Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 3. september 2015 [1]

Sag C-154/14 P

SKW Stahl-Metallurgie GmbH
SKW Stahl-Metallurgie Holding AG
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — artikel 27 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 — artikel 12 og 14 i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 — procedureregler, der finder anvendelse ved undersøgelse af overtrædelse af EU's konkurrenceregler — retten til at blive hørt — mundtlig høring — høring for lukkede døre for Kommissionen«

1. Virksomheder har uden tvivl ret til at blive hørt i forbindelse med undersøgelser af overtrædelser af EU's konkurrenceregler. Har de imidlertid ret til at blive hørt for lukkede døre? Det er det væsentlige spørgsmål, der rejses ved denne appel. Af de grunde, jeg anfører i det følgende, mener jeg, at dette spørgsmål bør besvares med et nej.

2. Appellanterne har anmodet Domstolen om at ophæve Rettens dom [2], som bekræftede Kommissionens beslutning [3], hvori de blev pålagt en bøde på 13 300 000 EUR for at have deltaget i et kartel i forbindelse med levering af calciumcarbid og magnesium. Appellanterne har nedlagt den centrale påstand, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at give Kommissionen en påtale for at have afvist deres anmodning om en mundtlig høring for lukkede døre [4] under den administrative procedure.

3. Med hensyn til appellanternes øvrige anbringender vil jeg behandle dem summarisk og bevidst rette mit fokus mod det første anbringende.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rettens dom af 23.1.2014 i SKW Stahl-Metallurgie Holding og SKW Stahl-Metallurgie mod Kommissionen, T-384/09, EU:T:2014:27 (herefter »den appellerede dom«).

3 — Kommissionens beslutning af 22.7.2009 (C (2009) 5791 endelig) om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og artikel 53 [i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EFT 1994, L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«] (sag COMP/39.396 – calciumcarbid og magnesium baserede reagenser til stål- og gasindustrien, EUT 2009 C 301, s. 18, herefter »den anfægtede beslutning«).

4 — I dette forslag til afgørelse skal »høring for lukkede døre« forstås som et møde mellem en part og den besluttende myndighed uden tilstedeværelse af andre parter (ex parti in Camara) snarere end som et retsmøde, der ikke er åbent for offentligheden.

I – **Retsgrundlag**

4. Artikel 27 i forordning (EF) nr. 1/2003[5] (»Høring af parterne, klagerne og andre interesserede«) bestemmer:

»1. Før Kommissionen træffer beslutning i henhold til artikel 7, 8, 23 og artikel 24, stk. 2, giver den de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der er omfattet af den procedure, som Kommissionen har iværksat, lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter. Kommissionen lægger kun de klagepunkter til grund for sine beslutninger, som de deltagende parter har haft lejlighed til at udtale sig om. […]

2. De deltagende parters ret til forsvar skal sikres fuldt ud i procedureforløbet. […]«

5. I henhold til artikel 33, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1/2003 har Kommissionen fastlagt gennemførelsesbestemmelserne vedrørende bl.a. de nærmere betingelser for høringer i henhold til artikel 27. Disse bestemmelser findes i forordning nr. 773/2004[6]. Under overskriften »Ret til at blive hørt« bestemmer artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 773/2004, at Kommissionen skal give de parter, som den har rettet en klagepunktsmeddelelse til, lejlighed til at uddybe deres argumenter under en mundtlig høring, hvis de anmoder herom i deres skriftlige indlæg.

6. Artikel 14 i forordning nr. 773/2004 (»Gennemførelse af mundtlige høringer«) bestemmer:

»6. Mundtlige høringer er ikke offentlige. Høringen kan foretages af personerne enkeltvis eller under tilstedeværelse af andre personer, der er indbudt til at deltage, under hensyntagen til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger.

7. Høringskonsulenten kan tillade, at de parter, som en klagepunktsmeddelelse er rettet til, klagerne, andre personer, der er indbudt til høringen, Kommissionens tjenestegrene og medlemsstaternes myndigheder stiller spørgsmål under høringen.

8. Udtalelserne fra hver enkelt af de hørte personer registreres. De personer, der deltog i høringen, skal have adgang til at gøre sig bekendt med de registrerede udtalelser fra høringen, såfremt de anmoder herom. Der skal tages hensyn til parternes berettigede interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger.«

7. Endelig bestemmer artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 773/2004, at oplysninger, herunder dokumenter, ikke må videregives eller stilles til rådighed af Kommissionen, såfremt de indeholder forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger tilhørende en hvilken som helst person.

5 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1), som ændret.

6 — Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til EF-traktatens artikel 81 og 82 (EUT 2006 L 362, s. 1), som ændret.

II – **Sagens baggrund**

A – *Sammenfatning*

8. For så vidt som det er relevant for denne sag, jf. den appellerede dom[7], fandt Kommissionen i den anfægtede beslutning, at hovedleverandørerne af calciumcarbid og magnesium baserede reagenser til stål- og gasindustrien havde overtrådt artikel 81 EF og artikel 53 i EØS-aftalen ved fra den 7. april 2004 til den 16. januar 2007 at have deltaget i en sammenhængende og vedvarende overtrædelse af de nævnte bestemmelser. Overtrædelsen bestod i markedsdeling, prisfastsættelser, kundeopdeling og udveksling af følsomme oplysninger om kunder mellem leverandører af calciumcarbid og magnesium i granulatform på en væsentlig del af EØS-markedet (herefter »den omtvistede overtrædelse«).

9. Kommissionen fandt navnlig i artikel 1, litra f), i den anfægtede beslutning, at SKW Stahl-Metallurgie GmbH (herefter »SKW«) havde deltaget i den omtvistede overtrædelse fra den 22. april 2004 til den 16. januar 2007, og at SKW Stahl-Metallurgie Holding AG (herefter »SKW Holding«) havde deltaget i overtrædelsen fra den 30. august 2004 til den 16. januar 2007. Kommissionen fandt, at SKW's ansatte havde været direkte involveret i kartelaftaler og/eller samordnet praksis som beskrevet i den anfægtede beslutning i den tidligere nævnte periode. I perioden fra den 30. august 2004 til den 16. januar 2007 ejede SKW Holding direkte 100% af SKW. Dette ejerforhold fik Kommissionen til at vurdere, at SKW Holding udøvede effektiv kontrol over SKW – en vurdering, der efter Kommissionens mening blev »bekræftet« af yderligere faktiske omstændigheder[8] – og at SKW Holding sammen med SKW dannede en fælles økonomisk enhed og dermed kunne drages til ansvar for SKW's overtrædelse af konkurrencereglerne.

B – *Den administrative procedure for Kommissionen*[9]

10. I deres svar af 6. oktober 2008 på Kommissionens klagepunktsmeddelelse af 24. juni 2008 anførte appellanterne, at Degussa og ikke SKW Holding i realiteten havde udøvet afgørende indflydelse over SKW, og anmodede om en mundtlig høring for at uddybe dette. Efter at være blevet inviteret til en høring anmodede appellanterne ved e-mail af 31. oktober 2008 om at blive hørt for lukkede døre med hensyn til deres argumentation vedrørende Degussas rolle. Som begrundelse for deres anmodning anførte appellanterne, at SKW's økonomiske overlevelse var afhængig af Degussa, der forsynede det med næsten hele dets handel med calciumcarbid, og at SKW var i gang med at forhandle en ny leveringsaftale med Degussa. Appellanterne hævdede videre, at det i alvorlig grad kunne skade deres handelsforbindelser og muligvis føre til gengældelsesforanstaltninger, hvis de fremsatte deres synspunkter under Degussas tilstedeværelse. I e-mail af 5. november 2008 foreslog appellanterne som en praktisk løsning, at Degussa fik adgang til deres fremlæggelse for lukkede døre efter udgangen af 2008 eller efter indgåelsen af en ny leveringsaftale. Appellanterne sendte endnu en e-mail den 6. november 2008 til høringskonsulenten, hvori de gentog disse problemstillinger.

11. Ved skrivelse af 6. november 2008 afviste høringskonsulenten anmodningen om en høring for lukkede døre. Eftersom anmodningen ikke i snæver forstand var begrundet i beskyttelsen af appellanternes forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger, tog høringskonsulenten udgangspunkt i retten til at blive hørt. Høringskonsulenten bemærkede, at appellanternes argument vedrørte Degussas adfærd og skulle – for at kunne blive taget i betragtning som en formildende

7 — Jf. præmis 1-4 i den appellerede dom (findes kun på tysk og fransk).

8 — Disse omstændigheder omfattede, i) at SKW var en del af SKW Holdings division for pulver og granulat, ii) at SKW Holding var involveret i dets datterselskabers daglige forretningskontakter, iii) at SKW Holding var ansvarlig for den strategiske udvikling af SKW, iv) at SKW Holding traf beslutninger vedrørende personale, rekruttering og finansiering, v) at SKW månedligt indberettede finansielle data til SKW Holding, vi) at SKW skulle have en underskrift fra et medlem af SKW Holdings bestyrelse for at indgå aftaler med banker, og vii) at SKW's indtægter indgik i SKW Holdings økonomiske nøgletal. Kommissionen fandt det ikke godtgjort, at SKW Holding blot var salgsrepræsentant for Evonik Degussa GmbH (»Degussa«) eller en finansiel investor.

9 — Jf. præmis 24-33 i den appellerede dom.

omstændighed [10] – bekræftes i forhold til erklæring fra Degussa, og fastslog, at en høring for lukkede døre ville fratage Degussa dets ret til at besvare appellanternes påstande mundtligt. Endelig fandt høringskonsulenten ikke, at den praktiske løsning, appellanterne havde foreslået, kunne gennemføres i praksis, da hverken resultatet eller varigheden af forhandlingerne lå fast.

12. En mundtlig høring fandt sted den 10. og den 11. november 2008.

13. Ved skrivelse af 28. januar 2009 oplyste appellanterne høringskonsulenten, at der var indgået en ny leveringsaftale mellem SKW og Degussa, og at der ikke var noget til hinder for en mundtlig høring under Degussas tilstedeværelse. De anmodede i overensstemmelse hermed om mulighed for at fremlægge deres holdninger til Degussas adfærd, hvilket de ikke havde gjort under den mundtlige høring, ved en yderligere høring.

14. Ved skrivelse af 3. februar 2009 afviste høringskonsulenten anmodningen om en yderligere mundtlig høring med den begrundelse, at retten til at blive hørt forudsætter, at der er udstedt en klagepunktsmeddelelse, og kun indrømmes ved én lejlighed. Høringskonsulenten gav imidlertid appellanterne mulighed for at indgive yderligere skriftlige bemærkninger til spørgsmålet inden en yderligere frist.

15. Ved skrivelse af 10. februar 2009 til høringskonsulenten erklærede appellanterne sig endelig uenige i høringskonsulentens synspunkt. De hævdede, at retten til at blive hørt mundtligt ikke er en »engangsret«, der indrømmes ved én lejlighed, men er en ret, der skal være garanteret under hele proceduren. Eftersom de skriftlige argumenter, som appellanterne allerede havde fremlagt, ikke havde henledt Kommissionens opmærksomhed på Degussas rolle og SKW's afhængighed af Degussa, gjorde appellanterne indsigelse mod forslaget om, at muligheden for at indgive en skriftlig erklæring kunne erstatte retten til at blive hørt mundtligt.

16. Den 9. juli 2009 udstedte høringskonsulenten sin endelige rapport om forslaget til beslutning vedrørende den omtvistede overtrædelse [11], der omfattede hendes bemærkninger vedrørende appellanternes anmodning om en mundtlig høring for lukkede døre. Høringskonsulent konkluderede i sin rapport, at forslaget til beslutning kun vedrørte indsigelser, hvor parterne havde haft mulighed for at fremføre deres synspunkter, og at alle sagens parters ret til at blive hørt var blevet respekteret.

III – **Procedure ved Retten**

17. Ved stævning indgivet den 1. oktober 2009 nedlagde appellanterne påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Appellanterne fremsatte følgende seks anbringender: i) overtrædelse af retten til at blive hørt, ii) ukorrekt anvendelse af artikel 81 EF, iii) overtrædelse af begrundelsespligten, iv) overtrædelse af princippet om ligebehandling, v) overtrædelse af artikel 7 og 23 i forordning nr. 1/2003 samt af proportionalitetsprincippet og princippet om, at straffe skal have lovhjemmel, og vi) overtrædelse af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

18. Efter et offentligt retsmøde den 16. april 2013 forkastede Retten i den appellerede dom alle påstande om annullation og dermed sagsanlægget. Den pålagde endvidere appellanterne at afholde deres egne og Kommissionens omkostninger.

10 — Jeg vil påpege, at høringskonsulenten i sin skrivelse af 6.11.2008 rent faktisk nævner, at oplysningerne om Degussas adfærd kan være relevante for at »fritage [appellanterne] for ansvar *eller* som en formildende omstændighed« (fremhævelse tilføjet). Det bekræfter på ingen måde opfattelsen af, at høringskonsulenten kun betragtede appellanternes argumentation som en formildende omstændighed (jf. punkt 31 nedenfor).

11 — EUT 2009 C 301, s. 16 og 17.

IV – **Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande**

19. Ved appel indgivet til Domstolen den 2. april 2014 har appellanterne nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves i sin helhed, for så vidt som den ikke giver appellanterne medhold i deres påstande, og appellanterne gives fuldt ud medhold i de for første instans nedlagte påstande.

— Subsidiært ophæves den appellerede dom delvis.

— Mere subsidiært nedsættes de bøder, som appellanterne er blevet pålagt i artikel 2, litra f) og g), i den anfægtede beslutning, efter Domstolens skøn.

— Endnu mere subsidiært ophæves den appellerede dom, og sagen hjemvises til Retten.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

20. I sit svarskrift indgivet til Domstolen den 13. juni 2014 har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21. Appellanterne og Kommissionen har afgivet mundtlige forklaringer i retsmødet den 13. maj 2015.

V – **Analyse**

A – *Indledende bemærkninger*

22. Appellanterne har i det væsentlige fremført følgende fire anbringender: i) Retten begik en retlig fejl ved ikke at påtale Kommissionens overtrædelse af appellanternes proceduremæssige rettigheder, såsom retten til at blive hørt, og tilsidesatte forbuddet mod bevisvurdering på forhånd, ii) Retten begik videre en retlig fejl ved ikke at tage hensyn til, at Kommissionen har anvendt artikel 101 TEUF ukorrekt og har tilsidesat sin begrundelsespligt som omhandlet i artikel 296 TEUF, iii) Retten tilsidesatte ved at opretholde den anfægtede beslutning princippet om, at sanktioner skal være klart fastsatte, og princippet om individuelle straffe og sanktioner, og iv) Retten begik en retlig fejl, idet den fandt, at et af appellanternes anbringender udgjorde et nyt anbringende, der som sådant ikke kunne antages til realitetsbehandling. Jeg vil behandle det andet til det fjerde anbringende summarisk og med det samme.

23. Hvis der ses bort fra spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling for så vidt angår det *andet anbringendes første led* – som Kommissionen er uenig i – har appellanterne anført, at Retten ikke tog hensyn til det forhold, at SKW Holding angiveligt ikke havde økonomisk interesse i den omtvistede overtrædelse. Domstolen har dog fastslået, at når Kommissionen har været i stand til at tilvejebringe dokumentbeviser til støtte for den påståede overtrædelse, og når disse beviser forekommer at være tilstrækkelige til at godtgøre, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, er det ikke nødvendigt at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt den anklagede virksomhed havde en kommerciel interesse i den nævnte aftale [12]. Dette led i det andet anbringende er derfor uden relevans.

12 — Dom Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 46. Jf. i denne henseende også 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 335.

24. Ved *det andet anbringendes andet led* har appellanterne nedlagt påstand om, at Retten ved at opretholde den anfægtede beslutning fejlfortolkede artikel 296 TEUF. De har navnlig anført, at Retten ikke kritiserede Kommissionen for ikke at have taget hensyn til alle deres argumenter og for dermed at have overtrådt dens »styrkede« begrundelsespligt med hensyn til at pålægge et moderselskab ansvar for et datterselskabs handlinger. Som allerede nævnt mener jeg imidlertid ikke, at Domstolen udtrykkeligt har fastslået, at der er tale om en styrket begrundelsespligt i en sådan situation [13]. Jeg mener under alle omstændigheder, at Retten i den appellerede dom i tilstrækkelig grad tog hensyn til argumentationen i den anfægtede beslutning, hvori en af Kommissionens begrundelser afvistes som fejlagtig (om end overflødigt). Retten fejlfortolkede dermed ikke artikel 296 TEUF, og det andet anbringendes andet led er derfor også uden relevans.

25. Appellanternes argument i *deres tredje anbringende* om, at Kommissionen burde have specificeret den individuelle fordeling – inter partes – af bøden mellem karteldeltagerne, er blevet afvist af dommen i sagen Kommissionen mod Siemens Österreich m.fl., som blev afsagt efter indgivelsen af denne appel [14]. Det følger af denne afgørelse, at dette anbringende heller ikke er velbegrundet, på trods af appellanternes forsøg på at nuancere deres synspunkt under retsmødet.

26. Endelig er det formålsløst at behandle *det fjerde anbringende*. Med dette anbringende har appellanterne anført, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at antage det præcis samme argument som vedrørende fordelingen af bøden i forbindelse med det tredje anbringende til realitetsbehandling. I lyset af ovennævnte dom er det fjerde anbringende derfor uden relevans.

27. På det grundlag går jeg nu videre til det første anbringende.

B – *Det første anbringende*

1. Den appellerede doms indhold [15]

28. I den appellerede doms præmis 35-40 fortolkede Retten – efter at have fremhævet betydningen af retten til forsvar og beskyttelse af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger – artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 773/2004. Retten fandt, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at høringer gennemføres under tilstedeværelse af andre, og bemærkede følgelig, at der skal tages hensyn til virksomheders berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger ikke videregives. Retten pålagde følgelig Kommissionen i hvert enkelt tilfælde at finde en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side målet om at beskytte retten til forsvar for virksomheder, der påstås at have overtrådt EU's konkurrenceregler, og på den anden side tredjeparters berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger ikke videregives under undersøgelsen.

29. Retten vurderede derefter i den appellerede doms præmis 41, om de argumenter, appellanterne ønskede at fremsætte for lukkede døre, var afgørende for deres forsvar.

30. I denne henseende fastslog Retten i den appellerede doms præmis 42-44, at Kommissionen havde vurderet, at kun SKW's personale eller ledelse havde deltaget direkte i den omtvistede overtrædelse. I modsætning dertil blev SKW Holdings ansvar for den samme overtrædelse af konkurrencereglerne tillagt det forhold, at det havde udøvet afgørende indflydelse over SKW. Retten vurderede derefter i den appellerede doms præmis 47-52, at appellanterne ikke havde forklaret, hvordan muligheden for, at

13 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Total mod Kommissionen, C-597/13 P, EU:C:2015:207, punkt 133.

14 — C-231/11 P til C-233/11 P, EU:C:2014:256, som ophævede dom Siemens og VA Tech Transmission & Distribution mod Kommissionen, T-122/07 til T-124/07, EU:T:2011:70.

15 — Jf. præmis 19-33 i den appellerede dom.

Degussa kunne have udøvet afgørende indflydelse over SKW, kunne fritage appellanterne for deres eget ansvar. Retten fastslog navnlig, at spørgsmålet om, hvorvidt Degussa havde udøvet en sådan indflydelse over SKW, var irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt SKW Holding effektivt havde afkræftet formodningen om udøvelse af afgørende indflydelse, der følger af dets fulde ejerskab af SKW.

31. På det grundlag konkluderede Retten i den appellerede doms præmis 53-56, at appellanternes argumenter under alle omstændighed ikke kunne fritage dem for deres ansvar. Retten udledte heraf, at høringskonsulenten i sit brev af 6. november 2008 (jf. punkt 11 ovenfor) korrekt havde vurderet anmodningen om en høring for lukkede døre på grundlag af Degussas rolle som en formildende omstændighed, idet appellanternes argumenter i denne forbindelse kun kunne være til fordel for dem på dette grundlag. I denne henseende fandt Retten, at analysen af Degussas deltagelse som en formildende faktor for appellanternes ansvar burde vurderes under andet led i deres femte anbringende.

32. Med hensyn til det første anbringende fandt Retten i den appellerede doms præmis 57-63, at argumentet om, at Degussas rolle burde tages i betragtning som en formildende omstændighed med hensyn til appellanterne, omvendt ville bevirke, at Degussas ansvar blev styrket. Høringskonsulenten konkluderede derfor med rette, at anmodningen om en høring for lukkede døre ikke kunne imødekommes, da Degussa havde ret til at gøre indsigelse mod sådanne påstande. Retten var enig med høringskonsulenten i, at den praktiske løsning, som appellanterne havde foreslået, ikke respekterede Degussas ret til mundtligt at gøre indsigelse mod appellanternes påstande under høringen. Eftersom korrekt gennemførelse af administrative procedurer forudsætter, at der træffes en beslutning inden for rimelig tid, fandt Retten, at høringskonsulenten kunne afvise at gennemføre en yderligere mundtlig høring, idet parter ifølge Retten ikke har ret til en ny høring, hver gang en hindring for fremførelse af argumenter falder væk. Retten fandt endelig, at høringskonsulenten havde givet appellanterne mulighed for at fremsætte yderligere skriftlige bemærkninger, og afviste følgelig appellanternes det første anbringende.

2. Parternes argumenter

33. Appellanterne har anført, at Retten fejlagtigt undlod at fastslå, at Kommissionens afvisning af deres anmodning om en høring for lukkede døre udgør en overtrædelse af en vigtig procedureregel. Afvisningen var særdeles uforholdsmæssig, bl.a. fordi deres anmodning var helt rimelig og ikke havde indvirkning på andres proceduremæssige rettigheder. I overensstemmelse dermed tilsidesatte Retten retten til forsvar, selv om det i artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 bestemmes, at »[d]e deltagende parters ret til forsvar skal sikres fuldt ud i procedureforløbet«. En mundtlig høring under Degussas tilstedeværelse ville ikke give appellanterne mulighed for at forklare deres synspunkt for Kommissionen, da de frygtede gengældelsesforanstaltninger fra Degussas side. Derfor anmodede appellanterne om et kort møde for lukkede døre af omkring 30 minutters varighed. Appellanterne havde endvidere – forgæves – fremsat flere alternative løsninger, der sandsynligvis ville have sikret deres ret til at blive hørt.

34. Appellanterne har anført, at Retten ligesom først Kommissionen klart tilsidesatte deres berettigede interesser. De har henvist til artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 773/2004 vedrørende virksomheders interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke videregives. Såfremt høring for lukkede døre kan tillades for at beskytte forretningshemmeligheder (og skal tillades, hvis der ikke findes andre muligheder for at beskytte sådanne hemmeligheder), skal det tillades, hvis en sådan høring med sandsynlighed vil sikre tilstrækkelig beskyttelse af retten til forsvar for den berørte virksomhed, og hvis selve virksomhedens eksistens er i fare, hvis en sådan høring ikke tillades.

35. Appellanterne har hævdet, at kun en mundtlig høring giver mulighed for at indgå i en dialog med Kommissionen med henblik på at fjerne tvivl og besvare eventuelle spørgsmål. Selv om Retten med rette i den appellerede doms præmis 38-62 fastslog, at interessen for den virksomhed, der anmoder om en høring for lukkede døre, skal afvejes i forhold til andre virksomheders interesse i at kunne forsvare sig mod eventuelle beskyldninger, begik Retten en fejl, da den fastslog, at sidstnævntes interesser var vigtigere og begrundede afvisningen af de alternative løsninger, som appellanterne havde foreslået. Retten begik dermed en fejl ved ikke at forpligte Kommissionen til at prioritere den løsning, der ville have taget højde for alle de involverede parters interesser, og Retten foretog derfor en afvejning, der i uforholdsmæssig grad var ugunstig for appellanternes interesser.

36. Appellanterne har videre anført, at Retten ved at fastslå, at deres argumenter ikke kunne fritage dem for deres ansvar, og at spørgsmålet om Degussas kontrol over SKW var irrelevant i forbindelse med SKW Holdings ansvar, på den ene side foretog ulovlig bevisvurdering på forhånd. Retten undlod på den anden side at tage hensyn til det forhold, at bevis for, at en virksomhed fortsat udøver kontrol over et tidligere datterselskab, kan så tvivl om det nye moderselskabs indflydelse på datterselskabet. De har videre anført, at deres argument vedrørende Degussas rolle ikke blot var et argument vedrørende formildende omstændigheder, men også et argument til støtte for det synspunkt, at SKW Holding ikke havde pådraget sig noget ansvar.

37. Med hensyn til virkningerne af tilsidesættelsen af deres proceduremæssige rettigheder har appellanterne endelig anført, at det som anført i første instans er tilstrækkeligt at annullere den anfægtede beslutning, eftersom den administrative procedure muligvis ville have fået et andet resultat, hvis Kommissionen ikke havde begået den proceduremæssige fejl.

38. Kommissionen har anfægtet appellanternes argumenter i deres helhed. Med hensyn til SKW Holdings indflydelse på SKW har Kommissionen anført, at appellanterne ikke har gjort indsigelse mod anvendelsen af et forkert bevisstyrkekrav, men mod Rettens faktiske konstateringer og vurdering af beviset uden at påstå, at beviser er blevet gengivet urigtigt, hvilket bør afvises under en appel.

3. Bedømmelse

a) Formaliteten

39. Med hensyn til formalitetsindsigelsen, som Kommissionen har rejst *en passant* (jf. punkt 38 ovenfor), vil jeg minde om, at appellanterne ved deres første anbringende ikke rejser spørgsmål om SKW Holdings ansvar i medfør af dets udøvelse af afgørende indflydelse over SKW (hvilket i stedet er kernen i deres andet anbringende), men i stedet har nedlagt påstand om en tilsidesættelse af deres proceduremæssige rettigheder, nemlig retten til at blive hørt effektivt. Retten begik efter deres mening en retlig fejl, da den skulle finde en hensigtsmæssig balance mellem appellanternes interesse i en høring for lukkede døre og de øvrige parters – navnlig Degussas – interesse i at kunne gøre indsigelse mod appellanternes påstande, og da den afviste deres alternative forslag. Dette er et retligt forhold, som Domstolen har kompetence til at afgøre, jf. artikel 256, stk. 1, TEUF og statuttens artikel 58.

b) Generelle overvejelser vedrørende retten til at blive hørt i administrative procedurer for Kommissionen

40. Den administrative procedure for Kommissionen i sager efter artikel 101 TEUF er opdelt i to særskilte og successive faser, som hver har sin egen indre logik, nemlig en indledende undersøgelsesfase og en kontradiktorisk fase. Den indledende undersøgelsesfase, som strækker sig til klagepunktsmeddelelsen, skal gøre det muligt for Kommissionen at indsamle alle de relevante elementer, som bekræfter eller afkræfter en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at foretage en første stillingtagen til, hvilken kurs proceduren skal følge. Den kontradiktoriske fase, som strækker sig

fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige beslutning, skal gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse. Det er først i begyndelsen af den administrative kontradiktoriske fase, at den omhandlede virksomhed bliver informeret via klagepunktsmeddelelsen om alle de væsentlige elementer, som Kommissionen lægger til grund på dette trin af proceduren. Følgelig er det først efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, at den omhandlede virksomhed til fulde kan gøre dens ret til forsvar gældende [16].

41. Med hensyn til den kontradiktoriske fase kan retten til at blive hørt udøves i to successive trin: skriftligt og mundtligt.

42. Med hensyn til det første trin skal Kommissionen i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 meddele de berørte parter de klagepunkter, der er fremført mod dem, og klagepunktsmeddelelsen skal stiles skriftligt til hver enkelt part. Forordningens artikel 10, stk. 2 og 3, omhandler retten til at besvare klagepunktsmeddelelsen skriftligt inden for en frist fastsat af Kommissionen med angivelse af alle forhold, der er relevante for forsvaret. Kommissionen er ikke forpligtet til at tage hensyn til skriftlige indlæg modtaget efter fristens udløb.

43. I henhold til artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 773/2004 skal parter, der besvarer en klagepunktsmeddelelse, tydeligt angive materiale, som vedkommende anser for at være fortroligt, anføre grundene hertil og fremlægge en særskilt ikke-fortrolig version inden den frist, Kommissionen har givet vedkommende til at fremsætte bemærkninger. I henhold til forordningens artikel 16, stk. 3, kan Kommissionen på eget initiativ kræve, at parterne gør det samme. Hvis andet ikke angives, kan Kommissionen gå ud fra, at det pågældende materiale ikke indeholder fortrolige oplysninger, jf. forordningens artikel 16, stk. 4. Det skal i den forbindelse bemærkes, at parterne kan anmode om aktindsigt i henhold til forordningens artikel 15, stk. 1, for så vidt angår ikke-fortrolige oplysninger.

44. Det følger af ovennævnte, at parterne skal overveje præcist, hvor mange eller hvor få oplysninger de ønsker at indgive til Kommissionen i deres skriftlige svar. De skal i den forbindelse afgøre, om de vil indgive fortrolige oplysninger, og i så fald tydeligt angive dette. Hvis Kommissionen er uenig i oplysningernes fortrolige karakter – med forbehold af eventuel retslig prøvelse ved Unionens retsinstanser – risikerer en part, der indgiver sådanne oplysninger, uundgåeligt, at en anden part får adgang til disse oplysninger via aktindsigt.

45. Med hensyn til det andet trin, nemlig retten til at blive hørt mundtligt – som ikke altid har været en ret i henhold til EU-retten [17] – har parterne i henhold til artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 ret til at uddybe deres argumenter under en mundtlig høring for Kommissionen, hvis de anmoder herom i deres svar på klagepunktsmeddelelsen.

46. Den mundtlige høring finder sted i henhold til artikel 14 i forordning nr. 773/2004. I henhold til artikel 14, stk. 6, i denne forordning kan høringen foretages af personerne enkeltvis eller under tilstedeværelse af andre personer under hensyntagen til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger. Udtalelserne fra hver enkelt af de hørte personer registreres i henhold til forordningens artikel 14, stk. 8, og disse registreringer skal stilles til rådighed for personer, der deltog i høringen, igen med behørig hensyntagen til beskyttelsen af parternes fortrolige oplysninger.

16 — Jf. dom Elf Aquitaine mod Kommissionen, C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 113 og 115.

17 — Retstilstanden har varieret i tidens løb. Artikel 7, stk. 1, i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 127, den danske specialudgave: serie I, bind 1963-1964, s. 42-44) bestemte, at »Kommissionen skal give personer, der i deres skriftlige bemærkninger har begæret dette, lejlighed til at afgive mundtlig forklaring, såfremt de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse deri, eller hvis Kommissionen agter at pålægge dem en bøde eller tvangsbøde«. Senere bestemte artikel 8 i Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22.12.1998 om høring af parter i visse procedurer efter EF-traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1998 L 354, s. 18) blot, at »Kommissionen kan, hvor det skønnes belejligt, give parter, der har indgivet en begæring eller en klage, mulighed for mundtligt at fremsætte deres synspunkter, hvis de har anmodet herom i deres skriftlige bemærkninger«.

47. Parter, der har besvaret en klagepunktsmeddelelse, vælger således selv, om de vil anmode om en mundtlig høring. Udøvelse af denne mulighed er en anden forretningsbeslutning, hvor muligheden for, at andre parter er til stede, og at de fremlagte videregivne oplysninger kan blive videregivet til andre, skal tages i betragtning. Det skal dog understeges, at en virksomhed ikke har pligt til at deltage i en mundtlig høring.

48. Sidst, men ikke mindst er der et vigtigt substantivt aspekt af retten til at blive hørt: de berørte parters effektive proceduremæssige beskyttelse. I enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges bøder, er overholdelse af retten til forsvar et grundlæggende princip i EU-retten, der skal overholdes, også i administrative sager [18]. I henhold til artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 773/2004 behandler Kommissionen i sine afgørelser kun klagepunkter, som de parter, til hvem den har rettet en klagepunktsmeddelelse, har haft mulighed for at fremsætte bemærkninger til.

49. I medfør af denne sags særlige omstændigheder bliver det dog i realiteten et spørgsmål om, hvilken *form* retten til at blive hørt for Kommissionen bør have, snarere end dens substans. I denne henseende er det ikke i sig selv et problem at blive hørt skriftligt i stedet for mundtligt. I henhold til Menneskerettighedsdomstolens praksis er det tilstrækkeligt, at parter i administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af bøder, efterfølgende har ret til en mundtlig høring for en upartisk og uafhængig domstol [19].

c) Vurdering af det første anbringende

50. Appellanternes første anbringende rummer efter min mening to hovedargumenter, som begge er baseret på retten til at blive hørt: Retten undlod for det første ulovligt at påtale Kommissionen for at have afvist deres anmodning om en høring for lukkede døre og foretog ulovlig bevisvurdering på forhånd. Retten handlede dernæst uforholdsmæssigt ved ikke at påtale Kommissionen for ikke at have accepteret de alternative løsninger, som appellanterne havde foreslået. Jeg vil behandle dem separat i det følgende.

i) En ret til høring for lukkede døre?

51. Høringskonsulenten vurderede øjensynligt, at de oplysninger, som appellanterne lagde til grund for deres anmodning om en høring for lukkede døre, kvalitativt kunne indrømme dem en sådan høring [20].

52. Uanset hvordan det forholder sig, er der efter min vurdering ikke tale om en ret til en høring for lukkede døre [21].

53. En sådan ret er ikke omhandlet i forordning nr. 1/2003 eller forordning nr. 773/2004. Artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 bestemmer blot, at Kommissionen skal give de parter, som den har rettet en klagepunktsmeddelelse til, lejlighed til at uddybe deres argumenter under en mundtlig høring, hvis de anmoder herom i deres skriftlige indlæg. Denne bestemmelse nævner imidlertid ikke en høring for lukkede døre.

54. Hverken ordlyden af, konteksten for eller formålet med artikel 14 i forordning nr. 773/2004 – særligt artikel 14, stk. 6 – omhandler en sådan ret.

18 — Jf. dom Thyssen Stahl mod Kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis.

19 — Jf. eksempelvis Flisar mod Slovenien, nr. 3127/09, §§ 33-35, 29.9.2011. Endvidere er mundtlige høringer ikke altid påkrævet i alle retlige procedurer, der involverer strafferetlige sanktioner; jf. Jussila mod Finland [GC], nr. 73053/01, § 43, ECHR 2006-XIII.

20 — Dette hindrede dog ikke Kommissionen i først at gentage, at appellanterne anerkendte, at Degussa måtte have vidst, at appellanterne havde besvaret klagepunktsmeddelelsen på en måde, der var ugunstig for Degussa, og dernæst, at Degussa måtte have haft kendskab til årsagerne til, at appellanterne hævdede, at Degussa kontrollerede SKW eksternt, og sådede dermed tvivl om den fortrolige karakter af oplysningerne i forhold til Degussa.

21 — Bortset fra adgangen til at give afkald på retten til at blive hørt, findes der for så vidt heller ingen ret til *ikke* at blive hørt *for lukkede døre*.

55. I henhold til *ordlyden* af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 773/2004 *kan* høringen foretages af personerne enkeltvis eller under tilstedeværelse af andre personer, der er indbudt til at deltage, under hensyntagen til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger. Snarere end en tilladelse indebærer dette et valg, ikke en forpligtelse. I overensstemmelse med forordningens artikel 14, stk. 6, andet punktum, afhænger dette valg af Kommissionens vurdering af virksomhedernes interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger.

56. Appellanterne har, som jeg opfatter det, i det væsentlige hævdet, at dette »kan« i denne sammenhæng skal forstås som »skal«. Bortset fra at argumentet er selvmodsigende, må det også afvises af andre grunde.

57. *Konteksten* for artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 773/2004 bekræfter for det første, at høringskonsulenten afgør, om en høring for lukkede døre skal indrømmes. I henhold til artikel 14, stk. 7, i forordning nr. 773/2004 *kan* høringskonsulenten tillade, at de parter, som en meddelelse af klagepunkter er rettet til, klagerne og andre personer, der er indbudt til høringen, stiller spørgsmål under høringen. Overskriften for artikel 14 i forordning nr. 773/2004 (»Gennemførelse af mundtlige høringer«) viser også, at artikel 14 primært har til formål at fastsætte regler, der sætter høringskonsulenten i stand til at gennemføre effektive høringer, hvilket indebærer, at høringskonsulenten skal have visse ledelsesmæssige skønsbeføjelser. Hvis virksomheder omvendt indrømmes særlige rettigheder (eller høringskonsulenten pålægges en særlig forpligtelse), fremgår det klart af selve teksten, eksempelvis artikel 12, stk. 1, eller artikel 14 i forordning nr. 773/2004, hvor ordvalget i flere tilfælde ikke efterlader nogen tvivl. Det er næppe en tilfældighed.

58. *Formålet* med forordning nr. 773/2004 antyder heller ikke, at der er tale om en ret til en høring for lukkede døre. Jeg vil minde om, at forordning nr. 773/2004 i medfør af artikel 33, stk. 1, litra c), i forordning nr. 1/2003 har til formål at fastlægge de nærmere betingelser for høringer med henblik på at sikre, at de virksomheder, der er omfattet af den procedure, som Kommissionen har iværksat, *gives lejlighed til at udtale sig* om Kommissionens klagepunkter, og at endelige afgørelser alene er baseret på klagepunkter, som de deltagende parter *har haft lejlighed til at udtale sig om*. Omvendt har forordningen ikke til formål at sikre, at virksomheder *faktisk* høres (slet ikke for lukkede døre) – dette er i stedet, hvilket er vigtigt, noget, som virksomhederne selv skal anmode om. Desuden giver den manglende ret til en høring for lukkede døre som nævnt tilsyneladende ikke anledning til problemer i forhold til de grundlæggende rettigheder (jf. punkt 49 ovenfor). Jeg vil også tilføje, at det forhold, at det ifølge appellanterne er mere effektivt at blive hørt mundtligt end skriftligt, er et spørgsmål om præferencer og ikke et retligt spørgsmål.

59. Mere generelt afspejler proceduren for Kommissionen tilsyneladende et uskrevet princip om, at beføjelsen til at afgøre, om en høring skal gennemføres for lukkede døre, ligger hos det upartiske organ, der gennemfører høringen, og udøves på organets eget initiativ eller efter en anmodning. Som Domstolen er bekendt med, træffes beslutningen om at gennemføre en høring for lukkede døre i sager ved Unionens retsinstanser ikke af parterne, men af det beslutningstagende organ [22]. Det samme gælder mundtlige høringer for Menneskerettighedsdomstolen [23]. Jeg vil også fremhæve, at en anmodning om en høring uden tilstedeværelse af andre parter, dvs. tid alene sammen med det beslutningstagende organ, hvilket i realiteten er det, appellanterne ønsker – i høj grad er i strid med reglerne [24].

22 — Jf. artikel 31 i statutten, artikel 79, stk. 1, i Domstolens procesreglement, artikel 109 i Rettens procesreglement og artikel 63, stk. 2, i EU-Personalerettens procesreglement.

23 — Jf. Rule 63 i Rules of Court af 1.6. 2015; jf. også Rule A1(5).

24 — Jf. i denne henseende dom *ZZ*, C-300/11, EU:C:2013:363, præmis 56.

60. Imidlertid er dette usædvanlige scenario ikke relevant for den foreliggende sag, idet det er afgørende at holde for øje, at proceduren ved Kommissionen er af rent administrativ karakter, og at denne institution ikke er et organ, der træffer afgørelse i sagen. Proceduren er snarere kontradiktorisk (inter partes) mellem den berørte part og Kommissionen og er ikke en tvist mellem de private parter, der mistænkes for at have deltaget i en given overtrædelse. En konsekvens af dette er eksempelvis, at Kommissionen ikke er forpligtet til at give parterne mulighed for at udspørge vidner og undersøge deres forklaringer under sagens forberedelse [25] (eller, ud fra samme logik, på stadiet *inter partes*). Dette betyder imidlertid også, at Kommissionen kun kan pålægge sanktioner for overtrædelser af konkurrencereglerne, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om. Hvis en part ønsker at videregive oplysninger, der er fortrolige og kan lægges en anden part i den administrative procedure til last, er det efter min mening indlysende, at Kommissionen, såfremt den vil benytte de pågældende oplysninger, skal fremsende en supplerende klagepunktsmeddelelse til den anden part [26] (idet Kommissionen ikke er forpligtet til at »forfølge« yderligere klagepunkter). Følgelig var Kommissionen i nærværende sag ikke forpligtet til at tage hensyn til Degussas interesser. For så vidt som Kommissionen havde ønsket at straffe Degussa yderligere på grundlag af appellanternes oplysninger, skulle den have udstedt en yderligere klagepunktsmeddelelse. Høringskonsulentens begrundelse for at afvise at indrømme en høring for lukkede døre, som Retten tog til følge, var derfor ukorrekt [27].

61. I lyset af de generelle bemærkninger ovenfor er det ikke overraskende, at høringskonsulenten afgør, om der skal foretages en separat mundtlig høring af den pågældende part, hvis det er hensigtsmæssigt for eksempelvis at beskytte en parts forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger. EU-embedsmænd har pligt til at respektere sådanne hemmeligheder [28], og den administrative procedure gennemføres som nævnt efter regler, der er udformet til dette formål. I artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 773/2004 skelnes der, for så vidt angår fortrolighed, ikke mellem høringer for lukkede døre og fælles høringer, hvilket er ganske interessant.

62. Dette fører mig til mit næste punkt: Der er intet i forordning nr. 773/2004, som begrunder det synspunkt, at oplysninger, der gives under en høring for lukkede døre – eller mere præcist – under en *individuel* høring, automatisk skal betegnes som fortrolige. Det afhænger alene af, hvad der siges under en sådan høring. I modsætning til anmodninger om fortrolig behandling af skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen, der kræver en efterfølgende vurdering, skal Kommissionen, når den modtager en anmodning om en høring for lukkede døre, på forhånd vurdere, om de oplysninger, den pågældende part har til hensigt at fremlægge for den, rent faktisk er fortrolige. Selv om det kan forekomme indlysende, skal det understreges, at ikke-fortrolige oplysninger, der fremlægges under en høring for lukkede døre, ikke lovligt må tilbageholdes fra andre parter, der ansøger om aktindsigt.

63. En part, hvis anmodning om en høring for lukkede døre afvises, skal nøje overveje, om vedkommende stadig ønsker at deltage i den fælles mundtlige høring, og hvad parten i så fald ønsker at sige. Denne part har ikke pligt til at fremlægge fortrolige oplysninger for alle deltagerne. Alternativt kan denne part vælge på et tidligere tidspunkt skriftligt at indgive fortrolige oplysninger til Kommissionen i vedkommendes svar på klagepunktsmeddelelsen og anmode om fortrolig behandling heraf. Dette kan også indebære en forretningsmæssig risiko, men afhængigt af omstændigheder kan det være en bedre løsning end at anmode om en høring for lukkede døre. Den administrative procedure sikrer således, at parterne kan vælge, om de vil fremlægge oplysninger, de betragter som fortrolige, for Kommissionen, og om de i så fald vil gøre det mundtligt eller skriftligt (selv om de i

25 — Jf. i denne henseende 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 200.

26 — Jf. i denne retning dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, T-128/11, EU:T:2014:88, præmis 110 og den deri nævnte retspraksis (taget til følge i dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, C-227/14 P, EU:C:2015:258).

27 — Det bør dog bemærkes, at begrundelsespligten må holdes adskilt fra spørgsmålet om begrundelsens rigtighed, jf. bl.a. dom Nederlandene mod Kommissionen, C-159/01, EU:C:2004:246, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis.

28 — Jf. artikel 339 TEUF, artikel 28 i forordning nr. 1/2003 (»Tavshedspligt«) og artikel 16 i forordning nr. 773/2004 (»Identifikation og beskyttelse af fortrolige oplysninger«).

sidste ende ikke selv afgør spørgsmålet om fortrolighed). Udøvelse af retten til at blive hørt kræver således altid, at parterne træffer forretningsmæssige beslutninger [29]. Dette viser nærværende sag: Appellanterne valgte (forståeligt) at prioritere et forretningsmæssigt mål – økonomisk overlevelse – frem for et andet, muligheden for lavere bøder.

64. Hvis Kommissionen ulovligt videregiver fortrolige oplysninger, har en part naturligvis ret til at kræve erstatning i henhold til artikel 268 TEUF [30]. Det skal dog understreges, at spørgsmålet om, hvorvidt oplysninger lovligt kan videregives, ikke hænger sammen med udøvelsen af retten til at blive hørt. Ulovlig videregivelse af fortrolige oplysninger påvirker med andre ord ikke nødvendigvis gyldigheden af Kommissionens beslutning om at pålægge bøder.

65. Selv om beslutningen om at indrømme en høring for lukkede døre træffes efter Kommissionens skøn, skal den som et offentligt organ endelig udøve dette skøn i overensstemmelse med loven. Hvis det er behørigt begrundet af hensyn til gennemførelsen af den administrative procedure, kan Unionens retsinstanser efter min mening kun sjældent kritisere en beslutning om gennemførelse af en høring for lukkede døre, men det udelukker ikke muligheden for anfægtelse i tilfælde af magtfordrejning, utilstrækkelig begrundelse (herunder intet svar overhovedet), ukorrekt faktuel vurdering eller måske endda åbenbart urigtigt skøn [31]. Bortset fra, at jeg forventer, at Kommissionen er bevidst om princippet om god forvaltningsskik, der er omhandlet i chartrets artikel 41, er det i nærværende sag ikke nødvendigt at undersøge de præcise grænser for domstolsprøvelse af sådanne beslutninger.

66. Det følger dog af ovennævnte, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 39 at forpligte Kommissionen til i hvert enkelt tilfælde at finde en hensigtsmæssig balance mellem på den ene side målet om at beskytte retten til forsvar for virksomheder, der påstås at have overtrådt EU's konkurrenceregler, og på den anden side tredjeparters berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger ikke videregives under undersøgelsen.

67. Denne fejl indebærer dog ikke, at det første anbringende er begrundet. Appellanternes argument om, at de havde ret til en høring for lukkede døre, er lige så ukorrekt og blev korrekt afvist i første instans. Som det vil fremgå, gælder det samme for resten af dette anbringende, der sammen med de øvrige anbringender er lige så ubegrundede. Hvis præmisserne i en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af EU-retten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, må appellen i henhold til retspraksis forkastes [32].

68. Eftersom hovedspørgsmålet alene er retligt, foreslår jeg, at Domstolen erstatter det ukorrekte ræsonnement i den appellerede doms præmis 35-59, 62 og 63 med et ræsonnement, som ikke omfatter en ret til en mundtlig høring for lukkede døre for Kommissionen i forbindelse med undersøgelser af overtrædelser af konkurrencereglerne. Dette ville indebære en forkastelse af argumentet om, at Retten foretog ulovlig bevisvurdering på forhånd, og appellanternes første hovedargument omhandlet i punkt 50 ovenfor bør derfor forkastes.

29 — Det illustreres af det forhold, at appellanterne i deres brev af 28.1.2009 (punkt 13 ovenfor) anførte, at det fra et forretningsmæssigt perspektiv var umuligt for dem at drøfte Degussas rolle under en offentlig høring.

30 — Jf. princippet fastlagt i dom Adams mod Kommissionen, 145/83, EU:C:1985:448.

31 — Jf. vedrørende i) retten til at indgive andragende til Europa-Parlamentet dom Schönberger mod Parlamentet, C-261/13 P, EU:C:2014:2423, præmis 23 og 24, ii) klager afvist af Kommissionen vedrørende påstande om konkurrencebegrænsende foranstaltninger dom Automec mod Kommissionen, T-24/90, EU:T:1992:97, præmis 71-79, og iii) sager om annullering af Kommissionens beslutninger om ikke at indlede overtrædelsesprocedurer mod en medlemsstat kendelse i Ruipérez Aguirre og ATC Petition mod Kommissionen, C-111/11 P, EU:C:2011:491, præmis 11-13 og den deri nævnte retspraksis.

32 — Jf. dom FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen, C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 187 og den deri nævnte retspraksis.

ii) De alternative løsninger foreslået af appellanterne

69. Appellanterne har også anført, at Retten på enhver måde handlede uforholdsmæssigt ved at afvise at kritisere Kommissionen for ikke at acceptere de to alternative løsninger, de havde foreslået. Disse alternative løsninger bestod som nævnt indledningsvis af muligheden for at give Degussa adgang til deres fremlæggelse for lukkede døre enten ved udgangen af 2008 eller efter indgåelsen af en ny leveringsaftale. Efter indgåelsen af denne aftale anmodede appellanterne om endnu en mundtlig høring, hvor Degussa ville få mulighed for at deltage.

70. Med hensyn til den første alternative løsning gælder der som anført ovenfor ikke en ret til en mundtlig høring for lukkede døre. Dette forslag er endvidere endnu mere problematisk i betragtning af, at det ikke er muligt at gå på kompromis med overholdelsen af retten til at blive hørt. Det er desuden ikke appellanterne, som afgør, om oplysninger er fortrolige eller ej, da dette ville begrænse andre parters ret til at modtage ikke-fortrolige oplysninger.

71. Hvad angår den næste alternative løsning mener jeg, at Retten ikke begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 61 at fastslå, at korrekt gennemførelse af administrative procedurer forudsætter, at der træffes en beslutning inden for rimelig tid, og at der derfor ikke kan være tale om en ret til endnu en mundtlig høring. Dette afspejles også i artikel 10, stk. 2, i forordning nr. 773/2004, som bestemmer, at Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til skriftlige indlæg modtaget efter udløbet af fristen for indgivelse af bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen. Appellanterne fik mulighed for at fremlægge deres synspunkter mundtligt (hvor deres taletid, vil jeg tilføje, blev forlænget, hvis de ønskede at foretage deres fremlæggelse for lukkede døre). Retten til at blive hørt har til formål at give virksomheder lejlighed til at udtale sig, ikke nødvendigvis til at udtale sig på det tidspunkt, der passer dem bedst.

72. Endelig gav høringskonsulenten, som Retten korrekt bemærkede, appellanterne mulighed for at indgive yderligere skriftlige bemærkninger. Dette er tilsyneladende i overensstemmelse med nuværende praksis[33]. Appellanterne havde derfor rigelig mulighed for at udtrykke deres synspunkter, herunder mundtligt.

73. På dette grundlag bør argumentet om, at Retten overtrådte proportionalitetsprincippet med hensyn til appellanternes ret til at blive hørt mundtligt forkastes, og appellen bør dermed forkastes.

d) Subsidiær betragtning: følger af tilsidesættelsen af appellanternes proceduremæssige rettigheder

74. Såfremt Domstolen – i modsætning til undertegnede – fastslår, at appellanterne havde ret til en høring for lukkede døre, vil jeg bemærke følgende.

75. I henhold til retspraksis er retten til forsvar tilsidesat, såfremt det er muligt, at den administrative procedure, som Kommissionen gennemførte, kan have fået et andet resultat, fordi Kommissionen har begået et ulovligt forhold. En virksomhed beviser, at der er begået en sådan ulovlighed, såfremt den i tilstrækkeligt omfang påviser, ikke at Kommissionens beslutning ville have fået et andet indhold, *men at virksomheden bedre ville have været i stand til at varetage sit forsvar, hvis ulovligheden ikke var begået*[34].

33 — Jf. artikel 12, stk. 4, i afgørelse vedtaget af formanden for Europa-Kommissionen af 13.10.2011 om høringskonsulentens funktion og kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (EUT 2011 L 275, s. 29).

34 — Jf. dom Thyssen Stahl mod Kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

76. Det er ikke altid nemt at påvise, at der er begået en ulovlighed [35]. Det kan skyldes mange forhold, som f.eks., at et anbringende helt eller delvist ikke kan antages til realitetsbehandling, eller at der ikke er afdækket nogen ulovlighed [36]. Hvis den proceduremæssige ulovlighed omvendt er indlysende, har Domstolen omhyggeligt gennemgået Rettens vurdering med hensyn til, om virksomheden havde været bedre i stand til at varetage sit forsvar, hvis ulovligheden ikke var begået, og foretaget nødvendig ophævelse [37]. Og det med rette, fordi det er vigtigt, at bevisbyrden ikke er for tung, og at usikre forhold afklares til appellantens fordel [38].

77. Det er efter min mening uklart, hvorfor bevisbyrden som sådan bør ligge hos den berørte virksomhed. Legalitetsformodningen, som tillægges institutionernes handlinger, bør trods alt ikke være uden begrænsninger. Når en appellant har påvist, at en afgørelse, som Kommissionen har truffet, er behæftet med proceduremæssige fejl, bør denne formodning ikke længere gøre sig gældende. I stedet *burde Kommissionen have pligt* til at bevise, at fejlen ikke havde indvirkning på afgørelsens indhold.

78. Appellanterne har specifikt undladt at beskrive, hvordan den administrative procedure kunne have fået et andet resultat. Ifølge den appellerede dom og appellanternes skriftlige indlæg (i første instans og ved appel) fandt appellanterne imidlertid, at de under en høring for lukkede døre ville få mulighed for at forsøge at overbevise Kommissionen om, at de ikke var ansvarlige eller højst i begrænset omfang var ansvarlige for den omhandlede overtrædelse som følge af Degussas rolle. Høringen bekræftede dette.

79. Der er efter min mening en forskel mellem at vurdere, om en part havde været bedre i stand til at varetage sit forsvar, hvis den på den ene side havde haft fuld aktindsigt, og hvis den på den anden side var blevet indrømmet en høring for lukkede døre. Betydningen af ulovligt tilbageholdte dokumenter kan vurderes efterfølgende [39], men det kan betydningen af en høring for lukkede døre ikke. Det er umuligt at få vished for, hvad der faktisk finder sted under sådanne høringer. Der er heller intet til hinder for, at en part indgiver andre relevante fortrolige oplysninger til Kommissionen under en sådan høring, der ikke er nævnt på forhånd. Hvis der findes en ret til høring for Kommissionen for lukkede døre, og hvis en mundtlig høring kun gennemføres én gang – som i nærværende sag – kan den part, som havde ret dertil, men blev berøvet denne ret, *anses for slet ikke at være blevet hørt* [40]. Af hensyn til retssikkerheden kan jeg ikke tilslutte mig idéen om at acceptere et forudgående ræsonnement, der afviser en anmodning om en høring for lukkede døre, fordi en sådan høring muligvis ikke vil være til fordel for den pågældende part.

80. Det ville endvidere være utilstrækkeligt som kompensation at give den berørte part mulighed for at indgive et yderligere skriftligt indlæg. Et skriftligt indlæg kan ikke erstatte en høring for lukkede døre, hvis parterne har ret dertil.

35 — Jf. eksempelvis dom SGL Carbon mod Kommissionen, C-308/04 P, EU:C:2006:433, præmis 97 og 98, vedrørende påstand om utilstrækkelig aktindsigt.

36 — Jf. ibidem, præmis 95 og 96.

37 — I dom Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598, underkendte Domstolen, som var uenig med forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston (EU:C:2009:307), Rettens dom, der trods Kommissionens overtrædelse af en minimumsfrist på ti dage for indgivelse af bemærkninger havde udelukket muligheden for et andet resultat af en antidumpingprocedure (jf. navnlig præmis 88, 94, 96 og 102-104). Når Kommissionen ikke afventede udløbet af denne frist, inden den fremsendte et forslag til endelige foranstaltninger til Rådet, svarede det til, at den slet ikke hørte den pågældende virksomhed.

38 — Jf. i overensstemmelse hermed P. Craig,, EU Administrative Law, 2nd ed., Oxford, 2012, s. 333.

39 — Jf. eksempelvis dom Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 649-688.

40 — I denne henseende ligner denne situation den situation, der er omhandlet i dom Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598.

81. Dette fører mig til mit sidste punkt: Jeg kan ikke acceptere, at det på nogen måde kan lægges appellanterne til last, at de ikke appellerede Rettens konstateringer med hensyn til andet led af deres femte anbringende, der vedrørte den påståede tilstedeværelse af formildende omstændigheder vedrørende Degussas rolle. En beslutning om ikke at appellere indebærer ikke anerkendelse. Domstolen skal kun afgøre, om appellanterne ville have været bedre i stand til at varetage deres forsvar, hvis de havde haft mulighed for at blive hørt for lukkede døre.

82. Det er efter min mening tilfældet. Hvis Domstolen fastslår, at appellanterne havde ret til en høring for lukkede døre for Kommissionen, bør den appellerede dom tilsidesættes som følge af overtrædelsen af en vigtig procedureregel, nemlig artikel 12, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 sammenholdt med samme forordnings artikel 14, stk. 6. Da Domstolen har tilstrækkeligt grundlag til at afgøre den sag, der er anlagt i første instans, bør den anfægtede beslutning også annulleres i overensstemmelse med den oprindelige påstand.

83. Jeg mener imidlertid stadig, at appellanterne slet ikke havde en sådan ret, og at appellen derfor bør forkastes.

VI – **Sagens omkostninger**

84. I overensstemmelse med artikel 184, stk. 2, i procesreglementet træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostninger, hvis appellen ikke tages til følge. Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, som finder anvendelse på appelprocedurer i medfør af procesreglementets artikel 184, stk. 1, pålægges den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom.

85. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne skal betale omkostningerne, og sidstnævnte ikke har fået medhold, bør de pålægges at betale sagsomkostningerne.

VII – **Forslag til afgørelse**

86. På baggrund af ovennævnte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Appellen forkastes.

2) Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.«