommissionen er ikke enig i den fortolkning, appellanten anlægger af dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen. Bevisbedømmelsen henhører under førsteinstansens kompetence og kan som udgangspunkt ikke prøves under en appelsag. Kommissionen har anført, at Retten ikke har vendt bevisbyrden om; den har undersøgt, om de dokumenter, som Unicem henviste til, kunne have været nyttige for virksomheden.

b) Andet anbringende, første led [18]

19. Efter Unicems opfattelse modsiges Rettens argumentation i den appellerede doms præmis 263 af den følgende præmis, hvoraf det klart fremgår, at det er Rettens holdning, at alternative forklaringer må forkastes. Uanset hvilke beviser virksomheden havde kunnet fremlægge, havde det ikke været tilstrækkeligt til at rejse tvivl om Kommissionens vurdering af dens adfærd, netop fordi denne var foretaget på grundlag af direkte dokumentbeviser. Efter et sådant kriterium har nye diskulperende oplysninger som udgangspunkt ingen bevisværdi.

20. Efter Kommissionens opfattelse må dette anbringende afvises, fordi det går på Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder; Retten har ikke indtaget den holdning, at de af sagsøgerne fremlagte beviser automatisk måtte forkastes, for i den appellerede doms præmis 1220-1225 har Retten nøje gennemgået de dokumenter, som Unicem angav som relevante for virksomhedens forsvar, og som den ikke havde haft adgang til under den administrative procedure, og Retten har herved vurderet, hvorvidt disse dokumenter ville have været nyttige og kunne have haft betydning for spørgsmålet om en eventuel tilsidesættelse af retten til kontradiktion.

21. Kommissionen er enig med Retten i, at der skal være en objektiv forbindelse mellem de dokumenter, som Unicem har påberåbt sig til støtte for sine påstande, og de klagepunkter, der er fastslået over for denne virksomhed, og at disse dokumenter ikke var relevante for den i beslutningen omhandlede overtrædelse, hvis der ikke er en sådan forbindelse. Spørgsmålet, om en sådan forbindelse foreligger, er et faktisk spørgsmål, som det tilkommer førsteinstansen at afgøre.

18 — Anbringende A.1.1.2.i) i appelskriftet.

22. I replikken har Unicem under henvisning til dommen i sagen Hüls mod Kommissionen [19] anført, at appelanbringender, som vedrører bevisbedømmelsen, kan antages til realitetsbehandling, hvis de støttes på en utilstrækkelig og selvmodsigende begrundelse.

2) Gyldigheden af Rettens foranstaltninger

23. I relation til aktindsigten i Kommissionens sagsakter og de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har truffet, har appellanten rejst tre forskellige, men dog nært forbundne spørgsmål. Det første og vigtigste af disse vedrører gyldigheden af disse foranstaltninger og nærmere bestemt deres overensstemmelse med Domstolens praksis.

24. Det andet af disse spørgsmål vedrører påstanden om, at bevisbyrden er vendt som følge af Rettens holdning til de direkte dokumentbeviser.

25. Med det tredje, som er indeholdt i det andet anbringendes første led, gøres det gældende, at Rettens begrundelse i den appellerede dom er selvmodsigende.

26. Hvad angår det første spørgsmål må det anerkendes, at Retten, for at kunne tage stilling til, om den administrative procedure var forløbet forskriftsmæssigt, og for i givet fald at rette op på den skade, der var blevet tilføjet sagsøgeren som følge af den manglende aktindsigt i bestemte dokumenter, anmodede Kommissionen om at fremsende samtlige sagsakter og stillede dem herefter til disposition for parterne [20], for at de kunne angive, hvilke dokumenter de ikke havde haft adgang til i undersøgelsesfasen, og redegøre for grundene til, at proceduren kunne have fået et andet resultat, hvis de havde haft mulighed for at konsultere disse dokumenter.

27. I den appellerede dom blev parternes anbringender og bemærkninger gennemgået, og Retten nåede for Unicems vedkommende frem til det resultat, der er anført i domskonklusionens punkt 19, og som jeg har gentaget ovenfor i punkt 8. Retten anvendte herunder følgende princip: Sagsøgernes ret til kontradiktion var blevet tilsidesat, hvis der havde været en — selv begrænset — mulighed for, at den administrative procedure ville have fået et andet udfald, såfremt sagsøgerne havde kunnet påberåbe sig de dokumenter, som de var blevet nægtet aktindsigt i [21].

19 — Dom af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Sml. I, s. 4287.

20 — Med undtagelse af de dokumenter, der indeholdt forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger, og Kommissionens interne dokumenter.

21 — Jf. den appellerede doms præmis 241. Retten sondrer mellem dokumenter, der ikke har en objektiv forbindelse med et af klagepunkterne — disse afvises uden videre — og dokumenter, hvor der består en sådan forbindelse, og for sidstnævntes vedkommende undersøger den, om dokumentet indeholder oplysninger, som kunne have medført, at sagen fik et andet udfald.

28. Unicem har rejst tvivl om det arbejde, der er udført af Retten, og har anført, at Rettens fremgangsmåde for det første er i strid med Domstolens praksis og for det andet ikke tager hensyn til, at når det først var konstateret, at retten til kontradiktion var blevet tilsidesat, skulle beslutningen annulleres.

29. Den procedure, der er fastsat med henblik på at afgøre, om der er sket overtrædelser af artikel 81 og 82 EF, har strafferetlig karakter. Den har — ud over at bringe den konkurrencebegrænsende praksis til ophør — til formål at reagere mod den adfærd, der fremkalder den, hvorfor Kommissionen er tillagt en beføjelse til at pålægge de ansvarlige økonomiske sanktioner. Til dette formål har Kommissionen en vidtgående beføjelse til efterforskning og undersøgelse, men netop af denne grund, og fordi en og samme myndighed udøver både efterforsknings- og beslutningsbeføjelser, bør retten til kontradiktion for dem, der er underlagt proceduren, anerkendes og respekteres uden tøven [22].

30. Dette er meningen med de bestemmelser, der er indeholdt i forordning nr. 17, navnlig i artikel 19, og i Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22. december 1998 om høring af parter i visse procedurer efter artikel 81 EF og 82 EF [23], og det er også den betydning, som de i praksis er blevet tillagt af Domstolen [24] og Retten [25]. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udstrakt anvendelsen af garantierne i Rom-konventionens artikel 6 til administrative procedurer af disciplinær karakter [26].

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [27] går videre i denne retning, eftersom det — sammen med den sigtedes ret til at forsvare sig under en retfærdig og offentlig rettergang for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov [28] — også garanterer retten for enhver til at blive hørt

22 — For så vidt angår retten til kontradiktion i konkurrenceretlige sager kan der henvises til K. Lenaerts' og I. Maselis' artikel »Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE«, der er trykt i *Journal des tribunaux*, nr. 5973 (2000), s. 496-504. L. Goossens afhandling »Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission«, der er udkommet i *Journal des tribunaux. Droit européen*, nr. 52 (1998), s. 169-175, og nr. 53 (1998), s. 200-204, er også af interesse. Selv om den er relativt gammel, er den artikel, der er skrevet af Ole Due, der tidligere har været præsident for Domstolen, fortsat af interesse: »Le respect des droits de défense dans le droit administratif communautaire«, der er trykt i *Cahier de Droit Européen*, nr. 1/2 (1987), s. 383-396.

23 — EFT L 354, s. 18. Den erstatter Kommissionens forordning nr. 99/63/ØØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17, EFT 1963-1964, s. 42, der var gældende på det tidspunkt, hvor den administrative procedure i denne sag udspandt sig.

24 — Jf. i nyere praksis dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 75 ff.

25 — Selve sagen, der er genstand for denne appel, er et eksempel herpå (jf. præmis 142-144 og 240).

26 — Jf. DEMD's dom af 8.6.1976, Engel m.fl. mod Nederlandene, Serie A, nr. 22, om disciplinærsager inden for forsvaret, og af 23.6.1981, Le Compte, Van Leuven og De Meyere mod Belgien, Serie A, nr. 43, om disciplinærsager inden for lægestanden.

27 — EFT 2000 C 364, s. 1.

28 — Jf. artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 2.

af Den Europæiske Unions institutioner, før de træffer en individuel foranstaltning, som måtte berøre den pågældende på en ugunstig måde, samt retten til aktindsigt [29].

31. Aktindsigt er endnu et hjælpemiddel, der indgår i retten til forsvar [30]. Den er ikke et mål i sig selv [31]. De formelle garantier under retssager og administrative sager er begrundet i dette mål, der simpelt hen er en effektiv beskyttelse af alles rettigheder og legitime interesser. Når der foreligger en processuel fejl, når formforskrifter tilsidesættes, får det retsvirkninger, hvis mulighederne for at forsvare sig mindskes. Sagt med andre ord, er begrebet krænkelse af retten til forsvar et materielt begreb, forstået således, at uanset hvor mange fejl der er sket under proceduren, har de ingen betydning, hvis den pågældende trods alt har rådet over tilstrækkelige midler til sit forsvar.

32. Den instrumentale karakter af retten til aktindsigt har endnu en konsekvens. Selv i tilfælde, hvor den forkerte og mangelfulde indrømmelse heraf har reduceret den pågældendes muligheder for at varetage sit forsvar, medfører det kun annullation af den afgørelse, der træffes, hvis det konstateres, at resultatet kunne have været mere gunstigt for den pågældende, om de proceduremæssige forskrifter var blevet fulgt minutiøst, eller hvis man netop på grund af den formelle mangel ikke kan vide, om beslutningen ville have været en anden. I begge tilfælde bevirker det, at den endelige afgørelse annulleres, og proceduren må i givet fald starte forfra for at rette op på manglerne.

33. De formelle mangler har kort sagt ikke nogen selvstændig interesse, hvis de betragtes adskilt fra sagens materielle indhold. Hvis en beslutning annulleres efter et forløb med formelle mangler, fordi den som følge af procedurefejlene ved dens vedtagelse er materielt forkert, skyldes annullationen, at beslutningen i betydeligt omfang er fejlagtig, og ikke, at der foreligger en procedurefejl. Den formelle mangel har kun en selvstændig betydning, når det ikke er muligt at bedømme den beslutning, der er vedtaget, på grund af manglen.

34. Det følger af de ovenstående betragtninger, at de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har truffet, var relevante.

29 — Artikel 41, stk. 2, første og andet led.

30 — Hvilket også gør sig gældende for så vidt angår retten til at blive hørt, til at få meddelelse om, at der rejses en straffesag, til at benytte de bevismidler, der er relevante for forsvaret, og i givet fald til at få beskikket en forsvarer.

31 — Jf. de forslag til afgørelse, som generaladvokat Mischo fremsatte den 25.10.2001 i sagerne C-244/99 P og C-251/99 P, henholdsvis punkt 331 og 125 (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, Sml. I, s. 8375, herefter »PVC II«-dommen).

35. Da de sagsøgende virksomheder og sammenslutninger havde påberåbt sig, at de formelle krav til proceduren var blevet tilsidesat ved, at Kommissionen havde afvist at give dem adgang til de muligt diskulperende dokumenter, der indgik i sagen, og Retten havde givet dem medhold heri, var det nødvendigt at undersøge, hvilken indvirkning den formelle fejl havde haft på deres ret til forsvar. Med henblik herpå var det nødvendigt at kende de diskulperende oplysninger, som de var blevet nægtet adgang til, samt deres betydning for den enkelte virksomhed. På baggrund af disse elementer undersøgte Retten, i hvilket omfang beslutningen ville have fået et andet og mere gunstigt indhold for de anklagede, hvis de havde kunnet konsultere og påberåbe sig disse oplysninger over for Kommissionen.

36. Retten har således ikke fortrængt Kommissionen og har heller ikke uberettiget sat sig i dennes sted. Retten har derimod begrænset sig til inden for rammerne af sin kompetence at udøve sin judicielle funktion med stor omhu, idet den har efterprøvet korrektheden af den sanktionsprocedure, som Kommissionen har gennemført. I denne situation skal dommen, der retter sig mod fortiden, afsiges på baggrund af alle de aktuelt foreliggende oplysninger, hvilket gør dommen mere righoldig og giver den en højere grad af sikkerhed [32].

37. Der er intet ikke-forskriftsmæssigt i det arbejde, som er udført under retssagen. Den aktindsigt, som ved Rettens mellemkomst blev indrømmet de berørte virksomheder og sammenslutninger, var i processuel henseende »lig med« den aktindsigt, de burde have haft under den administrative procedure. Det er rigtigt nok, at tiden ikke stod stille mellem de to tidspunkter, og at der derfor indtraf begivenheder, hvoraf nogle var relevante for sagsbehandlingen og udfaldet af proceduren, men ingen af disse begivenheder forringede appellantens muligheder for at varetage sit forsvar. Desuden har Retten og sagens parter ved tvistens afgørelse rådet over faktiske oplysninger, som de ikke tidligere havde, hvilket som allerede anført giver dommen en højere grad af sikkerhed.

38. I mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-204/00 P [33] anfører jeg, at Rettens fremgangsmåde på ingen måde er i strid med Domstolens praksis. I dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, som jeg allerede har omtalt, har Domstolen anført, at når retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, kan denne mangel ikke afhjælpes ved, at der senere gives adgang til sagsakterne, så den berørte virksomhed sættes i stand til at udlede de anbringender

32 — Såvel dommeren som historikeren rekonstruerer fortiden, og i den forbindelse må de sortere beviser og vidneudsagn for at genskabe de faktiske omstændigheder, således som de forelå. Hverken dommeren eller historikeren kan sætte sig i samme situation som dem, der er genstand for undersøgelsen. De må begge favne videre end denne situation. For så vidt angår forholdet mellem jura og historie, kan jeg henvise til C. Ginzburgs bog *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, der er udgivet af forlaget Anaya og Mario Muchnik, Madrid, 1993.

33 — Aalborg Portland mod Kommissionen, punkt 34.

og argumenter, som støtter dens påstande, for virksomheden bliver ikke derved bragt i den situation, den ville have stået i, såfremt den havde kunnet anvende disse dokumenter til at fremsætte skriftlige og mundtlige bemærkninger over for Kommissionen [34].

39. Retten har ikke forsøgt efterfølgende at afhjælpe en krænkelse af retten til forsvar, der allerede er fuldbyrdet, den har blot på et tidligere stadium af sagen undersøgt, om denne krænkelse af retten til forsvar har fundet sted [35]. Da den konstaterede, at dette var tilfældet, annullerede den beslutningen for så vidt angår den berørte virksomhed [36]. Hvis der derimod ikke var sket en krænkelse af retten til forsvar, fastslog Retten, at den formelle mangel, som behandlingen af den administrative sag, var behæftet med, ikke var relevant.

40. Det er desuden også den betydning, som dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen har. Hvis man læser præmis 80, kan man konstatere, at det afgørende ikke er den formelle mangel i sig selv, men dens indvirkning på virksomhedens mulighed for at varetage sit forsvar. Den indvirkning kan være lig nul, hvis den pågældende virksomhed ikke godtgør, at det forhold, at den ikke havde kendskab til visse diskulperende beviser, berøvede den midler, der var egnede til at overbevise Kommissionen om, at der ikke kunne pålægges virksomheden et ansvar.

3) Spørgsmålet, om bevisbyrden retsstridigt er vendt om

41. Den ovenfor beskrevne fremgangsmåde indebærer ikke, at bevisbyrden vendes om. Det omhandlede processuelle princip er et instrument, som er med til at sikre overholdelsen af det grundlæggende uskyldsformodningsprincip, som har et materielt indhold, men de to størrelser må holdes ude fra hinanden.

42. Uskyldsformodningen er til hinder for strafpålæggelse, hvis det ikke er godtgjort, at der foreligger skyld. Den, som rejser en tiltale, skal følgelig bevise, at den tiltalte har deltaget i de ulovlige forhold, samt at han på grundlag af de foreliggende retlige og faktiske forhold kan erklæres ansvarlig. Det er netop her, at uskyldsformodningen og bevisbyrdereglerne støder sammen. Kommissionen har foreholdt virksomhederne at have udvist visse former for konkurrencebegrænsende adfærd, og med henblik på at underbygge sine klagepunkter har den benyttet sig af forskellige beviser. Den har således i princippet overholdt denne processuelle regel om bevisbyrden. Et andet spørgsmål, som ikke skal afgøres her, er, om de dokumenter, Kommissionen har benyttet sig af, kan afkræfte uskyldsformodningen.

34 — Præmis 78 og 79.

35 — Domstolen har for nylig anvendt samme kriterium i PVC II-dommen, præmis 315 ff., navnlig præmis 325.

36 — Dette er tilfældet for så vidt angår virksomheden Cedest SA (sag T-38/95). Jf. den appellerede doms præmis 2211 og 2286.

43. Efter at Kommissionen havde vedtaget beslutningen om pålæggelse af sanktioner, blev den indbragt for Retten af bl.a. Unicem, som påstod beslutningen annulleret med den begrundelse, at virksomhedens ret til forsvar var blevet krænket, fordi den ikke havde haft fuld adgang til alle sagens dokumenter, og navnlig ikke til muligt diskulperende dokumenter. I kraft af bevisbyrdereglerne påhviler det Unicem at godtgøre de faktiske omstændigheder, på hvilke den bygger denne påstand. Det vil sige, at virksomheden skal godtgøre dels, at den ikke har haft adgang til alle de dokumenter, som Kommissionen anvendte under sagsbehandlingen, dels at der som følge af denne manglende adgang er sket en krænkelse af dens ret til forsvar.

44. Efter at Kommissionen havde opfyldt sin forpligtelse, skulle de af proceduren omfattede virksomheder og sammenslutninger med andre ord afkræfte de belastende oplysninger, og i forbindelse hermed kunne de anvende alle til rådighed stående midler. Retten anvendte det i den appellerede doms præmis 241 og 247 nævnte bedømmelseskriterium og fandt, at den formelle mangel, nemlig sagsøgernes manglende adgang til disse dokumenter under den administrative procedure, ikke havde været relevant for retten til forsvar.

45. Bevisbyrdereglerne er således blevet nøje overholdt, og Unicems abstrakte og formalistiske tankegang må derfor afvises. Ifølge denne tankegang vil den mindste procedurefejl føre til annullation af beslutningen, uden at det er nødvendigt at undersøge, hvilken betydning fejlen eventuelt har haft for beslutningens materielle rigtighed. En sådan tankegang vil ikke sikre borgernes rettigheder yderligere, men føre til handlingslammelse i administrationen og dermed skade effektiviteten.

4) Spørgsmålet, om den appellerede doms præmis 263 og 264 er i modstrid med hinanden

46. Der findes ikke, som anført af Unicem, noget modsætningsforhold mellem de to nævnte præmisser i den appellerede dom.

47. Retten har været bevidst om, at beslutningen ikke blev vedtaget på grundlag af »en parallel adfærd på markedet« [37], hvilket Retten fastslår med henblik på at vise, at de dokumenter, som måske kunne have givet en alternativ, økonomisk begrundet forklaring på de bødepålagte virksomheders adfærd, var uden betydning [38].

48. Denne sammenhæng gør det også klart, hvad der er meningen med det af Retten anvendte kriterium for at begrænse

37 — Den appellerede doms præmis 264.

38 — Jf. for virksomhederne generelt præmis 264 og 1116. Hvad særligt angår Unicem kan der henvises til præmis 1220-1225.

de mange forskellige beviser, som kunne afkræfte de af Kommissionen fastlagte faktiske omstændigheder, til »dokumenter, som direkte angår overtrædelser«, som er fastslået i beslutningen [39]. Det vil sige, at det var korrekt at anvende reglen om, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, hvis der under den administrative procedure ikke blev givet adgang til oplysninger, som kunne imødegå de beviser, Kommissionen lagde til grund [40], og ikke blot give supplerende eller alternative forklaringer, som — hvor udmærkede de end er — ikke modsiger de i beslutningen anførte dokumenter.

49. Dette kan påvises ved et eksempel. Kommissionen fastslog på grundlag af visse dokumenter [41], at der på de europæiske cementproducenters møder den 14. januar 1983, den 19. marts 1984 og den 7. november 1984 blev indgået konkurrencebegrænsende aftaler. Det forekommer rimeligt at fastslå, at retten til forsvar blev krænket på grund af de dokumenter, som havde kunnet afkræfte indholdet af sådanne beviser, hvilket er det krav, Retten opstillede, da den omtalte en »objektiv forbindelse« mellem dokumentet og et klagepunkt, som er fastslået over for sagsøgeren i beslutningen [42].

50. På grundlag af de dokumenter, der indgik i sagen, vurderede Kommissionen, at Cembureau og sammenslutningens direkte medlemmer på delegationsledernes møde den 14. januar 1983 indgik en aftale om at respektere hjemmemarkederne og indføre regler for salg fra det ene land til det andet, og at denne aftales indhold blev bekræftet på møderne den 19. marts og den 7. november 1984. Appellantens ret til forsvar kan kun være blevet krænket ved, at virksomheden ikke fik mulighed for til sit forsvar at føre beviser, som afkræftede, at deltagerne i disse møder indgik og tilsluttede sig en sådan aftale, eller som — efter at det var godtgjort, at virksomheden ikke var til stede under møderne — gjorde det åbenbart, at den ikke deltog i nogen foranstaltning til gennemførelse af aftalen [43].

51. Når det først var godtgjort, at aftalen blev indgået og tiltrådt på disse møder, var beviser, som kunne have givet en alternativ, økonomisk begrundet forklaring på Unicems adfærd på markedet, irrelevante, og det forhold, at virksomheden ikke fik aktindsigt i de pågældende dokumenter under den administrative procedure, kunne således ikke indebære, at virksomhedens ret til forsvar blev krænket. Ved en omhyggelig læsning af den appellerede doms præmis 1220-1225 fremgår det, at de dokumenter, som appellanten ikke fik aktindsigt i, var dokumenter, som ikke kunne hævdes at tilbagevise de direkte beviser, som lægges til grund i beslutningen, og som derfor kunne betegnes som uvedkommende og irrelevante for virksomhedens forsvar.

39 — Den appellerede doms præmis 262.

40 — Jf. den appellerede doms præmis 263.

41 — De dokumenter, som er angivet i beslutningens nr. 18, 19 og 45.

42 — Jf. den appellerede doms præmis 247.

43 — Jf. den appellerede doms præmis 1416 og 1442 ff.

52. Med andre ord udledte Kommissionen af visse beviser[44], at de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som den besluttede at pålægge en bøde, havde udvist den konkurrencebegrænsende adfærd, som er beskrevet i beslutningens syv første artikler. Unicem ønskede på sin side at benytte sig af visse dokumenter, fordi de gav en anden version af de faktiske omstændigheder, men Kommissionen forhindrede virksomheden i at gøre dette. Retten genoprettede — inden for rammerne af udøvelsen af sin prøvelsesret og med henblik på at fremme sagsøgernes forsvar — situationen ved at stille samtlige sagsakter til rådighed. Efter at have hørt sagsøgerne fandt Retten, at de påberåbte dokumenter ikke kunne sætte begivenhederne i et andet lys.

53. Unicem har ikke ret i, at uanset hvilke dokumenter sagsøgerne havde fremlagt, ville det ikke have været tilstrækkeligt til at rejse tvivl om Kommissionens vurdering, for Retten har fulgt samme fremgangsmåde i andre sager som f.eks. sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen[45].

54. I dommene i disse to sager tog Retten sagsøgerens påstand om annullation til følge, fordi det i betragtning af, at visse dokumenter ikke var blevet stillet til rådighed for parterne under den administrative procedure, ikke kunne udelukkes, »at Kommissionen ville have fastslået, at overtrædelsen var mindre langvarig og mindre alvorlig, og følgelig have fastsat en mindre bøde«[46]. I en anden dom af samme dato, også i en sag anlagt af ICI mod Kommissionen[47], fandt Retten imidlertid, at et i det væsentlige tilsvarende klagepunkt ikke kunne tages til følge, for selv om den samme procedurefejl var sket, havde denne fejl ikke påvirket sagsøgerens muligheder for at udnytte sin ret til kontradiktion[48].

55. Sidstnævnte dom viser, at det afgørende for Domstolen naturligvis er, om procedurefejlen indvirker negativt på forhold vedrørende de berørte virksomheders ret til kontradiktion. Der er en indlysende forklaring på, at Retten når frem til forskellige afgørelser i sagerne Solvay mod Kommissionen og ICI mod Kommissionen på den ene side og den foreliggende sag på den anden. I dommene i de to førstnævnte sager prøvede Retten en beslutning, hvorved Kommissionen havde pålagt de sagsøgende virksomheder en bøde for at deltage i en samordnet praksis om markedsopdeling, men i modsætning til i den foreliggende sag kunne dette kun godtgøres ved hjælp af indirekte beviser, som i det væsentlige udgjordes af virksomhedernes parallelle og tilbageholdende adfærd[49]. Under disse omstændigheder havde de diskulperende

44 — De beviser, som er nævnt i beslutningens nr. 18, 19 og 45.

45 — Domme af 29.6.1995, sag T-30/91, Sml. II, s. 1775, og sag T-36/91, Sml. II, s. 1847.

46 — Henholdsvis præmis 98 og præmis 108.

47 — Sag T-37/91, Sml. II, s. 1901.

48 — Jf. præmis 66 og 70.

49 — Jf. dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, præmis 61, og dommen i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 71.

dokumenter, som der ikke kunne henvises til under sagsbehandlingen, kunnet påvirke beviskraften af disse indicier [50], idet de kunne sætte den parallelle adfærd i et andet lys. Situationen er en anden for Unicem. Unicems deltagelse i overtrædelserne blev fastslået af Kommissionen på grundlag af direkte og specifikke beviser [51], og de dokumenter, som virksomheden ikke fik adgang til under den administrative procedure, imødegik efter Rettens suveræne bedømmelse ikke indholdet af disse beviser.

56. Appellantens anbringender vedrørende den påståede tilsidesættelse af retten til kontradiktion som følge af den manglende aktindsigt i Kommissionens sagsakter må følgelig forkastes.

B — De nationale klagepunkter og beslutningen om at frafalde disse — henvisning til senere stillingtagen til spørgsmålet (fjerde og femte anbringende) [52]

57. Det klagepunkt, som Unicem fremfører med sit fjerde anbringende, er det samme, som virksomheden benytter sig af i det tiende anbringendes femte led. Tilsvarende rejser det femte anbringende det samme problem som det tolvte anbringendes første led. Jeg vil derfor tage stilling til begge disse anbringender senere i dette forslag.

C — Unicems ret til at nægte at vidne mod sig selv (syvende anbringende) [53]

1) Parternes holdning

58. Unicem har anført, at Retten har tilsidesat virksomhedens ret til at nægte at vidne mod sig selv og underkendt retspraksis fra dommen i sagen Orkem mod Kommissionen [54] i den appellerede doms præmis 733, idet Kommissionen hverken kan gøre svar fra en af proceduren omfattet virksomhed, som indebærer en erkendelse af at have begået overtrædelsen, gældende over for denne virksomhed, eller anvende sådanne svar som bevis for et retsstridigt forhold begået af en anden virksomhed, idet der herved ville kunne ske en tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling af parterne og retten til forsvar.

59. Unicem har tilføjet, at det er irrelevant, når Retten (i dommens præmis 735) fastslår, at de af proceduren omfattede virksomheder, og herunder navnlig Cembureau, ikke var forpligtet til at svare på en begæring om oplysningerfremsat i henhold

50 — Jf. henholdsvis præmis 98 og 108 i dommene.
51 — Jf. den appellerede doms præmis 263 og 264.
52 — Anbringende A.1.4 og A.1.5 i appelskriftet.
53 — Anbringende A.1.7 i appelskriftet.
54 — Dom af 18.10.1989, sag 374/87, Sml. s. 3283.

til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17, eftersom de oplysninger, som vedrørte virksomheden, ikke blev afgivet i henhold til denne bestemmelse, men i henhold til artikel 14, stk. 2. Efter Unicems opfattelse er Rettens begrundelse på dette punkt fejlagtig.

60. Kommissionen mener, at Rettens begrundelse er udtømmende, og har herved i det væsentlige anført, at erklæringer fra en part, som ikke angår denne part personligt, men derimod andre parter, ikke kan sidestilles med selvinkriminering. Desuden er et svar på et spørgsmål, som en af proceduren omfattet virksomhed ikke har pligt til at besvare, ikke en anerkendelse af faktiske forhold. Rettens argumentation i den appellerede dom er i overensstemmelse med praksis ved Fællesskabets retsinstanser og ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Den alternative opfattelse, som Unicem giver udtryk for, fører til det absurde resultat, at der må ses bort fra ethvert vidneudsagn vedrørende eksistensen af en konkurrencebegrænsende aftale.

2) Et grundløst klagepunkt

61. Retten til at nægte at vidne mod sig selv og til at nægte at erklære sig skyldig indgår som instrumentale garantier i den generelle ret til forsvar, som den i sin passive form er med til at sikre, og den er nært forbundet med uskyldsformodningsprincippet. Denne ret indebærer, at den berørte person kan forholde sig passivt, og at anklageren skal afholde sig fra enhver form for tvang med henblik på at få ham til udtrykkeligt eller stiltiende at erklære sig skyldig [55].

62. Dette er grunden til, at »Kommissionen ikke [må] pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger« [56]. Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at virksomheden besvarer sådanne spørgsmål frivilligt.

63. Dette må være rækkevidden af de beføjelser, som forordning nr. 17 tillægger Kommissionen, og i medfør af hvilke den kan indhente oplysninger fra de berørte virksomheder, som har pligt til at afgive disse oplysninger, medmindre oplysningerne kan inkriminere dem. Det samme gælder for Kommissionens kontrolbeføjelser.

55 — Hvad angår indholdet af disse rettigheder kan der henvises til to vigtige domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, nemlig dom af 8.2.1996, Murray mod Det Forenede Kongerige, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-I, præmis 40 ff., og af 17.12.1996, Saunders mod Det Forenede Kongerige, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-VI, præmis 67 ff. Den retspraksis, som er fastlagt i disse to afgørelser, er senere blevet fulgt i bl.a. dom af 19.9.2000, I.J.L., G.M.R. og A.K.P mod Det Forenede Kongerige, af 21.12.2000, Heaney og McGuinness mod Irland, og af 3.5.2001, J.B. mod Schweiz.

56 — Dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, præmis 35.

64. Beviser, som er tilvejebragt på en måde, som indebærer en tilsidesættelse af disse garantier, er ikke gyldige og kan følgelig ikke anvendes imod den anklagede.

65. Det ovenfor anførte viser klart, at Unicems klagepunkt er grundløst.

66. Appellanten har på intet tidspunkt anført, at de oplysninger, som er gjort gældende imod virksomheden, er udledt af erklæringer afgivet under pres af virksomheden selv eller andre virksomheder, eller at der i modsætning til, hvad jeg netop har anført, skulle være noget til hinder for at anvende oplysninger, som er afgivet frivilligt.

67. Som det fremhæves i den appellerede doms præmis 733 hidrørte de oplysninger, som blev gjort gældende mod Unicem, desuden ikke fra virksomheden selv, men fra andre virksomheder. Som antydet ovenfor angår retten til at nægte at vidne mod sig selv og retten til at nægte at tilstå den anklagedes egen person: Den anklagede kan ikke være forpligtet til udtrykkeligt at erklære sig skyldig eller til at afgive oplysninger, som inkriminerer ham. Imidlertid kan enhver tanke om gensidighed udelukkes. Der er intet til hinder for, at erklæringer, som er afgivet af en anden person, og som eventuelt ikke kan anvendes imod denne, gøres gældende over for den anklagede [57].

68. Unicems påstand, som er beskrevet ovenfor i punkt 58, lider af to fejl.

69. Den første er af dogmatisk art. De rettigheder, jeg her skal undersøge, udgør grundlæggende garantier, som gælder i forhold til de offentlige myndigheders udøvelse af straffebeføjelser, uanset om der er tale om administrative sager, som kan føre til bødepålæggelse, eller om straffesager. Der er tale om rettigheder, som skal skabe lighed, hvor der er ulighed: mellem de offentlige myndigheder og borgerne, som skal beskyttes mod uretmæssig tvang [58]. Disse rettigheder har intet at gøre med princippet om processuel ligestilling, som tager sigte på at opretholde den lighed, der som udgangspunkt er mellem procesførende, som gør deres rettigheder gældende ved en upartisk instans, der skal træffe afgørelse i sagen. Der er således intet til hinder for, at erklæringer, som er afgivet af én anklaget, anvendes imod en anden.

70. Den anden er af praktisk art. Som Kommissionen har anført, vil det, hvis man følger appellantens tese, indebære, at det bliver umuligt at godtgøre sådanne former

57 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i en anden sammenhæng (analyse af blod eller urin) fastslået noget, som er relevant i relation til Unicems argument: Retten til at nægte at vidne mod sig selv omfatter ikke oplysninger, som foreligger, uden at den anklagede har indflydelse på dette (jf. dommen i sagen Saunders mod Det Forenede Kongerige, præmis 69). Denne ret yder således ikke beskyttelse mod oplysninger, som hidrører fra tredjemand.

58 — Jf. DEMD's dom i sagen Murray mod Det Forenede Kongerige, præmis 45, og i sagen Saunders mod Det Forenede Kongerige, præmis 68.

for adfærd, som er omhandlet i denne sag, og at der ikke kan pålægges sanktioner for disse. I dommen i sagen Orkem mod Kommissionen fremhæves behovet for at finde en afbalancering, der sikrer, at Kommissionens tiltag er effektive, samtidig med at der tages hensyn til de rettigheder, der tilkommer de virksomheder, som er genstand for en undersøgelse og eventuelt en procedure, som kan føre til pålæggelse af sanktioner. Dette er betydningen af den appellerede doms præmis 32-35.

71. Endelig har Retten ikke begået den fejl, som Unicem nævner, for i den appellerede doms præmis 735 kan man læse, at de omhandlede oplysninger hidrører fra en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17. Selv hvis Unicem havde haft ret, ville det have været uden betydning, for vidneudsagnet kom ikke fra Unicem, men fra Cembureau, som selv kunne afgøre, om den ville besvare de spørgsmål, som blev stillet. Appellanten har ikke bestridt disse to konstateringer, som findes i den nævnte præmis i den appellerede dom.

72. Følgelig må også dette anbringende forkastes.

2 — *Cembureau-aftalen og Unicems deltagelse i aftalen og foranstaltningerne til dens gennemførelse (anden gruppe af anbringender)*

73. I denne del af appelskriftet har Unicem anført, at Rettens dom indeholder en fejlagtig begrundelse, og at Retten har tilsidesat retsregler og begået fejl i forbindelse med bedømmelsen af beviserne.

A — Spørgsmålet om, hvorvidt Cembureau-aftalen fandtes, og karakteren af denne (niende anbringende)

74. Dette anbringende består af fire led, hvoraf det første (forkert afgrænsning af det relevante marked) er blevet forkastet som åbenbart ugrundet ved kendelse af 5. juni 2002.

1) Fejlagtig bedømmelse af de direkte dokumentbeviser (første del af det niende anbringendes andet led) [59]

a) Parternes holdning

75. Ifølge appellanten beviser de dokumenter, som Retten har henvist til, og som Kommissionen fremførte som beviser under den administrative procedure, ikke, at virksomheden deltog i Cembureau-aftalen.

59 — Anbringende B.1.2 i appelskriftet (s. 26-29 i den originale italienske tekst).

76. Kommissionen har anført, at anbringendet må afvises, idet Unicem ikke har gjort gældende, at førsteinstansen har gengivet beviserne forkert, men ønsker, at beviserne pådømmes endnu en gang ved Domstolen.

77. Efter Unicems opfattelse godtgør ingen af de nedenfor nævnte dokumenter, at virksomheden deltog i aftalen:

i) De interne notater fra Blue Circle

78. Disse notater vedrører udelukkende importen til Det Forenede Kongerige. Selv hvis det antages, at de beviser, at der fandtes en konkurrencebegrænsende aftale, ville virkningerne af en sådan aftale således ikke gøre sig gældende i hele Europa, men kun i visse lande.

ii) Kalogeropoulos' erklæring

79. I forbindelse med vurderingen af den erklæring, Kalogeropoulos afgav under mødet i Heracles' bestyrelse, fandt Retten ikke, at det var nødvendigt at finde forklaringer på problemerne i virksomheden. Under omtalen af enaftale mellem de europæiske cementproducenter blev Cembureau ikke nævnt.

iii) Cembureaus indrømmelse

80. Dette bevis indeholder ikke nogen omtale af, at Unicem eventuelt skulle have deltaget i aftalen.

iv) Indkaldelsen til delegationsledernes møde den 14. januar 1983

81. Dette dokument omhandler det hensigtsmæssige i at bremse de negative følger af importen af cement, men Retten har ikke påvist, at det eksempel, der nævnes på forholdsregler, som burde træffes, var samhandelen mellem Belgien og Nederlandene, som var omhandlet af en protokol.

v) Godkendelsen af Cembureau-aftalen på delegationsledernes møde den 7. november 1984

82. Den sætning, Kommissionen henviser til som bevis for, at Cembureau-aftalen

fandtes (»at opnå en aftale mellem de største europæiske eksportører«), godtgør ikke, at aftalen allerede var indgået, men snarere, at den endnu ikke var vedtaget. Unicem har tilføjet, at det af denne sætning højst kan udledes, at der fandtes en aftale, som var undertegnet af de største europæiske cementproducenter, og Unicem var ikke blandt disse.

b) En argumentation alene vedrørende de faktiske omstændigheder

83. Uanset Unicems bestræbelser på at godtgøre det modsatte rækker virksomhedens argumenter ikke videre end til at angå fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder; de er udtryk for en anden vurdering af de foreliggende dokumenter, men viser på ingen måde, at de foreliggende beviser er blevet bedømt på en vilkårlig og ulogisk måde.

84. Set i dette perspektiv må anbringendet afvises. Domstolen skal som appelinstans kun beskæftige sig med dette område, hvis almindelige fællesskabsretlige bestemmelser eller principper er blevet tilsidesat i forbindelse med bevisernes tilvejebringelse, eller hvis Retten i forbindelse med bedømmelsen af beviserne har tilsidesat reglerne om bevisbyrde og bevisvurdering ved at foretage en ulogisk og vilkårlig vurdering og følgelig gengive beviserne forkert. Domstolen kan kun afhjælpe en eventuel forkert retsanvendelse foretaget i første instans; den kan aldrig fastlægge de faktiske omstændigheder, kun kontrollere den retlige subsumption af disse [60].

85. Det vil være hensigtsmæssigt at beskrive den af Retten anvendte fremgangsmåde, hvorved Kommissionens vurdering af beviserne delvis blev bekræftet. På grundlag af visse dokumentbeviser, som den betegnede som direkte beviser [61], udledte den, at der på delegationsledernes møde den 14. januar 1983 blev vedtaget en aftale, som var i strid med traktatens daværende artikel 85, stk. 1, idet den havde til formål »at beskytte hjemmemarkederne og indføre regler for salg fra et land til et andet, dvs. opdeling af markeder«, og som blev bekræftet på mødet den 7. november 1984 [62]. Unicem, som var direkte medlem af Cembureau, deltog ikke i disse to møder [63], men på grundlag af virksomhe-

60 — Jf. punkt 27 i det forslag til afgørelse, jeg fremsatte den 3.5.2001 i den sag, der gav anledning til dom af 10.7.2001, sag C-315/99 P, Ismeri Europa mod Revisionsretten, Sml. I, s. 5281, og de domme, der er nævnt i fodnote 17 i forslaget, samt i præmis 19 i selve dommen i sagen Ismeri Europa mod Revisionsretten. Blandt de nyere domme afsagt af Domstolen kan der henvises til dom af 21.6.2001, forenede sager C-280/99 P — C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4717, præmis 78.

61 — De beviser, som er nævnt i nr. 18, 19 og 45. Jf. også den appellerede doms præmis 861 ff., herunder hvad angår de interne notater fra Blue Circle nærmere bestemt præmis 875-901, hvad angår Kalogeropoulos' erklæring præmis 902-913, hvad angår Cembureaus indrømmelse præmis 914-919, hvad angår indkaldelsen til delegationsledernes møde den 14.1.1983 præmis 930-941, og hvad angår mødet den 7.11.1984, hvorunder Cembureau-aftalen blev bekræftet, præmis 1028-1046.

62 — Jf. beslutningens nr. 45, punkt 9, og den appellerede doms præmis 1003, 1046, 1086 og 1095.

63 — Og heller ikke på mødet den 19.3.1984.

dens deltagelse i forskellige gennemførelsesforanstaltninger til aftalen blev det — ligesom for de indirekte medlemmers vedkommende — udledt, at den havde tiltrådt aftalen [64].

86. En sådan anvendelse af indiciebeviser er fuldstændig korrekt [65]. Den består i, at visse inkriminerende omstændigheder anses for godtgjort på grundlag af formodninger støttet på fornuft og logik samt den fælles forståelse og erfaring. I den henseende må der tages udgangspunkt i en række godtgjorte forhold, som efter et ræsonnement på grundlag af almindelig dømmekraft gør det muligt at konkludere, at visse faktiske omstændigheder må anses for bevist.

87. Det er dette, Retten har gjort. På grundlag af en række faktiske omstændigheder (afholdelsen af de forskellige møder, vedtagelsen af aftaler under disse møder, Unicems deltagelse i visse gennemførelsesforanstaltninger) anser Retten det for bevist, at der fandtes et kartel, som virksomheden tilsluttede sig. Denne tese er rimelig og tilstrækkeligt beskrevet i den appellerede dom.

64 — Jf. den appellerede doms præmis 1416, 1442, 3744 og 3745 samt 4243-4247.

65 — Jf. domme af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 96, dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, præmis 155, og sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 181.

88. Derimod er det helt ved siden af at analysere hvert enkelt bevis separat og på dette fordrejede grundlag foreslå en anden vurdering, hvor der lægges vægt på en eventuel modstrid mellem de forskellige dokumenter.

2) De påståede selvmodsigelser i Rettens argumentation vedrørende eksistensen af Cembureau-aftalen (anden del af det niende anbringendes andet led) [66]

a) Parternes holdning

89. Unicem har fremhævet forskellige passager i den appellerede dom (præmis 996, 1048, 1049 og 4072), som efter virksomhedens opfattelse klart viser, at Rettens argumentation er behæftet med selvmodsigelser, unøjagtigheder og uklarheder.

90. Efter Kommissionens opfattelse må dette anbringende afvises, fordi Unicem ikke har anført, hvilke passager i dommen der er utilstrækkeligt begrundede. Appellanten blander Rettens bemærkninger sammen med bemærkninger fra Kommissionen selv, som citeres i dommen. Det er tilfældet hvad angår præmis 4072. I de øvrige præmisser, som nævnes i forbindelse med dette anbringende, ser Kommissionen ingen selvmodsigelser.

66 — Anbringende B.1.2 i appelskriftet (s. 29 og 30 i den originale italienske tekst).

b) Spørgsmålet, om de nævnte præmisser i Rettens dom er selvmodsigende

91. Jeg forstår ikke Kommissionens holdning til dette klagepunkt, for i appelskriftet er det klart angivet, hvilke præmisser der efter Unicems opfattelse er selvmodsigende.

92. Den påståede uoverensstemmelse findes imidlertid ikke. Unicem lægger her, som i forbindelse med det foregående anbringende og andre steder i appelskriftet, igen op til en partisk, ensidig og fordrejet fortolkning af dommen.

93. Det forhold, at handelen med cement i Fællesskabet ikke blev drøftet ved møderne den 30. maj 1983 og den 10. juni 1985, og at der således ikke blev drøftet nogen opdeling af hjemmemarkederne (den appellerede doms præmis 996 og 1048), indebærer ikke, at Cembureau-aftalen ikke kan være blevet indgået på mødet den 13. januar 1983 eller bekræftet på møderne den 19. marts og den 7. november 1984 (præmis 1049), således som Retten fastslog efter at have vurderet de forelagte beviser. Der er heller ikke tale om uklarheder. Efter Rettens opfattelse havde nogle af møderne (de tre sidstnævnte) et ulovligt formål, mens andre ikke havde det.

94. Den appellerede doms præmis 4072 [67] er ordret afskrevet efter passager i beslutningen, hvori der foretages en analyse af de forskellige subjektive tilknytningsmomenter, som er anført i beslutningen med henblik på at retfærdiggøre, at Cembureau-aftalen blev anset for en samlet og kontinuerlig aftale. Som anført af Kommissionen er disse ord ikke Rettens, og de kan derfor ikke bruges til at bevise, at dens argumentation er selvmodsigende eller uklar.

95. Unicem udtrykker undren over, at Retten (i virkeligheden Kommissionen) har forbundet de bilaterale situationer med de »ulovlige«møder og ikke med de møder, hvorunder der ikke blev drøftet nogen konkurrencebegrænsende aftale. Den blotte tilkendegivelse af undren — uden andre kritikpunkter — er ikke tilstrækkelig til at så tvivl om rigtigheden af den vurdering, Retten har foretaget i den appellerede doms præmis 4072 under udøvelsen af sin kompetence til at bedømme beviserne.

67 — »Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning«, XII, A, 2.2.

3) Det forhold, at Cembureau-aftalen er blevet anset for en samlet aftale (niende anbringendes tredje led) [68]

a) Parternes holdning

96. Unicem har kritiseret Retten for, at den har anset Cembureau-princippet for en »samlet aftale«. Efter Unicems opfattelse indebærer dette begreb, at der er tale om en enkelt og uafbrudt adfærd, hvorimod de forhold, som er påtalt i sagen, ikke indebærer en »samlet adfærd«, men et »fælles forsæt«. Der foreligger ikke en enkel og uafbrudt linje, eftersom der er forløbet lange perioder mellem de forskellige møder. Det forhold, at der forløb fjorten måneder mellem møderne den 14. januar 1983 og den 19. marts 1984, udelukker i henhold til praksis ved Fællesskabets retsinstanser [69], at der kan være tale om en samlet aftale.

97. Kommissionen mener, at Unicem læser den appellerede dom forkert og lidt for frit. I den appellerede doms præmis 1004-1027 henvises der til en række omstændigheder, som klart fremgår af referaterne og forskellige mødenotater. Disse omstændigheder bortvejrer enhver tvivl: mødet i marts 1984 blev afholdt som en fortsættelse af mødet i januar 1983. Den dom, Unicem henviser til, er ikke relevant for sagen her.

b) Begrebet samlet og kontinuerlig aftale og spørgsmålet om anvendelse heraf på Cembureau-kartellet

98. Aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis generelt — herunder også de handlinger, hvorved aftalerne eller vedtagelserne iværksættes eller gennemføres — er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, når de kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne og har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. En enkeltstående handling, en række handlinger og en sammenhængende adfærd kan derfor udgøre en tilsidesættelse af denne bestemmelse [70]. Det afgørende er, om der foreligger et fælles subjektivt element og et fælles forsæt til overtrædelse, som forbinder de forskellige handlinger [71].

99. De samlede aktiviteter, som indgår i et system for afholdelse af regelmæssige møder med det formål at sikre overholdel-

68 — Anbringende B.1.3 i appelskriftet.

69 — Unicem henviser til Rettens dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, Sml. II, s. 441.

70 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 81.

71 — Jf. dommen i sagen Montecatini mod Kommissionen, præmis 195.

sen af hjemmemarkedsprincippet, hvilket bl.a. omfatter vedtagelse af foranstaltninger til udveksling af prisoplysninger og forsøg på at overtale og lægge pres på importører, som truer stabiliteten på markederne, kan som udgangspunkt anses for en samlet og kontinuerlig overtrædelse.

100. I denne forbindelse er det irrelevant, at en af de omhandlede former for adfærd isoleret set udgør en selvstændig tilsidesættelse af traktatens artikel 85 [72], ligesom det også er uden betydning, at en virksomhed ikke har deltaget i samtlige de elementer, som skal være til stede for, at der foreligger et kartel, at den kun har spillet en mindre rolle [73], eller at den ikke har gennemført det [74].

101. En virksomhed, der deltager i en sådan overtrædelse gennem egne handlinger for at bidrage til opfyldelsen af det fælles formål, er for hele det tidsrum, hvor den deltager i overtrædelsen, også ansvarlig for de handlinger, andre virksomheder foretager som led i den samme overtrædelse. »Dette er nemlig tilfældet, når der er ført bevis for, at den pågældende virksomhed var bekendt med de øvrige deltageres ulovlige adfærd eller med rimelighed kunne forudse den, og at den var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko« [75].

102. Begreberne »samlet aftale« og »fælles forsæt« udelukker ikke hinanden, hvilket tilsyneladende er appellantens opfattelse. Det sidstnævnte begreb er en forudsætning for det første. Ganske vist kan et strafbart formål forfølges ved hjælp af forskellige former for adfærd, som ikke åbenbart har tilknytning til hinanden. Men når der foruden samme formål er tale om, at alle de enkeltstående handlinger indgår i en samlet handlingsplan, er det berettiget at tale om en enkelt aftale, som fortsat har virkninger.

103. Retten begrunder i den appellerede doms præmis 4025-4417, hvorfor Cembureau-princippet kan anses for en samlet og kontinuerlig aftale, idet Retten undersøger hver enkelt virksomheds deltagelse i overtrædelsen.

104. Unicem har ikke anfægtet Rettens argumentation, men har ikke anerkendt, at der kan være tale om en sådan adfærd, fordi der gik fjorten måneder mellem de to første af delegationsledernes møder.

72 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 81.

73 — Dette har dog betydning for vurderingen af overtrædelsens grovhed og følgelig for udmålingen af bøden (jf. præmis 90 i dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni).

74 — Jf. dom af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 50.

75 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 83. Jf. ligeledes præmis 203.

105. I præmis 1004-1027 begrundes det tilstrækkeligt klart, hvorfor der er tale om et og samme formål, og hvorfor der er en forbindelse mellem mødet den 14. januar 1983, hvor Cembureau-aftalen blev vedtaget, og mødet den 19. marts det følgende år, hvor den blev bekræftet. Der henvises til dokumenter, som godtgør, at der var den fornødne kontinuitet mellem de to møder: referatet af eksekutivkomitéens møde den 9. november 1983, meddelelsen til formanden med henblik på mødet den 19. marts 1984 samt dagsordenen for og mødenotaterne fra mødet. Appellanten har hverken afkræftet relevansen af disse dokumenter eller påvist, at de faktiske konstateringer, som Retten lagde til grund efter at have vurderet disse, ikke er rigtige.

106. Den af Retten afsagte dom, som Unicem henviser til [76] som juridisk grundlag for dette anbringende, er ikke i modstrid med ovenstående betragtninger af den enkle grund, at den faktiske baggrund for denne dom var en anden, idet Kommissionen ikke havde fremlagt beviser for den uafbrudte karakter af overtrædelsen.

107. Henset til det ovenfor anførte må det niende anbringende forkastes i det hele.

B — Den regelmæssige udveksling af prisoplysninger (tiende anbringende) [77]

108. Unicem, som er draget til ansvar for den adfærd, som er beskrevet i beslutningens artikel 2, stk. 2, litra b), har delt dette anbringende op i fem led. I forbindelse med samtlige disse gøres det gældende, at Rettens begrundelse er mangelfuld.

1) Parternes holdning

a) Ulogisk begrundelse (første led)

109. Efter appellantens opfattelse er den begrundelse, som Retten anfører i den appellerede doms præmis 1651 ff. til støtte for, at virksomheden kan pålægges et ansvar, ulogisk. Unicem har herved fremført følgende argumenter: a) hvis de oplysninger, som blev udvekslet, var offentligt tilgængelige fra flere forskellige kilder, hvordan har de så lettet gennemførelsen af Cembureau-aftalen?; b) Rettens begrundelse fører til det paradoksale resultat, at ingen udveksling af oplysninger nogensinde

76 — Dommen i sagen Dunlop Slazenger mod Kommissionen.

77 — Anbringende B.2 i appelskriftet.

vil være lovlig, eftersom der altid vil være virksomheder, der — fordi de tilfældigvis råder over de pågældende oplysninger — vil kunne udnytte dem til ulovlige formål; og c) anvendelsen af de pågældende oplysninger under delegationsledernes møder beviser ikke, at der hvad angår de konkurrencebegrænsende virkninger er en forbindelse mellem disse og de møder, hvor en lovlig udveksling af oplysninger fandt sted.

110. Desuden mener Unicem, at Rettens udtalelser herom er i strid med et centralt princip i konkurrenceretten om, at en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 forudsætter, at de udvekslede oplysninger kan betragtes som forretningshemmeligheder.

111. Kommissionen har heroverfor anført, at der ikke i den appellerede doms præmis 1651 og 1652 tages stilling til dette spørgsmål, idet der er tale om en gentagelse af redegørelsen i præmis 1639-1643 for grundene til, at udvekslingen af oplysninger udgjorde en tilsidesættelse af konkurrencereglerne inden for rammerne af Cembureau-aftalen. Efter at have undersøgt de af Kommissionen nævnte dokumenter anfører Retten i præmis 1644, at udvekslingen af oplysninger udgjorde en gennemførelsesforanstaltning til aftalen. Ifølge det i præmis 1651 og 1652 anførte viser det forhold, at de italienske virksomheder skønnede det nødvendigt at rundsende oplysninger, som var tilgængelige fra andre kilder, i denne sammenhæng, at de tilsluttede sig de beslutninger, der blev truffet inden for rammerne af Cembureau-princippet.

b) Fejlagtig begrundelse vedrørende lovligheden af informationsudvekslingerne (andet led)

112. Under sagen for Retten gjorde Unicem gældende, at selv hvis der havde været tale om følsomme oplysninger, ville udvekslingen heraf kun kunne forbydes på et oligopolistisk marked, hvilket markedet for cement ikke var. Under sagen her har Unicem anført, at Retten ikke har forstået dette argument korrekt, men opfattet det modsat, således at der ifølge appellanten skulle have været tale om et oligopolistisk marked. Rettens begrundelse er derfor fejlagtig.

113. Kommissionen har anført, at der er tale om en åbenbar fejl i affattelsen af dommen, som ikke engang i den italienske version medfører ugyldighed af Rettens vurdering af, at Unicems påstand om, at informationsudvekslingerne styrkede konkurrencen på markedet, blev modbevist af bemærkningerne i præmis 1630-1647.

114. Unicem har heroverfor anført, at fejlen i dommens affattelse, som virksomheden ikke havde mulighed for at opdage, indebærer en tilsidesættelse af virksomhedens ret til kontradiktion, idet den formulerede dette anbringende på grundlag af den kopi af dommen, som den modtog. Hvis

virksomheden havde fået den korrekte tekst, havde den udarbejdet appelskriftet anderledes. Unicem har tilføjet, at det af Kommissionen anførte (at fejlen ikke ugyldiggør Rettens argumenter) er irrelevant, idet dommens begrundelse på dette punkt er fuldstændig uforståelig og i strid med EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF).

115. Kommissionen har i duplikken anført, at den ikke forstår, hvordan Unicems ret til kontradiktion skulle være blevet tilsidesat på grund af en unøjagtighed, som er uden betydning for indholdet af virksomhedens påstande, som Retten har forkastet på behørig vis.

c) Ulogisk begrundelse vedrørende spørgsmålet, om informationsudvekslingerne var egnede til at lette gennemførelsen af Cembureau-aftalen (tredje led)

116. Unicem har kritiseret Rettens dom for ikke at forholde sig kritisk til Kommissionens grundlag for at antage, at en række informationsudvekslinger, som fandt sted fra 1981, fra 1984 blev til gennemførelsesforanstaltninger til Cembureau-aftalen. Kommissionens argumentation indeholder ingen beviser, kun indicier, og Retten har gjort sig skyldig i samme fejl.

117. Appellanten har tilføjet, at virksomheden ligesom Cementir og Italcementi aldrig har eksporteret cement til andre markeder i Fællesskabet, og den hypotese, som fremsættes i den appellerede doms præmis 1725, er derfor ikke støttet på beviser. Tilsvarende indvendinger kan rettes mod præmis 1726. Yderligere udgør den følgeslutning, som Kommissionen og Retten drager, ikke i henhold til omfattende praksis ved Fællesskabets retsinstanser den eneste mulige forklaring på denne adfærd, men blot en mistanke, som har samme beviskraft som de forklaringer, de sanktionspålagte virksomheder har anført i stævningerne.

118. Efter Kommissionens opfattelse kan den appellerede doms præmis 1725-1727 ikke siges at være ulogiske.

d) Begrundelsen indeholder en cirkelslutning (fjerde led)

119. Unicem har anført, at Retten har begået en fejl ved at betragte virksomhedens deltagelse i udvekslingen af prisoplysninger som bevis for, at den var involveret i Cembureau-aftalen, og dens deltagelse i denne aftale som bevis for, at den var indforstået med disse informationsudvekslinger (den appellerede doms præmis 1698).

120. Efter appellantens opfattelse er det åbenbart, at denne argumentation er udtryk for en cirkelslutning. Hverken Kommissionen eller Retten har fremlagt noget bevis for, at informationsudvekslingerne i sig selv var ulovlige. Hvis denne adfærd er lovlig, og virksomheden kun er pålagt sanktioner for at have lettet anvendelsen af Cembureau-aftalen, kunne informationsudvekslingerne ikke samtidig anvendes som bevis for, at der var tale om en »samlet« aftale.

121. Kommissionen har anført, at appellantens argument ikke hænger sammen med de bemærkninger, der er fremsat i den appellerede dom. I præmis 1698 anføres det, at der på grundlag af de oplysninger, som er anført i præmis 4243-4247, er ført bevis for, at Unicem deltog i Cembureau-aftalen fra den 9. september 1986. I disse præmisser anføres det, at Unicems deltagelse i oprettelsen af European Task Force og senere i de foranstaltninger, der i henhold til denne aftale blev truffet med det formål at forhindre Calcestruzzis import af cement fra Grækenland, var udtryk for, at selskabet tilsluttede sig Cembureau-princippet. Rettens begrundelse er således ikke udtryk for en cirkelslutning.

e) Fejlagtig begrundelse hvad angår tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet (fjerde anbringende og tiende anbringendes femte led)

122. Ifølge Unicem udgjorde det en tilsidesættelse af virksomhedens ret til ligebehandling, at klagepunkterne vedrørende den regelmæssige udveksling af prisoplysninger enten ikke blev fastslået over for andre italienske virksomheder, herunder særlig Associazione italiana tecnico-economica del cemento, eller senere blev trukket tilbage ved beslutningen om at frafalde de »nationale klagepunkter«.

123. Ifølge appellanten er det åbenbart, at Retten har begået en retlig fejl, idet det er ulogisk ikke at tage hensyn til Fællesskabets retsinstansers faste praksis for, at der kan pålægges sanktioner for adfærd, som er udvist af virksomhedssammenslutninger, igennem hvilke informationsudvekslingerne finder sted.

124. Kommissionen har under henvisning til kendelsen i sagen Unifruit Hellas mod Kommissionen [78] anført, at anbringendet bør afvises, eftersom Unicem ikke har angivet, hvilke præmisser i dommen kritikken går på.

125. Hvad angår realiteten har Kommissionen anført, at det er korrekt, når det i den appellerede dom er fastslået, at selv om sammenslutningen ikke blev draget til ansvar for den i beslutningens artikel 2, stk. 2, omhandlede overtrædelse, kan Unicem ikke fritages for det ansvar, som virksomheden uden tvivl bærer [79].

78 — Kendelse af 5.2.1997, sag C-51/95 P, Sml. I, s. 727.

79 — Kommissionen har henvist til dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (der går under betegnelsen »cellulose II-dommen«), Sml. I, s. 1307, præmis 146.

126. Appellanten finder det ikke særlig sandsynligt, at Kommissionen ikke skulle have fundet frem til de relevante præmisser i dommen, og at den derfor mener, at anbringendet skal afvises, for de pågældende præmisser er angivet i replikken (præmis 1700-1702).

2) Unicem og den regelmæssige udveksling af prisoplysninger (det tiende anbringendes tre første led)

127. Det er en ubestridt faktisk omstændighed, at der fandt en regelmæssig udveksling af prisoplysninger sted, og en sådan faktisk omstændighed kan ikke anfægtes under en appelsag. Det betvivles heller ikke, at Unicem deltog i denne udveksling af prisoplysninger fra den 9. september 1986 til den 31. december 1988 [80]. Det afgørende er, at Kommissionen anså denne praksis, som startede i 1981, for — fra 1984 — at udgøre en gennemførelsesforanstaltning til Cembureau-aftalen, fordi den lettede dens gennemførelse [81].

128. Ifølge Retten er Kommissionens konklusion korrekt. Den er støttet på faktiske omstændigheder, der er fuldt ud godtgjort, og som er uomtvistede: 1) afholdelsen af delegationsledermøder, hvor der blev givet udtryk for bekymring for den mærkbare nedsættelse af visse priser, og hvor der blev videregivet oplysninger desangående, 2) oversigten over »de indenlandske priser«, som der henvises til i den appellerede doms præmis 1646, og som blev uddelt under delegationsledernes møde den 30. maj 1983 [82], og 3) udvekslingen af oplysninger, som var egnede til at vise tendenserne i de prisforskelle, der fandtes mellem de forskellige Cembureau-medlemslande [83], og til at give informationer, der gjorde det muligt at fastsætte priserne på et niveau, der begrænsede fristelsen til at eksportere [84]. Retten udleder af disse faktiske omstændigheder, at den regelmæssige udveksling af oplysninger, der fandt sted fra og med indgåelsen af Cembureau-aftalen, blev anvendt til at gennemføre kartellet [85].

129. På denne baggrund er der slet ikke hold i det klagepunkt, som Unicem fremfører i det tiende anbringendes første led. Den appellerede doms præmis 1651, som er en delvis afskrift af beslutningens nr. 47, punkt 14, andet led, skal ikke læses isoleret. Den omstændighed, at oplysningerne var offentligt tilgængelige, udelukker ikke, at Unicems formål med at udbrede disse

80 — Jf. den appellerede doms præmis 1698 og 4340.

81 — Beslutningens nr. 47, punkt 13.

82 — I dommen anføres ved en fejl, at det var i mødet den 14.1.1983, men i beslutningens nr. 16, punkt 5, henvises der til mødet den 30.5.1983.

83 — Jf. den appellerede doms præmis 1643.

84 — Udvekslingerne gav »mulighed for, at når en potentiel kunde i et andet medlemsland rettede forespørgsel til en virksomhed, kunne denne få oplysninger om det generelle niveau for de gældende priser på det pågældende tidspunkt i det pågældende land og tilpasse sine eksportpriser hertil for at få kunden til at opgive at købe cement i udlandet og således undgå at konkurrere med de lokale producenter« (den appellerede doms præmis 1642).

85 — Jf. den appellerede doms præmis 1644-1646.

oplysninger var at medvirke til og lette gennemførelsen af Cembureau-aftalen. Desuden kan en adfærd, der som udgangspunkt er lovlig, blive retsstridig, hvis den anvendes til at gennemføre en konkurrencebegrænsende aftale [86].

130. Klagepunktet må på ét punkt afvises fra realitetsbehandling, nemlig med hensyn til den passage, hvor Unicem anfører, at anvendelsen af prisoplysninger under delegationsledernes møder ikke beviser, at der var en forbindelse af konkurrencebegrænsende karakter mellem disse og de møder, hvor en lovlig udveksling af oplysninger fandt sted. Denne del af anbringendet vedrører beviserne, og eftersom appellanten blot er uenig i Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, må anbringendet på dette punkt uden videre afvises.

131. Det fremgår af det ovenfor anførte, at også dette anbringendes tredje led er grundløst. Unicem beskylder Kommissionen og Retten for »uden noget bevis«, men alene på grundlag af »indicier« at have udledt, at udvekslingen af prisoplysninger fra 1984 blev anvendt til at lette gennemførelsen af Cembureau-aftalen. Unicem begår imidlertid en fejl ved at sidestille »indicier«med fravær af beviser, for som jeg allerede har anført i punkt 86 i dette forslag til afgørelse, kan faktiske omstændigheder udmærket godtgøres på grundlag af indicier. I punkt 128 har jeg redegjort for, hvordan Retten nåede frem til, at beslutningen i denne henseende er juridisk korrekt, og appellanten har med dette klagepunkt således ikke bevist, at den appellerede dom ikke er rigtig.

132. Unicem har med det tiende anbringendes tredje led også anført, at Retten opstiller en ulogisk begrundelse i den appellerede doms præmis 1725-1727 i forbindelse med afvisningen af Unicems argument om, at eftersom virksomheden ikke eksporterede til andre europæiske lande på det pågældende tidspunkt, var dens deltagelse i udvekslingen af oplysninger ikke konkurrencebegrænsende. Igen foreslår appellanten en partisk og usammenhængende fortolkning af den appellerede afgørelse. Retten tager i de tre omhandlede præmisser på behørig vis stilling til sagsøgerens argument. Når det var godtgjort, at Unicem deltog i informationsudvekslingerne, og fastslået, at disse fra 1984 havde til formål at lette gennemførelsen af Cembureau-aftalen om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet (præmis 1634 ff.), beviste den omstændighed, at de italienske producenter ikke eksporterede til andre medlemsstater, ikke, at virksomheden ikke havde interesse i informationsudvekslingen som en foranstaltning til gennemførelse af Cembureau-princippet. Når de omhandlede passager læses på denne måde og i sammenhæng med de øvrige dele af dommen, som omhandler dette spørgsmål, er begrundelsen i den appellerede dom hverken ulogisk eller blottet for beviser. De grundlæggende faktiske omstændigheder, som lå til grund

86 — Jf. punkt 134 i mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-204/00 P, Aalborg Portland mod Kommissionen, Sml. 2004 I, s. 133. Jf. endvidere den appellerede doms præmis 1634 og 1638.

for klagepunktet, var bevist, og Unicem og de øvrige italienske producenter forsøgte derfor at retfærdiggøre deres adfærd ud fra en anden synsvinkel.

133. I forbindelse med dette anbringendes første led anføres det, at det er et centralt princip i konkurrenceretten, at en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 »forudsætter, at de udvekslede oplysninger kan betragtes som forretningshemmeligheder« [87]. Dette udsagn er i sin bogstavelige betydning imidlertid ikke korrekt. Spørgsmålet om, hvorvidt en aftale om udveksling af oplysninger mellem konkurrenter er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, afhænger ganske vist som hovedregel af, om de udvekslede oplysninger er forretningshemmeligheder [88], men der er undtagelser, og en af disse er netop den situation, som er omhandlet i den appellerede dom.

134. Kommissionen har ikke påtalt udvekslingen af prisoplysninger som en selvstændig konkurrencebegrænsende adfærd; den har derimod påtalt den pågældende praksis, for så vidt som den lettede gennemførelsen af Cembureau-aftalen. Ved at give mulighed for, at en producent kunne få en potentiel kunde i et andet medlemsland til at opgive sit forehavende ved at afkræve ham en pris, som var uinteressant i forhold til den pris, han kunne opnå hos virksomheder i den medlemsstat, hvor han selv var etableret, medvirkede udvekslingen af oplysninger om prisernes størrelse til overholdelsen af hjemmemarkedsprincippet [89]. Under disse omstændigheder var det uden betydning, om de udvekslede oplysninger var hemmelige. Det afgørende er, om de kunne bruges til at sikre overholdelsen af Cembureau-aftalen eller med andre ord påvirke cementmarkedet og udelukke usikkerhed [90]. Den omstændighed, at oplysninger er almindeligt kendte, udelukker ikke fuldstændigt, at de kan bruges til konkurrencebegrænsende formål. Måden, hvorpå oplysningerne udbredes og behandles, tidspunktet, hvor de udveksles, eller omgivelserne, hvor dette sker, kan alt sammen medføre, at en aftale af denne type, der — eftersom den vedrører forhold, som ikke anses for hemmelige — i princippet ikke burde skade den frie konkurrence, bliver ulovlig.

135. Anbringendets andet led tager udgangspunkt i en fejl. I de forskellige versioner af dommen anføres det i præmis 1680, at Unicem har »gjort gældende, at på et marked, der [...] *ikke er oligopolistisk [...]*« [91], undtagen i den italienske version, hvor der tales om et oligopolistisk marked. Eftersom den forudsætning, som udgør det faktiske grundlag for anbringendet, ikke er opfyldt, må anbringendet uden videre betragtes som grundløst.

87 — Næstsidste afsnit i anbringende B.2.1 i appelskriftet.

88 — Jf. *Kommissionens Syvende Beretning om Konkurrencepolitikken* (Bruxelles-Luxembourg, april 1978, s. 23).

89 — Jf. den appellerede doms præmis 1642.

90 — Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 173-175.

91 — Min fremhævelse.

136. Jeg kan ikke se, hvordan denne omstændighed kan have forårsaget en krænkelse af Unicems ret til forsvar, medmindre virksomheden er ligeglad med, hvorvidt dommen er juridisk korrekt, og i stedet interesserer sig for fejl og eventuelle modsigelser, på grundlag af hvilke den kunstigt kan opstille argumenter til støtte for dens påstand om ophævelse af dommen. Denne opfattelse af, hvad der er formålet med retten til forsvar, giver måske forklaringen på mange af de anbringender, som udgør appelskriftets anden del, og som bygger på en fortolkning af Rettens dom til egen fordel.

137. I mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-205/00 P, Irish Cement mod Kommissionen, har jeg anført, at de klagepunkter, som vedrører den appellerede doms begrundelse, og ikke mindst den stædighed, hvormed de fremføres, er upassende. Meget kan man sige om en retsafgørelse, som fylder næsten 1 700 sider i Samlingen, og som indeholder 5 134 præmisser, hvori de 41 sagsøgeres argumenter gennem et stort sammenfatningsarbejde ordnes, pudses af og systematiseres, så de alle behandles, men ubegrundet er den ikke. Naturligvis kan en udtrykkelig stillingtagen til et eller andet isoleret argument være udeladt, og ekstrapolering af et punkt kan, uden for dets kontekst, afsløre åbenbare modsætningsforhold, men netop fordi der er tale om en enkelt og samlet tekst, findes afgørelsen i mange tilfælde implicit i Rettens argumentation[92]. På denne baggrund må enhver partisk og fordrejet fortolkning af dommen forkastes, uanset hvor forståeligt det er, at en sådan anlægges i forbindelse med den legitime udøvelse af retten til forsvar.

138. Ovenstående betragtninger er relevante, for selv hvis den selvmodsigelse, Unicem henviser til, virkelig fandtes (hvilket den gør i den italienske version af dommen), ville klagepunktet være grundløst. Som Kommissionen med rette har anført, skal den appellerede doms præmis 1680 læses i sammenhæng med de øvrige præmisser, som den relaterer sig til, herunder særlig præmis 1639-1647, hvori det anføres, at informationsudvekslingerne faktisk havde et konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkninger. Selv hvis det europæiske cementmarked var »oligopolistisk« (således som det ved en fejl anføres i den italienske version af den appellerede dom), modbevises Unicems argument om, at udvekslingen af prisoplysninger havde en gunstig virkning på konkurrencen, af det i de nævnte præmisser i Rettens dom anførte.

139. Følgelig må de tre første led af det tiende anbringende forkastes.

92 — Jf. punkt 126 og 127 i det nævnte forslag til afgørelse.

3) Unicems deltagelse i den regelmæssige udveksling af prisoplysninger er ikke blevet brugt som bevis for dens deltagelse i Cembureau-aftalen (fjerde led)

140. Unicem, der var direkte medlem af Cembureau, deltog ikke i delegationsledernes møder i 1983 og 1984, hvorunder aftalen af samme navn blev vedtaget og bekræftet [93]. Retten undersøgte derfor, om Unicem — på trods af sit fravær under disse møder — accepterede det aftalte ved at iværksætte gennemførelsesforanstaltninger til aftalen. På grundlag af denne undersøgelse udledte Retten, at Unicem havde deltaget i aftalen om oprettelse af European Task Force (beslutningens artikel 4, stk. 1) [94], i den samordnede praksis, der gik ud på, at græske producenter, og navnlig Titan, skulle fratages Calcestruzzi som kunde [artikel 4, stk. 3, litra a)] [95], og i den aftale, som havde til formål at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement [artikel 4, stk. 3, litra b)] [96]. På grundlag af Unicems deltagelse i disse tre former for praksis udledte først Kommissionen og dernæst Retten, at Unicem deltog i Cembureau-aftalen fra den 9. september 1986 [97].

141. Retten har imidlertid intetsteds fastslået, at Unicems deltagelse i udvekslingen af prisoplysninger beviser, at virksomheden havde tilsluttet sig aftalen [98]. Det er med andre ord på grundlag af virksomhedens deltagelse i de i beslutningens artikel 4, stk. 1 og 3, påtalte gennemførelsesforanstaltninger, at den blev anset for at have deltaget i Cembureau-aftalen [99], og dens tilslutning til denne aftale forklarer, hvorfor den deltog i udvekslingen af prisoplysninger [100]. Begrundelsen indeholder således ikke som anført af Unicem nogen cirkelslutning.

142. Følgelig bør også det fjerde led af det tiende anbringende forkastes.

4) Ligebehandlingsprincippet (fjerde anbringende og tiende anbringendes femte led)

143. Kommissionens argument om, at dette klagepunkt ikke kan antages til realitetsbehandling, er udtryk for en overdrevent formalistisk tankegang, som vil kunne bringe Unicems ret til en effektiv domstolsprøvelse i fare. Ganske vist har Unicem ikke i appelskriftet angivet de afsnit i den appellerede dom, som kritikken går

93 — Jf. den appellerede doms præmis 1412, 1439 og 1697.
94 — Jf. den appellerede doms præmis 2682 og 2683.
95 — Jf. den appellerede doms præmis 3252 og 3253.
96 — Jf. den appellerede doms præmis 3396.
97 — Jf. den appellerede doms præmis 4244 og 4245.
98 — Jf. den appellerede doms præmis 4246.
99 — Jf. den appellerede doms præmis 4103, 4104 og 4244.
100 — Jf. den appellerede doms præmis 1698.

på [101], men indholdet af anbringendet gør det muligt for Domstolen at finde frem til de relevante præmisser, selv om de ikke er angivet med nummer.

144. Denne del af det tiende anbringende er imidlertid ugrundet.

145. Først og fremmest lægger Unicem Retten udtalelser i munden, som ikke findes i den appellerede dom, idet det intetsteds deri anføres, at sagsøgeren ikke kunne bevise, at den omstændighed, at Associazione italiana tecnico-economica del cemento ikke blev pålagt ansvar for den samme overtrædelse, stillede virksomheden mindre gunstigt. I dommen er det blot fastslået, at denne omstændighed ikke havde konsekvenser for Unicems ret til kontradiktion, idet Unicem hos denne sammenslutning havde kunnet få adgang til dokumenter, der kunne have været nyttige for virksomhedens varetagelse af sit forsvar under den administrative procedure [102]. Der er således ikke tale om noget krav om et umuligt bevis, men om en udtalelse, som ikke er modbevist, og som der ikke er stillet spørgsmålstegn ved.

146. Retten har heller ikke som anført i appelskriftet fundet, at sammenslutningen ikke bar noget ansvar, fordi den blot videregav oplysninger fra cementproducenter. I dommen anføres det blot, at den omstændighed, at sammenslutningen ikke blev pålagt ansvar for overtrædelsen, ikke giver grundlag for at undlade at drage Unicem til ansvar, når denne virksomheds ansvar »er behørigt bevist« [103], og der er således ikke tale om, at Retten ikke har taget hensyn til Fællesskabets retsinstansers faste praksis.

147. I forbindelse med et anbringende om tilsidesættelse af lighedsprincippet skal der angives en relevant præmis for sammenligningen, så det godtgøres, at begge parter befandt sig i en tilsvarende situation, og at den forskellige behandling er udtryk for forskelsbehandling og følgelig ulovlig.

148. Desuden gælder der ikke noget princip om ligebehandling i forbindelse med retsstridige handlinger, og ingen kan således påberåbe sig ansvarsfrihed alene under henvisning til, at en anden person, som også burde have været pålagt ansvar, ikke er blevet det.

149. Det tiende anbringende må således forkastes i det hele.

101 — Det gjorde virksomheden senere i replikken.

102 — Jf. den appellerede doms præmis 1702.

103 — Den appellerede doms præmis 1701.

C — Unicems deltagelse i aftalen om oprettelse af Cembureau Task Force eller European Task Force (ellevte anbringendes tredje led) [104]

150. Med afsigelsen af kendelsen den 5. juni 2002 er der taget stilling til det ellevte anbringende undtagen hvad angår dets tredje led, hvormed Unicem forsøger at vise, at de argumenter, hvormed Retten søger at bevise, at Unicem deltog i den i beslutningens artikel 4, stk. 1, omhandlede overtrædelse, er fejlagtige.

1) Parternes holdning

151. Efter appellantens opfattelse er Rettens vurdering baseret på »de forhold, som er anset for at udgøre« European Task Force, og på »forslaget« om hr. Albert, og på grundlag heraf anså Retten Unicem for at have været bekendt med, at Cembureau-aftalen og den samordnede praksis, som virksomheden havde deltaget i, var et led i en samlet strategi med henblik på at forhindre import.

152. Unicem har gentaget, at virksomheden ikke kan have deltaget i oprettelsen af European Task Force, og at den ikke deltog i mødet den 9. september 1986, og det var således på ingen måde bevist, at virksomheden var klar over, at den deltog i en samlet, konkurrencebegrænsende aftale.

153. Ifølge Unicem viser denne argumentation samtidig, at virksomheden ikke havde deltaget i den adfærd, der er omhandlet i beslutningens artikel 4, stk. 2 og 3.

154. Kommissionen har ikke taget stilling til dette appelanbringende.

2) Et grundløst anbringende

155. Retten forkaster i den appellerede doms præmis 3740-3745 Unicems argumenter og fastslår, at virksomheden deltog i den samlede aftale om European Task Force, idet Retten herved lægger følgende to forhold til grund: Unicems deltagelse i forhold, som ansås for at udgøre aftalen [105] og forslaget om, at hr. Albert, som var

104 — Anbringende B.3.3 i appelskriftet.

105 — Den appellerede doms præmis 3741.

ansat i Unicem, skulle være medlem af to af de fem arbejdsgrupper [106].

156. De grunde, der fik Domstolen til ved kendelse af 5. juni 2002 at forkaste de to første led af dette anbringende [107] som åbenbart ugrundede, fører til samme resultat hvad angår anbringendets tredje led, hvor Unicems udgangspunkt er en version af de faktiske omstændigheder, som er blevet afvist som irrelevant under en appelsag.

157. Når forudsætningerne for appellantens argumentation er forkerte, mister klagepunktet ethvert indhold.

158. Henset til, at Unicem deltog i flere af de forhold, som blev anset for at udgøre aftalen, og til, at en ansat i selskabet var medlem af to arbejdsgrupper, hvori han omtalte bestræbelserne på at gennemføre aftalen, er det hverken forkert eller ulogisk at fastslå, at Unicem var klar over, at selskabet deltog i en samlet strategi med henblik på at forhindre import af cement til Vesteuropa, eller med andre ord i aftalen vedrørende European Task Force [108].

D — Foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked (det tolvte anbringende)

159. Unicem har med dette anbringende, som består af seks led, anfægtet Rettens undersøgelse af de foranstaltninger, som blev truffet for at forhindre, at Calcestruzzi blev kunde hos de græske producenter, og for at undgå, at Calcestruzzi importerede cement fra Grækenland.

1) Opgivelsen af de nationale dele af meddelelsen af klagepunkter (femte anbringende og tolvte anbringendes første led og tredje led, punkt 1 (det ene aspekt ved dette)) [109]

a) Parternes holdning

160. Efter Unicems opfattelse indebærer opgivelsen af de nationale klagepunkter og det forhold, at nogle kontrakter og aftaler, som allerede var blevet undersøgt af de italienske konkurrencemyndigheder, endnu en gang blev fremdraget, at virksomheden — i strid med princippet ne bis in idem — er blevet pålagt ansvar for den samme overtrædelse to gange.

106 — Den appellerede doms præmis 3742.

107 — Præmis 143, 144, 159 og 160.

108 — Jf. den appellerede doms præmis 3741 og 3742.

109 — Anbringende A.1.5, B.4.1 og B.4.3.1 i appelskriftet.

161. Unicem har anført, at Kommissionen har anvendt disse aftaler som bevis for virksomhedens deltagelse i Cembureau-aftalen [beslutningens artikel 4, stk. 2, litra b)], og konstateret, at Italcementi, Cementir og Unicem var ansvarlige for at have deltaget i en aftale vedrørende de kontrakter, der blev undertegnet den 3. og den 15. april 1987 med det formål at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement.

162. Appellanten har tilføjet, at den i den appellerede doms præmis 3386 anførte begrundelse for at undersøge den nationale adfærd to gange ikke er overbevisende, men tværtimod svært forståelig og forkert, da de kontrakter, som blev indgået med Calcestruzzi, blev undergivet en fællesskabsretlig undersøgelse med hensyn til deres ulovlighed som sådan, mens både Kommissionen og Retten har brugt disse kontrakter til at bevise forbindelsen til Cembureau-aftalen.

163. Heraf har appellanten udledt, at dommen er fejlagtigt begrundet, hvad angår spørgsmålet om modstriden mellem beslutningen om at frafalde »de nationale kapitler« i meddelelsen af klagepunkter og vurderingen af aftalerne med Calcestruzzi.

164. Kommissionen har anført, at dette klagepunkt må afvises fra realitetsbehandling, eftersom det tager sigte på at opnå en fornyet undersøgelse af de argumenter, Unicem fremførte i første instans.

165. For så vidt angår den fejlagtige begrundelse for dommen foreligger dere efter Kommissionens opfattelse ikke den påståede modstrid.

166. Heller ikke konklusionerne vedrørende varigheden af de kontrakter, som de italienske cementproducenter indgik med Calcestruzzi, er selvmodsigende, idet varigheden af aftalen er fastsat til perioden fra den 3. april 1987, hvor den blev underskrevet, til den 3. april 1992, hvor den udløb. Ovennævnte spørgsmål har intet at gøre med opgivelsen af de »nationale klagepunkter«, for, som det nævnes i den appellerede doms præmis 445-447, blev kontrakterne nævnt i den internationale del af meddelelsen af klagepunkter og beslutningen til støtte for, at der forelå en ulovlig aftale, fordi de hindrede import af græsk cement til Italien.

167. Efter Kommissionens opfattelse er dommen udførligt begrundet hvad angår konstateringen af, at Unicems deltagelse i den overtrædelse, som er omhandlet i beslutningens artikel 1, varede fra den 9. september 1986 til den 3. april 1992, hvor de tre italienske producenters aftale om at forhindre import fra Grækenland ophørte.

b) Antagelse til realitetsbehandling

168. Kommissionen har ikke ret i, at dette anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, for Unicem har ikke blot gentaget de argumenter, virksomheden

fremførte i første instans, men anfægtet den i dommen anførte begrundelse for at forkaste disse.

169. Appellanten har således anført, at Retten har begået en retlig fejl ved ikke at fastslå, at der forelå en tilsidesættelse af princippet ne bis in idem, og at Rettens begrundelse er selvmodsigende. Der er således ikke tale om misbrug af appelmuligheden.

c) Princippet ne bis in idem

170. Dette princip [110] er til hinder for, at en person — med henblik på at værne om den samme beskyttelsesinteresse — pålægges sanktioner flere gange for samme overtrædelse, for så vidt som en sådan dobbeltpålæggelse af sanktioner indebærer en utilstedelig gentagelse i forbindelse med udøvelsen af straffebeføjelser [111].

171. Tre forhold skal således være sammenfaldende, for at dette princip finder anvendelse. Der skal være tale om sammenfaldende faktiske omstændigheder, samme gerningsmand og samme retsgode, som beskyttes [112].

172. Det er ubestrideligt, at der foreligger personsammenfald.

173. Der kan heller ikke herske nogen tvivl om, at der er tale om den samme beskyttelsesinteresse. I forbindelse med lovgivningen til beskyttelse af den frie konkurrence kan man ikke inden for Den Europæiske Union tale om forskellige planer — fællesskabsplanet og det nationale plan — som om der var tale om adskilte sfærer. På begge planer er ønsket at værne om den frie og åbne konkurrence på det indre marked, idet man på fællesskabsplan overvåger konkurrencen i sin helhed og på nationalt plan dens forskellige dele, men essensen er den samme. De nationale retsordener skal på dette punkt være udtryk for en korrekt gennemførelse af bestemmelserne i artikel 81 EF og 82 EF og af bestemmelser i den afledte ret.

110 — Jf. hvad angår princippet ne bis in idem mit forslag til afgørelse af 19.9.2001 i de forenede sager C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügge, hvori der blev afsagt dom den 11.2.2003, Sml. I, s. 1345.

111 — Domstolen behandlede allerede i sin dom af 13.2.1969 (sag 14/68, Wilhelm, Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1) muligheden for, at en og samme faktiske omstændighed undersøges af både de nationale konkurrencemyndigheder og Kommissionen. Domstolen fastslog i denne dom, at den parallelle anvendelse af national ret ikke kan hæmme den uindskrænkede og ensartede anvendelse af Fællesskabets kartelretlige bestemmelser og virkningerne af foranstaltningerne til deres gennemførelse (punkt 1 i domskonklusionen). Det er i dag anerkendt, at der er områder med parallel kompetence (jf. meddelelsen om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, EFT 1993 C 39, s. 6). Det er ligeledes anerkendt, at hvis den samme konkurrencebegrænsende adfærd eller aftale undersøges både på nationalt plan og fællesskabsplan, er det Fællesskabets afgørelse, som har forrang (jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, og af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369).

112 — Domstolen fastslog i sin dom af 18.11.1987 (sag 137/85, Maizena, Sml. s. 4587), at der ikke var sket en tilsidesættelse af princippet ne bis in idem, idet de to former for sikkerhed, som var forlangt stillet af samme person for opfyldelsen af samme forpligtelse, ikke tjente samme formål (præmis 22 og 23).

174. Ved læsning af artikel 2 [113] og 3 i den italienske lov nr. 287/1990 af 10. oktober 1990 om beskyttelse af konkurrencen og markedet [114] ses det, at de er en næsten ordret gengivelse af artikel 81 EF og 82 EF, idet den eneste forskel er, at mens der i traktaten tales om »fællesmarkedet«, tales der i de nævnte artikler om »det nationale marked«, men denne forskel er, som det vil fremgå senere, underordnet og har ingen væsentlig betydning.

175. Fællesskabsmyndighederne og de nationale myndigheder arbejder på samme opgave, og når de bekæmper konkurrencebegrænsende adfærd, er det for at værne om den samme beskyttelsesinteresse. Fordelingen af disse beføjelser er fastlagt i overensstemmelse med de kriterier, Domstolen har opstillet i de domme, jeg har nævnt ovenfor i fodnote 110.

176. I Wilhelm m.fl.-dommen udtalte Domstolen, at »mens artikel 85 bedømmer kartellerne ud fra de hindringer, de kan hidføre for handelen mellem medlemsstaterne, betragter de nationale lovgivninger dem inden for rammerne af de overvejelser, hvorpå de hver især bygger« [115]. Med denne udtalelse hentydede Domstolen til de to perspektiver, det overordnede og det territorialt begrænsede, som jeg har været inde på ovenfor. I sidstnævnte tilfælde, hvor kartellet ikke går ud over en medlemsstats grænser, kan det alligevel påvirke »konkurrencen inden for fællesmarkedet« [116]. Spørgsmålet om den territoriale afgrænsning af den konkurrencebegrænsende adfærd er ikke væsentligt, men derimod underordnet, idet det ikke har betydning for overtrædelsens karakter, men kun for dens intensitet.

177. Hvis der er sammenfald på de tre nævnte punkter, og Kommissionen har påtalt og pålagt sanktioner for en overtrædelse af artikel 81 EF, kan de nationale konkurrencemyndigheder ikke bagefter gribe ind over for samme adfærd, og omvendt [117].

178. Den løsning, som Domstolen godkendte i Wilhelm m.fl.-dommen, nemlig, at den anden myndighed, som griber ind, nedsætter bøden under hensyntagen til størrelsen af den bøde, den første myndighed har pålagt, opfylder ikke kravene i forbindelse med princippet ne bis in idem.

113 — Unicem er ved den nævnte beslutning fra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato pålagt sanktioner for at have overtrådt denne bestemmelse.

114 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* nr. 240 af 13.10.1990.

115 — Præmis 3.

116 — Traktatens artikel 85.

117 — Jf. hvad angår to forskellige retsordeners pålæggelse af sanktioner for samme overtrædelse punkt 52 ff. i mit forslag til afgørelse i Gözütok og Brügge-sagen.

Dette princip er ikke en processuel regel, der fungerer som en formildende omstændighed for at sikre forholdsmæssigheden, når en person er blevet dømt og pålagt sanktioner to gange for samme adfærd, men det er en grundlæggende garanti for borgerne [118].

179. I virkeligheden blev princippet ne bis in idem ikke anvendt i den nævnte dom fra Domstolen [119], idet der var tale om »to sideløbende indgreb, der tjener forskellige formål« [120], dvs. to sideløbende procedurer med henblik på forskellige beskyttelsesinteresser eller retslige værdier [121]. Der var ikke det sammenfald i det formål, man ønskede at beskytte, som er en forudsætning for, at princippet ne bis in idem finder anvendelse. Det følger — hvad angår Fællesskabets retspraksis — af denne afgørelse, at selv når dette princip ikke finder anvendelse, og en dobbelt sanktion er mulig, »kræver et almindeligt billighedshensyn [...] at der ved udmålingen af en eventuel sanktion tages hensyn til enhver forudgående beslutning af lignende art« [122].

180. Det tredje af de krævede sammenfald, nemlig sammenfaldet i formål, foreligger imidlertid ikke [123].

181. I den appellerede doms præmis 3386 anføres det, at beslutningen fra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato vedrørte de forsyningskontrakter og samarbejdsaftaler, som de tre italienske producenter (Unicem, Cementir og Italcementi) havde indgået med Calcestruzzi, hvorimod fællesskabsmyndighedernes indgriben vedrørte den aftale, der var indgået mellem de tre cementproducenter med henblik på at få Calcestruzzi til at holde op med at importere cement fra Grækenland.

182. Unicem anfægter Rettens udtalelse herom, men dette sker ikke inden for de rette rammer under en appelsag, hvor førsteinstansens bedømmelse af de faktiske omstændigheder ikke kan prøves.

183. Når alt kommer til alt, var der en aftale mellem de tre italienske cementproducenter om at undgå, at Calcestruzzi

118 — Jf. artikel 4 i protokol nr. 7 til Rom-konventionen og artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

119 — Jf. Michel Pralus, »Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis«, *Revue de science criminelle*, juli-september 1996, s. 553-574, særlig s. 558.

120 — Præmis 11.

121 — Jeg er ikke enig i denne argumentation, for som anført ovenfor er det de samme værdier, de nationale myndigheder og Kommissionen ønsker at beskytte, når de gennem deres anvendelse af de nationale eller fællesskabsretlige konkurrenceregler pålægger sanktioner i forbindelse med en bestemt adfærd.

122 — Præmis 11.

123 — Domstolen fastslog i dom af 14.12.1972 (sag 7/72, Boehringer Mannheim mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 323, org. ref.: Rec. s. 1281), at princippet ne bis in idem ikke var tilsidesat, for »[s]elv om de faktiske omstændigheder, der udgør grundlaget for de omhandlede to domfældelser, har deres oprindelse i det samme aftalekompleks, er de dog væsensforskellige hvad angår både formål og territorial lokalisering« (præmis 4).

fortsat importerede græsk cement i henhold til navnlig den kontrakt med Titan, som Calcestruzzi havde indgået i 1986. Denne aftale, som lå inden for det fælles formål i European Task Force — at afskaffe al import af cement til Vesteuropa — behøvede et supplement, som også var dens endelige mål. Hvis målet var, at Calcestruzzi ophørte med at importere cement fra Grækenland og i stedet købte cementen hos de italienske producenter — hvorved der vil være tale om en overholdelse af princippet om at »holde sig for sig selv«, som var uløseligt forbundet med Cembureau-aftalen — var det nødvendigt at regulere cementforsyningerne til denne italienske betonproducent, hvilket var formålet med de aftaler og kontrakter, der blev undertegnet den 3. og 15. april 1987.

184. Der var tale om to forskellige former for adfærd. Den ene affødte virkninger uden for hjemmemarkedet og tog sigte på at forhindre, at Calcestruzzi importerede græsk cement. Den anden var begrænset til det nationale plan: aftalen mellem de tre cementproducenter og Calcestruzzi selv. Hvad angår den første form for adfærd var Unicem, Italcementi og Cementir de ansvarlige, eftersom betonproducenten var den, som adfærden var rettet mod, mens det hvad angår den anden form for adfærd var alle fire virksomheder, som deltog i aftalen. Den aftale, som de tre cementproducenter indgik om at lægge pres på den virksomhed, som senere underskrev forsyningskontrakterne, er i sig selv en aftale, som kan føre til pålæggelse af sanktioner [124].

d) Spørgsmålet, om begrundelsen er selvmodsigende

185. Det nationale klagepunkt vedrørende Den Italienske Republik drejede sig om de aftaler og kontrakter om levering af cement, som Unicem, Italcementi, Cementir og Calcestruzzi undertegnede den 3. og 15. april 1987. I forbindelse med disse kontrakter stiftede de i fællesskab et datterselskab ved navn SIPAC (Società Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo SpA) [125], hvorved de tre producenter påtog sig en solidarisk forpligtelse til at levere al den cement, Calcestruzzi-koncernen havde behov for, og anvende de i aftalerne nævnte prisnedsættelser. Calcestruzzi forpligtede sig for sit vedkommende dels til at lade halvdelen af prisnedsættelserne komme det fælles datterselskab til gode, som derefter skulle investere pengene i selskaber, der fremstiller færdigblandet beton eller dermed beslægtede produkter, dels til at aftage mindst 80 % af sine cementforsyninger fra Italcementi, Unicem

124 — For aftaler om markedsopdeling kan der — uanset om de konkret begrænser konkurrencen — pålægges sanktioner. I dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen nævnte Domstolen aftaler, som har *til formål eller til følge* at påvirke markedet (præmis 174, min fremhævelse). Dette princip er i dag fast praksis ved Domstolen: »Selv om begrebet samordnet praksis i sig selv forudsætter en adfærd fra deltagende virksomheder på markedet, indebærer begrebet ikke nødvendigvis, at denne adfærd konkret har den virkning at begrænse, forhindre eller fordreje konkurrencen« (dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, præmis 165). Jf. endvidere dommen af samme dato i sagen Montecatini mod Kommissionen, præmis 125.

125 — Jf. den appellerede doms præmis 444 og 445.

og Cementir eller selskaber udpeget af dem. Cementproducenterne forbeholdt sig ret til at opsige aftalen, hvis Calcestruzzi købte under 95 % af sine cementforsyninger hos dem [126].

186. I den internationale del af meddelelsen af klagepunkter var der henvist til to overtrædelser vedrørende de foranstaltninger til beskyttelse af det italienske marked, som var blevet vedtaget inden for European Task Force eller Cembureau Task Force [127].

187. Den første, og mest generelle, af disse overtrædelser, som blev fastslået i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a), består i en samordnet praksis, der gik ud på at forhindre, at Calcestruzzi, som på det tidspunkt var den største italienske producent af færdigblandet beton, blev kunde hos de græske cementproducenter og navnlig Titan. Denne overtrædelse blev de tre italienske producenter og de andre deltagere i Cembureau Task Force draget til ansvar for [128].

188. Den anden, og mere specifikke, af disse overtrædelser bestod i den aftale, som Unicem, Italcementi og Cementir havde indgået for at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement, og i forbindelse med hvilken aftalerne og kontrakterne af 3. og 15. april 1987 blev undertegnet. Formålet med aftalen var at forhindre Calcestruzzi i at importere 1,5 mio. tons græsk cement [129]. Denne overtrædelse, som blev fastslået i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), blev kun påtalt over for de tre nævnte producenter [130].

189. Retten har knyttet varigheden af denne overtrædelse til løbetiden af de kontrakter og aftaler, der var indgået med Calcestruzzi. Når det er godtgjort [131], at Unicem, Italcementi og Cementir aftalte at undgå, at Calcestruzzi importerede græsk cement, og i forbindelse hermed indgik forsyningskontrakter med denne virksomhed, er det hverken selvmodsigende eller ulogisk at fastsætte varigheden af denne aftale på grundlag af løbetiden af de kontrakter, som er det konkrete udtryk for denne. Dette er meningen med præmis 3396 og 4340 og tilsvarende præmisser i den appellerede dom.

190. Ovenstående er endvidere på ingen måde i modstrid med den appellerede doms præmis 4278. Cembureau-aftalen om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet var en samlet, konkurrencebegrænsende aftale,

126 — Jf. beslutningens nr. 27, punkt 6, og den appellerede doms præmis 3345.

127 — Jf. hvad angår disse overtrædelser den appellerede doms præmis 3133 ff.

128 — Jf. hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en sådan samordnet praksis, den appellerede doms præmis 3138 ff.

129 — Jf. beslutningens nr. 55, litra b), punkt 2.

130 — Rettens betragtninger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en sådan overtrædelse, er anført i den appellerede doms præmis 3345 ff.

131 — Det erindres, at de faktiske omstændigheder, som er fastlagt i første instans, ikke kan prøves under en appelsag.

som de fleste af de europæiske cementproducenter deltog i. Alle de af proceduren omfattede virksomheder var med til at vedtage og gennemføre aftalen eller til enten at vedtage eller gennemføre den, idet de bidrog med mere eller mindre langvarige foranstaltninger. Det forhold, at de tre italienske producenter opretholdt aftalen indtil den 3. april 1992, hvor de øvrige producenter var ophørt med at anvende den, viser blot, at disse tre virksomheder anvendte aftalen i en længere periode end de øvrige virksomheder.

191. Herefter må det femte anbringende og det tolvte anbringendes første led forkastes.

2) Unicems deltagelse i den aftale, der havde til formål at forhindre, at Calcestruzzi var kunde hos de græske producenter — beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a) — (det tolvte anbringendes andet led) [132]

a) Parternes holdning

192. Unicem har anfægtet Rettens bedømmelse af dokumentbeviserne på dette punkt (anbringendets første led) samt fastsættelsen af overtrædelsens varighed (andet led).

193. Kommissionen har anført, at dette anbringende ikke kan fremmes til realitetsbehandling, eftersom det for det første vedrører Rettens bedømmelse af beviserne, og for det andet ikke angiver, hvad Unicems kritik vedrørende overtrædelsens varighed nærmere bestemt går på. Kommissionen har tilføjet, at den bedømmelse af appellantens grunde til at deltage i aftalen, der er foretaget i den appellerede doms præmis 3245-3254, er korrekt.

194. Unicem har heroverfor anført, at Retten har tillagt referaterne af møderne den 17. juni og den 4. september 1986 en forkert betydning; i modsat fald er begrundelsen i den appellerede doms præmis 2683 selvmodsigende. Unicem er ikke enig i, at overtrædelsen var af den varighed, som er blevet fastsat.

b) Et grundløst anbringende, som ikke rækker videre end til fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder

195. Unicem giver med dette anbringende udtryk for, at den er uenig i den vurdering, Retten har foretaget af de dokumenter, som var til rådighed.

132 — Anbringende B.4.2 i appelskriftet.

196. Det kan alene ved læsning af punkt 4.2 i appelskriftet, sammenholdt med de præmisser i den appellerede dom, som Kommissionen henviser til i svarskriftet, konstateres, at Unicem ønsker at opnå Domstolens anerkendelse af virksomhedens egen version af de faktiske omstændigheder, som adskiller sig fra de faktiske omstændigheder, som blev fastlagt af Retten. Ud fra denne betragtning må anbringendet afvises.

197. Anbringendet må under alle omstændigheder forkastes, idet der ikke som anført af appellanten er tale om, at beviserne er gengivet forkert, eller at begrundelsen er selvmodsigende og fejlagtig.

198. Endnu en gang foreslår Unicem en fordrejet fortolkning af den appellerede doms begrundelse. Ganske vist henvises der i præmis 3245-3253 til møderne den 6. og 11. februar 1987, hvorunder Unicems repræsentant, hr. Albert, ikke deltog, men der henvises også til et møde den 9. september 1986, hvorunder der blev redegjort for de tidligere møders drøftelser og formål og for det møde, som fandt sted den 17. marts 1987, hvorunder hr. Albert havde redegjort for forhandlingerne mellem de italienske cementproducenter og Ferruzzi-koncernen, som Calcestruzzi tilhørte. Telexerne af 13. maj 1987 og 2. september 1988 er også blevet vurderet. Muligvis var det kun under mødet den 11. februar 1987, at der blev nævnt »en aftale mellem de italienske cementproducenter og Ferruzzi-koncernen, der kunne forhindre en cementimport, der blev anset for at have katastrofale følger for priserne« [133], men dette ændrer ikke situationen. Selv hvis der ses bort fra dette møde og det andet, som blev afholdt samme måned, rådede Retten over tilstrækkelige beviser til at konkludere, at »Kommissionen [havde] grundlag for [...] at fastslå, at Unicem havde deltaget i den samordnede praksis, der gik ud på, at græske producenter, og navnlig Titan, skulle fratages Calcestruzzi som kunde« [134].

199. Desuden foreligger der ikke en sådan selvmodsigelse, som appellanten henviser til i replikken. Retten har ikke taget de møder, som blev afholdt mellem den 17. juni og den 4. september 1986, i betragtning, hvilket fremgår af den appellerede doms præmis 3245-3253.

200. I forbindelse med klagepunktet vedrørende overtrædelsens varighed, således som denne er fastsat af Retten, henviser appellanten fejlagtigt til de informationsudvekslinger, som er påtalt i beslutningens artikel 2. På grundlag af denne fejl har Kommissionen gjort gældende, at anbringendet bør afvises. Det fremgår imidlertid af denne del af appelskriftet, hvori der henvises til beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a), at

133 — Den appellerede doms præmis 3248.
134 — Den appellerede doms præmis 3252.

Unicems indsigelse er rettet mod den del af den appellerede doms begrundelse, hvori varigheden af virksomhedens deltagelse i de faktiske omstændigheder fastsættes, og anbringendet skal således ikke afvises på dette punkt.

3) Aftalen vedrørende de kontrakter, der blev indgået med Calcestruzzi i april 1987 [beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b)]

a) Parternes holdning

201. Anbringendet må imidlertid forkastes. Kommissionen angav i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra a), den 17. juni 1986 som begyndelsesdato for overtrædelsen, men Retten fastsatte for Unicems vedkommende denne dato til den 9. september 1986, hvor delegationslederne og repræsentanterne for European Task Force holdt møde i Baden-Baden. Ophørstidspunktet for overtrædelsen blev fastsat til den 15. marts 1987 [135] ved en simpel fejl fra Kommissionens side, idet mødet ikke var blevet afholdt denne dato, men to dage senere, men Retten kunne ikke afhjælpe denne fejl, uden at der ville opstå en uoverensstemmelse, og uden at foretage en ændring til ugunst for sagsøgerne.

i) Beviserne for Unicems deltagelse (tolvte anbringendes tredje led, punkt 2) [136]

203. Unicem har anfægtet den appellerede doms præmis 3353 under henvisning til, at der ikke foreligger beviser for, at de tilstedeværende på det møde, European Task Force afholdt den 17. marts 1987, havde faktisk kendskab til aftalen, for deres eventuelle godkendelse heraf eller for planlægningen og den fælles adfærd.

202. Følgelig må dette anbringende forkastes.

204. Unicem har erindret om, at virksomheden kun var til stede under mødet den 17. marts 1987, hvor der kun blev drøftet lovlige spørgsmål, og hvor virksomhedens repræsentant, hr. Albert, adspurgt af de tilstedeværende blot fastslog, at kontrakten med Ferruzzi — dvs. med Calcestruzzi — endnu ikke var blevet indgået.

135 — Jf. beslutningens nr. 27, punkt 3 og 5, og nr. 55, punkt 1.

136 — Anbringende B.4.3.2 i appelskriftet.

205. Kommissionen har anført, at der foreligger beviser for aftalens eksistens og har herved henvist til den appellerede doms præmis 3348-3386.

ii) Pligten til at anmelde kontrakterne med Calcestruzzi (tolvte anbringendes tredje led, punkt 3) [137]

206. Unicem er af den opfattelse, at Retten ved at fastslå, at de kontrakter, som blev indgået med Calcestruzzi, skulle have været anmeldt til Kommissionen, har anlagt en forkert fortolkning af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17, idet aftaler, som ikke vedrører indførsel eller udførsel, selv om de indirekte har indvirkning herpå, i henhold til denne bestemmelse er fritaget for anmeldelsespligten.

207. Kommissionen har ikke kunnet finde, hvor i stævningen Unicem skulle have fremført dette klagepunkt, og Kommissionen mener derfor, at der er tale om et nyt spørgsmål, som ikke kan rejses under en appelsag. Kommissionen har tilføjet, at de aftaler, som blev indgået med Calcestruzzi, ikke er omfattet af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17, fordi de forhindrede indførsel til Italien af en betydelig mængde grå cement.

208. I replikken har Unicem anerkendt, at virksomheden ikke rejste dette spørgsmål under sagen for Retten, men efter Unicems opfattelse kan Domstolen undersøge det af egen drift, da der er tale om et spørgsmål af ordre public-karakter.

iii) Overtrædelsens varighed (tolvte anbringendes tredje led, punkt 4) [138]

209. Ifølge appellanten modsiger Retten sin egen argumentation i dommens præmis 4278, når den udtaler, at den i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), omhandlede overtrædelse varede til den 3. april 1992.

210. Efter Kommissionens opfattelse er der ingen uoverensstemmelser i den appellerede doms tekst. Cembureau-aftalen om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet blev anvendt af de tre italienske producenter indtil den 3. april 1992, hvilket ikke indebærer, at andre europæiske cementproducenter også anvendte den indtil denne dato.

137 — Anbringende B.4.3.3 i appelskriftet.

138 — Anbringende B.4.3.4 i appelskriftet.

b) Unicems deltagelse

211. Unicem forsøger endnu en gang at få Domstolen til at bevæge sig ind på forbudt område — nemlig bedømmelsen af bevismaterialet — ved hjælp af den list at tage en bestemt passage i den appellerede dom ud af sin sammenhæng. Unicem mener, at spørgsmålet om, hvorvidt den aftale, som er påtalt i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), fandtes, og om, hvorvidt der forelå beviser for Unicems deltagelse, kun er omhandlet i den appellerede doms præmis 3353, men dette spørgsmål er i virkeligheden genstanden for 39 af dommens præmisser.

212. Unicem har hverken bestridt, at der blev indgået kontrakter med Calcestruzzi den 3. og 15. april 1987, eller at disse var resultatet af eller genstanden for den aftale mellem de tre italienske cementproducenter og Ferruzzi, som omhandles i de allerede nævnte telexer [139], og betragtningerne i den appellerede doms præmis 3356, 3360, 3361, 3367, 3372, 3377 og andre samstemmende præmisser kan derfor ikke betegnes som ugrundede.

213. Det er irrelevant, at Unicem ikke var til stede på mødet i European Task Force den 11. februar 1987. Den overtrædelse, som er omhandlet i beslutningensartikel 4, stk. 3, litra b), udgør ikke en aftale på europæisk plan, eftersom kun de tre italienske producenter tilsluttede sig den. De kontrakter og aftaler, som blev indgået den 3. og 15. april 1987, var med andre ord en konkretisering af den aftale, som Cementir, Italcementi og Unicem havde indgået med det formål at forhindre Calcestruzzi i at importere 1,5 mio. tons grå cement [140], og som blev nævnt under møderne i European Task Force den 11. februar og 17. marts 1987 [141]. På denne baggrund falder appellantens argumenter sammen, idet den aftale, som er omhandlet det nævnte sted i beslutningen, ikke blev vedtaget inden for denne sammenslutning, og det er følgelig uden betydning, at virksomheden ikke deltog i et møde, hvor aftalen ikke blev indgået, om end den blev omtalt.

214. Uanset Unicems overvejelser vedrørende indholdet af mødet den 17. marts 1987 står det fast, at der på dette møde blev videregivet oplysninger om udviklingen i forhandlingerne med Ferruzzi [142]. Den vurdering, der i den appellerede doms præmis 3353 ff. er foretaget af denne faktiske omstændighed — sammenholdt med de øvrige beviser, som forelå — er ikke behæftet med nogen af de mangler, som ville kunne berettige, at Domstolen prøvede spørgsmålet under en appelsag, og følgelig må Unicems klagepunkt afvises på dette punkt.

139 — Jf. den appellerede doms præmis 3345, 3353 og 3355.

140 — Jf. beslutningens nr. 55, punkt 2.

141 — Jf. den appellerede doms præmis 3286 og 3345.

142 — Jf. beslutningens nr. 27, punkt 5.

c) Anmeldelsespligten

215. Unicem har anerkendt, at virksomheden ikke rejste dette spørgsmål under sagen i første instans. Den debat, som Unicem nu ønsker at sætte i gang, må følgelig afvises. Som det fremgår af artikel 113, stk. 2, og artikel 116, stk. 1, i Domstolens procesreglement, har Domstolen under en appel kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, Retten har truffet vedrørende parternes anbringender, idet tvisten ikke kan udvides til at omfatte nye påstande [143].

216. Spørgsmålet vedrørende anmeldelsen af kontrakterne med Calcestruzzi blev ganske vist rejst af Italcementi, og Retten tog stilling hertil i den appellerede doms præmis 3380-3384. Men de sager, som Unicem og Italcementi anlagde, var forskellige, og de blev kun forenet med henblik på domsafsigelsen. Unicem kan derfor ikke anfægte Rettens dom under henvisning til Italcementis stævning.

217. I øvrigt er spørgsmålet om fortolkningen af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke af ordre public-karakter, idet dette begreb kun omfatter regler, som parterne ikke kan fravige, og som retsinstansen skal påse overholdelsen af — på grund af deres betydning for den almene interesse — og spørgsmål herom skal undersøges uden videre, også selv om sådanne spørgsmål ikke er blevet rejst af parterne.

218. Den nævnte bestemmelse fritager aftaler fra anmeldelsespligten, såfremt de kun omfatter virksomheder fra én medlemsstat og »*ikke vedrører* [144] indførsel eller udførsel mellem medlemsstater«. Ifølge bestemmelsens ordlyd er det Retten og ikke Unicem, som har ret. Den pågældende praksis skal ikke nødvendigvis have til formål at påvirke indførslen eller udførslen for at falde udenfor, det er tilstrækkeligt, at den har indvirkning på handelen mellem medlemsstaterne. Den adfærd, som er beskrevet i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), er således en aftale vedrørende kontrakter, der var indgået med Calcestruzzi, med henblik på levering af cement til denne koncern for derved at opnå, at den ophørte med at importere cement fra Grækenland.

219. Unicems klagepunkt kan således ikke tages til følge på dette punkt.

143 — Jf. blandt de seneste afgørelser Domstolens kendelse af 14.12.2001, sag C-404/01 P(R), Kommissionen mod Euroalliages m.fl., Sml. I, s. 10367, præmis 53.

144 — Min fremhævelse.

d) Overtrædelsens varighed — henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet

220. Når Unicem her gør gældende, at Rettens begrundelse vedrørende overtrædelsens varighed er selvmodsigende, gentager virksomheden et klagepunkt, som den allerede har fremført i forbindelse med samme (det tolvte) anbringendes første led, og jeg kan derfor henvise til det ovenfor i punkt 185-190 anførte.

4) Spørgsmålet, om der var en forbindelse mellem foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked og European Task Force og mellem denne og Cembureau-princippet [tolvte anbringendes tredje led, punkt 1 (andet aspekt ved dette), og tolvte anbringendes fjerde led] [145]

a) Parternes holdning

i) Forbindelsen mellem foranstaltningerne og European Task Force

221. Unicem har anført, at Retten har begået en fejl ved at anse aftalen vedrørende kontrakterne medCalcestruzzi for en gennemførelse af aftalen om oprettelse af European Task Force. Efter Unicems opfattelse tog disse kontrakter hverken sigte på at beskytte det italienske cementmarked eller at blokere for import fra Grækenland, men på at forhindre, at Calcestruzzi foretog sine køb i Grækenland. Beviset herfor er ifølge appellanten, at importen fra Grækenland steg betydeligt i kontrakternes løbetid.

222. Kommissionen har anført, at dette anbringende må afvises, fordi det indebærer en fornyet undersøgelse af beviserne, og at det under alle omstændigheder må forkastes, fordi det lægger op til en partisk fortolkning af den appellerede dom, som hverken er selvmodsigende eller fejlagtig.

ii) Forbindelsen mellem European Task Force og Cembureau-princippet

223. Unicem har anført, at Retten som bevis for virksomhedens deltagelse i den samlede aftale om Cembureau har henvist til følgende: a) deltagelse i vedtagelsen af aftalen om oprettelse af European Task Force, b) deltagelse i foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked, c) forslaget om, at hr. Albert skulle være medlem af visse arbejdsgrupper og d) deltagelse i mødet den 17. marts 1987. Hvis virksomheden ikke var til stede ved stiftelsen af European Task Force, hvis der ikke er nogen forbindelse mellem foran-

145 — Anbringende B.4.3.1 og B.4.4 i appelskriftet.

staltningerne til beskyttelse af det italienske marked og European Task Force, og hvis udnævnelsen af hr. Albert og deltagelsen i det nævnte møde ikke beviser noget, kan man ikke sige, at der var et fælles konkurrencebegrænsende formål, eller at Cembureau-aftalen var en samlet aftale.

224. Kommissionen har gjort gældende, at anbringendet bør afvises, da det udelukkende omhandler faktiske omstændigheder; bortset fra dette er der i den appellerede dom angivet forhold, som viser, at der var en forbindelse mellem de foranstaltninger, Unicem vedtog, og Cembureau-aftalen.

b) Mere om det forhold, at Cembureau-princippet blev anset for en »samlet og kontinuerlig aftale« — henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet

225. Der er ét aspekt ved dette anbringende, som gør det åbenbart, at det må afvises. Overvejelserne vedrørende bevisværdien af de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke Retten fastslog, at virksomheden deltog i oprettelsen af European Task Force, og at der var en forbindelse mellem foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked og European Task Force, hører ikke hjemme i appelsagen, og der er allerede taget stilling hertil tidligere i dette forslag.

226. Unicem har erkendt, at de kontrakter og aftaler, selskabet indgik med Calcestruzzi, tog sigte på at forhindre, at denne virksomhed importerede cement fra Grækenland, men Unicem har benægtet, at det herved forsøgte at beskytte det italienske marked og blokere for import fra dette land. Dette argument er selvmodsigende, for de pågældende kontrakter gik ud på, at der skulle leveres den mængde cement til Calcestruzzi, som virksomheden efter afbrydelsen af kontrakten med den græske producent Titan ikke længere ville modtage fra denne, hvilket ifølge det håndskrevne referat af mødet i European Task Force den 11. februar 1987 på grund af mængden (1,5 mio. tons) ville have fået katastrofale konsekvenser for priserne i Italien [146]. Det er åbenbart, at man forsøgte at sikre prisernes stabilitet på det italienske marked, idet den eventuelle import af store mængder cement fra Grækenland udgjorde en trussel for denne stabilitet.

227. Denne konklusion modbevises ikke af den omstændighed, at importen fra Grækenland steg i de år, kontrakterne med Calcestruzzi var gældende, for som Retten helt rigtigt anfører, suspenderede Calcestruzzi de cementleverancer, selskabet havde indgået aftale om med Titan, og en aftale, som har et konkurrencebegrænsende formål, er i sig selv ulovlig, selv om den i praksis ikke fører til en begrænsning af konkurrencen [147].

146 — Jf. beslutningens nr. 27, punkt 5.

147 — Jf. den appellerede doms præmis 3372 og 3373.

228. Der var således grundlag for at anse aftalen vedrørende kontrakterne med Calcestruzzi for endnu en aftale, som indgik i den strategi, som blev fulgt »for at forhindre import til Vesteuropa og specielt for at forhindre import af græsk cement til [medlemsstaterne]« [148], ligesom der var grundlag for at anse de former for adfærd, der er omhandlet i beslutningens artikel 4, for at indgå i en samlet og kontinuerlig aftale, jf. den appellerede doms præmis 3701-3706.

229. Under disse forudsætninger var der intet i vejen for, at Retten kunne lægge til grund, at disse former for adfærd, vedtagelsen og godkendelsen af Cembureau-princippet samt den regelmæssige udveksling af prisoplysninger med henblik på gennemførelsen heraf, udgjorde en »samlet og kontinuerlig« aftale, når det var godtgjort, at de forfulgte det samme formål, nemlig at sikre overholdelsen af hjemmemarkedsprincippet. Dette er der grundlag for i Domstolens praksis, som jeg har redegjort for ovenfor i punkt 98-102, og som Retten har anvendt korrekt i præmis 4025-4417.

230. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen, at de dele af Unicems tolvte anbringende, som ikke blev forkastet ved kendelse af 5. juni 2002, enten afvises eller forkastes.

E — Unicems deltagelse i den samlede og kontinuerlige Cembureau-aftale (trettende anbringende)

231. Med dette anbringende, som består af fire led, har appellanten anfægtet Rettens vurderinger vedrørende selskabets deltagelse i den samlede Cembureau-aftale.

1) Det objektive element (første led) [149]

a) Parternes holdning

232. Unicem forsøger at tilbagevise Rettens vurderinger under henvisning til følgende: 1) den regelmæssige udveksling af prisoplysninger var lovlig og lettede ikke gennemførelsen af Cembureau-aftalen, 2)

148 — Jf. beslutningens nr. 53, punkt 9.

149 — Anbringende B.5.1 i appelskriftet.

Unicem deltog ikke i aftalen om oprettelse af European Task Force, og 3) det er ikke bevist, at der var en forbindelse mellem aftalerne vedrørende Titan eller kontrakterne med Calcestruzzi på den ene side og European Task Force og Cembureau på den anden.

233. Efter Kommissionens opfattelse angår argumentet Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder vedrørende Unicems stilling, og denne er ikke undergivet Domstolens prøvelsesret.

b) Gentagelse af argumenter — Henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet

234. I forbindelse med det første led af det trettende anbringende gentager Unicem klagepunkter, som virksomheden allerede tidligere har fremført.

235. Disse klagepunkter har jeg taget stilling til forskellige steder i dette forslag til afgørelse, idet jeg i alle tilfælde har foreslået Domstolen at forkaste dem. Hvad angår udvekslingen af prisoplysninger kan jeg således henvise til punkt 127-149, og hvad angår Unicems deltagelse i oprettelsen af European Task Force til punkt 155-158. Endelig findes mine overvejelser vedrørende forbindelsen mellem foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked og European Task Force og Cembureau i punkt 225-229.

2) Det subjektive element (andet led)

a) Parternes holdning

236. Appellanten har delt dette led af anbringendet op i fire punkter.

i) Den fejl, der er begået ved at anse Unicem for at være direkte medlem af Cembureau

237. Unicem mener, at Rettens dom er selvmodsigende, fordi virksomheden henregnes til de direkte medlemmer af Cembureau, samtidig med at den sidestilles med de indirekte medlemmer. Virksomheden var ikke direkte medlem, fordi den ikke deltog i nogen af delegationsledernes møder. Desuden er der ikke grundlag for at lade denne rolle som fremtrædende medlem bestyrke beviserne for virksomhedens deltagelse i Cembureau-aftalen.

238. Kommissionen har først gentaget, at Unicem anfægter fastlæggelsen af sagens faktiske omstændigheder, og dernæst anført, at betegnelsen »direkte medlem« bruges om de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som deltog i Cembureau. Selv om Unicem hørte til denne gruppe, indtog virksomheden dog en særlig stilling, fordi den aldrig havde deltaget i delegationsledernes møder.

239. Unicem har heroverfor anført, at argumentet ikke går på virksomhedens formelle status i Cembureau, men på den utilstrækkelige begrundelse hvad angår beviserne for det subjektive element, nemlig dens kendskab til aftalens konkurrencebegrænsende formål og til foranstaltningerne til dens gennemførelse. Efter Kommissionens opfattelse er der ført bevis for det subjektive element i Rettens dom.

ii) Det ulogiske i påstanden om, at Unicem »nødvendigvis må have haft kendskab til«-aftalen

240. Efter appellantens opfattelse bevidner en virksomheds tilhørsforhold til en sammenslutning ikke i sig selv, at den var klar over, at en aftale, som blev indgået inden for sammenslutningen, var ulovlig. Med hensyn til andre direkte medlemmer af Cembureau har Retten under hensyn til deres tilstedeværelse på de møder, hvor aftalen blev vedtaget — og ikke på grundlag af deres tilhørsforhold til sammenslutningen — lagt til grund, at de havde kendskab til den ulovlige praksis.

241. Kommissionen har anført, at anbringendet bør afvises, eftersom det vedrører de faktiske omstændigheder, og eftersom den appellerede dom indeholder en tilstrækkelig begrundelse for at antage, at de indirekte medlemmer og — navnlig — de direkte medlemmer havde kendskab til aftalens karakter.

iii) Den manglende begrundelse og det forkerte i også at anvende de kriterier, der blev anvendt på de indirekte medlemmer, på Unicem

242. Ifølge Unicem har Retten ikke forklaret, hvorfor den mener, at Unicem bevidst anvendte den konkurrencebegrænsende aftale. I forhold til de indirekte medlemmer er det blevet taget i betragtning, at de sammenslutninger, som de tilhørte, deltog i de delegationsledermøder, hvorunder Cembureau-aftalen blev indgået og bekræftet, hvorimod Unicem hverken var direkte eller indirekte repræsenteret ved disse. Efter Unicems opfattelse er det forkert at sidestille virksomheden med de indirekte medlemmer hvad angår det subjektive element.

243. Kommissionen har anført, at appellanten lægger op til en partisk fortolkning af dommen, hvor det forudsættes, at virksomheden indtog en særlig stilling, som skal undersøges.

iv) Andre indicier, som Retten har anvendt

244. Unicem har kritiseret de øvrige indicier, på grundlag af hvilke Retten har fastslået, at virksomheden var klar over, at aftalen var ulovlig. Møderne med virksomheder, som var til stede ved delegationsledernes møder, beviser ikke, at Uni-

cem havde kendskab til, at der fandtes en Cembureau-aftale. Virksomhedens kontakter til Italcementi og Cementir i forbindelse med aftalen vedrørende Calcestruzzi beviser ikke, at den var bevidst om, at den tilsluttede sig den samlede aftale. Endelig beviser telexen af 13. maj 1987 heller ikke noget.

245. Kommissionen har anført, at dette klagepunkt bør afvises, fordi det vedrører bevisvurderingen, og at appellanten intet har fremlagt, som viser, at Rettens argumentation er forkert.

b) Bedømmelsen af Unicems særlige stilling i forbindelse med Cembureau-aftalen

246. Kommissionens evige omkvæd om, at anbringendet bør afvises, rammer ikke plet her, for Unicem anfægter ikke de faktiske omstændigheder, således som disse er fastlagt af Retten, men den retlige bedømmelse og dommens begrundelse hvad angår virksomhedens deltagelse i den såkaldte samlede og kontinuerlige Cembureau-aftale.

247. Unicems klagepunkter savner imidlertid grundlag.

248. Unicem har i replikken ændret sin oprindelige holdning og benægter ikke, at virksomheden var direkte medlem af Cembureau, idet en virksomheds status som sådan ikke afhænger af, om den har deltaget i et større eller mindre antal delegationsledermøder, men af, om det er dens formelle status [150].

249. Unicem indtager imidlertid en særlig stilling i Cembureau, for selv om virksomheden var direkte medlem, deltog den ikke i nogen af de delegationsledermøder, hvorunder den konkurrencebegrænsende aftale blev indgået og bekræftet, og med henblik på at godtgøre dens deltagelse i den påtalte overtrædelse anvender Retten derfor det samme kriterium, som den anvender for de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som var såkaldte »indirekte medlemmer« (fordi de var repræsenteret gennem de sammenslutninger, de tilhørte). Med henblik på at bevise denne gruppe af virksomheders ansvar for overtrædelsen har Retten lagt vægt på deres deltagelse i en eller flere gennemførelsesforanstaltninger til aftalen.

250. Det er derfor ikke rigtigt, at Retten alene på grundlag af Unicems status som direkte medlem af Cembureau har fastslået,

150 — Jf. beslutningens nr. 15, punkt 2.

at virksomheden vidste, at aftalen fandtes, og at den var ulovlig.

251. Unicem deltog i flere gennemførelsesforanstaltninger, herunder navnlig i at oprette European Task Force, at lægge pres på Calcestruzzi, og at indgå aftalen med henblik på at få denne virksomhed til at ophøre med at importere græsk cement, og Retten har derfor lagt til grund, at Unicem vidste, at aftalen fandtes, og at den var ulovlig af følgende grunde:

1) Unicem var direkte medlem af Cembureau [151].

2) European Task Force og foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked forfulgte gennem bestræbelserne på at forhindre import af cement til Vesteuropa det samme formål som Cembureau-aftalen, nemlig at sikre overholdelsen af hjemmemarkedsprincippet [152].

3) I forbindelse med oprettelsen af European Task Force havde Unicem direkte kontakt med repræsentanter for virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som deltog i de møder, hvorunder Cembureau-princippet blev vedtaget og bekræftet [153].

4) Italcementi og Cementir, med hvem Unicem aftalte at forsøge at få Calcestruzzi til at ophøre med at importere cement fra Grækenland, var direkte medlemmer af sammenslutningen og var repræsenteret ved de nævnte møder eller ved nogle af disse [154].

5) Italcementis telex af 13. maj 1987 til Titan vedrørende det møde mellem de tre italienske producenter og Titan selv, der skulle afholdes den 24. maj 1987 i Luxembourg efter generalforsamlingen i Cembureau, kan ikke fortolkes på anden måde end, at Unicem havde kendskab til, at aftalen fandtes [155].

252. Som det fremgår, er Unicems påstand om, at virksomheden er blevet sat i forbindelse med den samlede aftale på grund af dens status som direkte medlem af sammenslutningen, meget langt fra virkeligheden.

151 — Jf. den appellerede doms præmis 4104.

152 — Jf. præmis 4104 sammenholdt med præmis 4050-4052.

153 — Jf. første afsnit af præmis 4105.

154 — Jf. andet afsnit af den appellerede doms præmis 4105.

155 — Jf. den appellerede doms præmis 4106.

253. Det er heller ikke rigtigt, at virksomheden ligesom andre medlemmer af Cembureau er blevet anset for ansvarlig, fordi den gennem sammenslutninger, den ikke tilhørte, »indirekte« var repræsenteret ved møderne den 14. januar 1983, den 19. marts 1984 og den 7. november 1984. Det er for det første ikke rigtigt, at de pågældende medlemmer er blevet kendt ansvarlige på dette grundlag; deres ansvar skyldes også deres deltagelse i en eller flere af gennemførelsesforanstaltningerne til aftalen. Man kan heller ikke sige, at Unicems indblanding uden nærmere overvejelser er blev fastslået ved hjælp af de samme kriterier, som blev anvendt i forhold til de indirekte medlemmer af Cembureau. Dette kan bekræftes blot ved at læse dommens præmis 4102-4106, som er gennemgået ovenfor, og præmis 4243-4247. Den særlige og særskilte undersøgelse, som appellanten gør krav på med dette anbringende, er foretaget i den dom, der er genstanden for dens appel.

254. Jeg skal ikke her gentage mine betragtninger vedrørende det berettigede i at anvende indiciebeviser og deres egnethed til at afkræfte uskyldsformodningen. Det må være tilstrækkeligt at fastslå, at Retten i sagen fulgte den rette fremgangsmåde, da den på grundlag af disse beviser anså visse faktiske omstændigheder for godtgjort. På grundlag af en række uomtvistede fakta (kontakterne med virksomheder, som deltog i delegationsledernes møder, deltagelsen i oprettelsen af European Task Force, deltagelsen i foranstaltningerne til beskyttelse af det italienske marked sammen med Italcementi og Cementir og indholdet af telexen af 13.5.1987) når Retten frem til, at Unicem vidste, at der fandtes en samlet aftale, og at virksomheden gennem sin deltagelse i bestemte former for adfærd og aftaler bidrog til virkeliggørelsen af dens formål.

255. Derimod går det ikke an at foretage en isoleret vurdering af hver af de afvejede beviselementer med henblik på at nå frem til en alternativ bedømmelse, hvor eventuelle modsigelser mellem de forskellige dokumenter fremhæves. En sådan fremgangsmåde tager ikke hensyn til den måde, hvorpå domstolene fastlægger sagens faktiske omstændigheder på grundlag af det fremlagte bevismateriale under anlæggelse af en samlet bedømmelse af dokumenterne og den indbyrdes sammenhæng mellem de forskellige beviser.

256. I øvrigt har appellanten ikke ret i, at dommen er selvmodsigende. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 4112, beviser de kontakter, som Unicem i forbindelse med de fransk-italienske karteller havde med virksomheder, som deltog i Cembureau-aftalen, ganske rigtigt ikke, at virksomheden havde kendskab til denne aftale. Imidlertid er der to forhold, som gør Unicems situation anderledes end Buzzis [156], og som derfor indebærer, at den tilsyneladende selvmodsigelse ikke findes. Unicem deltog ikke i delegationsledernes møder, selv om virksomheden var direkte medlem af Cembureau; Buzzi deltog ikke i møderne, men var heller ikke medlem af

156 — Det erindres, at Unicem er dannet ved en fusion mellem Unicem og Buzzi, og at disse virksomheder var repræsenteret hver for sig under den administrative procedure og under sagen for Retten.

sammenslutningen i nogen forstand. Hertil kommer, at ingen af de dokumenter, Kommissionen har henvist til med henblik på at påvise, at formålet med de fransk-italienske karteller og Cembureau-aftalen var sammenfaldende, indeholdt holdepunkter for at antage, at Buzzi havde kendskab til Cembureau-aftalen, hvorimod der, som det vil være fremgået, var forhold, som tydede på, at dette var tilfældet for Unicems vedkommende.

3) Begrundelsen (tredje led)

a) Parternes holdning

257. Appellanten har anført, at Kommissionens begrundelse vedrørende virksomhedernes deltagelse i Cembureau-aftalen indeholder en cirkelslutning, fordi den anser bestemte foranstaltninger, som i sig selv er lovlige, for retsstridige på grund af deres forbindelse med aftalen, samtidig med at den tager udgangspunkt i gennemførelsen af disse foranstaltninger med henblik på at bevise, at der forelå en samlet aftale om overholdelse af hjemmemarkedsprincippet. Retten har ifølge appellanten begået en tilsvarende fejl ved at have fastslået, at virksomheden deltog i Cembureau-aftalen, på grundlag af dens deltagelse i nogle gennemførelsesforanstaltninger (appellanten har herved henvist til den appellerede doms præmis 1442 og 4066), mens dens deltagelse i denne praksis andre steder i dommen (som appellanten ikke har angivet) netop er udledt af denne tilslutning til Cembureau-princippet.

258. Efter Kommissionens opfattelse må dette anbringende afvises, for selv om argumentationen hænger sammen, er det ikke nøjagtigt angivet, hvilke dele af dommen der anfægtes.

259. Unicem har heroverfor anført, at det er klart angivet, hvilke præmisser kritikken går på, og at dette også fremgår af, at Kommissionen, hvad angår realiteten, har forsvaret sig ved som eksempel at henvise til præmis 1698.

b) Spørgsmålet, om der er draget en cirkelslutning — endnu en henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet

260. I appelskriftet er det ikke nærmere angivet, hvor i dommen der skulle være draget en cirkelslutning. Senere, i replikken, har Unicem som svar på Kommissionens argument om, at anbringendet bør afvises, anfægtet alle de præmisser, hvori Unicems medvirken udledes af dens deltagelse i gennemførelsesforanstaltningerne til Cembureau-aftalen, idet der som eksempel er henvist til præmis 1698 vedrørende den regelmæssige udveksling af prisoplysninger. I virkeligheden kan den oprindelige fejl ikke afhjælpes ved denne henvisning.

261. Unicem er også tavs på et andet og vigtigere punkt. Unicem har i forbindelse med dette anbringende kritiseret, at Retten har udledt, at virksomheden deltog i gennemførelsesforanstaltningerne, af den omstændighed, at selskabet havde tilsluttet sig Cembureau-aftalen, men Unicem har ikke henvist til nogen præmis i dommen, hvoraf dette skulle fremgå, for en sådan findes ikke. Førsteinstansen har ikke godtgjort Unicems deltagelse i den konkurrencebegrænsende adfærd på grundlag af dens tilhørsforhold til Cembureau [157].

262. Hvad angår Unicems henvisning til præmis 1698 har jeg allerede i dette forslags punkt 140 og 141 anført, at den ikke er relevant, og afvist, at der skulle være draget en cirkelslutning, idet Retten ikke har anvendt virksomhedens deltagelse i udvekslingen af prisoplysninger som bevis for, at den deltog i Cembureau-aftalen, eller omvendt.

4) Overtrædelsens varighed (fjerde led)

a) Parternes holdning

263. Unicem har anført, at der ikke foreligger beviser for, at virksomheden deltog i den i beslutningens artikel 4, stk. 1, omhandlede overtrædelse inden den 17. marts 1987, hvorfor dens eventuelle deltagelse i denne overtrædelse må være begrænset til perioden fra denne dato til den 31. maj 1988.

264. For så vidt angår den overtrædelse, der er omhandlet i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), har Unicem anført, at datoen den 3. april 1992 er forkert. I den appellerede doms præmis 4278 anerkendes det, at den omstændighed, at aftalen vedrørende Calcestruzzi var gældende indtil denne dato, ikke indebærer, at Cembureau-aftalen var i kraft indtil samme dato. I mangel af direkte dokumentbeviser burde sluttidspunktet for denne overtrædelse også have været fastsat til den 31. december 1988.

265. Efter Kommissionen opfattelse bør dette anbringende afvises, fordi det vedrører bevisbedømmelsen, men Kommissionen finder desuden, at det er grundløst. Den har for så vidt angår aftalen om oprettelse af European Task Force henvist til det anførte vedrørende det ellevte anbringendes femte led, som blev afvist ved kendelse af 5. juni 2002.

b) Afvisning fra realitetsbehandling og endnu en henvisning til tidligere stillingtagen til spørgsmålet

266. Domstolen har fastslået, at Unicems anbringender vedrørende varigheden af den

157 — Jf. den appellerede doms præmis 2678-2683 vedrørende Unicems deltagelse i oprettelsen af European Task Force. Hvad angår virksomhedens deltagelse i at lægge pres Calcestruzzi kan der henvises til præmis 3246-3253. Endelig er Rettens betragtninger vedrørende aftalen med Italcementi og Cementir om at få den nævnte betonproducent til at ophøre med at importere cement fra Grækenland anført i præmis 3350 ff.

i beslutningens artikel 4, stk. 1, omhandlede overtrædelse åbenbart ikke kan antages til realitetsbehandling; det trettende anbringendes fjerde led må derfor afvises fra realitetsbehandling på samme grundlag. Jeg henviser herved til præmis 167, sammenholdt med præmis 159 og 160, i kendelsen af 5. juni 2002.

267. I øvrigt har jeg allerede taget stilling til spørgsmålet om varigheden af den i beslutningens artikel 4, stk. 3, litra b), omhandlede overtrædelse i dette forslags punkt 189 og 190, hvor jeg har vist, at Unicems klagepunkt er forkert.

268. Det må følgelig fastslås, at det trettende appelanbringende delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, delvis er ugrundet.

3 — *Bøden (tredje gruppe af anbringender)*

269. Appellanten har med det fjortende til det enogtyvende anbringende i appelsagen anfægtet den analyse, Retten har foretaget vedrørende den bøde, Kommissionen har pålagt. Af disse anbringender er kun det fjortende, det femtende og det attende blevet fremført under den mundtlige forhandling, idet de øvrige fem anbringender er blevet forkastet ved den flere gange nævnte kendelse af 5. juni 2002.

A — Parternes holdning

1) Pålæggelsen af en samlet bøde for de forskellige overtrædelser (fjortende anbringende)

270. Unicem mener, at Rettens godkendelse af Kommissionens beslutning, hvorved der pålægges en enkelt bøde for deltagelsen i den samlede Cembureau-aftale, indebærer en overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 samt en tilsidesættelse af ligheds- og proportionalitetsprincipperne.

271. Kommissionen mener ikke, at der under sagen for Retten blev fremført noget klagepunkt svarende til det, Unicem nu fremfører. Anbringendet bør derfor afvises, fordi det rejser et nyt spørgsmål. I henhold til retspraksis er det ikke i strid med den nævnte bestemmelse at pålægge en samlet bøde, fordi de forskellige overtrædelser indgår i en samlet strategi.

272. Appellanten har heroverfor anført, at virksomheden under sagen for Retten klart ytrede tvivl med hensyn til pålæggelsen af en samlet bøde, idet den anførte, at ligheds- og proportionalitetsprincipperne kræver, at der tages hensyn til overtrædelsernes grovhed og til de enkelte virksomheders forskellige roller i forbindelse hermed. Der er således ikke tale om et nyt anbringende.

2) Pålæggelsen af en samlet bøde uafhængigt af antallet af overtrædelser og deres grovhed (femtende anbringende)

273. Unicem har kritiseret Retten for kun at have nedsat bøden i forhold til reduktionen af varigheden af virksomhedens deltagelse i Cembureau-aftalen. Efter Unicems opfattelse burde Retten også have lagt til grund, at virksomheden ikke deltog i andre af de i beslutningen påtalte overtrædelser, og taget hensyn til, at den ikke var til stede ved de møder, hvorunder aftalen blev vedtaget, og at den kun i mindre grad deltog i gennemførelsesforanstaltningerne.

274. Kommissionen har gjort gældende, at klagepunkterne bør afvises, da de er af faktisk karakter og grundløse, eftersom Retten efter Kommissionens opfattelse har taget behørigt hensyn til Unicems relativt begrænsede rolle i forbindelse med Cembureau-aftalen.

3) Fejl i bødeudmålingen som følge af den forkert fastsatte varighed af overtrædelsen (attende anbringende)

275. Efter Unicems opfattelse burde bøden have været beregnet på grundlag af en meget kortere varighed af overtrædelsen end den, der er angivet i den appellerede dom, nemlig fra den 17. marts 1987 til den 31. december 1988.

276. Kommissionen har henvist til det vedrørende overtrædelsernes varighed anførte.

B — Bødens størrelse og overtrædelsens varighed — ikke et selvstændigt anbringende

277. Det bemærkes, at spørgsmålet om fastsættelsen af bødens størrelse på grundlag af varigheden af Unicems deltagelse i Cembureau-aftalen er et bispørgsmål i forbindelse med de anbringender, som går på varigheden af Unicems deltagelse i de forskellige overtrædelser og følgelig i den samlede aftale, og det må derfor også forkastes.

C — Kommissionens kriterier ved bødeudmålingen

278. For at lette forståelsen af disse klagepunkter vil det være hensigtsmæssigt at gennemgå beslutningens opbygning og de

kriterier, Kommissionen har benyttet sig af ved bødepålæggelsen.

279. Beslutningen omhandler to forskellige markeder, dels markedet for grå cement, dels markedet for hvid cement. For så vidt angår det første marked påtales vedtagelsen af Cembureau-aftalen, hvorved det blev aftalt, at hjemmemarkedsprincippet skulle overholdes, og cementleverancerne fra det ene land til det andet skulle reguleres. I artikel 2-6 påtales bilateral og multilateral adfærd, der er beregnet til at lette gennemførelsen af denne »samlede og kontinuerlige« aftale, eller til at fjerne de hindringer, der kunne modvirke dens effektivitet som for eksempel den såkaldte »græske trussel«. Endelig omhandler artikel 7 konkurrencebegrænsende adfærd på markedet for hvid cement.

280. Kommissionen fastsatte særskilte bøder for overtrædelserne på markedet for grå cement og på markedet for hvid cement [158].

281. For så vidt angår markedet for grå cement, som er det eneste marked, hvor Unicem er blevet draget til ansvar for at have udvist en konkurrencebegrænsende adfærd, besluttede Kommissionen ikke at fastsætte særskilte bøder, men pålagde hver virksomhed en samlet bøde på grund af sammenhængen mellem Cembureau-aftalen og alle foranstaltningerne til dens gennemførelse [159]. Denne fremgangsmåde er lovlig og er støttet på Kommissionens beføjelse til at træffe afgørelse vedrørende flere overtrædelser ved én enkelt beslutning [160].

282. Kommissionen var endvidere af den opfattelse, at alle de virksomheder og sammenslutninger, som beslutningen var rettet til, havde tilsluttet sig Cembureau-aftalen, og Kommissionen anførte de oplysninger, på grundlag af hvilke den fastslog, at hver enkelt virksomhed havde deltaget. Unicem tilsluttede sig således som medlem af Cembureau hjemmemarkedsaftalen eller -princippet på det tidspunkt, hvor den blev drøftet og vedtaget, idet virksomheden også deltog i de foranstaltninger og ordninger, der blev vedtaget som supplement til den som led i gennemførelsen deraf [161].

283. »I denne forbindelse har den dog også taget hensyn til de enkelte virksomheders rolle i vedtagelsen af aftalen« og i de foranstaltninger og ordninger, der blev vedtaget som supplement dertil og som led i gennemførelsen deraf. Den har også taget hensyn til disse foranstaltningers og ordningers varighed [162].

158 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 7.

159 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 8, første led.

160 — Jf. dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 111. Vedrørende udmålingen af bøderne ved overtrædelseskomplekser kan der henvises til E. David, »La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?«, *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 36, hæfte 3, juli-september 2000, s. 511-545.

161 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 3, litra a), og punkt 9, litra a), første led.

162 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, første led. Jf. også den appellerede doms præmis 4950. Kommissionen har »fastsat en samlet bøde for hver enkelt virksomhed for dens deltagelse i Cembureau-aftalen eller -princippet og i foranstaltningerne til gennemførelse deraf« (nr. 65, punkt 8, andet led).

284. I overensstemmelse med ovenstående sondrede Kommissionen mellem to kategorier af virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, på den ene side dem, der deltog i Cembureau-aftalen, og på den anden side de øvrige virksomheder, hvis indgriben var mindre afgørende og derfor mindre alvorlig [163].

285. Kommissionen inddelte den første kategori i tre undergrupper: 1) de virksomheder og sammenslutninger, der som medlemmer af Cembureau direkte deltog i vedtagelsen af hjemmemarkedsaftalen samt i de foranstaltninger, der tog sigte på at beskytte disse markeder direkte, heriblandt Unicem, 2) de selskaber, der gennem deres øverste ledende medarbejdere påtog sig opgaven som delegationsledere ved Cembureau både på det tidspunkt, hvor aftalen blev vedtaget, og i dens anvendelsesperiode, og 3) de virksomheder, der deltog i gennemførelsesforanstaltninger til aftalen med det formål at beskytte hjemmemarkederne [164].

286. Kommissionen sondrede også i den anden kategori mellem tre typer af ansvarlige: 1) de virksomheder, der udelukkende medvirkede til at omdirigere overskudsproduktionen til tredjelande, 2) de virksomheder, som selv om de havde deltaget i foranstaltninger med det formål at beskytte hjemmemarkederne direkte, forsøgte at trække sig ud af Cembureau-aftalen, og 3) selskabet Ciments luxembourgeois SA, der, selv om det var direkte medlem af Cembureau og deltog i delegationsledernes møder, hvor aftalen blev vedtaget, ikke deltog i nogen gennemførelsesforanstaltning [165].

287. Kommissionen pålagde de virksomheder og de sammenslutninger, der indgik i den første kategori, en bøde på 4 % af deres respektive omsætning på markedet for grå cement i 1992. Der blev pålagt dem, der indgik i den anden kategori, en bøde på 2,8 % af det samme beregningsgrundlag [166].

288. Retten gav Unicem delvis medhold, idet det kun var blevet bevist, at selskabet reelt kun havde deltaget i kartellet i 67 måneder [167], hvilket var mindre, end Kommissionen havde antaget, da den i forbindelse med bødeudmålingen lagde til grund, at Unicem havde deltaget i Cembureau-

163 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra a) og b).

164 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra a).

165 — Beslutningens nr. 65, punkt 9, litra b).

166 — Jf. Kommissionens skrivelse til Retten af 7.7.1998, navnlig andet og tredje afsnit. Der henvises endvidere til den appellerede doms præmis 4738, 4957 og 4963.

167 — Jf. den appellerede doms præmis 4807-4814, og helt konkret præmis 4814, ottende led.

aftalen i 122 måneder, og Retten nedsatte derfor bøden proportionalt [168].

289. Denne fremgangsmåde indebærer efter appellantens opfattelse en overtrædelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 samt en tilsidesættelse af ligheds- og proportionalitetsprincipperne ved bødeudmålingen.

290. Dette anbringende må afvises, eftersom det blot gengiver de samme argumenter som dem, der var anført i stævningen, og som Retten tog stilling til i præmis 4965-4969 i den appellerede dom, hvori der henvises til præmis 4753-4766. Unicem anfører ikke noget nyt i dette anbringende, der ikke har været genstand for behandling og afgørelse under sagen. Appellanten benytter sig af, at Retten har anvendt samme kriterium i forbindelse med bødeudmålingen som Kommissionen, for at gentage en debat, der reelt ikke indeholder en kritik af den appellerede dom, men derimod af den beslutning, hvorved bøden er blevet pålagt.

D — Spørgsmålet om, hvorvidt proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet er blevet overholdt

291. Også disse anbringender er grundløse.

168 — Jf. den appellerede doms præmis 4815 og punkt 19, ottende led, i domskonklusionen.

292. Sanktionen har to formål: Et repressivt og et præventivt. Man ønsker at straffe for en bestemt handlemåde og afskrække gerningsmændene samt andre eventuelle lovovertrædere fra at handle i strid med konkurrencereglerne. Sanktionen skal derfor være egnet til at opfylde disse formål, og der skal være en passende ligevægt, således at bøden modvirker den handlemåde, der sanktioneres, og samtidig tjener som eksempel.

293. For så vidt angår det repressive aspekt som en naturlig følge af princippet om personligt ansvar skal sanktionen stå i et rimeligt forhold til grovheden af overtrædelsen og de øvrige subjektive og objektive omstændigheder, der foreligger i sagen. Af denne grund er det i artikel 15, stk. 2, andet afsnit in fine, i forordning nr. 17 fastsat, at bødens størrelse fastsættes under hensyntagen til overtrædelsens grovhed og — hvis det er relevant — dens varighed.

294. Domstolen har fastslået, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, den sammenhæng, hvori den indgår, og bødernes afskrækkende virkning. Domstolen har tilføjet, at der ikke findes en bindende eller udtømmende liste over disse kriterier [169].

169 — Jf. dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 120, og af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, samt kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 54.

295. Jeg mener, at der er tre centrale kriterier, der er afgørende for denne vurdering: Overtrædelsens karakter, indvirkningen på konkurrencen og den geografiske afgrænsning af det berørte marked. Hvert enkelt kriterium skal betragtes dels i en objektiv dimension — hvor der ses på selve overtrædelsen — dels i en subjektiv dimension — hvor der ses på den ansvarlige virksomhed [170].

296. Der skal således foretages en vurdering af, hvori den konkurrencebegrænsende adfærd består, på hvor stor en del af markedet den indvirker, og særligt hvilken skade der påføres grundlæggende erhvervsretlige principper, hvorved omstændigheder som varigheden af den ulovlige praksis, beskaffenheden af det omhandlede marked samt antallet og intensiteten af de foranstaltninger, der er truffet med henblik på dens gennemførelse, er af betydning.

297. På det subjektive plan — med hensyn til de ansvarlige virksomheder — kommer omstændigheder såsom virksomhedernes størrelse målt som deres markedsandel inden for den pågældende økonomiske sektor samt spørgsmålet, om der foreligger gentagne forhold af adfærd, der modvirker den frie konkurrence, på tale.

298. Kravet om, at sanktionen skal stå i et rimeligt forhold til overtrædelsens grovhed, medfører, at der, når en overtrædelse er begået af flere virksomheder [171], skal foretages en undersøgelse af, hvor indgribende den enkelte virksomheds deltagelse har været [172], under anvendelse af de anførte retningslinjer. Dette følger af lighedsprincippet, der indebærer, at bøden skal være ens for alle virksomheder i samme situation. Princippet er modsat til hinder for, at virksomheder i forskellige situationer pålægges en bøde af samme størrelse.

299. Retten har netop gjort dette, idet den har godkendt og anvendt de kriterier, som Kommissionen har lagt til grund for udmåling af bøden. Disse kriterier har langt fra karakter af en vilkårlig inddeling af de ansvarlige virksomheder og sammenslutninger, men er et resultat af en detaljeret analyse af hver virksomheds deltagelse og adfærd. Et godt bevis herpå er beslutningens nr. 65, punkt 3, 5 og 9, idet der — hvilket vi ikke må glemme — er en omfattende første del, som indeholder de faktiske omstændigheder, og hvor der findes en beskrivelse af de forskellige virksomheders og sammenslutningers rolle.

300. Virksomhedernes adfærd, der ikke nødvendigvis er identisk, forfølger det

170 — I ovennævnte artikel anfører E. David, at »*la gravité s'apprécie selon trois critères: La nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise*« (s. 522).

171 — Overtrædelserne af artikel 81 EF forudsætter pr. definition en kollektiv handling.

172 — Jf. dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 623, og i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 110.

samme konkurrencebegrænsende formål, hvorfor denne adfærd ved bødeudmålingen efter sin grovhed kan inddeles i en eller flere kategorier i forhold til indvirkningen på markedet og påvirkningen af den frie konkurrence.

301. Der er intet ulovligt ved denne fremgangsmåde, da en overtrædelses grovhed, som jeg allerede har nævnt, kan vurderes på grundlag af den skade, som adfærden har forvoldt i forhold til de grundlæggende erhvervsretlige principper. Således, og som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 4966, havde alle de virksomheder, der deltog i Cembureau-aftalen, »søgt at sikre respekten af hjemmemarkederne gennem et antal foranstaltninger, som blev betragtet som nødvendige, særlig på grundlag af virksomhedernes forretningsmæssige interesser og deres naturlige markeds geografiske placering. Den omstændighed, at en virksomhed på grundlag heraf kun havde deltaget i et begrænset antal ulovlige foranstaltninger, medfører derfor ikke, at den havde en svagere tilknytning til Cembureau-aftalen og således mindre ansvar for overtrædelsen«. I forhold til den skade, der var forvoldt konkurrencen, var situationen den samme.

302. Unicems klagepunkt er — når virksomheden antyder, at andre virksomheder, der også indgik i den kategori, der havde det største ansvar, havde deltaget mere intensivt i kartellet — således malplaceret, hvilket også gælder, hvis man antog, at virksomhedens deltagelse ikke var forsætlig, men blot uagtsom, fordi uagtsomme overtrædelser ikke ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er mindre alvorlige end forsætlige overtrædelser. Retten var ikke for at fastslå overtrædelsens grovhed forpligtet til at undersøge, om denne var begået forsætligt eller uagtsomt [173]. Inden for det konkurrenceretlige område er skyldgraden en betingelse for at pålægge en bøde, men ikke et relevant kriterium ved bødeudmålingen [174].

303. Af samme årsag medfører den omstændighed, at Retten har annulleret nogle af beslutningens artikler, fordi der ikke var ført bevis for Unicems deltagelse i de heri omhandlede overtrædelser, ikke nødvendigvis, at den pålagte bøde må nedsættes, idet det afgørende var virksomhedens medvirken og kontinuerlige tilslutning til Cembureau-princippet gennem deltagelsen i en eller flere af de gennemførelsesforanstaltninger hertil, der tilsigtede en direkte beskyttelse af hjemmemarkederne [175].

304. Det er således uden betydning, at Retten — og før den Kommissionen — eventuelt har begået en fejl ved at henføre Unicem under den første undergruppe inden for den første kategori af virksomheder, selv om virksomheden, fordi den ikke deltog i Cembureau-aftalens vedtagelse,

173 — Jf. kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, præmis 55 og 57.

174 — Det fremgår af Domstolens praksis, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 omhandler to særskilte spørgsmål. Dels fastsætter den de betingelser, som skal være opfyldt for, at Kommissionen kan pålægge bøder (betingelser for pålæggelse af bøde); blandt disse er betingelsen om, at overtrædelsen skal være forsætlig eller uagtsom (første afsnit). Dels indeholder den bestemmelser om fastsættelse af bødens størrelse, som afhænger af overtrædelsens grovhed og varighed (kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, præmis 53, og dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 32).

175 — Jf. den appellerede doms præmis 4975 og 4976.

burde have været henført under den tredje undergruppe. Som Kommissionen har anført, er det afgørende i forbindelse med bødeudmålingen, at virksomheden kan henføres under en af kategorierne, idet opdelingen af disse i tre undergrupper tjener rent systematiske formål, eftersom alle de virksomheder, som henhører under en af disse kategorier — uanset i hvilken undergruppe de er blevet indplaceret — forsøgte at sikre overholdelsen af hjemmemarkedsprincippet med samme intensitet. De virksomheder, som er henført under den første kategori, på grund af den direkte tilslutning til Cembureau-aftalen og anvendelsen af visse gennemførelsesforanstaltninger, medvirkede direkte til afskærmningen af hjemmemarkederne [176].

305. Der er heller ikke sket nogen tilsidesættelse af lighedsprincippet, hvis der foretages en sammenligning med virksomhederne i den kategori, som »bærer et mindre ansvar«. De grunde, som Kommissionen anfører, og som Retten [177] har anført for sondringen mellem de to typer af virksomheder, udgør et rimeligt og objektivt kriterium, nemlig adfærdens indvirkning på konkurrencen og navnlig på opdelingen og adskillelsen af hjemmemarkederne. Den adfærd, der er beskrevet i beslutningens artikel 2, 3 og 4, og som vedrører den direkte beskyttelse af hjemmemarkederne, blev således karakteriseret som den alvorligste, set i forhold til den, der er beskrevet i artikel 5 og 6, som havde »mindre direkte indvirkning« [178], og som således kunne kvalificeres som mindre alvorlig.

306. Når Kommissionens kriterier er i overensstemmelse med de principper, der gælder ved udmålingen af bøder, er den nedsættelse, som Retten foretog, det følgelig også, da Retten anvendte de samme regler.

307. Henset til ovenstående betragtninger må det fjortende og det femtende anbringende forkastes.

308. Da alle de anbringender, som er antaget til realitetsbehandling, bør forkastes, må Kommissionen frifindes i det hele.

V — Sagens omkostninger

309. Omkostningerne i forbindelse med appelsagen bør — i overensstemmelse med Kommissionens påstand — pålægges Unicem i henhold til artikel 122, stk. 1, sammenholdt med artikel 69, stk. 2, første afsnit, i Domstolens procesreglement.

176 — Jf. den appellerede doms præmis 4952 og 4966.

177 — Jf. beslutningens nr. 65, punkt 9, og den appellerede doms præmis 4968.

178 — Den appellerede doms præmis 4968, sidste punktum.

VI — Forslag til afgørelse

310. Herefter skal jeg foreslå Domstolen, at fastslå:

1) De anbringender, som Buzzi Unicem SpA har fremført i appelsagen, og som ikke blev forkastet ved kendelse af 5. juni 2002, forkastes i det hele.

2) Den dom, som Retten i Første Instans (Fjerde Udvidede Afdeling) afsagde den 15. marts 2000 i de forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, stadfæstes i forhold til denne virksomhed.

3) Appellanten pålægges at betale sagens omkostninger.