Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 12. april 2018 [1]

Sag C-99/17 P

Infineon Technologies AG
mod

Europa-Kommissionen

»Appel – karteller – det europæiske marked for smart card chips – netværk af bilaterale kontakter med henblik på at koordinere svarene på kunders anmodninger om lavere priser – anfægtelse af ægtheden af beviser – omfanget af domstolsprøvelsen – fuld prøvelsesret«

1. Med den foreliggende appel har Infineon Technologies AG (herefter »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom af 15. december 2016, Infineon Technologies mod Kommissionen (T-758/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:737, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen i et søgsmål med påstand principalt om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 6250 final af 3. september 2014 om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og EØS-aftalens artikel 53 (sag AT.39574 – Smart Card Chips) (herefter »den omtvistede afgørelse«), og subsidiært om nedsættelse af den bøde, der er blevet pålagt appellanten.

2. På Domstolens anmodning vil dette forslag til afgørelse fokusere på to retlige spørgsmål, som appellanten har rejst til støtte for sin appel. Disse to spørgsmål vedrører dels betingelserne for udøvelse af den fulde prøvelsesret, dels anfægtelsen af ægtheden af de beviser, som Europa-Kommissionen har lagt til grund.

I. Retsforskrifter

A. Forordning nr. 1/2003

3. Det fremgår af artikel 31 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] [2], at »Domstolen har fuld prøvelsesret med hensyn til klager over beslutninger, hvorved Kommissionen fastsætter en bøde eller en tvangsbøde. Den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pågældende bøde eller tvangsbøde«.

1 – Originalsprog: fransk.
2 – EFT 2003, L 1, s. 1.

B. Retningslinjer for beregningen af bøder

4. Retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 [3] (herefter »retningslinjerne for beregning af bøder«) bestemmer under overskriften »Regulering af [bødens] [grundbeløb]«:

»[…]

B. Formildende omstændigheder

29. Bødens grundbeløb kan nedsættes, hvis Kommissionen fastslår, at der foreligger formildende omstændigheder, f.eks.:

– […]

– […]

– hvis den pågældende virksomhed fremlægger bevis for, at dens deltagelse i overtrædelsen er stærkt begrænset, og at den i den periode, hvor den har været deltager i de ulovlige aftaler, i praksis har undladt at anvende dem ved at udøve en konkurrencemæssig adfærd på markedet; selve den omstændighed, at en virksomhed har deltaget i overtrædelsen i en kortere periode end de øvrige virksomheder, betragtes ikke som en formildende omstændighed, fordi dette allerede er taget i betragtning ved fastsættelsen af bødens grundbeløb

[…]«

II. Baggrunden for tvisten

5. Tvistens baggrund og det væsentligste indhold af den omtvistede afgørelse er gengivet i den appellerede doms præmis 1-40. De kan sammenfattes som følger.

6. Den 22. april 2008 oplyste Renesas Technology Corp. og dets datterselskaber (herefter »Renesas«) Kommissionen om, at der fandtes et kartel inden for sektoren for smart card chips, og Renesas anmodede om bødefritagelse i henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager [4] (herefter »samarbejdsmeddelelsen«). Efter at have foretaget uanmeldte tilsyn hos flere selskaber inden for sektoren og efter at have sendt dem anmodninger om oplysninger indledte Kommissionen den 28. marts 2011 sagen mod Koninklijke Philips NV og Philips France (herefter »Philips«), Renesas og Samsung Electronics CO., Ltd, og Samsung Semiconductor Europe GmbH (herefter under ét »Samsung«) i henhold til artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003.

7. I april 2011 indledte Kommissionen drøftelser med henblik på forligsforhandlinger i henhold til artikel 10a i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] [5] med Renesas, Samsung og Philips. Disse drøftelser blev indstillet i oktober 2012.

8. Den 18. april 2013 sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Renesas, Hitachi, Mitsubishi Electric Corp., Samsung, appellanten og Philips. Høringen fandt sted den 20. november 2013.

3 – EUT 2006, C 210, s. 2.

4 – EUT 2006, C 298, s. 17.

5 – EUT 2004, L 123, s. 18.

9. Den 3. september 2014 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse. I denne afgørelse konstaterede Kommissionen, at fire virksomheder, nemlig appellanten, Philips, Renesas og Samsung havde deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF og EØS-aftalens artikel 53 inden for sektoren for smart card chips i EØS (herefter »den pågældende overtrædelse«). Denne overtrædelse, der fandt sted i perioden mellem den 24. september 2003 og den 8. september 2005, vedrørte smart card chips, der anvendes i mobiltelefoners SIM-kort, kreditkort, ID-kort og pas, kort til betalings-tv og i forskellige andre ting.

10. På tidspunktet for den pågældende overtrædelse var markedet for smart card chips, der bestod af to segmenter – chips til SIM-kort (der hovedsageligt anvendes i mobiltelefoner) og chips til andre kort end SIM-kort (anvendes til kreditkort, sikkerhed og identifikation) – kendetegnet ved et konstant prisfald, prispres fra chips-producenternes vigtigste kunder, uligevægt mellem udbud og efterspørgsel som følge af stigningen i efterspørgslen og den konstante og hurtige teknologiske udvikling samt kontraktforhandlingsstrukturen med kunderne.

11. Den pågældende overtrædelse var baseret på et netværk af bilaterale kontakter mellem adressaterne for den omtvistede afgørelse enten på møder eller via telefonsamtaler, der fandt sted ugentligt i 2003 og 2004. Ifølge Kommissionen koordinerede deltagerne i overtrædelsen deres prispolitik i forbindelse med smart card chips via kontakter om prisfastsættelse, navnlig de specifikke priser, der blev tilbudt de vigtigste kunder, minimumspriser og vejledende priser, udveksling af synspunkter om prisudviklingen i det efterfølgende halvår og den tilsigtede prisfastsættelse, men også om produktionskapaciteten og anvendelsen af denne, den fremtidige adfærd på markedet samt forhandlinger af fælles kundeaftaler. Tidsplanen for de hemmelige kontakter, som fremgår af tabel 4 i den omtvistede afgørelse, fulgte tidsplanen for den økonomiske cyklus. Henset til disse bilaterale kontakters genstand og det tidspunkt, hvor de fandt sted, konstaterede Kommissionen, at der fandtes forbindelser mellem disse. I denne forbindelse nævnte virksomhederne desuden nogle gange åbent andre bilaterale kontakter mellem deltagerne i den pågældende overtrædelse, og de indsamlede oplysninger blev sendt til konkurrenterne.

12. Kommissionen har betegnet den pågældende overtrædelse som samlet og vedvarende. De hemmelige kontakter var således forbundet og supplerede hinanden. Via deres interaktion bidrog de til realiseringen af alle de konkurrencebegrænsende virkninger inden for rammerne af en global plan, der havde et enkelt mål.

13. Ifølge Kommissionen havde Samsung, Renesas og Philips kendskab til overtrædelsen i dens helhed. Appellanten er derimod kun blevet holdt ansvarlig for denne overtrædelse, for så vidt som denne deltog i hemmelige aftaler med Samsung og Renesas, idet der ikke findes beviser for, at appellanten også har haft kontakt til Philips, og denne heller ikke havde et subjektivt indtryk af at deltage i hele den pågældende overtrædelse.

14. Sluttelig skønnede Kommissionen, at de pågældende virksomheders adfærd havde til formål at begrænse konkurrencen inden for EU og havde en betydelig indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne og mellem de kontraherende parter i EØS-aftalen.

15. Med henblik på beregningen af de bøder, der skal pålægges i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og i henhold til retningslinjerne for beregning af bøder, præciserede Kommissionen, at den pågældende overtrædelse var tilsigtet. Ved beregningen af grundbeløbet anvendte den som indikator den årlige værdi af afsætningen baseret på den reelle værdi af afsætningen af de produkter, der var omfattet af kartellet, som virksomhederne havde realiseret i løbet af de måneder, hvor de aktivt deltog i den pågældende overtrædelse. Den anvendte en koefficient for den pågældende overtrædelses grovhed på 16%. Den anvendte en varighed på 11 måneder og 17 dage for Philips, 18 måneder og 7 dage for appellanten, 23 måneder og 2 dage for Renesas og 23 måneder og 15 dage for Samsung. Den anvendte en koefficient på 16% af værdien af afsætningen som ekstrabeløb.

16. På grund af de formildende omstændigheder indrømmede Kommissionen appellanten en bødenedsættelse på 20%, eftersom denne kun var ansvarlig for den pågældende overtrædelse, for så vidt som denne havde deltaget i hemmelige møder med Samsung og Renesas og ikke med Philips. I henhold til samarbejdsmeddelelsen indrømmede Kommissionen Renesas bødefritagelse, ligesom den nedsatte den bøde, som Samsung blev pålagt, med 30%.

17. Kommissionen konstaterede i den omtvistede afgørelses artikel 1, at følgende virksomheder havde deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF og af EØS-aftalens artikel 53 inden for sektoren for smart card chips i EØS:

– appellanten, fra den 24. september 2003 til den 31. marts 2005 »på grund af koordineringen med Samsung og Renesas« [artikel 1, litra a)]

– Philips, fra den 26. september 2003 til den 9. september 2004 [artikel 1, litra b)]

– Renesas, fra den 7. oktober 2003 til den 8. september 2005 [artikel 1, litra c)], og

– Samsung, fra den 24. september 2003 til den 8. september 2005 [artikel 1, litra d)].

18. I den omtvistede afgørelses artikel 2 pålagde Kommissionen appellanten en bøde på 82 784 000 EUR [artikel 2, litra a)], Philips en bøde på 20 148 000 EUR [artikel 2, litra b)], Renesas en bøde på 0 EUR [artikel 2, litra c)] og Samsung en bøde på 35 116 000 EUR [artikel 2, litra d)].

III. Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

19. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. november 2014 (herefter »annullationssøgsmålet«) anlagde appellanten sag med påstand principalt om annullation af den omtvistede afgørelse og, subsidiært, om nedsættelse af den bøde, som appellanten var blevet pålagt.

20. Til støtte for søgsmålet fremsatte appellanten seks anbringender. Retten forkastede ved den appellerede dom disse anbringender og frifandt dermed Kommissionen i det hele.

21. Med de to første anbringender fremført for Retten, som vedrørte appellantens ret til forsvar og princippet om god forvaltning, kritiserede appellanten navnlig den proceduremæssige behandling af et bevis fremlagt af Samsung i 2012, nemlig en intern e-mail dateret den 3. november 2003, hvis ægthed appellanten i øvrigt anfægtede.

22. I denne forbindelse konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 76-80 i det væsentlige i forbindelse med bedømmelsen af det andet klagepunkt rejst til støtte for det første anbringende, at Kommissionen under den administrative procedure burde have meddelt appellanten sin egen »videnskabelige vurdering« af denne e-mails ægthed. Disse bedømmelser udgjorde således belastende beviser, eftersom de foranledigede Kommissionen til at konkludere, at denne e-mail udgjorde et troværdigt bevis på appellantens deltagelse i den pågældende overtrædelse. Retten fastslog imidlertid i dommens præmis 85, at undladelsen af at meddele appellanten disse bedømmelser var uden betydning for det resultat, som Kommissionen nåede frem til i den omtvistede afgørelse, således at den forkastede appellantens klagepunkt i nævnte doms præmis 86.

23. For så vidt som appellanten anfægtede bevisværdien af en erklæring fra en ansat i Samsung, idet en urigtig oplysning ikke udgør en lovovertrædelse i Republikken Korea, og for så vidt som Samsung efter den fejlslagne transaktion havde haft en særlig interesse i at »pynte på tingene«, konstaterede Retten i den appellerede doms præmis 93 i det væsentlige, at Samsung i sin egenskab af en virksomhed, der havde fremsat en anmodning i medfør af samarbejdsmeddelelsen, risikerede at miste fordelene ved dette samarbejde i tilfælde af en urigtig oplysning.

24. Retten afviste ligeledes det argument, som appellanten havde fremført i forbindelse med det andet anbringende, om, at Kommissionen burde have krævet en uafhængig sagkyndig vurdering af den elektroniske udgave af e-mailen af 3. november 2003, da der ikke forelå noget gyldigt bevis for dens ægthed. I den appellerede doms præmis 118 begrundede Retten sit svar på dette argument med, at Kommissionen har en vis skønsmargen, når den skal træffe afgørelse om supplerende foranstaltninger, og at appellanten i den foreliggende sag ikke, henset til de sagkyndige vurderinger, som denne havde modtaget, og dennes egne videnskabelige vurderinger, havde godtgjort, at en sådan anmodning var påkrævet.

25. I forbindelse med behandlingen af det tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 101, stk. 1, TEUF, som er underopdelt i fire led, prøvede Retten navnlig appellantens påstande om, at de af Samsung fremlagte beviser ikke var troværdige, og om beviset for, at appellanten havde begået en overtrædelse.

26. I denne forbindelse undersøgte Retten i den appellerede doms præmis 143-158 appellantens argumenter, hvormed troværdigheden af de af Samsung fremlagte beviser anfægtedes i forbindelse med det andet led fremført til støtte for det tredje anbringende.

27. For det første forkastede Retten disse argumenter i nævnte doms præmis 143 og 144 som ugrundede med den begrundelse, at selv hvis Samsung måtte anses for ikke at være et troværdigt vidne, og selv hvis alle de oplysninger og al den dokumentation, som Samsung havde fremlagt, måtte afvises, kunne dette ikke så tvivl om Kommissionens vurderinger, der var baseret på oplysninger og dokumentation fra Renesas, som godtgjorde, at appellanten havde haft kontakter med et konkurrencebegrænsende formål med Renesas, f.eks. mødet den 31. marts 2005. Retten henviste i denne forbindelse til dommens præmis 193-201, idet den præciserede, at den i denne doms præmis 197-206 havde behandlet og forkastet appellantens argumenter om, at denne sidstnævnte kontakt ikke havde fundet sted.

28. For det andet behandlede og forkastede Retten i den appellerede doms præmis 145-157 for »fuldstændighedens skyld« appellantens klagepunkter, hvormed denne bestred Samsungs troværdighed som vidne og troværdigheden af de oplysninger og beviser, som dette selskab havde fremlagt.

29. Dels bemærkede Retten i denne forbindelse bl.a., at appellanten ikke havde bestridt Kommissionens vurderinger, hvorefter de oplysninger og beviser, som Samsung havde fremlagt, blev underbygget af andre medlemmer af kartellet, navnlig af Renesas og NXP[6], idet alle de argumenter, der havde til formål at miskreditere Samsung som et troværdigt vidne, skulle forkastes som irrelevante (den appellerede doms præmis 146-149). Dels besvarede Retten appellantens klagepunkter om troværdigheden af de beviser, som Kommissionen havde lagt til grund, da den skulle godtgøre, at kontakterne den 3. og den 7. november 2003 havde fundet sted (den appellerede doms præmis 152-157).

30. Retten behandlede i den appellerede doms præmis 159-208 det tredje led rejst til støtte for dette anbringende vedrørende bevis for, at artikel 101 TEUF var blevet overtrådt. Appellanten påstod, at ingen af de 11 kontakter, som denne havde haft med sine konkurrenter, havde overtrådt denne bestemmelse. Retten præciserede i denne forbindelse i den appellerede doms præmis 160, at »[appellanten] ikke bestred Kommissionens vurdering, hvorefter priserne i princippet blev fastsat på årsbasis, hvilket i øvrigt fremgik af de drøftelser, som [appellanten] havde deltaget i. Under disse omstændigheder er det tilstrækkeligt at undersøge, om [appellanten] i perioden 2003-2005 deltog i en eller i givet fald to drøftelser om konkurrencebegrænsning med Samsung og Renesas i hvert af disse tre år, for at fastslå, om artikel 101 TEUF er blevet overtrådt«.

6 – Det fremgår af den omtvistede afgørelse, at NXP overtog Philips' virksomhed fra datoen for dets oprettelse den 29.9.2006. Kommissionen fastslog, at NXP ikke havde deltaget i den pågældende overtrædelse.

31. Under disse omstændigheder fandt Retten det hensigtsmæssigt indledningsvis at undersøge fem kontakter mellem appellanten og Samsung eller Renesas, dvs. kontakterne den 24. september 2003 (første kontakt), den 3. november 2003 (anden kontakt), den 18. marts 2004 (sjette kontakt), den 1. til den 8. juni 2004 (syvende kontakt) og den 31. marts 2005 (ellevte kontakt), idet den førstnævnte og den sidstnævnte kontakt ifølge Kommissionen markerer henholdsvis begyndelsen og afslutningen på appellantens deltagelse i den pågældende overtrædelse.

32. Ifølge Retten var det således kun, såfremt disse fem kontakter ikke gjorde det muligt at godtgøre den pågældende overtrædelse, at den skulle have undersøgt, om de øvrige kontakter, f.eks. den 17. november 2003, som appellanten hævdede ikke var ulovlige, bidrog til denne overtrædelse eller ej.

33. Retten behandlede og forkastede dernæst alle de argumenter, som appellanten havde fremført vedrørende disse fem kontakter.

34. Hvad navnlig angår kontakten den 24. september 2003 mellem appellanten og Samsung, der behandles i den appellerede doms præmis 161-176, fastslog Retten dels i dommens præmis 164-166, at udvekslingen af de pågældende oplysninger om priser, aktuel og fremtidig kapacitet og den forventede teknologiske udvikling, navnlig på et marked, hvor udbuddet og efterspørgslen er koncentreret, kunne påvirke konkurrenternes forretningsstrategi direkte. Retten præciserede i dommens præmis 168, at ingen af appellantens argumenter gjorde det muligt at afkræfte konstateringen af, at i det mindste appellanten og Samsung havde udvekslet prisprognoser for det efterfølgende år.

35. Dels betegnede Retten i nævnte doms præmis 173-175 denne udveksling af oplysninger, der ifølge Retten var følsomme oplysninger, som en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, henset til den økonomiske og retlige situation på det pågældende marked, sådan som den er beskrevet i 59. betragtning til den omtvistede afgørelse, uden at appellanten havde bestridt dette over for Retten.

36. Hvad nærmere bestemt angår drøftelserne om produktionskapacitet tilføjede Retten i samme doms præmis 176 dels, at den, eftersom Kommissionen havde redegjort for årsagerne til, at den mente, at udvekslingen af oplysninger om kapacitet, henset til markedets karakteristika, ville kunne begrænse konkurrencen, ikke var forpligtet til at påvise konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for at kunne kvalificere den pågældende praksis som en overtrædelse. Dels, at det, selv hvis det antages, at udvekslingen af oplysninger om kapacitet ikke i sig selv har været tilstrækkelig til at fastslå en overtrædelse med konkurrencebegrænsende formål, ifølge Retten ikke desto mindre forholder sig således, at appellanten ikke såede tvivl om den omstændighed, at Kommissionen med føje havde konstateret, at udvekslingen af oplysninger om de fremtidige priser udgjorde en overtrædelse med et konkurrencebegrænsende formål.

37. Med hensyn til kontakten den 3. november 2003 mellem appellanten og Samsung, der behandles i den appellerede doms præmis 177-185, bemærkede Retten dels, at appellanten ikke havde godtgjort, at Kommissionens objektive begrundelser for, at der fandtes flere versioner af e-mailen af samme dato, hvis ægthed appellanten bestred, var fejlagtige. Under alle omstændigheder kunne der af andre beviser udledes en række indicier på, at de ulovlige drøftelser, der er nævnt i den pågældende e-mail, rent faktisk havde fundet sted. Retten behandlede e-mailen fra en ansat i Renesas af 7. oktober 2003 og e-mailen fra en ansat i Samsung af 7. november 2003 (den appellerede doms præmis 181-183).

38. Dels skønnede Retten som svar på argumenter om, at kontakten den 3. november 2003 ikke havde et konkurrencebegrænsende formål, at det var tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen ikke var forpligtet til for hver af de ulovlige drøftelser at godtgøre, at disse udgjorde en sådan begrænsning, eftersom den havde godtgjort, at den pågældende praksis under ét udgjorde en overtrædelse med et konkurrencebegrænsende formål (den appellerede doms præmis 185).

39. Med hensyn til kontakten den 1. til den 8. juni 2004 mellem appellanten og Samsung forkastede Retten i den appellerede doms præmis 192-196 appellantens argumenter. Med henvisning til 216. betragtning til den omtvistede afgørelse fastslog den på grundlag af et dokument fremlagt af Samsung, at der var blevet udvekslet følsomme oplysninger.

40. På baggrund af undersøgelsen af de fem ovennævnte kontakter fastslog Retten i den appellerede doms præmis 207, at »Kommissionen begik ikke en fejl, da den fastslog, at [appellanten] havde deltaget i drøftelser med et konkurrencebegrænsende formål med Samsung og Renesas mellem den 24. september 2003 og den 31. marts 2005«.

41. Som svar på det fjerde led, som appellanten havde gjort gældende til støtte for det tredje anbringende om, at Retten på grund af den pågældende overtrædelses udelelige karakter kun kunne annullere den omtvistede afgørelse i sin helhed, såfremt den bl.a. konstaterede, at kontakterne den 3. og den 17. november 2003 ikke var konkurrencebegrænsende, fastslog Retten i den appellerede doms præmis 211: »[S]om det blev fastslået i [den appellerede doms] præmis 160, har [appellanten] ikke bestridt, at prisfastsættelsen på det pågældende marked i princippet fandt sted på årsbasis. Eftersom det er blevet fastslået […], at Kommissionen ikke begik en fejl, da den fastslog, at [appellantens] deltagelse i fem ulovlige kontakter mellem 2003 og 2005, ændrer den omstændighed, at den fejlagtigt havde konkluderet, at de øvrige kontakter, f.eks. kontakten den 17. november 2003, i realiteten ikke var [konkurrencemæssige], ikke ved konstateringen af, at [appellanten] har deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse i disse tre år. Selv om de øvrige kontakter ud over de fem ovennævnte således ikke udgør en overtrædelse af artikel 101 TEUF, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen på en fyldestgørende måde har godtgjort, at [appellanten] deltog i den pågældende overtrædelse i modsætning til, hvad [appellanten] har gjort gældende i retsmødet.«

42. Hvad angår det fjerde anbringende, som appellanten havde fremført subsidiært, og som vedrørte en fejlagtig anvendelse af begrebet »samlet og vedvarende overtrædelse«, sammenfattede Retten 285.-315. betragtning til den omtvistede afgørelse i den appellerede doms præmis 215. Den gengav ligeledes i dommens præmis 216-223 retspraksis om konstateringen af, at der foreligger en sådan overtrædelse, og om en virksomheds deltagelse i en sådan overtrædelse.

43. Retten behandlede på baggrund af denne retspraksis appellantens fem klagepunkter. Dels forkastede Retten navnlig i den appellerede doms præmis 226-232 et klagepunkt om en modsigelse i den omtvistede afgørelse. På baggrund af en vurdering af begrundelserne for afgørelsen og dens dispositive del fastslog Retten, at »mens Kommissionen i afgørelsens dispositive del uden at sondre mellem de fire adressater for nævnte afgørelse fastslog, at de alle havde deltaget i den pågældende overtrædelse, fremgår det utvetydigt af begrundelsen for den pågældende afgørelse, at Kommissionen fandt, at disse virksomheder havde deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse, uanset den omstændighed, at [appellanten] ikke til forskel fra de tre andre virksomheder, der blev pålagt bøder, kunne holdes ansvarlig for den pågældende overtrædelse i sin helhed« (den appellerede doms præmis 229). Retten fortolkede imidlertid den omtvistede afgørelses dispositive del under hensyntagen til dens begrundelse og fastslog i dommens præmis 231, at »den dispositive del skal forstås således, at [Kommissionen] ikke tillægger [appellanten] ansvaret for hele den pågældende overtrædelse til forskel fra de øvrige adressater for den [omtvistede] afgørelse, men kun tillægger [appellanten] ansvaret for denne overtrædelse, for så vidt som denne har haft ulovlige kontakter med Samsung og Renesas. Selv om den [omtvistede] afgørelses dispositive del ganske vist er formuleret ubehjælpsomt, […] forholder det sig ikke desto mindre således, at den pågældende afgørelses dispositive del ikke er i strid med begrundelserne for den«.

44. Dels forkastede Retten i dommens præmis 236-240 ligeledes et klagepunkt om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet ved beregningen af bøden. I dommens præmis 239 forkastede Retten navnlig anfægtelsen af den nedsættelse på 20%, som Kommissionen havde indrømmet appellanten på grund af formildende omstændigheder som følge af dennes begrænsede deltagelse i den pågældende overtrædelse, fordi »[appellanten] ikke har fremført noget specifikt argument om, at en nedsættelse på 20% af bødebeløbet ikke er proportional i den foreliggende sag, fordi [appellanten] kun har deltaget delvist i den pågældende overtrædelse«.

45. Retten efterprøvede beregningen af bøden i forbindelse med det femte og det sjette anbringende, som appellanten havde fremført.

46. I forbindelse med behandlingen i den appellerede doms præmis 255-259 af det femte anbringende om en fejlagtig beregning af bøden, fordi appellanten ikke havde deltaget i kontakter vedrørende andre chips end sim-kortchips, bemærkede Retten dels, at priserne på disse chips var blevet nævnt i forbindelse med kontakten med Samsung den 24. september 2003, og at appellantens argumenter ikke kunne bestride dette (dommens præmis 255 og 256). Dels tilføjede Retten »under alle omstændigheder […], at [appellanten] ikke har fremsat nogen argumenter i dens skriftlige indlæg, der kunne bestride Kommissionens vurdering i 221. betragtning til den [omtvistede] afgørelse og i sine bemærkninger, hvorefter der findes en sammenhæng mellem sim-kortchips og andre chips« (dommens præmis 257), og forkastede appellantens argument om, at disse to typer chips ikke tilhørte det samme produktmarked, som irrelevant (dommens præmis 258).

47. I forbindelse med det sjette anbringende om en overtrædelse af retningslinjerne for beregning af bøder og af proportionalitetsprincippet fastslog Retten bl.a. i den appellerede doms præmis 270, at den bøde, som appellanten var blevet pålagt, ikke tilsidesatte proportionalitetsprincippet. Retten baserede i det væsentlige denne konklusion på den begrundelse, som fremgår af dommens præmis 269, nemlig at den bøde, der var blevet pålagt appellanten, kunne forklares med, at denne havde haft en omsætning, der var betydeligt højere end omsætningen i de øvrige virksomheder, der var blevet pålagt en bøde, og at bøden blot afspejlede den økonomiske betydning af virksomhedens egen deltagelse i den pågældende overtrædelse, idet det præciseredes, at den del af den samlede omsætning, der stammer fra afsætning af de produkter, der er omfattet af den pågældende overtrædelse, bedst afspejler overtrædelsens økonomiske betydning.

IV. Parternes påstande og retsforhandlingerne ved Domstolen

48. Appellanten har med appellen nedlagt følgende påstande:

– Den appellerede dom ophæves.

– Den omtvistede afgørelse annulleres, for så vidt som den vedrører appellanten.

– Subsidiært: Den bøde på 82 874 000 EUR, som er pålagt appellanten i henhold til afsnit 457, litra a), i den omtvistede afgørelse, nedsættes til et forholdsmæssigt beløb.

– Subsidiært: Sagen hjemvises til Retten til fornyet prøvelse.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

49. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Appellen forkastes.

– Subsidiært: Påstanden om nedsættelse af den bøde, som er blevet pålagt appellanten, forkastes.

– Appellanten tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

V. Appellen

50. Appellanten har til støtte for sin appel gjort tre anbringender gældende, der i det væsentlige svarer til de »tre retlige spørgsmål«, der fremgår af appelskriftets punkt 2. Det første anbringende vedrører således en tilsidesættelse af artikel 263 TEUF på grund af en ufuldstændig og selektiv domstolsprøvelse. Det er inden for rammerne af dette anbringende, at det særlige spørgsmål om nogle af bevisernes ægthed og konsekvenserne heraf med hensyn til bevisbyrden rejses. Dette første anbringende hænger uløseligt sammen med det tredje anbringende, der vedrører retlige fejl begået i forbindelse med beregningen af den bøde, som appellanten er blevet pålagt, og Rettens undladelse af at iagttage sin fulde prøvelsesret. Endelig vedrører det andet anbringende anvendelsen af artikel 101 TEUF og nærmere bestemt begreberne konkurrencebegrænsende formål og en samlet og vedvarende overtrædelse.

51. De retlige spørgsmål, som Domstolen ønsker behandlet i dette forslag til afgørelse, fremgår af det første anbringendes to første led, sammenholdt med det tredje anbringende. Som det således fremgår af punkt 2 i dette forslag til afgørelse, vedrører spørgsmålene dels kravet om en effektiv domstolsprøvelse, et spørgsmål, der i den foreliggende sag hænger sammen med udøvelsen af den fulde prøvelsesret, dels anfægtelsen af ægtheden af de beviser, som Kommissionen har lagt til grund.

A. Om en effektiv domstolsprøvelse og fuld prøvelsesret (det første anbringendes første led sammenholdt med det tredje anbringende)

1. Parternes argumenter

52. Med det første appelanbringendes første led har appellanten navnlig anfægtet konklusionerne i den appellerede doms præmis 160, som udgør udgangspunktet for en prøvelse, som appellanten finder utilstrækkelig.

53. Appellanten har i det væsentlige foreholdt Retten, at den kun har prøvet fem af de elleve hævdede ulovlige kontakter, som Kommissionen havde konstateret, selv om appellanten havde bestridt dem alle. Kommissionens ulovlige vurderinger af nogle af de anfægtede kontakter burde imidlertid have ført til, at Kommissionens konklusioner vedrørende disse kontakter i den omtvistede afgørelse blev annulleret.

54. Appellanten er således af den opfattelse, at den prøvelse, som Retten har foretaget, på baggrund af de i den appellerede doms præmis 160 nævnte betingelser er ufuldstændig og selektiv, og at den derfor er i strid med artikel 263 TEUF. Denne delvise prøvelse bevirker ligeledes, at den appellerede dom er behæftet med en begrundelsesmangel.

55. Desuden er de undersøgte kontakter ikke tilstrækkelige til at underbygge konstateringen af, at appellanten har begået en samlet og vedvarende overtrædelse.

56. Endelig har en sådan selektiv prøvelse ikke givet Retten mulighed for fuldt ud at vurdere den påståede overtrædelses alvor og heller ikke for i tilstrækkelig grad at efterprøve den pålagte bøde. Dette sidste argument er gengivet og videreudviklet i det tredje appelanbringende om de retlige fejl, som Retten har begået med hensyn til beregningen af bøden.

57. Kommissionen har bestridt rigtigheden af alle appellantens argumenter.

58. Hvad nærmere bestemt angår kritikken af den appellerede doms præmis 160 er Kommissionen af den opfattelse, at Retten, eftersom appellanten ikke har bestridt den konklusion, at priserne på smart card chips i princippet blev fastsat på årsbasis, kunne begrænse sig til blot at efterprøve, at appellanten havde deltaget i mindst en kontakt med et konkurrencebegrænsende formål om året i perioden 2003-2005. Det er således tilstrækkeligt, at de økonomiske resultater af de konkurrencebegrænsende kontakter fortsat har virkning efter datoen for kontakterne. Under disse omstændigheder var Retten ikke forpligtet til at begrunde sit valg af de fem kontakter, som den har undersøgt, og heller ikke den manglende undersøgelse af appellantens deltagelse i de seks øvrige kontakter. Appellanten har ingen interesse i at modtage redegørelser herom.

59. I modsætning til, hvad appellanten har gjort gældende, har Rettens fremgangsmåde desuden ikke forhindret den i at besvare argumenterne om overtrædelsens alvor og bødens størrelse korrekt.

2. Bedømmelse

a) Om den dobbelte karakter af domstolsprøvelsen af Kommissionens afgørelser om anvendelsesprocedurerne for artikel 101 TEUF og 102 TEUF

60. Ifølge den appellerede doms præmis 160 har Retten gjort gældende, at appellanten ikke har bestridt Kommissionens vurdering, hvorefter priserne i princippet blev fastsat på årsbasis. På dette grundlag fastslog Retten, at det var »tilstrækkeligt at undersøge, om [appellanten] i perioden 2003-2005 ha[vde] deltaget i en eller i givet fald to drøftelser om konkurrencebegrænsning med Samsung eller Renesas i hvert af disse tre år, for at fastslå, om artikel 101 TEUF [var] blevet overtrådt. Under disse omstændigheder fandt Retten det hensigtsmæssigt indledningsvis at undersøge fem kontakter mellem [appellanten] og Samsung eller Renesas, […], idet den førstnævnte og den sidstnævnte kontakt ifølge Kommissionen markere[de] henholdsvis begyndelsen og afslutningen på [appellantens] deltagelse i den pågældende overtrædelse. Det [var] således kun, såfremt disse fem kontakter ikke [gjorde] det muligt at godtgøre den pågældende overtrædelse, at Retten [ville] undersøge, om de øvrige kontakter, f.eks. kontakten den 17. november 2003, som [appellanten] i sine skriftlige og mundtlige indlæg hævdede ikke var ulovlige, [bidrog] til denne overtrædelse eller ej«.

61. Eftersom Retten stadfæstede Kommissionens konklusioner vedrørende de fem kontakter, som den havde valgt at efterprøve, bekræftede den appellantens deltagelse i den pågældende overtrædelse uden at undersøge de fremførte argumenter vedrørende de øvrige kontakter.

62. Retten fastslog således i den appellerede doms præmis 211, at »[eftersom] Kommissionen ikke begik en fejl, da den fastslog, at [appellantens] deltagelse i fem ulovlige kontakter mellem 2003 og 2005, ændrer den omstændighed, at den fejlagtigt havde konkluderet, at de øvrige kontakter, f.eks. kontakten den 17. november 2003, i realiteten ikke var [konkurrencemæssige], ikke ved konstateringen af, at [appellanten] har deltaget i en samlet og vedvarende overtrædelse i disse tre år. Selv om de øvrige kontakter ud over de fem ovennævnte kontakter ikke udgør en overtrædelse af artikel 101 TEUF, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen på en fyldestgørende måde har godtgjort, at [appellanten] havde deltaget i den pågældende overtrædelse, i modsætning til, hvad [appellanten] har gjort gældende i retsmødet«.

63. Den appellerede doms præmis 160 er således appellantens centrale kritikpunkt. I stedet for det »valg«, som Retten foretog i denne præmis i den appellerede dom, burde den have foretaget en fuldstændig efterprøvelse af alle de kontakter, som appellanten havde bestridt.

64. Domstolsprøvelsen af Kommissionens afgørelser om anvendelsesprocedurerne for artikel 101 TEUF og 102 TEUF består af to dele. Den er dels baseret på en »traditionel« legalitetskontrol af institutionernes retsakter, som er fastsat i artikel 263 TEUF, hvilken kontrol i henhold til artikel 261 TEUF og efter anmodning fra sagsøgerne dels kan suppleres af Rettens udøvelse af en fuld

prøvelsesret vedrørende de sanktioner, som af Kommissionen pålægges på dette område [7].

b) Om rækkevidden af legalitetskontrollen

65. I den foreliggende sag fastslog Kommissionen i den omtvistede afgørelse, at der var tale om en samlet og vedvarende overtrædelse. En sådan overtrædelse kan defineres som resultatet af en vedvarende adfærd, der udgøres af flere handlinger, der indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, selv om et eller flere elementer også i sig selv og isoleret betragtet kan udgøre en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF. I forbindelse med en sådan overtrædelse kan Kommissionen med rette pålægge ansvaret for disse handlinger på grundlag af deltagelsen i overtrædelsen betragtet i sin helhed [8].

66. Domstolen har endvidere præciseret, at »[e]n virksomhed, der har deltaget i en sådan enkelt og kompleks overtrædelse ved egne handlinger, der falder ind under de i artikel [101, stk. 1, TEUF] omhandlede begreber aftaler og samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål, og som havde til formål at bidrage til gennemførelsen af overtrædelsen i sin helhed, kan således også være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, for så vidt angår hele det tidsrum, hvor virksomheden har deltaget i den« [9].

67. Det er i forbindelse med en sådan samlet og vedvarende overtrædelse, at Retten har ment, at den kunne prøve lovligheden af den omtvistede afgørelse ved at begrænse sin undersøgelse til efterprøvelsen af appellantens deltagelse »i en eller i givet fald to drøftelser med et konkurrencebegrænsende formål i hvert af disse tre år [(dvs. fra 2003 til 2005)]« [10], hvilke kontakter ifølge Kommissionen markerede begyndelsen og afslutningen på den overtrædelse, som appellanten har begået.

68. Eftersom Retten som en forudsætning for dette valg havde fastslået, at appellanten ikke bestred Kommissionen vurdering af, at priserne i princippet blev fastsat på årsbasis, kan jeg ikke se, at den pågældende overtrædelses kendetegn skulle være blevet gengivet forkert.

69. Den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i samtlige de elementer, som skal være til stede, for at der er tale om et kartel, eller at den kun har spillet en mindre rolle i de elementer, som den har deltaget i, er således ikke relevant med hensyn til beviset for, at virksomheden har begået en overtrædelse. Disse omstændigheder skal kun tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og i givet fald ved udmålingen af bøden [11]. Retten begik således ikke en retlig fejl, da den i forbindelse med legalitetskontrollen begrænsede sin prøvelse til fem drøftelser med et konkurrencebegrænsende formål fordelt over de tre år i overtrædelsesperioden.

7 – Jf. i denne retning dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 42), af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen (C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 71), og af 26.1.2017, Aloys F. Dornbracht mod Kommissionen (C-604/13 P, EU:C:2017:45, præmis 52).

8 – Jf. i denne retning dom af 7.1.2004, 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 258), af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 41), og af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 49).

9 – Dom af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 42), og af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 50).

10 – Den appellerede doms præmis 160.

11 – Jf. i denne retning dom af 7.1.2004, 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 86), og af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 45).

70. I det første anbringendes femte led har appellanten ganske vist bestridt Rettens indledende konstatering af, at prisfastsættelsen fandt sted på årsbasis [12]. Argumentet kan dog efter min opfattelse ikke antages til realitetsbehandling, eftersom konstateringens fejlagtige karakter ikke er blevet rejst for Retten, selv om Kommissionen udtrykkeligt havde baseret den omtvistede afgørelse på den omstændighed, at priserne på smart card chips i princippet blev fastsat på årsbasis [13]. Argumentet er under alle omstændigheder ugrundet, eftersom appellanten ikke har påvist en urigtig gengivelse i denne forbindelse. Da Retten i den appellerede doms præmis 160 fastslog, at »priserne *i princippet* blev fastlagt på årsbasis« [14], begrænsede den helt sikkert ikke prisfastsættelsen til udelukkende at finde sted på årsbasis.

c) Om rækkevidden af den fulde prøvelsesret

71. Derimod er spørgsmålet om rækkevidden af den prøvelse, som Retten skal foretage, efter min opfattelse anderledes i forbindelse med den anden del af ordningen til domstolsprøvelse af Kommissionens afgørelser om anvendelsesprocedurerne for artikel 101 TEUF og 102 TEUF.

72. Som anført i punkt 64 i dette forslag til afgørelse kan legalitetskontrollen, som er fastsat i artikel 263 TEUF, i henhold til artikel 261 TEUF og efter anmodning fra sagsøgerne suppleres af Rettens udøvelse af en fuld prøvelsesret vedrørende de sanktioner, som af Kommissionen pålægges på det konkurrenceretlige område [15].

73. Selv om den fulde prøvelsesret ikke er en selvstændig procedure, skal den dog altid udøves uafhængigt af legalitetskontrollen [16]. Med andre ord skal man ikke undlade at foretage en specifik prøvelse inden for rammerne af den fulde prøvelsesret, blot fordi legalitetskontrollen ikke har afsløret nogen ulovligheder [17]. Som anført i punkt 69 i dette forslag til afgørelse er det navnlig i forbindelse med denne anden prøvelse, at der skal tages hensyn til den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i alle elementer af et kartel, eller at den har spillet en mindre rolle i nogle af de forhold, som den har deltaget i.

12 – Jf. appelskriftets punkt 57 og 58.

13 – Jf. redegørelsen for de faktiske omstændigheder i den omtvistede afgørelses punkt 38-41, redegørelsen for begivenhederne (grundprincipperne for organisering af kartellet), den omtvistede afgørelses punkt 68, 76 og 77, anvendelsen af artikel 101 TEUF på den foreliggende sag, den omtvistede afgørelses punkt 246 og 297. Om afvisning af et nyt anbringende jf. dom af 12.5.2016, Bank of Industry and Mine mod Rådet (C-358/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:338, præmis 91).

14 – Min fremhævelse.

15 – Der er ingen tvivl om, at der er blevet fremsat en sådan anmodning i den foreliggende sag. Da appellanten nedlagde påstand om, at Retten annullerede eller nedsatte den bøde, som denne var blevet pålagt, anmodede appellanten afgjort Retten om at udøve sin fulde prøvelsesret (jf. bl.a. stævningens punkt 189 og 192). Jf. i denne retning dom af 27.4.2017, FSL m.fl. mod Kommissionen (C-469/15 P, EU:C:2017:308, præmis 72), og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse KME Germany mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:63, punkt 78).

16 – Jf. i denne retning G. Muguet-Poullennec, »Sanctions prévues par le règlement n° 1/2003 et droit à une protection juridictionnelle effective: les leçons des arrêts *KME* et *Chalkor* de la CJUE«, *Revue Lamy de la concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, nr. 32, s. 57-78.

17 – Jf. i denne retning P. Van Cleynenbreugel, »Constitutionalizing Comprehensively Tailored Judicial Review in EU Competition Law«, *The Columbia Journal of European Law*, 2012, s. 519-545, særlig s. 535 og 536, I.S. Forrester, »A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases«, *European Law Review*, 2011, bind 36, nr. 2, s. 185-207, særlig s. 195.

74. Det fremgår nu af fast retspraksis, at »Unionens retsinstanser – med henblik på at opfylde kravene til en fuld prøvelse som omhandlet i chartrets artikel 47 hvad angår bøden – under udøvelsen af de i artikel 261 TEUF og 263 TEUF fastsatte kompetencer er forpligtede til at undersøge ethvert *retligt eller faktisk* klagepunkt, der har til formål at godtgøre, at bødens størrelse ikke er i overensstemmelse med overtrædelsens grovhed og dens varighed« [18].

75. Dette krav om en fuldstændig prøvelse kan også forklares ved principperne om individualisering og graduering af »straffen«, der med generaladvokat Tizzanos ord er to grundlæggende principper for en hvilken som helst sanktionsordning, uanset om den er strafferetlig eller administrativ [19], og som mellem linjerne indgår i Domstolens praksis om fastsættelse af bødebeløb inden for konkurrenceretten.

76. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at der med hensyn til fastsættelsen af bøder »skal tages hensyn til overtrædelsernes varighed og *alle de elementer, der kan indgå i bedømmelsen af [overtrædelsens] grovhed, såsom de enkelte virksomheders adfærd og rolle ved gennemførelsen af den samordnede praksis*, den fortjeneste, virksomhederne har kunnet opnå ved denne praksis, deres størrelse og værdien af de omhandlede varer samt den risiko, som overtrædelser af den art indebærer for gennemførelsen af [Unionen]« [20].

77. Det kan endvidere ikke forholde sig anderledes, eftersom Domstolen også har fastslået, at »overtrædelsens grovhed skal vurderes på et individuelt grundlag« [21].

78. Efter min opfattelse kan Retten derfor kun undlade at gennemføre den anden del af domstolsprøvelsen, når de forhold, der ligger til grund for fastsættelsen af bødebeløbet, svarer til de forhold, som de argumenter, der er blevet fremført i forbindelse med legalitetskontrollen, var baseret på, *og under forudsætning af, at Retten har forkastet dem alle ved denne lejlighed* [22].

79. I den foreliggende sag er den anden betingelse dog efter min opfattelse ikke opfyldt, eftersom Retten har valgt kun at efterprøve fem af de elleve kontakter, som appellanten havde bestridt på en detaljeret måde, i forbindelse med legalitetskontrollen.

80. I den del af stævningen, hvormed appellanten nedlagde påstand om nedsættelse af bøden, baserede denne sig ganske vist på Kommissionens konstateringer, hvoraf det fremgik, at appellanten havde deltaget i 7 ud af de 41 oplistede kontakter [23]. Denne holdning kan dog efter min opfattelse forklares ved påstandens subsidiære karakter. Eftersom appellanten principalt nedlagde påstand om annullation af den omtvistede afgørelse med den begrundelse, at der ikke forelå beviser for, at denne havde begået nogen overtrædelser, indebærer appellantens subsidiære påstand indirekte, men logisk, at dennes vigtigste argumenter er blevet afvist.

18 – Dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 200) (min fremhævelse). Jf. ligeledes i denne retning dom af 27.4.2017, FSL m.fl. mod Kommissionen (C-469/15 P, EU:C:2017:308, præmis 75). Det fremgår af litteraturen, at behovet for at foretage en indgående og fuldstændig undersøgelse af alle de omtvistede faktiske omstændigheder var et krav, der fulgte af artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og dermed omfattede den grundlæggende ret til en effektiv domstolsprøvelse (jf. i denne retning R. Wesseling og M. van der Woude, »The Lawfulness and Acceptability of Enforcement of European Cartel Law«, *World Competition*, 35, 2012/4, s. 573-598, særlig s. 582). Vedrørende de retlige krav til en effektiv domstolsprøvelse inden for konkurrenceretten jf. ligeledes P. Van Cleynenbreugel, »Constitutionalizing Comprehensively Tailored Judicial Review in EU Competition Law«, *The Columbia Journal of European Law*, 2012, s. 519-545, særlig s. 5, J.-Fr. Bellis, »La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne«, i St. Mahieu, (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, coll. Europe(s), 2014, s. 217-233, særlig s. 217 og 218).

19 – Jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, EU:C:2004:415, punkt 130).

20 – Dom af 7.6.1983, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 129) (min fremhævelse). Jf. senest dom af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 56).

21 – Dom af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 102).

22 – Jf. i denne retning dom af 26.1.2017, Aloys F. Dornbracht mod Kommissionen (C-604/13 P, EU:C:2017:45, præmis 55 og 56).

23 – Jf. stævningens punkt 167 og 191.

81. Denne processuelle fremgangsmåde ændrer ikke ved det forhold, at argumenterne om de af Kommissionen i den omtvistede afgørelse påviste 11 kontakters karakter af overtrædelse eventuelt kunne have en indvirkning på vurderingen af den pålagte bøde, såfremt de viste sig begrundede, eftersom den omstændighed, at en virksomhed kun har spillet en mindre rolle i de elementer, som den har deltaget i, skal tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og i givet fald ved udmålingen af bøden [24].

82. Det fremgår imidlertid, at Retten ikke har besvaret alle de af appellanten fremførte argumenter, hverken i forbindelse med legalitetskontrollen – hvor den kun har efterprøvet appellantens deltagelse i fem drøftelser med konkurrencebegrænsende formål, selv om appellanten havde bestridt den ulovlige karakter af de af Kommissionen i den omtvistede afgørelse påviste 11 kontakter og havde begrundet dette – eller i forbindelse med udøvelsen af sin fulde prøvelsesret, hvor den fastslog, at appellanten »blot […] har gjort gældende, at denne har spillet en mindre rolle i den pågældende overtrædelse« [25], og at »årsagen til, at [appellanten] er blevet pålagt den højeste bøde, er, at denne har haft en langt større omsætning end de øvrige virksomheder, der er blevet pålagt en bøde« [26], idet bødens størrelse afspejler den økonomiske betydning af appellantens deltagelse i den pågældende overtrædelse.

83. Uden at jeg her skal betvivle relevansen af den sidstnævnte konstatering, og uden at jeg kan fastslå, at Retten ville være nået til en anden konklusion, hvis den havde undersøgt alle de klagepunkter, som appellanten havde fremført, ser det ud til, at Retten ikke på en retligt korrekt måde har taget hensyn til alle de faktorer, der er vigtige for vurderingen af grovheden af den adfærd, som appellanten foreholdes, og at den ikke på en tilstrækkelig fyldestgørende måde har besvaret alle de argumenter, som appellanten havde fremført til støtte for sine påstande om ophævelse eller nedsættelse af bøden. Det er dog netop dette, som Domstolen skal efterprøve i forbindelse med en appel [27].

3. Konklusion om det første anbringendes første led i tilknytning til det tredje anbringende

84. På grundlag af min bedømmelse af det første anbringendes første led i tilknytning til det tredje anbringende er jeg af den opfattelse, at Retten begik en retlig fejl, da den undlod at undersøge hvert enkelt af de argumenter, som appellanten havde fremført med henblik på at bevise lovligheden af de kontakter, som Kommissionen havde lagt appellanten til last.

B. Om spørgsmålet om bevisernes ægthed

1. Parternes argumenter

85. Med det første anbringendes andet led har appellanten foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 118 har pålagt appellanten bevisbyrden med hensyn til at påvise, at en intern e-mail i Samsung af 3. november 2003 var uægte. Eftersom Kommissionen, der har bevisbyrden med hensyn til at godtgøre overtrædelsen, ikke har bevist, at denne e-mail er ægte i overensstemmelse med princippet om god forvaltning, og henset til den alvorlige tvivl, som appellanten har givet udtryk for, burde dette bevis have været afvist.

24 – Jf. i denne retning dom af 7.1.2004, 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 86), og af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 45). Grovheden af en virksomheds deltagelse i en overtrædelse kan navnlig tages i betragtning ved vurderingen af formildende omstændigheder (jf. i denne retning dom af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen, C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 104 og 106).

25 – Den appellerede doms præmis 263.

26 – Den appellerede doms præmis 269.

27 – Jf. i denne retning dom af 28.6.2005, 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, præmis 244).

86. Appellanten er af den opfattelse, at Kommissionen, henset til de bemærkninger, som appellanten og Samsung havde fremsat, i det mindste var forpligtet til at udpege en uafhængig sagkyndig, som kunne vurdere e-mailens ægthed. Dette gælder så meget desto mere i kartelsager på grund af deres strafferetlige karakter.

87. Kommissionen har bestridt appellantens synspunkter. Når ægtheden af et bevis bestrides, er troværdigheden det eneste relevante kriterium, og dets bevisværdi skal bedømmes på baggrund af alle sagens faktiske omstændigheder.

88. Forpligtelsen til god forvaltning pålægger ikke Kommissionen at godtgøre ægtheden af et bevis, og den er således ikke forpligtet til at udpege en uafhængig it-sagkyndig.

89. I den foreliggende sag har Retten levet op til disse krav ved vurderingen af troværdigheden af den interne e-mail i lyset af alle sagens faktiske omstændigheder, og da den fastslog, at den interne e-mail af 3. november 2003 fra Samsung kunne gøres gældende som et element i rækken af beviser. Kommissionen har tilføjet, at Rettens konstatering af de faktiske omstændigheder ikke efterprøves af Domstolen, medmindre beviserne er blevet gengivet forkert.

2. Bedømmelse

a) Om sondringen mellem ægtheden af et bevis og bevisets troværdighed

90. Når Kommissionen har kunnet godtgøre, at en virksomhed har deltaget i klart konkurrencestridige møder mellem virksomheder, påhviler det virksomheden at fremkomme med en anden forklaring på indholdet af disse møder [28].

91. I denne forbindelse »er det ikke tilstrækkeligt, at den omhandlede virksomhed påberåber sig muligheden for, at en omstændighed har fundet sted, som kan påvirke bevisværdien af [de] beviser[, som Kommissionen har lagt til grund], for at Kommissionen bærer byrden med hensyn til at bevise, at denne omstændighed ikke har kunnet påvirke bevisernes bevisværdi. Tværtimod, med undtagelse af de tilfælde, hvor et sådant bevis ikke kan leveres af den omhandlede virksomhed på grund af Kommissionens egen adfærd, tilkommer det den omhandlede virksomhed at føre bevis for dels, at den af denne påberåbte omstændighed foreligger, dels, at denne omstændighed rejser tvivl med hensyn til bevisværdien af de beviser, som Kommissionen lægger til grund« [29].

92. Mere generelt er det princip, som gælder i EU-retten, princippet om den frie bevisbedømmelse. Det følger af dette princip, at det eneste kriterium, der er relevant ved vurderingen af de fremlagte beviser, er deres troværdighed [30].

93. Med henblik herpå har Domstolen præciseret, at Unionens retsinstanser inden for rammerne af komplekse økonomiske vurderinger bl.a. skal tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der påberåbes, og til oplysningernes troværdighed og sammenhæng [31].

94. Uden at betvivle disse parametre er jeg af den opfattelse, at spørgsmålet om ægtheden af et bevis nødvendigvis går forud for vurderingen af bevisets troværdighed: Et bevis, der ikke er ægte, kan ikke betragtes som troværdigt, selv om det måtte se sådan ud.

28 – Jf. i denne retning dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 75).

29 – Jf. i denne retning dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 76).

30 – Jf. i denne retning dom af 19.12.2013, Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:866, præmis 128), og af 27.4.2017, FSL m.fl. mod Kommissionen (C-469/15 P, EU:C:2017:308, præmis 38).

31 – Jf. i denne retning dom af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 54).

95. Her gælder igen det grundlæggende princip, hvorefter Kommissionen på konkurrencerettens område i tilfælde af tvist om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger [32]. Såfremt der hos retsinstanserne foreligger en tvivl, skal dette endvidere komme den virksomhed til gode, der er adressat for afgørelsen, hvorved en overtrædelse fastslås [33].

96. Dette betyder rent konkret, at såfremt Domstolen fastslår, at der hersker tvivl om, hvorvidt et anfægtet dokument er fuldstændigt, og/eller om, hvorvidt parterne lovligt er kommet i besiddelse af det, skal dokumentet afvises [34]. Det er et spørgsmål om bevismidlets lovlighed, hverken mere eller mindre. Kun når de beviser, som Kommissionen har fremlagt, anses for lovlige, kan deres troværdighed således vurderes [35].

b) Anvendelse på den foreliggende sag

97. I den foreliggende sag har appellanten bestridt ægtheden af en intern e-mail i Samsung sendt af en af selskabets ansatte den 3. november 2003. Dels findes der flere trykte udgaver af denne e-mail, dels konkluderes det i det væsentlige i de to sagkyndige erklæringer, som appellanten har fremlagt, at dens ægthed ikke kunne bekræftes.

98. Appellanten behandlede disse argumenter indgående i stævningens punkt 68-86. For det første redegjorde appellanten for en første trykt udgave uden hverken modtager eller modtager af kopi og for en hævdet afsendelse kl. 03.27 (CET), mens det telefonopkald fra en ansat i Infineon, der er nævnt i den anfægtede e-mail, fandt sted samme dag. For det andet redegjorde appellanten for forskellene mellem den første udgave af den fremsendte e-mail og de to øvrige senere udgaver, som i modsætning til den første udgave er forsynet med en modtager og seks andre modtagere af kopi samt forskellige tidspunkter for afsendelse. For det tredje nævnte appellanten en sagkyndig erklæring, hvoraf det fremgik, at den uafhængige sagkyndige mente, at e-mailen af 3. november 2003 ikke kunne anses for at være ægte ud over enhver rimelig tvivl, hvilket blev bekræftet af den samme sagkyndige i en anden erklæring.

99. Til trods for dette fastslog Retten i den appellerede doms præmis 181, at Kommissionen »med rette kunne konkludere, at appellanten havde deltaget i [ulovlige] drøftelser«, navnlig på grundlag af den omstændighed, »at det ikke fremg[ik] af nogen sagkyndige udtalelser, at e-mailen af 3. november 2003 ikke udgjorde et ægte samtidigt bevis, hvilket [appellanten] desuden ikke ha[vde] godtgjort over for [den]«. Retten tilføjede i den appellerede doms præmis 182, at appellanten ikke havde ført »bevis for, at de af Kommissionen fremlagte objektive begrundelser for, at der fandtes flere udgaver af denne e-mail, var fejlagtige«.

100. Retten begik dermed efter min opfattelse en retlig fejl, idet den ikke respekterede den bevisstandard, der kræves i forbindelse med bøder for overtrædelse af konkurrenceretten. Uden overhovedet at tage hensyn til forskellene i tilknytning til vigtige elementer af en e-mail som f.eks. modtagerne eller afsendelsestidspunktet, fremgår det således af de sagkyndige udtalelser, som

32 – Jf. i denne retning dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 71).

33 – Jf. i denne retning dom af 22.11.2012, E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 72 og 73).

34 – Jf. i denne retning dom af 17.12.1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling m.fl. mod Rådet og Kommissionen (197/80-200/80, 243/80, 245/80 og 247/80, EU:C:1981:311, præmis 16).

35 – Jf. i denne retning J.-Fr. Bellis, »La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne«, i Mahieu, St. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, coll. Europe(s), 2014, s. 217-233, særlig s. 221. Jeg kan tilføje, at selv om Domstolen aldrig udtrykkeligt har erkendt den strafferetlige karakter af de bøder, der pålægges for overtrædelse af konkurrenceretten, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) fastslået, at en bøde, der pålægges for en overtrædelse af konkurrenceretten, »ha[vde] en strafferetlig karakter, således at artikel 6, stk. 1, [i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder] f[andt] anvendelse, i den foreliggende sag i henhold til den strafferetlige del« (Menneskerettighedsdomstolen, dom af 27.9.2011, A. Menarini Diagnostics mod Italien, stævning nr. 43509/08, CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, § 44). Til trods for, at Menneskerettighedsdomstolen blot behandlede den konkrete sag, der var indbragt for den, tillader grundlaget for dens begrundelse en generalisering af den konklusion, som den nåede frem til.

appellanten har fremlagt, at det ikke var muligt med vished at fastslå ægtheden af e-mailen af 3. november 2003. På denne baggrund burde Retten have afvist dette bevis: Kommissionen skulle positivt have fastslået ægtheden af e-mailen af 3. november 2003 ved eventuelt at indhente den sagkyndige udtalelse, som appellanten havde anmodet om.

101. Retten skønnede imidlertid, at den omstændighed, at de ulovlige drøftelser, der er nævnt i e-mailen af 3. november 2003, var blevet gennemført, ligeledes fremgik af andre beviser, der til sammen udgjorde en »række indicier« [36].

102. I modsætning til spørgsmålet, om reglerne om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, har Domstolen ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål, som er undergivet Domstolens prøvelsesret, medmindre de beviser, der er fremlagt for Retten, er gengivet forkert [37].

103. Selv om de forhold, som Retten har lagt til grund, derfor kan give anledning til diskussion, er der tale om bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som ikke er undergivet Domstolens prøvelsesret inden for rammerne af en appel. Da Retten fastslog, at andre dokumenter bekræftede gennemførelsen af ulovlige drøftelser mellem de parter, der deltog i overtrædelsen, er argumentet om ægtheden af e-mailen af 3. november 2003 under alle omstændigheder irrelevant.

VI. Om hjemvisning af sagen til Retten

104. På grundlag af min bedømmelse af det første anbringendes første led i tilknytning til det tredje anbringende er jeg nået til den konklusion, at Retten begik en retlig fejl, da den undlod at undersøge hvert enkelt af de argumenter, som appellanten havde fremført med henblik på at bevise lovligheden af de kontakter, som Kommissionen havde lagt appellanten til last.

105. Ifølge artikel 61 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol ophæver Domstolen, hvis den giver appellanten medhold, den af Retten trufne afgørelse. Domstolen kan herefter selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

106. I den foreliggende sag er tvisten efter min opfattelse ikke moden til påkendelse. En undersøgelse af, hvorvidt appellantens argumenter er begrundede, ville således føre til, at Domstolen skulle træffe afgørelse om faktiske spørgsmål på grundlag af beviser, der ikke er blevet bedømt af Retten i den appellerede dom. Derudover er de angivelige faktiske forhold vedrørende tvistens substans ikke blevet drøftet for Domstolen.

107. Sagen bør således hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.

36 – Den appellerede doms præmis 181. Jf. også den appellerede doms præmis 183.

37 – Jf. i denne retning dom af 25.1.2007, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 38 og 56), og af 19.12.2013, Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:866, præmis 39, 76, 77 og 129).

VII. Forslag til afgørelse

108. Henset til det ovenstående og uanset behandlingen af de øvrige anbringender foreslår jeg Domstolen følgende besvarelse:

»– Den Europæiske Unions Rets dom af 15. december 2016, Infineon Technologies mod Kommissionen (T-758/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:737), ophæves, for så vidt som Retten ikke har undersøgt hvert enkelt af de argumenter, som appellanten havde fremført med henblik på at godtgøre lovligheden af de kontakter, som Kommissionen har foreholdt den.

– Sagen hjemvises til Retten, og afgørelsen om sagsomkostningerne udsættes.«