Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 25. juni 2015 [1]

Sag C-373/14 P

Toshiba Corporation
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — karteller — markedet for elektriske transformatorer — mundtlig aftale om fordeling af markeder (»gentlemen's agreement«) — begrebet konkurrencebegrænsende formål — kriteriet om offentlig afstandtagen — punkt 18 i retningslinjerne af 2006«

1. Ved den foreliggende appel har Toshiba Corporation nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom Toshiba mod Kommissionen (T-519/09, EU:T:2014:263, herefter »den anfægtede dom«), hvorved Retten frifandt Europa-Kommissionen for Toshibas påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2009) 7601 af 7. oktober 2009 om en procedure i henhold til artikel 81 EF (Sag COMP/39.129 – Elektriske transformatorer, herefter »den omtvistede beslutning«).

2. Som følge af denne sag skal Domstolen endnu en gang forholde sig til begrebet »konkurrencebegrænsende formål« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF (nu artikel 101, stk. 1, TEUF) og mere specifikt oplyse, efter hvilke vurderingskriterier det skal påvises, om betingelserne for, at en praksis kan have et sådant formål, foreligger.

3. Den foreliggende sag drejer sig ligeledes om begrebet »offentlig afstandtagen« og punkt 18 i retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 [2] (herefter »retningslinjerne af 2006«).

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EUT 2006 C 210, s. 2.

I – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

1. Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde

4. Artikel 101, stk. 1, TEUF bestemmer:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.«

2. Retningslinjerne af 2006

5. Punkt 13 i retningslinjerne af 2006 har følgende ordlyd:

»Med henblik på at fastsætte bødens grundbeløb anvender Kommissionen værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i det relevante geografiske område inden for EØS [Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde]. Kommissionen anvender normalt virksomhedens afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor den har deltaget i overtrædelsen […]«

6. Punkt 18 i retningslinjerne af 2006 fastsætter imidlertid en undtagelse fra denne regel ved at bestemme:

»Hvis en overtrædelse geografisk set strækker sig ud over [EØS] (f.eks. når der er tale om verdensomspændende karteller), afspejler virksomhedens afsætning inden for EØS måske ikke i tilstrækkelig grad de enkelte virksomheders betydning i forbindelse med overtrædelsen. Dette kan f.eks. være tilfældet ved verdensomspændende aftaler om markedsdeling.

Under sådanne omstændigheder kan Kommissionen, for at fastlægge både den samlede relevante afsætning inden for EØS og de enkelte virksomheders relative betydning i forbindelse med overtrædelsen, foretage et skøn over den samlede værdi af de afsatte varer og tjenester, som overtrædelsen omfatter, inden for det relevante geografiske område (større end EØS), fastlægge den del af afsætningen, som den enkelte virksomhed, der deltager i overtrædelsen, tegner sig for på dette marked, og sammenligne denne del med de samme virksomheders samlede afsætning inden for EØS. Resultatet vil blive anvendt som afsætningens værdi med henblik på fastsættelse af bødens grundbeløb.«

7. Endelig angives det i punkt 37 i retningslinjerne af 2006, at »[s]elv om der i disse retningslinjer redegøres for den generelle metode til fastsættelse af bøder, kan det være berettiget, at Kommissionen fraviger denne metode eller de grænser, der er fastsat i punkt 21, hvis der gør sig særlige forhold gældende i en given sag, eller det er nødvendigt at sikre et afskrækkende niveau i et bestemt tilfælde«.

II – **Tvistens baggrund**

8. Den foreliggende sag vedrører sektoren for elektriske transformatorer, autotransformatorer og parallelreaktorer med et spændingsinterval på 380 kV og derover. En elektrisk transformator er en vigtig elektrisk komponent, hvis funktion er at mindske eller øge spændingen i et elektrisk kredsløb.

9. Toshiba Corporation (herefter »Toshiba«) er et japansk selskab, som i det væsentlige driver virksomhed inden for tre erhvervsområder: digitale produkter, elektronisk udstyr og komponenter samt infrastruktursystemer.

10. For så vidt angår Toshibas virksomhed inden for den omhandlede sektor skal der skelnes mellem to faser inden for den periode, som Kommissionen tog i betragtning i sin undersøgelse (og som begyndte den 9.6.1999 og sluttede den 15.5.2003, herefter »den relevante periode«). Fra den 9. juni 1999 til den 30. september 2002 drev Toshiba virksomhed gennem sit datterselskab Power System Co. Fra den 1. oktober 2002 blev appellantens virksomhed udøvet gennem TM T&D, et joint venture mellem Toshiba og Mitsubishi Electric, hvori de to virksomheder havde samlet deres produktion af elektriske transformatorer.

11. Den 30. september 2008 besluttede Kommissionen at indlede en procedure vedrørende markedet for elektriske transformatorer. Klagepunktsmeddelelsen blev vedtaget den 20. november 2008. Toshiba besvarede meddelelsen den 19. januar 2009. Den mundtlige høring fandt sted den 17. februar 2009.

12. Kommissionen fandt i den omtvistede beslutning, at Toshiba i hele den relevante periode havde deltaget i et ulovligt kartel, som havde omfattet hele EØS og Japan. Kartellet havde bestået i en mundtlig aftale mellem de europæiske og japanske producenter af elektriske transformatorer, som havde haft til formål, at de to grupper af transformatorproducenter respekterede hinandens hjemmemarkeder og afholdt sig fra at foretage afsætning på disse (herefter »den indgåede gentlemen's agreement«).

13. Kommissionen kvalificerede den indgåede gentlemen's agreement som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

14. I 165.-169. betragtning til den omtvistede beslutning behandlede Kommissionen det argument, som en række virksomheder, der var omfattet af den omhandlede procedure, havde fremsat om, at kartellet ikke havde haft nogen indvirkning på konkurrencen, eftersom de japanske og europæiske producenter ikke havde været konkurrenter på grund af de uoverstigelige barrierer for adgang til EØS-markedet. Herom gjorde den i det væsentlige gældende, at den koreanske producent Hyundai kort tid forinden var trådt ind på det europæiske marked for elektriske transformatorer, og at de japanske virksomheder havde kunnet notere et betydeligt salg i USA. Det var ikke lykkedes disse virksomheder at påvise, at barriererne for adgang til det amerikanske marked havde været meget forskellige fra barriererne for adgang til det europæiske marked.

15. Om den indgåede gentlemen's agreements struktur anførte Kommissionen, at begge producentgrupper skulle udpege en sekretærvirksomhed. Den bemærkede ligeledes, at aftalen om fordeling af markederne var blevet suppleret af endnu en aftale, hvorefter sekretæren for den ene gruppe skulle underrettes om udbud hidrørende fra den anden gruppes område, således at de kunne omfordeles.

16. Endvidere fastslog Kommissionen, at virksomhederne i den relevante periode var mødtes en eller to gange årligt, og at møderne havde fundet sted i Malaga fra den 9. til den 11. juni 1999, i Singapore den 29. maj 2000, i Barcelona fra den 29. oktober til den 1. november 2000, i Lissabon den 29. og 30. maj 2001, i Tokyo den 18. og 19. februar 2002, i Wien den 26. og 27. september 2002 (herefter »mødet i Wien«) samt i Zürich den 15. og 16. maj 2003 (herefter »mødet i Zürich«). Ifølge Kommissionen havde møderne navnlig til formål at bekræfte den indgåede gentlemen's agreement.

17. På baggrund af de ovennævnte betragtninger som helhed fastslog Kommissionen, at Toshiba havde overtrådt artikel 81 EF og EØS-aftalens artikel 53. Den pålagde følgelig Toshiba en bøde på 13,2 mio. EUR. TM T&D og Mitsubishi Electric var ikke adressater for den omtvistede beslutning.

III – **Forhandlinger for Retten og den anfægtede dom**

18. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 23. december 2009 anlagde Toshiba annullationssøgsmål til prøvelse af den omtvistede beslutning, idet selskabet påberåbte sig fire anbringender. Den foreliggende appel vedrører kun Rettens betragtninger vedrørende tre af de anbringender, der blev fremsat for den.

19. Ved prøvelsen af det andet anbringende, som navnlig drejede sig om, hvorvidt der havde foreligget en begrænsning af konkurrencen, fandt Retten indledningsvis, at det var med rette, at Kommissionen havde fastslået, at den indgåede gentlemen's agreement måtte kvalificeres som en praksis, der havde til formål at begrænse konkurrencen, og at det derfor ikke var nødvendigt at påvise, at den havde haft konkurrencebegrænsende virkninger.

20. Dernæst undersøgte Retten Toshibas argument om, at den indgåede gentlemen's agreement på trods af sin karakter ikke havde kunnet begrænse konkurrencen, fordi de japanske producenter ikke havde konkurreret med de europæiske virksomheder på EØS-markedet. Retten bemærkede hvad dette angår, at spørgsmålet om, hvorvidt et kartel har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, ikke kun skal undersøges på baggrund af aftalens indhold, men ligeledes på baggrund af den økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, og at en aftale som den indgåede gentlemen's agreement under hensyn til, at artikel 101 TEUF ikke kun beskytter den faktiske, men også den potentielle konkurrence, havde kunnet begrænse den faktiske eller potentielle konkurrence, medmindre der havde fandtes uoverstigelige barrierer for adgang til det europæiske marked, som derfor havde udelukket enhver konkurrence fra de japanske producenters side.

21. Med hensyn til, om adgangsbarriererne havde været uoverstigelige i det foreliggende tilfælde, bemærkede Retten indledningsvis, at selve eksistensen af den indgåede gentlemen's agreement kunne betragtes som et stærkt indicium for, at der havde været et konkurrenceforhold mellem de japanske og de europæiske producenter.

22. Endvidere fastslog Retten, idet den henviste til 91.-98. betragtning til den omtvistede beslutning, at den japanske producent Hitachi havde accepteret projekter udbudt af europæiske kunder. Den bemærkede desuden, at Hitachi i den skrivelse af 30. marts 2009, som selskabet havde tilsendt Kommissionen under den administrative procedure (herefter »Hitachis skrivelse«), havde trukket sine tidligere påstande tilbage og udtalt, at det anerkendte Kommissionens konklusioner om eksistensen og rækkevidden af den indgåede gentlemen's agreement, således som de blev fremstillet i klagepunktsmeddelelsen.

23. Med hensyn til det tredje anbringende, som bl.a. vedrørte Toshibas angivelige afstandtagen til kartellet, begyndte Retten med at henvise til, at en virksomhed, som, selv uden at medvirke aktivt i dem, deltager i møder, der har et konkurrencebegrænsende formål, og ikke offentligt tager afstand fra mødernes indhold og derved giver de øvrige virksomheder grund til at formode, at den er part i det kartel, som følger af møderne, kan anses for at have deltaget i det pågældende kartel.

24. Endvidere påpegede Retten, idet den medgav, at de foreliggende dokumenter kunne skabe tvivl om, hvorvidt Toshiba havde deltaget i den indgåede gentlemen's agreement efter mødet i Wien, at de samme dokumenter ikke kunne vise, at Toshiba allerede tog afstand fra den indgåede gentlemen's agreement på dette møde.

25. Det fulgte nemlig ifølge Retten af den omstændighed, at det fremgik af dokumenterne, at de virksomheder, som deltog i mødet i Wien, havde bekræftet det ulovlige kartel og kartellets regler om underretning om projekter, at parterne i den indgåede gentlemen's agreement, herunder også Toshiba, havde ønsket at videreføre aftalen, i hvert fald indtil det følgende møde.

26. Argumenterne om Toshibas deltagelse i kartellet indtil mødet i Zürich og den angivelige omstændighed, at dette møde ikke havde haft et konkurrencebegrænsende formål, fandt Retten var irrelevante, da de ikke kunne rejse tvivl om Kommissionens konklusion om, at Toshiba havde deltaget i den indgåede gentlemen's agreement indtil den 15. maj 2003.

27. Desuden fastslog Retten, at Toshiba ikke kunne hævde at have bragt sin deltagelse i kartellet til ophør på det tidspunkt, hvor TM T&D blev stiftet. Appellanten havde nemlig ikke offentligt taget afstand fra kartellet og havde ikke underrettet de øvrige parter om, at dette joint venture ikke ville deltage i det.

28. Med hensyn til det fjerde anbringende vedrørende beregningen af bøden fandt Retten, at Kommissionen havde anvendt den metode korrekt, som angives i punkt 18 i retningslinjerne af 2006, og at det derfor ikke kunne tiltrædes, at kun afsætningen i Japan og EØS skulle lægges til grund ved bødeberegningen. Kommissionen fastslog hvad dette angår i det væsentlige, at Kommissionens henvisning til de globale markedsandele havde gjort det muligt at tage hensyn til, at de omhandlede virksomheders globale konkurrencepotentiale ikke var blevet anvendt til at erobre EØS-markedet.

29. Desuden var det ifølge Retten med føje, at Kommissionen havde lagt den antagelse til grund, at de japanske producenters markedsandele i EØS ville have svaret til deres andele på verdensmarkedet, hvis den indgåede gentlemen's agreement ikke havde fandtes.

30. Hvad mere specifikt angår bødens forholdsmæssighed fandt Retten, at det ikke ville være korrekt at lægge de japanske producenters faktiske afsætning i EØS til grund, da dette i det foreliggende tilfælde ville være ensbetydende med at belønne Toshiba for at have overholdt den indgåede gentlemen's agreements bogstav. Endvidere bemærkede Retten, at da der var tale om en markedsdelingsaftale mellem virksomheder, som konkurrerede på verdensplan, gav en metode, hvorved andelene af verdensmarkedet blev lagt til grund, et mere retvisende billede af de pågældende virksomheders evne til at påføre de øvrige erhvervsdrivende på det europæiske marked alvorlig skade og en indikation af, hvor stort et bidrag de havde ydet til effektiviteten af kartellet som helhed eller omvendt af den ustabilitet, der ville have præget det, hvis de ikke havde deltaget i det. Endelig bemærkede Retten, at en sådan fremgangsmåde havde gjort det muligt at tage hensyn til eventuelle adgangsbarrierer, der måtte have fandtes inden for de forskellige segmenter af verdensmarkedet.

IV – **Parternes påstande og forhandlinger for Domstolen**

31. Toshiba har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede dom ophæves, for så vidt som Retten heri ikke tog Toshibas påstande om annullation af den omtvistede beslutnings artikel 1 og 2 til følge i den, og beslutningen annulleres.

— Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på fornyet behandling af sagen i overensstemmelse med Domstolens dom.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

32. Toshiba har fremsat fire anbringender til støtte for appellen.

33. Ved det første anbringende har Toshiba gjort gældende, at Retten anvendte et forkert retligt kriterium, da den fastslog, at de japanske fabrikanter af elektriske transformatorer havde været potentielle konkurrenter på EØS-markedet, fordi barriererne for adgang til EØS-markedet ikke havde været uoverstigelige og på grund af selve den omstændighed, at den indgåede gentlemen's agreement havde fandtes. Efter Toshibas opfattelse burde Retten have efterprøvet, om de japanske producenter havde reelle og konkrete muligheder for at træde ind på EØS-markedet, og om det kunne have udgjort en bæredygtig økonomisk strategi at gøre det. Da der ikke havde været nogen potentiel konkurrence mellem de japanske og europæiske producenter, kunne den indgåede gentlemen's agreement ikke have udgjort en overtrædelse af artikel 81 EF, og Kommissionen havde ikke beføjelse til at indlede forfølgning. Den anfægtede dom skal følgelig ophæves, og den omtvistede beslutning annulleres for så vidt angår Toshiba.

34. Ved det andet anbringende har Toshiba hævdet, at Retten gengav en skrivelse urigtigt, hvori en anden af proceduren omfattet part (nemlig Hitachi) skulle have erklæret, at denne ikke bestred Kommissionens konklusioner. Kommissionen havde fundet, at denne skrivelse vejede tungere end virksomhedens tidligere udsagn om, at den ikke havde foretaget afsætning på EØS-markedet. Ifølge Toshiba udgør dette en urigtig gengivelse af de beviser, på grundlag af hvilke Retten fastslog, at barriererne for adgang til EØS-markedet ikke havde været uoverstigelige.

35. Ved det tredje anbringende har Toshiba gjort gældende, at Retten ved at finde, at Toshibas argument om, at selskabet ikke havde deltaget i mødet i Zürich, var »irrelevant«, gav en selvmodsigende begrundelse og anvendte et forkert kriterium for offentlig afstandtagen og dermed tilsidesatte princippet om personligt ansvar. Den anfægtede dom skal følgelig ophæves, og den omtvistede beslutning annulleres, for så vidt som det heri fastslås, at Toshiba fortsatte med at deltage i den indgåede gentlemen's agreement indtil maj 2003.

36. Endelig har Toshiba ved det fjerde anbringende hævdet, at Retten fejlfortolkede punkt 18 i retningslinjerne af 2006 for beregning af bøder ved at anse selskabets globale afsætning for at være repræsentativ for dets betydning i overtrædelsen.

37. Kommissionen har for sit vedkommende nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at Toshiba tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V – **Bedømmelse**

A – *Det første anbringende om retlige fejl ved anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål*

38. Ved sit første anbringende har Toshiba gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at kvalificere den indgåede gentlemen's agreement som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. Efter Toshibas opfattelse skulle Retten for at nå frem til denne konklusion have efterprøvet, om det havde repræsenteret en bæredygtig økonomisk strategi for de japanske producenter at indtræde på EØS-markedet. Retten begrænsede sig imidlertid til at fastslå, at parterne kunne anses for at have været potentielle konkurrenter, dels fordi der ikke havde været uoverstigelige barrierer for adgang til EØS-markedet, dels på grund af selve den omstændighed, at den indgåede gentlemen's agreement havde foreligget.

39. Dette anbringende rejser således i det væsentlige endnu en gang spørgsmålet om, hvorledes »konkurrencebegrænsende formål« skal defineres, og hvilke processuelle konsekvenser definitionen har i bevismæssig henseende.

1. Generelle og indledende bemærkninger vedrørende definitionen af konkurrencebegrænsende formål

40. For at være omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF skal en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en samordnet praksis have »til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«.

41. Adskillelsen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning findes således i traktaten. Skønt den ikke er ny, har denne forskel været et centralt punkt i flere sager, der har påkaldt sig kritisk opmærksomhed i retslitteraturen i de seneste år [3].

42. En redegørelse for retspraksis i denne henseende er utvivlsomt ønskelig.

a) Retspraksis vedrørende adskillelsen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning

43. Det alternative forhold i betingelsen i artikel 101, stk. 1, TEUF om, at der skal være tale om en aftale eller en samordnet praksis, der har »til formål eller til følge« at begrænse konkurrencen, blev fastslået af Domstolen allerede i midten af 1960'erne i dom LTM (56/65, EU:C:1966:38) og er siden blevet bekræftet adskillige gange [4].

44. Indledningsvis fastslog Domstolen, at det ikke kumulative, men alternative forhold i denne betingelse – som ses af bindeordet »eller« – medfører, at det er nødvendigt først og fremmest at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde [5].

45. Subsidiært er det således kun, såfremt der ved en undersøgelse af bestemmelserne i den pågældende aftale ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen, der er tilstrækkelig skadelig, at der må foretages en undersøgelse af aftalens virkninger. I så fald må der, for at den kan anses for forbudt, foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret, mærkbart indskrænket eller fordrejet [6].

3 — Domme Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610), Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631), Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Domme Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 15), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 28) samt GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55).

5 — Domme LTM (56/65, EU:C:1966:38), dom Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 15), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 28), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 33).

6 — Domme LTM (56/65, EU:C:1966:38), Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 15), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 28), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34).

46. Det er følgelig ikke nødvendigt at tage hensyn til aftalens konkrete virkninger, når det fremgår, at den har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i det indre marked [7]. Det er med andre ord ikke fornødent at undersøge virkningen af en samordnet praksis, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål [8].

47. Ved vurderingen af en aftales konkurrencebegrænsende karakter skal man navnlig forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, til de formål, den tilsigter at opfylde, samt til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår [9]. Endvidere er der, selv om parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen af, hvorvidt en samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, intet til hinder for, at Kommissionen eller Unionens retsinstanser tager den i betragtning [10].

48. Desuden er det, for at aftalen kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål, tilstrækkeligt, at den *kan* påvirke konkurrencen negativt, dvs. at den under hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår, konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet [11]. Således som generaladvokat Wahl fremhævede i sit forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), »forudsætter den mere standardiserede bedømmelse, som anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål resulterer i, en indgående og individuel undersøgelse af den omtvistede aftale, som dog skal adskille sig klart fra undersøgelsen af de reelle eller potentielle virkninger af de involverede virksomheders adfærd« [12].

49. Adskillelsen mellem »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål« og »overtrædelser med konkurrencebegrænsende virkning« skyldes nemlig den omstændighed, at visse former for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår [13].

50. Det står således »fast, at visse former for hemmelig adfærd såsom adfærd, der resulterer i kartellers horisontale prisfastsættelser, kan anses for at kunne have så negative virkninger for navnlig prisen, kvantiteten eller kvaliteten af varer eller tjenesteydelser, at det med henblik på anvendelsen af artikel [101, stk. 1, TEUF] er ufornødent at godtgøre, at de har konkrete virkninger på markedet« [14]. »Hvis en analyse af indholdet af den samordnede praksis mellem virksomheder [derimod] ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, og for at den kan anses for forbudt, må der foreligge omstændigheder, der tilsammen viser, at konkurrencen faktisk er blevet hindret eller mærkbart indskrænket eller fordrejet« [15].

51. Det er ikke uberettiget at betegne denne retspraksis som fast.

7 — Domme Consten og Grundig mod Kommissionen (56/64 og 58/64, EU:C:1966:41), Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 16) og T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 29).

8 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 30), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34).

9 — Dom GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58). Jf. ligeledes med hensyn til en samordnet praksis dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27).

10 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54).

11 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 31) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 38).

12 — Punkt 40. Jf. ligeledes punkt 44.

13 — Domme Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 17), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 29), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 35), CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 50) og Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 114).

14 — Dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51).

15 — Ibidem (præmis 52).

52. I en af de nyeste af de førnævnte domme, nemlig dom Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), tilføjede Domstolen imidlertid en række faktorer, der skulle tages i betragtning ved vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng, og de forstyrrer de bevismæssige konsekvenser af adskillelsen mellem »konkurrencebegrænsende formål« og »konkurrencebegrænsende virkning«.

53. Domstolen bemærkede således, at »[i] forbindelse med vurderingen af den nævnte sammenhæng skal arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, også tages i betragtning« [16]. Dette betyder i praksis, at den ret, der skal vurdere risikoen for udelukkelse eller alvorlig svækkelse af konkurrencen på det pågældende marked, »bl.a. [bør] tage hensyn til markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke« [17].

54. Jeg deler hvad dette angår generaladvokat Wahls vurdering i hans forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), hvorefter disse retningslinjer i retspraksis ser ud til »at have vanskeliggjort den nødvendige sondring mellem undersøgelsen af det konkurrencebegrænsende formål og analysen af de konkurrencebegrænsende virkninger af aftaler mellem virksomhederne« [18]. Jeg er enig med generaladvokaten i, at »grænsen mellem begreberne konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkninger [ikke bør være flydende, og] at anvendelsen af dette begreb skal afgrænses bedre« [19]. Den foreliggende appel forekommer mig at give Domstolen en ny mulighed for at tydeliggøre sin praksis; dette kommer jeg tilbage til efter at have beskrevet fordelene ved og nødvendigheden af en sådan afgrænsning.

b) Fordelen ved sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning

55. Ingen anfægter det alternative forhold – som følger af ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF – i betingelsen om, at der skal være tale om en aftale eller en samordnet praksis, som har »til formål eller til følge« at begrænse konkurrencen.

56. Fordelen ved denne sondring er bevismæssig. Når der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er det nemlig ikke nødvendigt at bevise begrænsningens faktiske eller potentielle virkninger for at bringe bestemmelserne om uforenelighed i anvendelse [20]. For at fastslå, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er det nemlig tilstrækkelig til at kvalificere forholdet som en konkurrencebegrænsning og dermed til at pålægge en sanktion [21]. Hvis det er påvist, at aftalen (eller den samordnede praksis) har et konkurrencebegrænsende formål, kan undersøgelsen indstilles, eftersom overtrædelsen er bevist, uden at det er fornødent at påvise aftalens (eller den samordnede praksis') faktiske eller potentielle indvirkning på konkurrencen [22].

16 — Dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36).

17 — Ibidem (præmis 48).

18 — Punkt 46.

19 — Punkt 52. Domstolen forekommer mig ikke udtrykkeligt at have foretaget denne tydeliggørelse i dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

20 — N. Petit: *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nr. 574.

21 — C. Prieto og D. Bosco: *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr. 566.

22 — Jf. bl.a. D. Geradin, A. Layne-Farrar og N. Petit: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-114, s. 135, samt R. Whish og D. Bailey: *Competition law*, 7. udg., Oxford University Press, 2012, s. 119 og s. 120. Jf. ligeledes C. Graham: »Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*«, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542-551, navnlig s. 543, C.I. Nagy: »The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?«, *World Competition*, 2013, nr. 4, s. 541-564, navnlig s. 543, D. Harrison: »The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences«, *Competition Law Insight*, 2013, vol. 12, s. 10-12, navnlig s. 10, L. Idot og C. Prieto: »La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'»objet anticoncurrentiel««, *Revue des contrats*, 2013, s. 955-959, navnlig s. 957.

57. Nogle mener, at der til konkurrencebegrænsende formål knytter sig en »formodning« om ulovlighed [23]. Anvendelsen af dette begreb er dog en kilde til forvirring. Således som generaladvokat Kokott meget klart forklarede i sit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110), må forbuddet mod overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål ikke fortolkes »således, at det konkurrencebegrænsende formål alene giver anledning til en form for formodning for en overtrædelse, der imidlertid kan gendrives, hvis der i det konkrete tilfælde ikke kan påvises nogen negativ indvirkning på markedets funktion. En sådan fortolkning ville nemlig indebære, at de to indbyrdes uafhængige, sidestillede kriterier for en overtrædelse i artikel [101], stk. 1, [TEUF] sammenblandes på retsstridig vis: på den ene side forbuddet mod hemmelige aftaler med konkurrencebegrænsende *formål* og på den anden side forbuddet mod hemmelige aftaler med konkurrencebegrænsende *virkning*« [24].

58. Fordelene ved denne sondring er kendt. Set ud fra føromtalte processuelle synsvinkel er anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål »utvivlsomt en *kilde til forudsigelighed* og dermed til *retssikkerhed* for virksomhederne, idet de derved kan opnå kendskab til de retlige konsekvenser (især i form af forbud og sanktioner) af nogle af deres handlinger [...] Dermed har påvisningen af karteller med et konkurrencebegrænsende formål ligeledes *en afskrækkende virkning* og bidrager til at forhindre konkurrencebegrænsende adfærd. Endelig er det *en procesøkonomisk metode*, da den gør det muligt for konkurrencemyndighederne at fastslå, at visse former for hemmelige aftaler har en konkurrencebegrænsende virkning, uden at det er nødvendigt at foretage en ofte kompleks og langsommelig undersøgelse af deres potentielle eller reelle virkninger på det pågældende marked« [25].

59. Således som generaladvokat Wahl fremhævede i sag CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 36), vil disse fordele dog kun blive en realitet og kun være berettigede, hvis anvendelsen af begrebet konkurrencebegrænsende formål er klart afgrænset. Jeg deler i denne henseende det synspunkt, generaladvokat Kokott gav udtryk for i sit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110): Dels må begrebet konkurrencebegrænsende aftale eller samordnet praksis ikke fortolkes alt for vidt, når man betænker de meget alvorlige konsekvenser, som en tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF kan have for virksomhederne, dels må begrebet imidlertid heller ikke fortolkes alt for snævert, hvis man skal undgå i praksis at bortfortolke det forbud mod overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål, der er forankret i den primære ret [26].

23 — Chr. Lemaire: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr. 8, N. Petit: *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, nr. 594, J.H.J. Bourgeois: »On the Internal Morality of EU Competition Law«, *in Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 347-374, navnlig s. 350, D. Waelbroeck og D. Slater: »The scope of object vs effect under article 101 TFEU«, *in* J. Bourgeois og D. Waelbroeck (red.): *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131-157, navnlig s. 135 og s. 137. Jf. ligeledes i denne retning generaladvokat Cruz Villalóns forslag til afgørelse Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2012:663, punkt 64).

24 — Punkt 45.

25 — Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 35, min fremhævelse). Således som D. Geradin, A. Layne-Farrar og N. Petit anfører: »In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny« (D. Geradin, A. Layne-Farrar og N. Petit: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-118, s. 136). Om den nævnte fordel jf. ligeledes C.I. Nagy: »The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?«, *World Competition*, 2013, nr. 4, s. 541-564, navnlig s. 545, og C. Graham: »Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*«, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542-551, navnlig s. 547.

26 — Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 44).

60. Hvad dette angår må det konstateres, at dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) er blevet opfattet således, at den om ikke ophæver så dog i det mindste udvisker sondringen mellem konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning [27], skønt det er uomgængeligt nødvendigt at have en klar definition af »konkurrencebegrænsende formål« og de nødvendige kriterier til at fastslå, om der foreligger et sådant [28].

61. Som tidligere nævnt forklarede Domstolen i denne dom den nationale ret, som havde forelagt den et præjudicielt spørgsmål, at den ved vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng »bl.a. [skulle] tage hensyn til markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke« [29].

62. Jeg mener imidlertid, at Domstolens faste praksis som beskrevet i det foregående og dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) kan forliges.

c) De nødvendige kriterier til at fastslå, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål

63. Således som jeg anførte i forbindelse med gennemgangen af den relevante retspraksis, er det ikke nødvendigt at undersøge virkningen af en aftale, hvis det allerede er godtgjort, at den har et konkurrencebegrænsende formål [30]. Til gengæld er det følgelig nødvendigt at fastslå, om aftalen har et konkurrencebegrænsende formål.

64. For vurderingen af, om dette er tilfældet, udgør parternes hensigt ikke et nødvendigt forhold, men kan, i givet fald, tages i betragtning [31]. Til gengæld skal der lægges vægt på rækkevidden af aftalens bestemmelser, de formål, den tilsigter at opfylde, samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår [32].

27 — Om den nævnte dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160): »Domstolens begrundelse synes at *udviske* sondringen mellem de to kvalifikationer. For megen subtilitet kan ikke alene gøre det sværere for virksomhederne at forstå dem, men også vanskeliggøre konkurrencemyndighedernes og de nationale domstoles beslutningspraksis. *En sådan udvidelse af »konkurrencebegrænsende formål« er en kilde til forvirring*. Den kan føre til, at kvalifikationen i praksis forsvinder, hvilket vil betyde, at den på virkningerne baserede fremgangsmåde har sejret« (C. Prieto og D. Bosco: *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr. 582, min fremhævelse); »the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition« (C. Graham: »Methods for Determining wether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*«, *EL Rev.*, 2013 (38), s. 542-551, navnlig s. 542, *Abstract*, min fremhævelse); »the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction« (C.I. Nagy: »The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?«, *World Competition*, 2013, nr. 4, s. 541-564, navnlig s. 547, min fremhævelse).

28 — Jf. i denne retning Chr. Lemaire: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr. 66: »Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object« (min fremhævelse).

29 — Dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C 32/11, EU:C:2013:160, præmis 48).

30 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 30), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 55) og Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34).

31 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54).

32 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27, med hensyn til en samordnet praksis) og GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58).

65. Skønt det således ikke er fornødent at påvise konkurrencebegrænsende virkninger, når der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, skal den pågældende konkurrencebegrænsning dog naturligvis kunne have en minimal indvirkning på markedet [33].

66. Med andre ord bør vurderingen – for at gentage generaladvokat Wahls formulering i hans forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 41) – af, om en kontrakt har et konkurrencebegrænsende formål, *ses i* den økonomiske og juridiske *sammenhæng*, som aftaleparterne er gået ud fra [34].

67. Den økonomiske og juridiske sammenhæng skal bidrage til, at den myndighed, der skal undersøge det konkurrencebegrænsende formål, *forstår* aftalens økonomiske funktion og faktiske betydning [35].

68. At der skal tages hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng, indebærer med andre ord blot, således som generaladvokat Kokott anførte i sit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 46), at den omtvistede aftale *konkret* skal kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

69. Det skal nemlig ikke tabes af syne, at den fordel i form af forudsigelighed og lettelse af bevisbyrden, som påvisningen af aftaler med et konkurrencebegrænsende formål indebærer, ville »forsvinde, hvis denne påvisning i sidste ende [var] baseret på en indgående undersøgelse af den pågældende aftales konsekvenser for konkurrencen, som [gik] langt ud over en udførlig undersøgelse af aftalen« [36].

70. En overfladisk tilgang kan dog kun forsvares, når der er tale om adfærd – og jeg gentager her på ny en af generaladvokat Wahl anvendt formulering – som i det væsentlige indebærer *en iboende risiko for en særligt alvorlig skadelig virkning* [37], dvs. begrænsninger, der frembyder en vis iboende skadelighed [38].

71. Den nævnte fremgangsmåde er i øvrigt i overensstemmelse med Domstolens praksis, hvorefter »det væsentlige juridiske kriterium for at afgøre, om en samordning mellem virksomheder indebærer et sådant »konkurrencebegrænsende formål«, bunder i den konstatering, at en sådan samordning i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen« [39].

72. Konkret mener jeg, at de erfaringer, der er høstet gennem mere end 60 år, nu gør det muligt at anse de tilfælde, hvortil der henvises i artikel 101, stk. 1, TEUF, for at opfylde kravet om iboende skadelighed.

33 — »[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal [...] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction« (R. Whish og D. Bailey: *Competition law*, 7. udg., Oxford University Press, 2012, s. 120). Jf. ligeledes i denne retning generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): »Selv om visse former for aftaler ud fra tidligere erfaringer [...] vil kunne anses for umiddelbare overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål, fritager dette ikke Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed for forpligtelsen til at gennemføre en individuel vurdering af en aftale. Efter min opfattelse kan en vurdering være ret summarisk i visse tilfælde, f.eks. hvor der foreligger tydelige beviser for, at et horisontalt kartel har til hensigt at kontrollere produktionen for at holde priserne oppe, men den kan ikke helt undlades« (punkt 27).

34 — Til illustration af sine bemærkninger anvender generaladvokat Wahl et sigende eksempel ved at henvise til en »overtrædelse, der ifølge erfaringerne anses for at have en af de mest konkurrencebegrænsende virkninger, nemlig en horisontal prisaftale for en bestemt vare. Selv om det står fast, at en sådan aftale generelt er meget konkurrencebegrænsende, er konklusionen ikke den samme, når de pågældende virksomheder f.eks. kun tegner sig for en ubetydelig andel af det berørte marked« (generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 42). Jf. ligeledes i denne retning D. Waelbroeck og D. Slater: »The scope of object vs effect under article 101 TFEU«, *in* J. Bourgeois og D. Waelbroeck (red.): *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131-157, navnlig s. 135 og s. 146.

35 — Jf. i denne retning C.I. Nagy: »The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?«, *World Competition*, 2013, nr. 4, s. 541-564, navnlig s. 558.

36 — Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 60).

37 — Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 55).

38 — Ibidem (præmis 58).

39 — Dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 57).

73. At forstå opregningen i denne bestemmelse som de konkurrencebegrænsende formåls »*hårde kerne*« [40] lever op til det dobbelte krav, som følger af Domstolens praksis, hvoraf det dels fremgår, at de i artikel 101, stk. 1, TEUF omhandlede aftaletyper ikke udgør en udtømmende liste over forbudte hemmelige aftaler [41], men dels også understreges, at begrebet konkurrencebegrænsende formål ikke kan fortolkes udvidende [42].

74. For så vidt angår de aftaler, hvortil der udtrykkeligt henvises i artikel 101, stk. 1, TEUF, skal den faste praksis ved Domstolen derfor ikke fraviges, hvorefter den omstændighed, at der foreligger en sandsynlig alternativ forklaring på de påtalte former for adfærd (i det pågældende tilfælde manglende kommerciel interesse), ikke bør føre til at skærpe kravene til de beviser, der skal fremlægges [43]. Selv om det ikke er udelukket, at andre – atypiske eller komplekse – former for aftaler derimod kan have et formål, der kan føre til at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, kræver forbuddet imod disse en mere indgående analyse af den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori de indgår, idet analysen dog ikke skal gå så vidt som til at være en undersøgelse af aftalens virkninger.

75. De nyligt afsagte domme Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866) og Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) strider ikke imod hinanden og kan indpasses i den ramme, jeg opstiller.

76. I den førstnævnte af disse domme skulle Domstolen bl.a. efterprøve Rettens anvendelse af principperne for bevisbyrden og bevisførelsen i relation til konkurrencebegrænsende formål. Dens afgørelse er derfor fuldstændig relevant for det spørgsmål, det drejer sig om i den foreliggende sag. Domstolen fastslog ikke blot, at »aftaler, der tager sigte på at opdele markeder, har et konkurrencebegrænsende formål i sig selv og *tilhører en kategori af aftaler, som artikel 101, stk. 1, TEUF udtrykkeligt forbyder*« [44], men udledte også heraf, at »et sådant formål ikke kan retfærdiggøres gennem en analyse af den økonomiske sammenhæng, hvori den omhandlede konkurrencebegrænsende adfærd indgår« [45].

77. I den sidstnævnte af disse domme skulle Domstolen derimod tage stilling til en situation, som jeg ville betegne som atypisk – og som under alle omstændigheder ikke faldt ind under nogen af de kategorier, hvortil der henvises i artikel 101, stk. 1, TEUF. Denne særlige omstændighed forklarer, at Domstolen foretog to præciseringer vedrørende analysen af den økonomiske og retlige sammenhæng.

78. Først bemærkede den som led i vurderingen af denne sammenhæng, at »arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, [skulle] tages i betragtning« [46].

79. Derpå tilføjede den henvendt til den nationale ret, som havde forelagt den et præjudicielt spørgsmål, at denne ved vurderingen af risikoen for udelukkelse eller alvorlig svækkelse af konkurrencen burde tage hensyn til markedsstrukturen, men ligeledes til »tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke« [47].

40 — Dette er på en vis måde meningen med den »object box«, visse kommentatorer taler for.

41 — Dom Beef Industry Development Society og Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, præmis 23).

42 — Dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 58). Den snævre fortolkning af konkurrencebegrænsende formål er en naturlig følge af den »formodning« om ulovlighed, sådanne formål indebærer: »The finding of »*restriction by object*« must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence« (D. Waelbroeck og D. Slater: »The scope of object vs effect under article 101 TFEU«, in J. Bourgeois og D. Waelbroeck (red.): *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, s. 131-157, navnlig s. 156).

43 — Dom Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 45).

44 — Dom Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866, præmis 218). Min fremhævelse.

45 — Ibidem.

46 — Dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36).

47 — Ibidem (præmis 48).

80. Efter min opfattelse skyldes angivelsen af disse supplerende kriterier, der snarere vedrører undersøgelsen af virkningerne af en aftale eller et kartel, udelukkende det særegne ved de faktiske omstændigheder, som havde givet anledning til anmodningen om en præjudiciel afgørelse, og Domstolens ønske om at give den forelæggende ret et så fuldstændigt svar som muligt.

81. Den pågældende sag drejede sig nemlig om en række aftaler, hvorved en række bilforsikringsselskaber var blevet enige med dels bilforhandlere, der fungerede som reparationsværksteder, dels en sammenslutning, der repræsenterede sådanne værksteder, om den timetakst, forsikringsselskaberne skulle betale for reparation af de af selskaberne forsikrede motorkøretøjer, og hvorefter denne sats bl.a. afhang af antallet og procentdelen af de forsikringer, bilforhandleren havde solgt som mægler for det pågældende forsikringsselskab [48].

82. De pågældende bilforhandlere var således knyttet til forsikringsselskaberne i to henseender. På den ene side reparerede de i tilfælde af skader de køretøjer, der var forsikret hos forsikringsselskaberne, på den anden side fungerede de som mæglere for forsikringsselskaberne, idet de i deres egenskab af fuldmægtige for deres egne forsikringsmæglere eller associerede mæglere tilbød deres kunder en bilforsikring i forbindelse med salget eller reparationen af køretøjer.

83. Uafhængigt betragtet var hver enkelt af aftalerne således ikke i sig selv skadelig for de normale konkurrencevilkår på det pågældende marked (markedet for reparation af beskadigede køretøjer på den ene side og markedet for formidling af bilforsikringer på den anden side). Samlet betragtet kunne det imidlertid ikke udelukkes, at aftalerne som helhed havde en sådan virkning.

84. De særlige vurderingskriterier, hvortil der henvises i præmis 48 i dom Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) – dvs. hensynet til markedsstrukturen, tilstedeværelsen af alternative distributionskanaler og deres respektive betydning samt de pågældende selskabers markedsstyrke – er således specielle for denne sag og kan ikke anvendes generelt, da det kunne føre til sammenblanding af konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning.

85. Den retspraksis, som er senere end denne dom, bekræfter, at dom Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) udgjorde et særligt og enkeltstående tilfælde.

86. Domstolen er således fortsat med at påpege, at man ved vurderingen af, om en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder er tilstrækkeligt skadelig, skal forholde sig til rækkevidden af dens bestemmelser, de formål, den tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori den indgår. Om end Domstolen hvad angår vurderingen af denne sammenhæng nu synes at gentage nogle af de faktorer, der blev angivet for første gang i dom Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), ved at henvise til arten af de pågældende produkter eller tjenesteydelser, samt hvorledes de omhandlede markeder er opbygget og reelt fungerer [49], tilføjer den ikke længere de detaljerede kriterier, som er særlige for det tilfælde, der danner baggrund for denne dom.

48 — Dette særlige forhold beror på, at ungarske forhandlere kan optræde som bilforsikringsmæglere for deres kunder i forbindelse med salg eller reparation af køretøjer.

49 — Det drejer sig om de kriterier, der angives i præmis 36 i dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36), og som siden er blevet gentaget i domme CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53) og Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 117). Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen og Kommissionen mod Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P og C-294/13 P, EU:C:2014:2439, punkt 209) og generaladvokat Wahls forlag til afgørelse ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, punkt 41).

d) Forsøg på en sammenfatning med hensyn til vurderingen i tilfælde, hvor der kan foreligge et konkurrencebegrænsende formål

87. Som afslutning på ovenstående generelle og indledende bemærkninger vedrørende definitionen af konkurrencebegrænsende formål sondrer jeg mellem to tilfælde.

88. Der gælder det samme princip i begge tilfælde: For at vurdere, om en aftale mellem virksomheder (eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder) på grund af selve sin art er tilstrækkeligt skadelig til at blive anset for en overtrædelse med et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF, skal man forholde sig til rækkevidden af aftalens bestemmelser, dens sigte – dvs. de formål, den tilsigter at opfylde – samt den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår. Dette princip gælder ligeledes, mutatis mutandis, for samordnet praksis.

89. Hvis resultatet af denne vurdering er positivt, og aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder eller den samordnede praksis falder ind under en kategori, hvortil der udtrykkeligt henvises i artikel 101, stk. 1, TEUF, kan vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng foretages marginalt.

90. Hvis det derimod fremgår af samme vurdering, at aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder eller den samordnede praksis ikke er omfattet af et af de tilfælde, hvortil der henvises i artikel 101, stk. 1, TEUF, eller udviser træk, der gør aftalen, vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder eller den samordnede praksis atypisk eller kompleks, skal vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng være mere indgående.

91. I sidstnævnte tilfælde kan arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer samt undtagelsesvis de yderligere forhold, hvortil der henvises i præmis 48 i dom Allianz Hungaria Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160), tages i betragtning ved vurderingen af den økonomiske og retlige sammenhæng. Endvidere er der, selv om parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen af, hvorvidt en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis er konkurrencebegrænsende, intet til hinder for, at den tages i betragtning [50].

2. Spørgsmålet om, hvorvidt der forelå et konkurrencebegrænsende formål i den foreliggende sag

92. Ved sit første anbringende har Toshiba gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at finde, at »en aftale som den indgåede gentlemen's agreement, der har til formål at beskytte europæiske producenter på deres område mod faktisk eller potentiel konkurrence fra japanske producenter, kan begrænse konkurrencen, medmindre der findes uoverstigelige barrierer for adgang til det europæiske marked, som udelukker enhver konkurrence fra japanske producenters side« [51].

93. Efter Toshibas opfattelse burde Retten have efterprøvet, om de japanske producenter havde reelle og konkrete muligheder for at træde ind på EØS-markedet, og om det kunne have udgjort en bæredygtig økonomisk strategi at gøre det. Det var en fejl, at den indskrænkede sig til at efterprøve, om der fandtes uoverstigelige adgangsbarrierer, og konkluderede, at »Kommissionen derfor kunne begrænse sig til at påvise, at barriererne for adgang til det europæiske marked ikke var uoverstigelige« [52].

50 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 58), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54).

51 — Præmis 230 i den anfægtede dom.

52 — Ibidem.

94. Endvidere begik Retten ligeledes en retlig fejl ved at lægge den indgåede gentlemen's agreements eksistens til grund for påvisningen af, at der havde været et konkurrenceforhold mellem de japanske og de europæiske fabrikanter, da den afgjorde, at »selve den omstændighed, at den indgåede gentlemen's agreement fandtes, udgør et stærkt indicium for, at der var et konkurrenceforhold mellem de japanske og de europæiske producenter« [53].

95. Hvad Toshiba kritiserer, er således i det væsentlige Rettens reaktion på det argument, der blev fremsat for den, og hvorefter Kommissionen ikke havde foretaget en detaljeret økonomisk analyse af situationen.

96. Retten havde imidlertid hvad dette angår bemærket forud for de kritiserede præmisser dels:

— at artikel 81, stk. 1, EF forbyder karteller, som har til formål eller til følge at hindre konkurrencen, og at det derfor ikke er nødvendigt at påvise konkrete virkninger af et kartel, når det har til formål at begrænse konkurrencen (præmis 227 i den anfægtede dom)

— at Kommissionen havde fastslået »med rette, at den indgåede gentlemen's agreement som en aftale om fordeling af markeder skulle kvalificeres som konkurrencebegrænsende« (præmis 228 i den anfægtede dom), og at det følgelig var »med føje, at Kommissionen [havde fastslået] [...] at den ikke behøvede at påvise, at den indgåede gentlemen's agreement havde haft konkurrencebegrænsende virkninger« (præmis 228 i den anfægtede dom).

97. Denne analyse mener jeg er fuldt i overensstemmelse med den fremgangsmåde, jeg har beskrevet i det foregående.

98. Eftersom den indgåede gentlemen's agreement udgjorde bekræftelsen af et uformelt kartel, hvorved de europæiske og de japanske producenter var blevet enige om at afholde sig fra at foretage afsætning på de to gruppers respektive områder, er kvalifikationen af den som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål nemlig i overensstemmelse med den almindelige opfattelse af denne form for aftale eller kartel [54].

99. I overensstemmelse med de bevismæssige konsekvenser og udstrækningen af den kontrol, der knytter sig til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, var det følgelig med føje, at Retten fandt, at »en aftale som den indgåede gentlemen's agreement, der har til formål at beskytte europæiske producenter på deres område mod faktisk eller potentiel konkurrence fra japanske producenter, kan begrænse konkurrencen, medmindre der findes uoverstigelige barrierer for adgang til det europæiske marked, som udelukker enhver konkurrence fra japanske producenters side[, og at] Kommissionen derfor kunne begrænse sig til at påvise, at barriererne for adgang til det europæiske marked ikke var uoverstigelige« [55], hvilket den gjorde ved at henvise til, at en japansk producent var trådt ind på dette marked.

53 — Præmis 231 i den anfægtede dom.

54 — Artikel 101, stk. 1, litra c), TEUF henviser udtrykkeligt til vedtagelser eller praksis, der består i »opdeling af markeder eller forsyningskilder«. Jf. ligeledes D. Geradin, A. Layne-Farrar og N. Petit: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, nr. 3-114, s. 135, og R. Whish og D. Bailey: *Competition law*, 7. udg., Oxford University Press, 2012, s. 122, Chr. Lemaire: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013, nr. 68, J.H.J. Bourgeois: »On the Internal Morality of EU Competition Law«, in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014, s. 347-374, navnlig s. 351, samt D. Harrison: »The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences«, *Competition Law Insight*, 2013, vol. 12, s. 10-12, navnlig s. 10.

55 — Præmis 230 i den anfægtede dom.

100. Ligeledes var det uden at begå en retlig fejl, at Retten selv fandt, at den indgåede gentlemen's agreement og desuden det forhold, at barriererne for adgang til det europæiske marked ikke havde været uoverstigelige, var et »stærkt indicium for, at der havde været et konkurrenceforhold mellem de japanske og de europæiske producenter« [56]. Den indgåede gentlemen's agreement er nemlig som sådan en del af den relevante økonomiske og retlige sammenhæng.

101. At kræve, at Retten efterprøver, »om de japanske producenter havde reelle og konkrete muligheder for at træde ind på EØS-markedet, og om det kunne have udgjort en bæredygtig økonomisk strategi at gøre det«, således som Toshiba har gjort gældende til støtte for sit første anbringende, ville indebære en skærpelse af kravene til de beviser, der skal fremlægges. Et sådant krav ville være i strid med Domstolens praksis [57] og med den ramme, jeg opstillede i mine generelle og indledende bemærkninger.

102. Der må følgelig drages den konklusion, at det første anbringende er ugrundet.

B – *Det andet anbringende om urigtig gengivelse af de beviser, på grundlag af hvilke Retten fastslog, at barriererne for adgang til EØS-markedet ikke havde været uoverstigelige*

103. Med henblik på at påvise, at de eventuelle barrierer for adgang til det europæiske marked ikke havde været uoverstigelige, lagde Retten ikke kun selve eksistensen af den indgåede gentlemen's agreement til grund, men ligeledes den omstændighed, at en af de japanske virksomheder, som havde deltaget i den, havde accepteret projekter udbudt af kunder, der befandt sig i Europa.

104. Heroverfor gjorde Toshiba gældende, at virksomheden Hitachi i sit svar på begæringen om oplysninger af 28. februar 2008 og under den mundtlige høring havde udtalt, at den ikke havde solgt elektriske transformatorer i Unionen eller EØS i perioden 2001-2003. Retten bemærkede vedrørende denne udtalelse, at det skulle »påpeges hvad dette angår, at Hitachi senere, nærmere bestemt i sin skrivelse af 30. marts 2009, trak sine tidligere påstande tilbage og udtalte, at selskabet anerkendte Kommissionens konklusioner om eksistensen og rækkevidden af den indgåede gentlemen's agreement, således som de blev fremstillet i klagepunktsmeddelelsen« [58].

105. Toshiba finder, at Kommissionen derved gav et forkert billede af indholdet af Hitachis skrivelse og fortolkede denne urigtigt.

106. Ifølge fast retspraksis fremgår det af artikel 256 TEUF og artikel 58, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, at appellen er begrænset til retsspørgsmål, og at det derfor alene er Retten, som er kompetent til at fastlægge de faktiske omstændigheder og at bedømme disse, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler. Medmindre de for Retten fremlagte beviser er gengivet urigtigt, udgør bedømmelsen af de faktiske omstændigheder med andre ord ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret [59].

107. En påstået urigtig gengivelse skal fremgå åbenbart af sagsakterne, uden at det er nødvendigt at foretage en ny vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne [60].

56 — Præmis 231 i den anfægtede dom.

57 — Dom Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 45).

58 — Præmis 233 i den anfægtede dom.

59 — Jf. i denne retning bl.a. domme Wunenburger mod Kommissionen (C-362/05 P, EU:C:2007:322, præmis 66), YKK m.fl. mod Kommissionen (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, præmis 44) og Marktgemeinde Straßwalchen m.fl. (C-531/13, EU:C:2015:79, præmis 38).

60 — Jf. bl.a. i denne retning domme Wunenburger mod Kommissionen (C-362/05 P, EU:C:2007:322, præmis 67), YKK m.fl. mod Kommissionen (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, præmis 44) og Marktgemeinde Straßwalchen m.fl. (C-531/13, EU:C:2015:79, præmis 39).

108. Det fremgår ikke af vurderingen af Hitachis skrivelse, at Retten gengav de faktiske omstændigheder urigtigt. Det angives nemlig udtrykkeligt i skrivelsen, at Hitachi anerkender Kommissionens konklusioner om eksistensen og rækkevidden af den indgåede gentlemen's agreement, således som de fremstilles i klagepunktsmeddelelsen. Det fremgår af Toshibas eget svar på klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen allerede rejste spørgsmålet om Hitachis accept af tre kontrakter på det europæiske marked i denne meddelelse [61].

109. Det var derfor uden at gengive de faktiske omstændigheder i Hitachis skrivelse urigtigt, at Retten i præmis 232-234 i den anfægtede dom konstaterede, at Hitachi efter at have besvaret Kommissionens begæring om oplysninger af 28. februar 2008 og efter den mundtlige høring havde trukket sine tidligere påstande tilbage og udtalt, at selskabet anerkendte Kommissionens konklusioner om eksistensen og rækkevidden af den indgåede gentlemen's agreement, således som de blev fremstillet i klagepunktsmeddelelsen.

110. Desuden skal det nævnes, at der i det andet anbringende, som Toshiba har påberåbt sig til støtte for appellen, kun henvises til præmis 233 i den anfægtede dom. Retten bemærker imidlertid allerede i den umiddelbart foregående præmis, at Kommissionens henvisning i den anfægtede beslutning til Hitachis accept af tre europæiske projekter »viser, at adgangsbarriererne ikke var uoverstigelige for en japansk producent«. Imidlertid har Toshiba inden for rammerne af appellen hverken kritiseret denne præmis eller de præmisser, hvori Retten behandler spørgsmålet (og hvortil Retten henviser mod slutningen af præmis 233 i dommen) [62].

111. Denne mangel på kritik fra Toshibas side strider imod, at der er tale om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, idet en sådan som tidligere nævnt skal fremgå åbenbart af sagsakterne, uden at det er nødvendigt at foretage en ny vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne.

112. Der må følgelig drages den konklusion, at det ikke fremgår af vurderingen af Hitachis skrivelse, at Retten gengav de i skrivelsen angivne faktiske omstændigheder åbenbart urigtigt.

C – *Det tredje anbringende om varigheden af Toshibas deltagelse i overtrædelsen, hvorefter der foreligger en selvmodsigende begrundelse, urigtig gengivelse af beviserne, forkert anvendelse af kriteriet om offentlig afstandtagen og en tilsidesættelse af princippet om personligt ansvar*

113. Toshibas tredje anbringende drejer sig om varigheden af selskabets deltagelse i den indgåede gentlemen's agreement. Anbringendet er opdelt i tre led. For det første indeholder Rettens dom ifølge Toshiba en selvmodsigende begrundelse i forhold til de faktuelle konstateringer og de tidligere fastslåede beviser, som derved gengives urigtigt. For det andet foretog Retten en urigtig anvendelse af kriteriet om offentlig afstandtagen. For det tredje tilsidesatte den princippet om personligt ansvar ved at fastslå, at Toshibas indvending om, at selskabet ikke deltog i mødet i Zürich, var »irrelevant«. Det andet og det tredje led behandler jeg samlet, da de i realiteten drejer sig om de samme af Retten fremsatte betragtninger.

1. Selvmodsigende begrundelse og urigtig gengivelse af beviserne

114. Ifølge Toshiba modsagde Retten sig selv ved på den ene side at fastslå i præmis 208, at Toshiba »havde besluttet, at selskabet ikke ville deltage i fremtidige møder«, og på den anden side afgøre, at der »herskede tvivl om, hvorvidt Toshiba fortsat ville deltage i den indgåede gentlemen's agreement« (præmis 209 i den anfægtede dom), og at selskabets deltagelse ville afhænge af, om TM T&D's deltog (præmis 211 i den anfægtede dom).

61 — Jf. punkt 83-88 i Toshibas svar på klagepunktsmeddelelsen, bilag A.03.24a til appelskriftet.

62 — Dvs. præmis 59-62 i den anfægtede dom.

115. Ovenstående påstande fra Toshibas side beror utvivlsomt på en ufuldstændig læsning af den anfægtede dom og af de dokumenter, der er blevet påberåbt til støtte herfor.

116. Det, Retten fastslog i præmis 208 i dommen, var nemlig, at det som følge af stiftelsen af joint venturet TM T&D endnu ikke var blevet besluttet, om Toshiba skulle deltage i fremtidige møder. Retten udledte af forskellige dokumenter, at Toshiba ganske vist havde udelukket, at selskabet ville deltage individuelt i møderne, men at de øvrige deltagere klart havde angivet, at det ikke ville tjene noget formål at opretholde den indgåede gentlemen's agreement uden Toshiba.

117. Efter at Retten i præmis 210 i den anfægtede dom havde bemærket, at det ikke kunne udledes af noget dokument, at Toshiba havde taget afstand fra den indgåede gentlemen's agreement under mødet i Wien, fortsatte den meget logisk med at fastslå i præmis 211 i den anfægtede dom, at »det ligeledes fremgår af de af sagsøgeren påberåbte dokumenter, at de virksomheder, der deltog i mødet, efter at sagsøgeren havde meddelt, at det endnu ikke var blevet besluttet, om TM T&D skulle deltage i fremtidige møder, og at sagsøgerens deltagelse afhang heraf, alligevel bekræftede den indgåede gentlemen's agreement og kartellets regler om underretning om projekter«.

118. I modsætning til, hvad Toshiba har hævdet, bekræfter hvert enkelt af de påberåbte dokumenter, at det var usikkert dels, om Toshiba ville være til stede på det følgende møde, dels, om selskabet fortsat ville deltage i den indgåede gentlemen's agreement, individuelt eller gennem TM T&D.

119. Indledningsvis var det ifølge det af Okamoto (Fuji) udarbejdede memorandum fra mødet i Wien endnu ikke blevet besluttet, om Toshiba skulle deltage i møderne efter stiftelsen af joint venturet. Det tilføjes ganske vist i en parentes, at »der [ikke forventes] en uklar beslutning, såsom en beslutning om at fortsætte som [Toshiba]«, men denne sætning efterfølges umiddelbart af bemærkningen »Ja eller nej«. Ud over at denne passage er af underordnet karakter, hvilket fremgår af, at den er i parentes, viser tilføjelsen af alternativet »ja eller nej« ubestrideligt, at der er tale om en foreløbig formodning, og at der endnu ikke var blevet truffet en beslutning [63].

120. Endvidere angives det i modsætning til, hvad Toshiba har anført, ikke kun i det forklarende notat, som er bilagt Fujis erklæring til Kommissionen med henblik på bødefritagelse, at »Toshiba afviste muligheden for, at selskabet ville deltage i møderne efter stiftelsen af TM T&D (samtidig med, at Mitsubishi ikke deltog)«, men også at »der, eftersom Mitsubishi ikke længere deltog i møderne, måtte træffes en beslutning om, hvorvidt det skulle tillades TM T&D at deltage i dem« [64].

121. Endelig er påstanden om, at referatet af mødet i Wien ikke er klart, ikke korrekt, eftersom det heri angives fuldstændig klart, at der »relativt hurtigt vil blive truffet beslutning« om Toshibas deltagelse i de kommende møder, og ydermere anføres, at fremtidige møder kun vil have mening, hvis Toshiba fortsat deltager. Desuden afsluttes det pågældende punkt i referatet med en bemærkning om, at dette spørgsmål vil udgøre hovedpunktet på det følgende møde [65]. I afventning heraf bekræftede man den indgåede gentlemen's agreement [66].

63 — Det originale dokument, som er på engelsk, er affattet som følger: »Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)« (Fujis interne memorandum om mødet i Wien udarbejdet af Okamoto, bilag A.14 til appelskriftet).

64 — Det originale dokument, som er på engelsk, er affattet som følger: »In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba« (Fujis erklæring til Kommissionen med henblik på bødefritagelse, bilag A.15 til appelskriftet).

65 — Det originale dokument, som er på engelsk, er affattet som følger: »Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic« (referat af mødet i Wien, Siemens/Hitachi, bilag A.15 til appelskriftet).

66 — Det originale dokument, som er på engelsk, er affattet som følger under overskriften »3. GA and Inhouse business«: »Confirmation on rules: GA enquiries via Secs« (referat af mødet i Wien, Siemens/Hitachi, bilag A.15 til appelskriftet).

122. Der må følgelig drages den konklusion, at det ikke fremgår af vurderingen af de dokumenter, Retten lagde til grund, at den gengav de i dokumenterne angivne faktiske omstændigheder åbenbart urigtigt, eller at vurderingen gav anledning til en selvmodsigelse i dens ræsonnement.

2. Urigtig anvendelse af kriteriet om offentlig afstandtagen og tilsidesættelse af princippet om personligt ansvar

123. Ifølge Toshiba foretog Retten en urigtig anvendelse af kriteriet om offentlig afstandtagen, da den i præmis 218 i den anfægtede dom afviste Toshibas argument om, at denne ikke havde deltaget i mødet i Zürich efter stiftelsen af TM T&D, idet den betegnede det som irrelevant. Toshiba finder med andre ord under henvisning til præmis 213 og 220 i den anfægtede dom, at Retten begik en retlig fejl ved at finde, at Toshibas manglende tilstedeværelse på mødet i Zürich ikke havde nogen betydning for vurderingen af, om kriteriet om offentlig afstandtagen var opfyldt, skønt det tidligere var blevet udledt af dokumenter, som Toshiba havde påberåbt sig, at der herskede tvivl om, hvorvidt selskabet fortsat ville deltage i kartellet.

124. Skønt kriteriet om offentlig afstandtagen ofte påberåbes af virksomheder, som anklages for konkurrencebegrænsende adfærd, er det kun sjældent blevet behandlet i Domstolens praksis [67] og har kun påkaldt sig begrænset interesse i retslitteraturen. Dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271) forekommer mig egnet som grundlag for at klarlægge linjerne i det.

125. Domstolen fandt således i denne dom, at begreberne offentlig afstandtagen og en konkurrencebegrænsende praksis' kontinuitet »henviser til faktiske situationer, der fastlægges fra sag til sag af den ret, der påkender sagens realitet, på grundlag af »et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier«, som er blevet forelagt den, og efter at der er foretaget en »samlet bedømmelse af samtlige relevante beviser og indicier«« [68]. Det følger af denne definition, at det, »[n]år disse beviser er blevet tilvejebragt forskriftsmæssigt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, [alene er] Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken værdi der skal tillægges de oplysninger, den er blevet forelagt. Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål, der som sådant er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre de beviser, der er fremlagt for Retten, er gengivet forkert« [69].

126. Denne holdning, der er i overensstemmelse med den, som er blevet fulgt i tidligere retspraksis [70], bekræftes i dom Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, præmis 28-30).

127. Generelt påberåbes offentlig afstandtagen af virksomheder, der har deltaget i et møde uden at have ønsket at deltage i den aftale eller det kartel, som blev drøftet på mødet. Domstolens praksis vedrørende sådanne tilfælde, der kan betegnes som fast, skønt spørgsmålet kun er blevet kun behandlet i et begrænset antal domme, kan sammenfattes således: »For at føre tilstrækkeligt bevis for, at en virksomhed deltager i et kartel, er [det] tilstrækkeligt at bevise, at den pågældende virksomhed har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra. Når deltagelsen i sådanne møder er blevet bevist, påhviler det virksomheden at

67 — Jf. bl.a. domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6), Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408), Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166), Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271), og Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351) samt kendelse Adriatica di Navigazione mod Kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Begrebet offentlig afstandtagen kan spores i dom Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), idet Kommissionen i den sag, som gav anledning til denne dom, havde gjort gældende, at »[e]nhver, der påstår *ikke at have deltaget* i beslutningerne om de foranstaltninger, som der var blevet opnået enighed om, må [...] føre positivt bevis *herfor*« (præmis 95). Min fremhævelse.

68 — Præmis 71.

69 — Ibidem.

70 — Jf. i denne retning dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, præmis 76-78) og dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 132) samt kendelse Adriatica di Navigazione mod Kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105, præmis 50 og 54).

fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, og herved påvise, at den over for konkurrenterne havde oplyst, at den deltog i møderne med et andet formål end deres«[71]. Domstolen tilføjer hvad dette angår, at det er »de andre karteldeltageres opfattelse af, hvad der er den omhandlede virksomheds intention, [som er] afgørende for vurderingen af, om denne virksomhed har forsøgt at distancere sig fra den ulovlige aftale«[72].

128. I det foreliggende tilfælde har Toshiba i det tredje anbringendes andet og tredje led i det væsentlige hævdet, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Toshiba kunne anses for at have deltaget i den indgåede gentlemen's agreement indtil mødet i Zürich, ikke kun på trods af de udtalelser, selskabet fremsatte på mødet i Wien i september 2002 for at tage afstand fra den, men også på trods af, at Toshiba ikke deltog – i det mindste ikke individuelt – i mødet i Zürich i maj 2003, og at Kommissionen undlod at inkludere joint venture-virksomheden TM T&D i adressaterne for den omtvistede beslutning.

129. De faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde er ganske vist noget forskellige fra dem, der var tale om i de domme, hvortil jeg netop har henvist. I den foreliggende sag har Toshiba således hævdet, at selskabet offentligt tog afstand fra kartellet på mødet i Wien ved at meddele, at det ikke ville deltage, i det mindste ikke individuelt, i de følgende møder på grund af stiftelsen af et joint venture med Mitsubishi (hvis deltagelse der endnu ikke var truffet beslutning om), og at dette bekræftes af, at Toshiba ikke var til stede på mødet i Zürich.

130. Selv i dette specielle tilfælde finder jeg imidlertid, at spørgsmålet om, hvorvidt Toshiba kan anses for at have været part i den indgåede gentlemen's agreement i perioden fra mødet i Wien til mødet i Zürich, udgør en fastlæggelse af faktiske omstændigheder, som falder uden for Domstolens kompetence, medmindre der foreligger en urigtig gengivelse af beviser[73]. Toshibas anbringende »er i sidste instans en anfægtelse af Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og af de beviser, der er blevet forelagt den, vedrørende sagsøgerens manglende offentlige afstandtagen«[74].

131. I modsætning til sag Total Marketing Services mod Kommissionen (C-634/13 P, der verserer for Domstolen) er der nemlig ikke tale om en situation, hvor der overhovedet ikke er nogen ansats til bevis for, at den pågældende virksomhed fortsatte med at deltage i det omtvistede kartel efter et bestemt tidspunkt. Tværtimod foreligger der rent faktisk – for at gentage generaladvokat Wahls sondring i det forslag til afgørelse, han fremsatte i samme sag[75] – en situation, hvori manglen på udtrykkelig afstandtagen gør det muligt at opretholde den på konkrete indicier baserede formodning om, at en virksomhed, som har deltaget i møder med et konkurrencebegrænsende formål, har deltaget i et kartel, der er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF.

132. Skønt – således som Toshiba indledningsvis har gjort gældende i punkt 25 i appelskriftet – selskabet allerede gjorde gældende inden for rammerne af sit forsvar for Retten, at der ikke var noget bevis for, at det var fortsat med at deltage efter mødet i Wien, og for, at de øvrige parter i den indgåede gentlemen's agreement klart havde forstået ud fra en række omstændigheder, at Toshiba offentligt havde taget afstand fra aftalen, forholder det sig stadig således, at det, eftersom Toshiba

71 — Dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 119), hvori der henvises til dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 81).

72 — Dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 120).

73 — »Da spørgsmålet om, hvor længe en overtrædelse har fundet sted, er afgørelsen heraf et spørgsmål, der vedrører de faktiske omstændigheder, er den ikke omfattet af Domstolens prøvelse i en appelsag, medmindre de beviser, som er blevet forelagt Retten, er blevet gengivet urigtigt. Dette gælder bl.a. anvendelsen af »begreberne offentlig afstandtagen og kontinuiteten af en konkurrencebegrænsende praksis [...]«« (L. Bernardeau og J.-Ph. Christienne: *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, nr. II.1314).

74 — Dom Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, præmis 28).

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, punkt 56.

havde deltaget i forskellige møder, herunder også mødet i Wien, i henhold til den retspraksis, hvortil jeg tidligere har henvist, påhvilede Toshiba at føre bevis for, at selskabet offentligt havde taget afstand fra den indgåede gentlemen's agreement [76], og at de øvrige deltagere i kartellet rent faktisk opfattede, at dette var Toshibas intention [77].

133. Retten vurderede i denne forbindelse de beviser, Toshiba havde forelagt den til bedømmelse i dette øjemed, herunder mere specifikt referatet af mødet i Wien, Fujis interne notat vedrørende dette møde og det forklarende notat, som er bilagt Fujis erklæring til Kommissionen med henblik på bødefritagelse [78].

134. Toshiba bestred ikke Rettens vurdering på dette punkt [79], bortset fra præmis 209 og 211 i den anfægtede dom, hvilket skete inden for rammerne af det første led af det tredje anbringende. Jeg er nået til den konklusion hvad dette spørgsmål angår, at det ikke fremgår af vurderingen af de dokumenter, hvorpå Retten baserede sig, at den gengav de deri indeholdte faktiske omstændigheder åbenbart urigtigt, og at vurderingen heller ikke gav anledning til en selvmodsigelse i dens ræsonnement.

135. Tværtimod fremgår det af de nævnte dokumenter, at der herskede tvivl om, hvorvidt Toshiba ville deltage i de kommende møder, og at man i afventning af beslutningen herom bekræftede den indgåede gentlemen's agreement.

136. Det andet led af det tredje anbringende skal følgelig afvises, eftersom det har til formål at anfægte Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviser, og eftersom disse beviser ikke blev gengivet urigtigt.

137. Hvad det tredje led af det tredje anbringende angår er det ikke min opfattelse, at Retten begik nogen retlig fejl, da den fandt, at Toshibas indvendinger om Kommissionens fortolkning af R.s rolle på mødet i Zürich og om, at dette møde ikke havde været konkurrencebegrænsende, var irrelevante.

138. Det var med føje, at Retten fastslog, at disse indvendinger, hvis de forudsattes korrekte, ikke ville kunne anfægte Kommissionens konstatering af, at Toshiba havde deltaget i den indgåede gentlemen's agreement indtil den 15. maj 2003. Når Retten drog den konklusion i præmis 220 i den anfægtede dom, at det, »selv hvis sagsøgeren ikke havde deltaget i mødet i Zürich, og dette møde ikke havde haft et konkurrencebegrænsende formål, [måtte] fastslås, at sagsøgeren på grund af sin manglende offentlige afstandtagen fra den indgåede gentlemen's agreement [havde deltaget] i denne indtil dette møde«, var det nemlig på grundlag af betragtningerne i præmis 205-214 i dommen. Ikke alene omfatter appellen ikke præmis 220; som tidligere nævnt fremgår det heller ikke af præmis 205-214, at de faktiske omstændigheder og/eller beviser, Retten bedømte, blev gengivet urigtigt.

139. Endelig var det ligeledes med føje, da Retten i præmis 221 i den anfægtede dom fastslog, at Toshiba ikke med held kunne påberåbe sig, at selskabets deltagelse i den indgåede gentlemen's agreement ophørte, da joint venture-virksomheden TM T&D blev stiftet den 1. oktober 2002. På dette tidspunkt havde Toshiba ikke offentligt taget afstand fra det omtvistede kartel på den i Domstolens praksis omhandlede måde, idet de øvrige karteldeltageres opfattelse af, hvad der er den omhandlede virksomheds intention, er afgørende i denne henseende [80]. Efter mødet i Wien, der fandt sted før den

76 — Jf. i denne retning dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, præmis 76).

77 — Jf. i denne retning dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 120).

78 — Jf. præmis 207 i den anfægtede dom.

79 — Dvs. præmis 208-214 i den anfægtede dom.

80 — Jf. i denne retning dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 120).

1. oktober 2002, var de øvrige deltagere nemlig endnu ikke sikre på, om Toshiba og/eller TM T&D ville være til stede. Tværtimod bekræftede de nemlig dels den indgåede gentlemen's agreement og de i aftalen fastsatte regler om underretning om projekter, dels vurderede de, at det dog ikke ville tjene noget formål at opretholde den indgåede gentlemen's agreement, hvis Toshiba ikke deltog.

140. Det tredje anbringende skal følgelig dels afvises, dels forkastes som ugrundet.

D – *Det fjerde anbringende om fejl ved beregningen af bøden*

141. Ved det fjerde anbringende har Toshiba foreholdt Retten at have anvendt punkt 18 i retningslinjerne af 2006 forkert, idet den godkendte, at Kommissionen havde anvendt karteldeltagernes markedsandele på verdensplan til at beregne de fiktive værdier af deres afsætning i EØS.

142. Ifølge det nævnte punkt i retningslinjerne af 2006 kan Kommissionen, hvis en overtrædelse geografisk set strækker sig ud over EØS-området, for at fastlægge både den samlede relevante afsætning inden for EØS og de enkelte virksomheders relative betydning i forbindelse med overtrædelsen foretage et skøn over den samlede værdi af de afsatte varer og tjenester, som overtrædelsen omfatter, inden for det relevante geografiske område (større end EØS), fastlægge den del af afsætningen som den enkelte virksomhed, der deltager i overtrædelsen, tegner sig for på dette marked og sammenligne denne del med de samme virksomheders samlede afsætning inden for EØS.

143. Denne bestemmelse i retningslinjerne har, så vidt det er mig bekendt, endnu ikke været genstand for Domstolens fortolkning, bortset fra i dom ICF mod Kommissionen (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81].

144. Da punkt 18 i retningslinjerne af 2006 imidlertid udgør en undtagelse fra den principielle regel i samme retningslinjers punkt 13, kan det, Domstolen har oplyst om dette, og den sammenhæng, hvori det indgår, bidrage til at definere rækkevidden af punkt 18.

145. Hvad dette angår er det hensigtsmæssigt at pege på, at retningslinjerne af 2006 blev vedtaget for at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med de beslutninger, Kommissionen træffer på grundlag af artikel 23, stk. 2, litra a), i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i […] artikel 81 [EF] og 82 [EF] [82].

146. Denne bestemmelse har bl.a. til formål at sikre, at bøden har en tilstrækkeligt afskrækkende karakter, hvilket kan begrunde, at der tages hensyn til den omhandlede virksomheds økonomiske styrke [83].

147. Heraf har Domstolen udledt, at punkt 13 i retningslinjerne af 2006 har »til formål ved beregningen af den bøde, der pålægges en virksomhed, at tage udgangspunkt i et beløb, der afspejler overtrædelsens økonomiske betydning og virksomhedens bidrag til denne overtrædelse« [84].

148. Domstolen finder således, at det ville være i strid med det formål, der tilsigtes med punkt 13 i retningslinjerne af 2006, at forstå det i retningslinjerne anvendte begreb »afsætningens værdi« således, at det kun henviser til den omsætning, som er opnået ved afsætning, for hvilken »der er [...] fundet [...] beviser for[, at den] reelt var berørt af [det pågældende kartel]« [85].

81 — Det spørgsmål, der behandles i denne dom, er imidlertid forskelligt fra det, som er omhandlet i den foreliggende sag, idet det vedrører udtrykket »den samlede værdi af de afsatte varer og tjenester, som overtrædelsen omfatter« i punkt 18 i retningslinjerne af 2006 og ikke udtrykket »det relevante geografiske område (større end EØS)«, som det drejer sig om i den foreliggende sag.

82 — EUT 2006 L 1, s. 1. Jf. punkt 3 i retningslinjerne af 2006.

83 — Jf. i denne retning dom Dole Food og Dole Fresh Fruit Europe mod Kommissionen (C-286/13 P, EU:C:2015:184, præmis 142).

84 — Ibidem (præmis 148).

85 — Jf. dom Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 57).

149. Ved at fastsætte en undtagelse fra den afgrænsning af det geografiske område, som angives i punkt 13 i retningslinjerne af 2006, der udstrækker området ud over EØS, tilgodeser retningslinjernes punkt 18 det samme formål, nemlig at afspejle virksomhedens betydning i forbindelse med overtrædelsen i tilstrækkelig grad.

150. Dette formål er i selv begrundet i artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003, der tilsigter at sikre, at bøden er tilstrækkeligt afskrækkende under hensyn til den omhandlede virksomheds økonomiske styrke.

151. På den baggrund ville en bogstavelig fortolkning af punkt 18 i retningslinjerne af 2006, hvorefter »det relevante geografiske område (større end EØS)« var begrænset til kun at omfatte de områder, der dækkes af det ulovlige kartel, ikke nødvendigvis tage hensyn til den pågældende virksomheds faktiske økonomiske styrke og derved kunne være i strid med førnævnte formål om afskrækkelse.

152. Det foreliggende tilfælde er et udmærket eksempel herpå. Hvis det således kun var afsætning i EØS og Japan, der var blevet taget i betragtning, ville mindst et japansk medlem af kartellet have undgået en bøde, fordi virksomheden ikke havde haft afsætning på det europæiske område.

153. Mere generelt fører, når der er tale om en aftale om fordeling af markeder, den snævre fortolkning af punkt 18 i retningslinjerne af 2006, som Toshiba går ind for, til, at det belønnes at overholde denne aftale. Ved at overholde den nævnte aftale foretager virksomheden ikke nogen afsætning på partnerens område og undgå derved bøden de facto og de jure.

154. Det var derfor med føje og uden at begå nogen retlig fejl, at Retten i præmis 281 i den anfægtede dom fastslog, at »eftersom sagsøgeren havde deltaget i en aftale om markedsdeling, som havde til formål at begrænse japanske producenters adgang til EØS, var det med rette, at Kommissionen fandt, at det ikke var korrekt at anvende en metode, som udelukkende var baseret på sagsøgerens faktiske afsætning i EØS«, og at Retten i præmis 282 i dommen selv fandt, at »henset til den omhandlede overtrædelses art er en metode, hvorved andelene af verdensmarkedet lægges til grund, passende med hensyn til at afspejle overtrædelsens betydning«.

155. Selv om retningslinjerne endvidere generelt opfattes som vejledende regler, som Kommissionen ikke kan fravige uden i givet fald at blive mødt med en sanktion for tilsidesættelse af almindelige retsgrundsætninger, såsom ligebehandlingsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning [86], har Domstolen ikke desto mindre påpeget, at retningslinjerne stadig udgør *vejledende* regler for den praksis, der skal følges, og at den kan fravige dem i enkelte tilfælde, forudsat at den anfører grunde, som er forenelige med ligebehandlingsprincippet [87].

156. Der henvises i øvrigt udtrykkeligt til muligheden herfor i punkt 37 i retningslinjerne af 2006, hvorefter »det [kan] være berettiget, at Kommissionen fraviger [den i retningslinjerne angivne generelle metode til fastsættelse af bøder], hvis der gør sig særlige forhold gældende i en given sag, eller det er nødvendigt at sikre et afskrækkende niveau i et bestemt tilfælde«.

157. I det foreliggende tilfælde forklarede Kommissionen rent faktisk i sin beslutning, hvorfor det var berettiget at anvende afsætningen på verdensplan og ikke afsætningen i de af overtrædelsen berørte områder. Dels »skyldes det, at virksomhedernes afsætning i EØS og Japan ikke afspejler hver enkelt virksomheds betydning i overtrædelsen i tilstrækkelig grad« [88], dels »ville der ikke skulle pålægges Fuji nogen bøde, hvis det kun var afsætningen af elektriske transformatorer i EØS og Japan, der skulle lægges til grund« [89].

86 — Jf. i denne retning dom Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 60).

87 — Jf. i denne retning dom Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, præmis 53).

88 — 229. betragtning til den omtvistede beslutning.

89 — 235. betragtning til den omtvistede beslutning.

158. Kommissionen drog i øvrigt omsorg for at basere sin beslutning på punkt 37 i retningslinjerne af 2006, idet den anførte, at »enhver anden metode til beregning af grundbeløbet for bøden [end den, der blev anvendt i dette tilfælde,] ville have givet et vilkårligt resultat *og ikke have haft afskrækkende virkning*« [90].

159. Følgelig er det fjerde anbringende ligeledes ugrundet.

VI – **Sagens omkostninger**

160. Ifølge artikel 138, stk. 1, i Domstolens procesreglement, der ifølge samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse på retsforhandlinger i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Toshiba tilpligtes at betale sagens omkostninger, og denne har tabt sagen, bør Toshiba pålægges at betale omkostningerne.

VII – **Forslag til afgørelse**

161. På baggrund af de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den træffer følgende afgørelse:

»– Appellen forkastes.

– Toshiba Corporation betaler sagens omkostninger.«

90 — Ibidem (236. betragtning). Min fremhævelse.