

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 8. december 2005 ¹

I — Indledning

blev fuldt ud opretholdt af Retten i Første Instans ved dom af 16. december 2003 i de forenede sager T-5/00 og T-6/00 ³ (herefter »den appellerede dom«).

1. Den foreliggende sag vedrører en kartelsag rejst af Kommissionen vedrørende markedet for grossistdistribution af elektrisk installationsmateriel i Nederlandene. I den pågældende sag, som fra de indledende undersøgelser og indtil Kommissionens beslutning strakte sig over en periode på over otte år, pålagde Kommissionen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (herefter »FEG«) og en af de virksomheder, der var medlem af FEG, Technische Unie BV (herefter »TU«), bøder for tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF.

2. Kommissionens beslutning af 26. oktober 1999 ² (herefter »den anfægtede beslutning«)

3. FEG har nu iværksat appel til Domstolen af denne dom afsagt i første instans ⁴. Foruden en række anbringender, hvormed FEG i det væsentlige har anført, at der foreligger begrundelsesmangler og en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, har FEG navnlig gjort gældende, at Retten ikke har draget de nødvendige konsekvenser af, at proceduren for Kommissionen varede for længe.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Kommissionens beslutning 2000/117/EF af 26.10.1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81, sag IV/33.884 — Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie (FEG og TU), meddelt under nummer K(1999) 3439, EFT 2000 L 39, s. 1.

3 — Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5761.

4 — TU har endvidere ligeledes iværksat appel ved Domstolen af samme dom (sag C-113/04 P); jf. i den henseende mit forslag til afgørelse af dags dato.

II — Retsforskrifter

trædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

4. Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer: »Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet [...] er forbudt [...]«.

a) overtræder [bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF] [...]

[...]

5. Kommissionen kan i sådanne tilfælde pålægge de berørte virksomheder bøder. I den henseende bestemmer artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17⁵ (herefter »forordning nr. 17«):

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

III — Faktiske omstændigheder og procedure

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved over-

A — Sagens faktiske omstændigheder og proceduren for Kommissionen

6. Den konkurrencesag, der har givet anledning til denne tvist, vedrører det nederlandske marked for grossistdistribution af elektrisk installationsmateriel, dvs. f.eks. tråd og kabel samt pvc-rør. Kommissionen fandt, at der på dette marked var en såkaldt kollektiv eksklusiv samhandelsordning, som virksom-

5 — Forordning nr. 17: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81). Denne forordning er ganske vist i mellemtiden blevet erstattet af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1). Da sidstnævnte imidlertid først finder anvendelse fra 1.5.2004, er det alene forordning nr. 17, der er relevant i den foreliggende sag.

hedssammenslutningen FEG havde indgået med bl.a. virksomhedssammenslutningen NAVEG⁶ i form af en såkaldt »gentlemen's agreement« med det formål at forhindre leverancer til andre end FEG-medlemmer. Desuden konstaterede den, at FEG havde begrænset sine medlemmers frihed til selv at fastsætte deres salgspriser.

7. I den appellerede doms præmis 3-5 har Retten sammenfattet baggrunden for denne sag på følgende måde:

»3 CEF Holdings Ltd (herefter »CEF UK«), der er grossist i elektrisk installationsmateriel med hjemsted i Det Forenede Kongerige, har besluttet sig for at indtræde på det nederlandske marked, hvor selskabet i maj 1989 stiftede et datterselskab, CEF City Electrical Factors BV (herefter »CEF BV«). Da CEF BV og CEF UK [...] fandt, at de var stødt på leveringsproblemer i Nederlandene, indgav de den 18. marts 1991 en klage til Kommissionen, som denne registrerede dagen efter.

4 Klagen var rettet mod tre nederlandske sammenslutninger inden for elektrisk installationsmateriel og deres medlemmer. Foruden FEG var der tale om Nederlandse Vereniging van Alleenvertegenwoordigers op Electrotechnisch Gebied (herefter »NAVEG«) og Unie van de Electrotechnische Ondernemers (herefter »UNETO«).

5 Ifølge CEF havde disse sammenslutninger og deres medlemmer indgået kollektive gensidige aftaler om eksklusiv samhandel på alle niveauer af distributionsnettet for elektrisk installationsmateriel i Nederlandene. Det skulle være praktisk umuligt for grossister i elektrisk installationsmateriel, som ikke var medlem af CEF, at komme ind på det nederlandske marked. Fabrikanten og deres agenter eller importører leverede således kun til FEG's medlemmer, ligesom installationsvirksomheder kun aftog fra FEG-medlemmer. Ved skrivelse af 22. oktober 1991 udvidede CEF sin klage til også at omfatte de formodede aftaler mellem FEG og sammenslutningens medlemmer med hensyn til priser og rabatter samt formodede aftaler, som havde til formål at forhindre CEF i at deltage i visse projekter. Fra januar 1992 klagede CEF ligeledes over vertikale prisaftaler mellem visse fabrikanten af elektrisk installationsmateriel og grossister, der var medlem af FEG.«

8. Desuden fremgår følgende af den appellerede doms præmis 6-14 vedrørende undersøgelsens forløb og proceduren for Kommissionen:

»6 [Fra juni til august 1991 fremsatte Kommissionen flere begæringer om oplysninger over for bl.a. FEG i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17.]

6 — Nederlandse Vereniging van Alleenvertegenwoordigers op Electrotechnisch Gebied.

- 7 Den 16. september 1991 tilsendte Kommissionen [FEG] en advarselskrivelse vedrørende bl.a. det pres, der blev lagt på leverandører af elektrisk installationsmateriel om ikke at levere til CEE, FEG-medlemmernes aftaler om priser og rabatter samt omsætningskriteriet for adgang til FEG-medlemskab.
- 8 Den 27. april 1993 udspurgte Kommissionen visse leverandører af elektrisk installationsmateriel i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17.
- 9 Den 10. juni 1994 fremsatte Kommissionen begæring til FEG om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17.
- 10 Den 8. og 9. december 1994 foretog Kommissionen i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 kontrolundersøgelser hos FEG og visse af sammenslutningens medlemmer, herunder TU.
- TU] (herefter »meddelelsen af klagepunkter«). FEG og TU har fremsat bemærkninger som svar på denne meddelelse henholdsvis den 13. december 1996 og den 13. januar 1997.
- 12 FEG og TU har over for Kommissionen fremsat flere begæringer om aktindsigt. Efter at de den 16. september 1997 havde fået aktindsigt i flere dokumenter i sagens akter, tilsendte de begge den 10. oktober 1997 Kommissionen et supplerende indlæg som svar på meddelelsen af klagepunkter.
- 13 Der blev holdt et møde den 19. november 1997 med deltagelse af alle adressaterne for meddelelsen af klagepunkter og CEF.
- 14 På denne baggrund har Kommissionen den 26. oktober 1999 vedtaget den anfægtede beslutning [...]«

B — *Den anfægtede beslutning*

- 11 Den 3. juli 1996 meddelte Kommissionen sine klagepunkter til FEG og syv af sammenslutningens medlemmer [bl.a.
9. I den anfægtede beslutning fandt Kommissionen i det væsentlige, at FEG i to

tilfælde havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF, [...] og pålagde FEG en bøde herfor. Den dispositive del af den anfægtede beslutning har bl.a. følgende ordlyd:

Artikel 4

»Artikel 1

FEG har overtrådt traktatens artikel 81, stk. 1, ved på basis af en aftale med NAVEG samt på basis af samordnet praksis med leverandører, som ikke er repræsenteret i NAVEG, at fastlægge en kollektiv eksklusiv samhandelsordning med det formål at forhindre leverancer til andre end FEG-medlemmer.

1. FEG skal straks bringe de i artikel 1 og 2 nævnte overtrædelser til ophør, for så vidt det ikke allerede er sket.

[...]

Artikel 2

FEG har overtrådt traktatens artikel 81, stk. 1, ved direkte eller indirekte at begrænse sine medlemmers frihed til selv at fastsætte deres salgspriser. Dette er sket på basis af den bindende vedtagelse om faste priser, den bindende vedtagelse om publikationer, distribution af vejledende lister til medlemmerne vedrørende brutto- og nettopriser samt ved, at FEG har fungeret som medlemmernes forum for drøftelser af priser og rabatter.

Artikel 5

1. FEG pålægges en bøde på 4,4 mio. EUR for de i artikel 1 og 2 nævnte overtrædelser.

[...]«

10. På grund af de uregelmæssigheder i forbindelse med den administrative procedure, som Kommissionen selv har erkendt, ikke mindst den betragtelige varighed af den pågældende procedure, foretog den en nedsættelse på 100 000 EUR ved fastsættelsen af bødens størrelse⁷.

— Kommissionen og intervenienterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

12. En begæring fra FEG om foreløbige forholdsregler blev ikke taget til følge¹¹.

C — Retsforhandlinger

11. Både FEG⁸ og TU⁹ anlagde sag ved Retten i Første Instans til prøvelse af den anfægtede beslutning og nedlagde hver især følgende påstande:

— Principalt, den anfægtede beslutning annulleres¹⁰.

— Subsidiært, fastsættelsen af bødens størrelse annulleres.

— Mere subsidiært, den pålagte bødes størrelse nedsættes.

13. Formanden for Rettens Første Afdeling gav CEF BV og CEF UK (herefter under ét »CEF«) tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande¹².

14. Efter at have forenet de to sager T-5/00 og T-6/00 med henblik på den mundtlige forhandling og dommen afsagde Retten den 16. december 2003 den appellerede dom, hvori den

— frifandt Kommissionen og

— pålagde sagsøgerne at betale omkostningerne i de respektive sager.

7 — Jf. den anfægtede beslutnings betragtning 151-153.

8 — Sag T-5/00.

9 — Sag T-6/00.

10 — I sag T-6/00 nedlagde TU desuden subsidiært påstand om, at konstateringen i den anfægtede beslutnings artikel 3 af, at artikel 81 EF var blevet overtrådt, blev annulleret.

11 — Kendelse afsagt af Retten i Første Instans den 14.12.2000, sag T-5/00 R, FEG mod Kommissionen, Sml. II, s. 4121, og af Domstolens præsident den 23.3.2001, sag C-7/01 P(R), FEG mod Kommissionen, Sml. I, s. 2559.

12 — Kendelse af 16.10.2000, sag T-5/00 og T-6/00.

15. I appelskriftet, indgået til Domstolens Justitskontor den 26. februar 2004, har FEG nu nedlagt følgende påstande:

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Den appellerede dom af 16. december 2003 i de forenede sager T-5/00 og T-6/00 ophæves, under alle omstændigheder i sag T-5/00, og den af Kommissionen truffne beslutning, rettet til FEG den 26. oktober 1999, annulleres helt eller delvist, og i hvert fald nedsættes den bøde, FEG blev pålagt, væsentligt.

17. Intervenienterne CEF har på deres side nedlagt følgende påstande:

— Appellen afvises i det hele, afvises eller forkastes under alle omstændigheder.

— Subsidiært ophæves den appellerede dom af 16. december 2003 i de forenede sager T-5/00 og T-6/00, under alle omstændigheder i sag T-5/00, og sagerne hjemvises til Retten.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger for begge retsinstanser.

18. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå den 22. september 2005 — sammen med sag C-113/04 P — afholdt mundtlig forhandling i sagen.

16. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

IV — Andet til sjette anbringende

— Appellen afvises i det hele eller forkastes i det mindste.

19. Med det andet til sjette anbringende har FEG anfægtet forskellige passager i den appellerede dom, hvor Retten nærmere behandler Kommissionens konstateringer vedrørende overtrædelserne og varigheden heraf.

20. Inden disse anbringender vurderes nærmere, synes det hensigtsmæssigt at minde om det kriterium, der fremgår af artikel 225, stk. 1, EF og artikel 58, stk. 1, i Domstolens statut, og som Domstolen har anvendt i fast retspraksis i appelsager¹³, nemlig at appel er begrænset til retsspørgsmål. Det er derfor alene Retten, der har kompetence til at fastlægge og bedømme de relevante faktiske omstændigheder såvel som til at vurdere beviserne, og bedømmelsen af disse faktiske omstændigheder og beviser er ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet urigtigt gengivet.

21. Desuden er lovkravene ikke opfyldt, når appelskriftet — endog uden at indeholde en argumentation, der har til formål præcist at angive den retlige fejl, den appellerede dom angiveligt er behæftet med — blot gentager de anbringender og argumenter, der allerede er blevet fremført for Retten. En sådan appel har i realiteten kun til formål at opnå, at de i stævningen for Retten fremsatte påstande pådømmes endnu en gang, hvilket ligger uden for Domstolens kompetence¹⁴.

22. Det andet til sjette anbringende skal undersøges på denne baggrund.

A — Andet anbringende: ingen hensyntagen til diskulperende beviser med hensyn til den kollektive eksklusive samhandelsordning

23. Med det andet anbringende har FEG gjort gældende, at Retten har tilsidesat princippet om uskyldsformodning og begrundelsespligten ved ikke som diskulperende beviser at have anerkendt visse dokumenter, som ganske vist var udarbejdet, efter at Kommissionen havde indledt undersøgelserne og fremsendt advarselsskrivelsen, men inden meddelelsen af klagepunkter.

24. Dette anbringende, der er nært knyttet til det første anbringende, vedrører navnlig den appellerede doms præmis 196-208. I disse præmisser har Retten behandlet bevisværdien af forskellige skrivelser fra tredje- mand, der var forelagt Kommissionen, og som efter FEG's opfattelse talte imod de påstande, der var fremsat i forbindelse med den kollektive eksklusive samhandelsordning. Retten har i den henseende konkluderet, at de pågældende dokumenter ikke kunne afkræfte Kommissionens konstatering af, at den »gentlemen's agreement«, der forelå mellem FEG og NAVEG, faktisk var blevet gennemført i praksis¹⁵.

13 — Jf. dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHM, Sml. I, s. 7975., præmis 43 og 53, og af 7.1.2004, forenede sager 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, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, »Cement-dommen«, Sml. I, s. 123, præmis 47-49.

14 — Dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 35, af 23.3.2004, sag C-234/02 P, Ombudsmanden mod Lamberts, Sml. I, s. 2803, præmis 77, og af 30.6.2005, sag C-286/04 P, Eurocarmex mod KHM, Sml. I, s. 5797, præmis 50.

15 — Jf. tillige den appellerede doms præmis 209.

25. FEG har heroverfor gjort gældende, at den appellerede dom *i sig selv* er *selvmodsigende*. På den ene side tages der nemlig ikke hensyn til Kommissionens advarselsskrivelse ved fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for anvendelsen af princippet om en rimelig frist. I denne henseende har Retten således først fra meddelelsen af klagepunkter betragtet FEG som sigtet og ikke allerede fra advarselsskrivelsen. På den anden side er FEG imidlertid med hensyn til bevisbedømmelsen allerede fra advarselsskrivelsen blevet behandlet som en sigtet. Retten har således som diskulperende beviser ikke anerkendt dokumenter, som stammede fra perioden efter indledningen af Kommissionens undersøgelser og dens advarselsskrivelse. Retten har ifølge FEG *automatisk* og *uden at anføre nærmere herom* afvist at anerkende de omtvistede dokumenter som diskulperende beviser.

26. Spørgsmålet, om begrundelsen for en dom afsagt af Retten er selvmodsigende, er et retsspørgsmål, der kan rejses under en appelsag¹⁶. I denne henseende kan FEG's appel således antages til realitetsbehandling.

27. I modsætning til hvad FEG synes at antage, har vurderingen af dokumenters

beviskraft og bedømmelsen af, hvad der er en rimelig frist, imidlertid intet med hinanden at gøre. Der er derfor heller ingen logisk forbindelse mellem de to afsnit i den appellerede dom, hvori Retten behandler henholdsvis varigheden af proceduren og beviskraften af de omtvistede dokumenter, og de kan derfor heller ikke, som påstået af FEG, være indholdsmæssigt modstridende.

28. Navnlig medfører den omstændighed, at et bestemt dokument blev udarbejdet *inden* meddelelsen af klagepunkter, ikke nødvendigvis, at dokumentet er et diskulperende bevis. På samme måde gælder, at et dokument, som blev udarbejdet *efter* meddelelsen af klagepunkter, heller ikke nødvendigvis er et belastende bevis. Et dokumentets beviskraft skal derimod altid undersøges under hensyntagen til alle de relevante faktorer i den foreliggende sag. Således kan værdien af et angiveligt diskulperende bevis forringes som følge af, at det er opstået på initiativ af den sigtede og på et tidspunkt, hvor det allerede var klart, at Kommissionen havde en begyndende mistanke om en kartelovertrædelse, og de pågældende virksomheder derfor var advaret (*»in tempore suspecto«*). I den appellerede dom har Retten netop foretaget en sådan vurdering i det konkrete tilfælde uden herved at begå nogen retlig fejl.

29. Det kan derfor konkluderes, at det andet anbringende ganske vist kan antages til realitetsbehandling, men må anses for ubegrundet.

16 — Dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P, Somaco mod Kommissionen, Sml. I, s. 2587, præmis 53, og af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 25. I denne retning også dom af 7.7.2005, sag C-208/03 P, Le Pen mod Parlamentet, Sml. I, s. 6051, præmis 45.

B — Tredje anbringende: bevisførelse med hensyn til varigheden af den kollektive eksklusive samhandelsordning

30. Med det tredje anbringende har FEG gjort gældende, at Retten har tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF og begrundelsespligten ved at have godkendt Kommissionens bevisførelse med hensyn til forekomsten og frem for alt varigheden af den kollektive eksklusive samhandelsordning.

31. Dette anbringende vedrører navnlig den del af den appellerede dom, der har overskriften »Om annullationspåstandene«, og afsnit II.B.1.b deri. Heri har Retten udførligt behandlet det spørgsmål, om Kommissionen i den anfægtede beslutning har løftet bevisbyrden, når den konkluderer, at der foreligger en kollektiv eksklusiv samhandelsordning i form af en »gentlemen's agreement« mellem FEG og NAVEG¹⁷. Retten har konkluderet, at de af FEG og TU fremførte argumenter »ikke [kan] rejse tvivl om, at de beviser, der er gjort gældende i den anfægtede beslutning, er overbevisende, objektive og samstemmende«¹⁸.

32. Derudover henvises i det tredje anbringende til den appellerede doms præmis 401-406, hvori Retten har betegnet de omhandlede overtrædelser af konkurrencereglerne som »grove overtrædelser efter artikel 81 EF«¹⁹ og med hensyn til varigheden heraf fremhævet overtrædelsernes særegenhed²⁰.

33. FEG har gjort gældende, at Kommissionens beviser for de betragtninger, den har fremført, er særdeles svage og indirekte. De er ikke i stand til på retmæssig og overbevisende måde at vise, at der forelå en fortsat overtrædelse af konkurrencereglerne mellem den 11. marts 1986 og den 25. februar 1994. FEG har navnlig kritiseret, at Retten har accepteret en bevisførelse, som kun støtter sig på nogle få indicier, nemlig referater af møder og korrespondance mellem de pågældende virksomhedssammen slutninger. Retten har ikke taget i betragtning, at Kommissionen med hensyn til perioden fra den 12. marts 1986 til den 28. februar 1989 og fra den 18. november 1991 til den 25. februar 1994 overhovedet ikke har fremlagt nogen beviser for, at der forelå en kollektiv eksklusiv samhandelsordning.

34. Kommissionen har heroverfor anført, at dette anbringende ikke kan realitetsbehandles, fordi FEG blot gentager klagepunkter, som forgæves var gjort gældende allerede i første instans ved Retten. Faktisk behandler den appellerede doms præmis 169-186 i det væsentlige de argumenter, hvormed sag-

17 — Jf. den indledende præmis 141 til afsnit II.B.1.b i den appellerede dom.

18 — Jf. den samlede konklusion af dette afsnit, navnlig den appellerede doms præmis 210.

19 — Den appellerede doms præmis 402.

20 — Den appellerede doms præmis 406.

søgerne allerede i første instans bestred bevisværdien af de dokumenter, som Kommissionen har påberåbt sig med hensyn til møderne mellem FEG og NAVEG. Anbringendet må afvises, hvis der blot er tale om en gentagelse af de klagepunkter, der er fremført for Retten²¹.

35. Endvidere har CEF gjort gældende, at det alene er formålet med dette anbringende at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. FEG's indgående behandling af de enkelte dokumenter og bevisværdien heraf synes i realiteten at tyde på en sådan hensigt²². Dette ville ligeledes tale imod, at det tredje anbringende kan antages til realitetsbehandling²³.

36. Ved en nærmere betragtning er dette tredje anbringende imidlertid ikke begrænset til blot en kritik af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder eller til en gentagelse af de klagepunkter, der blev fremført i første instans. FEG har derimod også gjort gældende, at Retten i sin dom ikke har opfyldt lovkravene i forbindelse med beviset for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og i den henseende ikke har begrundet dommen

korrekt. Hvilke beviskrav Kommissionen skal opfylde i en kartelsag, og navnlig *hvilken form for beviser* den kan lægge til grund for at fastslå, at traktatens konkurrenceregler er overtrådt, er et retsspørgsmål, som kan forelægges Domstolen i en appelsag.

37. Forstået på denne måde kan det tredje anbringende således antages til realitetsbehandling. Med hensyn til realiteten kan det imidlertid ikke tages til følge.

38. Det er ganske vist korrekt, at det påhviler Kommissionen ikke alene at bevise, at der foreligger en aftale, men også dens varighed²⁴. Domstolen har imidlertid konstateret, at konkurrencebegrænsende praksis og aftaler i sagens natur ikke sjældent gennemføres hemmeligt, og at antallet af dokumenter i den forbindelse er begrænset til et minimum. Dokumenter som f.eks. referater fra et møde vil normalt kun forekomme spredt og desuden nødvendigvis være brudstykkeagtige, hvorfor det ofte viser sig nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger. I de fleste tilfælde må den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, derfor udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende indicier og omstændigheder, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne²⁵. Det siger sig selv, at de nævnte indicier og sammenfaldende omstændighe-

21 — Jf. punkt 21 i dette forslag til afgørelse.

22 — Det sidste punktum i appelskriftets punkt 7 kunne også forstås på denne måde.

23 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

24 — Dom af 14.7.2005, forenede sager C-65/02 P og C-73/02 P, ThyssenKrupp mod Kommissionen, Sml. I, s. 6773, præmis 31.

25 — Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 55-57.

der ikke kun kan give oplysninger om den blotte *forekomst* af konkurrencebegrænsende praksis eller aftaler, men også om *varigheden* af fortsat konkurrencebegrænsende adfærd eller om *perioden for anvendelse* af konkurrencebegrænsende aftaler.

39. Det er netop det, der er sket i det foreliggende tilfælde. På grundlag af en række indicier har Kommissionen sluttet sig til forekomsten og den tidsmæssige varighed af en konkurrencebegrænsende kollektiv eksklusiv samhandelsordning. På baggrund af den nævnte retspraksis kunne Retten uden herved at begå nogen retlig fejl antage, at denne *form for bevisførelse* opfyldte lovkravene. I denne henseende synes den appellerede dom heller ikke at være behæftet med en begrundelsesmangel. FEG's tredje anbringende er derfor ubegrundet.

40. Hvilken beviskraft der i *det konkrete tilfælde* kunne tillægges de enkelte indicier, som Kommissionen har gjort gældende, også og netop med hensyn til varigheden af overtrædelserne af konkurrencereglerne, er i øvrigt et spørgsmål om vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne. Som nævnt henhører dette spørgsmål — medmindre der er tale om en urigtig gengivelse, hvilket ikke er gjort gældende i denne forbindelse — udelukkende under Rettens kompetence og er ikke undergivet Domstolens prøvelsesret i en appelsag.

41. Dermed kan det tredje anbringende ganske vist antages til realitetsbehandling, men må anses for ubegrundet.

C — *Fjerde anbringende: samordnet praksis med hensyn til prisfastsættelsen*

42. Med det fjerde anbringende har FEG gjort gældende, at Retten har tilsidesat begrundelsespligten. Ifølge FEG har Retten ved forskellige lejligheder ikke behandlet FEG's argumenter eller ikke gengivet dem korrekt. Endvidere har Retten tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF, idet den har påtalt aftaler som en samordnet praksis, men ikke samtidig har fastslået, at aftalerne er kommet til udtryk i form af en faktisk adfærd.

43. Dette anbringende vedrører i det væsentlige den appellerede doms afsnit II.D (præmis 279-339), hvori Retten har behandlet den af Kommissionen fastslåede samordnede praksis mellem FEG og de virksomheder, der var medlem af FEG, med hensyn til prisfastsættelsen. Retten har konkluderet, at FEG og medlemmerne af FEG »ved en række aftaler i fællesskab har forsøgt at begrænse priskonkurrencen imellem sig gennem drøftelser om priser og rabatter og ved gennem FEG at gennemføre bindende vedtagelser om priser og publikationer«; Kommissionen har ført et tilstrækkeligt bevis for, at disse foranstaltninger var i strid med artikel 81 EF²⁶. Derudover retter dette fjerde anbringende sig også mod den appellerede doms præmis 403-412, som vedrører overtrædelsens ensartede og fortsatte karakter.

26 — Den appellerede doms præmis 338 og 339.

44. FEG har i denne henseende gjort fem forhold gældende, som samtidig udgør de fem led i dette anbringende:

1. Den fortsatte karakter af den samordnede praksis med hensyn til prisfastsættelsen (det fjerde anbringendes første led)

45. For det første er FEG af den opfattelse, at Retten har givet en uforståelig og utilstrækkelig begrundelse, når den i den appellerede doms præmis 403-412 konkluderer, at den af Kommissionen fastslåede samordnede praksis med hensyn til prisfastsættelsen udgjorde en enkelt, fortsat overtrædelse. Retten har ifølge FEG ikke godtgjort, hvad der udgjorde »den samlede plan» og det »samme formål«, som alene gør det muligt, at en række handlinger kan blive en enkelt, fortsat handling.

46. Det er i realiteten nødvendigt, at forskellige handlinger »indgår i en »samlet plan«, fordi de har det samme formål, nemlig at fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet»²⁷, for at de kan betragtes som en enkelt overtrædelse.

47. Dette kriterium har Retten på ingen måde set bort fra. Den har derimod behandlet den samlede vurdering af de omhandlede overtrædelser i et særskilt afsnit i den appellerede doms præmis 340-343. Heri har den navnlig anført, at de to overtrædelser, som FEG er beskyldt for at have begået, dvs. den kollektive eksklusive samhandelsordning og den samordnede praksis om prisfastsættelse, begge har »samme konkurrencestridige formål«, nemlig »opretholdelse af priserne på et niveau, hvor der ikke er konkurrence«²⁸. Det følger samtidig implicit af disse bemærkninger fra Rettens side, at hver enkelt af de to overtrædelser for sig, dvs. både den kollektive eksklusive samhandelsordning og den samordnede praksis om prisfastsættelse, havde dette samme formål. Retten har henvist til denne omstændighed, når den f.eks. i den appellerede doms præmis 406 understreger hver enkelt overtrædelses særegenhed.

48. Læser man disse to afsnit i den appellerede dom i sammenhæng, fremgår det, at Rettens bemærkninger opfylder lovkravene med hensyn til, at dommen skal være tilstrækkelig begrundet. De gør det muligt for de berørte at forstå den appellerede dom og for Domstolen at efterprøve den under en appel.

49. Det fjerde anbringendes første led er derfor ubegrundet.

27 — Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 258 og 260.

28 — Den appellerede doms præmis 342.

2. Standardrabatter til skoler (det fjerde anbringendes andet led)

Dermed har FEG igen anfægtet Rettens bemærkninger vedrørende overtrædelsernes varighed. Af samme grunde som i forbindelse med det tredje anbringende kan dette anbringende ganske vist antages til realitetsbehandling, men må anses for ubegrundet ³⁰.

50. For det andet har FEG gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 324, 409 og 412 med hensyn til salg af elektrisk installationsmateriel til skoler ikke tog hensyn til den enestående og socialpolitisk motiverede karakter af de såkaldte standardrabatter, som FEG og de virksomheder, der var medlem af FEG, var blevet enige om. Desuden er det ifølge FEG ubestridt, at der kun var tale om leverancer af ubetydeligt omfang, hvis indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne ikke er godtgjort.

53. Det fjerde anbringendes andet led kan derfor ikke tages til følge.

3. »Tråd og kabel«-produktudvalgets rolle (det fjerde anbringendes tredje led)

51. FEG har med dette led i det fjerde anbringende kun tilsyneladende gjort en begrundelsesmangel gældende. Efter min opfattelse synes FEG's argumentation faktisk at udgøre et forsøg på at få Domstolen til at foretage en fornyet undersøgelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. For så vidt som det fjerde anbringendes andet led således er støttet på denne argumentation, må appellen afvises, da der dermed ikke rejses retsspørgsmål ²⁹.

54. For det tredje har FEG anført, at Retten i den appellerede doms præmis 317-323 ikke har fastslået, i hvilken udstrækning der i realiteten blev gennemført en konkurrencebegrænsende praksis inden for rammerne af FEG's produktudvalg for »tråd og kabel«. Retten har ifølge FEG for det første blot begrænset sig til indicier og for det andet heller ikke taget hensyn til, at de konkrete virkninger af en konkurrencebegrænsende praksis på markedet skal bevises.

52. FEG har desuden gjort gældende, at der ikke er noget bevis for, at der forelå en prissamordning for perioden efter 1991.

55. Hvad for det første angår anvendelsen af indicier, har jeg allerede anført, at denne

29 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

30 — Jf. i den henseende punkt 30-41 i dette forslag til afgørelse.

bevisførelsesmetode er tilladt ifølge retspraksis vedrørende artikel 81, stk. 1, EF³¹. I denne henseende kan det fjerde anbringendes tredje led således ganske vist antages til realitetsbehandling, men må anses for ubegrundet.

56. Hvad for det andet angår det af FEG savnede bevis for, at foranstaltninger til prissamordning har haft konkrete virkninger på markedet, skal der sondres mellem følgende:

57. Med hensyn til konkurrencebegrænsende *aftaler* eller *vedtagelser* kræves der ifølge retspraksis overhovedet intet bevis for deres konkrete virkninger på markedet. Deres konkurrencebegrænsende formål alene er tilstrækkeligt til, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF³².

58. Som det navnlig fremgår af den appellerede doms præmis 323, antog Retten i den foreliggende sag faktisk, at »tråd og kabel«-produktudvalget havde anvendt et system til udveksling af oplysninger mellem dets medlemmer som grundlag for *at afgøre*, om det var nødvendigt at fastsætte regler for fordelingen af rabatter. Der krævedes derfor overhovedet ikke noget konkret bevis for en manifestation af den samordnede praksis.

59. Såfremt der derimod er tale om samordnet praksis i snæver forstand, dvs. netop *ikke* konkurrencebegrænsende aftaler eller vedtagelser, skal det i henhold til artikel 81, stk. 1, EF godtgøres, at der ud over et element af samordning mellem virksomhederne foreligger en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, samt en årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden³³. Denne betingelse må imidlertid ikke forstås således, at hver enkelt begivenhed, som tyder på en samordnet praksis mellem de berørte, samtidig også skal have haft virkninger på markedet. Derimod kan også flere indicier *som helhed* tyde på, at der foreligger en samordnet praksis mellem de berørte. Det er i så fald tilstrækkeligt at godtgøre, at denne samordning mellem de berørte *som helhed* er kommet til udtryk i en sådan adfærd på markedet.

60. I retlig henseende var det i det foreliggende tilfælde således slet ikke nødvendigt at rekonstruere en direkte forbindelse mellem hvert element af samordningen mellem de berørte og deres respektive adfærd på markedet. Det var derimod tilstrækkeligt på grundlag af den lange række indicier for, at der var foregået udveksling af information om rabatter, priser, omsætninger og marginer, at konkludere, at der som helhed forelå en samordnet praksis mellem de berørte, og derefter godtgøre, at denne samordning som helhed var kommet til udtryk i en sådan adfærd på markedet.

61. Det er netop dette, som har Retten gjort i den appellerede dom. Den har i dommens

31 — Jf. i denne henseende bemærkningerne vedrørende tredje anbringende, navnlig punkt 36-40 i dette forslag til afgørelse.

32 — Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 261.

33 — Dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Participazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 118.

præmis 317 ff. først behandlet en række indicier for en samordnet praksis mellem FEG-medlemmerne. Af den appellerede doms præmis 330 fremgår det derefter, at Retten — om end kortfattet — også har konstateret, at den samordnede praksis er blevet gennemført på markedet. Retten har i denne henseende navnlig henvist til konstateringerne i den anfægtede beslutning vedrørende offentliggørelsen af prislister og kataloger fra FEG's medlemsvirksomheder.

62. På denne baggrund konkluderer jeg, at Retten har begrundet sin dom tilstrækkeligt. Også i denne henseende kan det fjerde anbringendes tredje led derfor ganske vist antages til realitetsbehandling, men må anses for ubegrundet.

63. Dette i det fjerde anbringendes tredje led kan dermed ikke tages til følge.

4. De bindende vedtagelser om faste priser og publikationer (det fjerde anbringendes fjerde led)

64. For det fjerde har FEG i flere henseender kritiseret den appellerede dom, for så vidt som den behandler FEG's to bindende vedtagelser om faste priser og publikationer (præmis 289-301).

65. FEG har for det første anført, at allerede kort tid efter vedtagelsen i 1984 af FEG's såkaldte bindende vedtagelse om faste priser eksisterede den kun på papiret. Retten har ifølge FEG under ingen omstændigheder kunnet konkludere, at den overtrædelse, der var forbundet med denne vedtagelse, varede ved, indtil den formelt blev ophævet, dvs. den 23. november 1993.

66. For så vidt som appellen er støttet på dette argument, har Kommissionen med rette gjort gældende, at den må forkastes. FEG forsøger nemlig gennem appelsagen at få foretaget en fornyet undersøgelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne. Dette henhører ikke under Domstolens kompetence³⁴.

67. For det andet har FEG anført, at de to bindende vedtagelser med hensyn til deres retlige karakter i for høj grad adskilte sig fra de øvrige angivelige tilsidesættelser på prisområdet til, at Retten kunne betragte dem alle som en enkelt overtrædelse. FEG har i denne henseende gjort gældende, at Rettens dom er uforståeligt begrundet.

68. For så vidt som appellen er støttet på sidstnævnte argument, kan den ganske vist antages til realitetsbehandling, men må med

³⁴ — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

hensyn til realiteten anses for ubegrundet. Det er nemlig uden betydning, om de enkelte komponenter i en enkelt påstand om samordnet praksis, som de fremstilles i den appellerede doms præmis 289-339 (bindende vedtagelser, drøftelser om priser og rabatter, anvendelse af identiske prislister), alle har den samme retlige karakter. Det afgørende er derimod, at hvert enkelt af disse elementer er blevet behørigt fastslået og bevist, og at det af samtlige disse elementer er muligt at udlede påstanden om en fortsat samordnet praksis med hensyn til prisfastsættelsen.

69. Det fjerde anbringendes fjerde led kan dermed heller ikke tages til følge.

5. FEG's fremsendelse af anbefalinger om priser til medlemmerne (det fjerde anbringendes femte led)

70. Hvad endelig angår de anbefalinger om priser i produktkategorien »plasticrør«, som FEG fremsendte til medlemmerne, har FEG først og fremmest kritiseret, at Retten i den appellerede doms præmis 326 ff. undlod at oplyse, at de pågældende anbefalinger udgjorde undtagelser og havde en begrænset rækkevidde, og at den dermed gjorde sig skyldig i en begrundelsesmangel.

71. FEG har med dette led i det fjerde anbringende kun tilsyneladende gjort en begrundelsesmangel gældende. FEG's argumentation synes faktisk også i denne forbindelse at udgøre et forsøg på at få Domstolen til at foretage en fornyet undersøgelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. For så vidt som det fjerde anbringendes femte led således er støttet på denne argumentation, må appellen afvises, da der dermed ikke rejses retsspørgsmål³⁵.

72. Derudover har FEG kritiseret den appellerede doms præmis 337, hvor Retten med hensyn til prisniveauet på det nederlandske marked for grossistdistribution har anført følgende: »FEG har anfægtet påstanden om, at priserne var højere i Nederlandene end i nabolandene, men har ikke fremlagt noget væsentligt bevis til afkræftelse af dette synspunkt«. Dermed har Retten efter FEG's opfattelse ikke opfyldt beviskravene, da den ikke krævede, at Kommissionen skulle bevise det påståede prisniveau, men derimod, at FEG skulle bevise det modsatte.

73. Denne argumentation viser, at FEG har misforstået de krav, der med rimelighed kan stilles, når Kommissionen skal fastslå markedsvilkårene i en konkurrencesag. FEG har navnlig ikke taget hensyn til, at det påhviler parterne skiftevis at fremlægge beviser, inden bevisbyrden fastslås. Kommissionen bærer således selvfølgelig bevisbyrden for alle konstateringer, som den fremfører i sin beslutning. Men inden det overhovedet er nødven-

35 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

digt at fordele bevisbyrden, påhviler det hver part at fremlægge beviser for sine påstande. Et underbygget indlæg fra Kommissionen kan kun imødegås af et mindst lige så velunderbygget indlæg fra parterne. Bevisbyrdereglerne finder kun anvendelse, når begge parter hver især fremkommer med en væsentlig og overbevisende argumentation og når til forskellige konklusioner.

74. Hvis Kommissionen således på grundlag af objektivet verificerbare beviser og med angivelse af de anvendte kilder i sin beslutning drager konklusioner vedrørende de betingelser, der gør sig gældende på et bestemt marked, kan de berørte virksomheder ikke imødegå Kommissionens konstateringer uden at underbygge det nærmere. Tværtimod påhviler det dem udførligt at godtgøre, hvorfor de oplysninger, som Kommissionen har baseret sig på, ikke er korrekte, hvorfor de i givet fald ikke har bevisværdi, eller hvorfor Kommissionens konklusioner ikke er overbevisende. Dette krav er ikke et udtryk for en omvendt bevisbyrde, som FEG har antaget, men derimod den normale forpligtelse til skiftevis at fremlægge beviser.

75. I det foreliggende tilfælde var Kommissionens bemærkninger vedrørende prisniveauet i Nederlandene i den anfægtede beslutning³⁶ på ingen måde kun baseret på påstande eller på dens subjektive vurdering. De var derimod støttet på konkrete oplysninger fra rapporter og brochurer, ikke mindst fra FEG og TU. For at imødegå Kommissionens bemærkninger vedrørende prisniveauet havde det været nødvendigt, at FEG var fremkommet med et underbygget modindlæg. Som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 337, fremlagde FEG i stedet »geen serieuze bewijzen« (ikke noget væsentligt bevis) til afkræftelse af Kommissionens bemærkninger. FEG er derfor med andre ord ikke fremkommet med noget underbygget modindlæg.

76. Under disse omstændigheder kunne Retten uden herved at begå nogen retlig fejl, navnlig uden at tilsidesætte de gældende bevisbyrderegler, konkludere, at FEG's kritik af Kommissionens konstateringer vedrørende prisniveauet var ubegrundet.

77. Det fjerde anbringendes femte led kan dermed heller ikke tages til følge.

78. Under ét skal det fjerde anbringende derfor dels afvises, dels forkastes.

³⁶ — Jf. beslutningens betragtning 119.

D — Femte anbringende: FEG's ansvar for udvidelsen af den kollektive eksklusive samhandelsordning

FEG. Desuden er der ifølge FEG ikke taget tilstrækkeligt hensyn til diskulperende beviser i Kommissionens sagsakter.

79. Med det femte anbringende har FEG anført, at Retten har tilsidesat fællesskabsretten, eller i det mindste ikke taget hensyn til den relevante retspraksis, ved at have tilskrevet FEG udvidelsen af den kollektive eksklusive samhandelsordning til at omfatte leverandører uden for NAVEG. Desuden har Retten begrundet sine bemærkninger på en uforståelig måde.

80. Dette anbringende vedrører navnlig den appellerede doms præmis 231, 236 og 393³⁷. Retten har heri konkluderet, at de argumenter, som bl.a. FEG havde fremført, ikke kunne imødegå Kommissionens konstateringer vedrørende udvidelsen af den kollektive eksklusive samhandelsordning til at omfatte leverandører, der ikke var medlem af NAVEG.

81. Heroverfor har FEG i det væsentlige anført, at Retten ikke har taget hensyn til, at FEG i forbindelse med gennemførelsen af den påtalte konkurrencebegrænsende praksis ikke spillede nogen selvstændig rolle, der kunne adskilles fra medlemmerne, og som ville berettige, at denne adfærd blev tilskrevet

82. Som Kommissionen med rette har anført, har FEG med dette anbringende først og fremmest rejst tvivl om vurderingen af de faktiske omstændigheder og beviserne i første instans. Dette fremgår navnlig klart af f.eks. appelskriftets punkt 78 og punkt 81, første punktum. FEG har i det væsentlige kritiseret antallet af indicier — som efter sammenslutningens opfattelse er for lavt — og rigtigheden af de konklusioner, der blev draget heraf. Vurderingen af de faktiske omstændigheder og beviserne er imidlertid som allerede nævnt ikke et retsspørgsmål, som kan prøves under en appelsag; det henhører derimod — medmindre der er tale om en urigtig gengivelse, hvilket ikke er gjort gældende i denne forbindelse — udelukkende under Rettens kompetence³⁸. I den henseende må det femte anbringende således på forhånd afvises.

83. For så vidt som FEG med dette anbringende derimod har ønsket at gøre gældende, at Retten ikke har anvendt det retligt relevante kriterium for konstateringen af, at FEG har deltaget i den konkurrencebegrænsende praksis, kan klagepunktet ganske vist antages til realitetsbehandling, men må alligevel anses for ubegrundet.

37 — FEG har som supplement også henvist til den appellerede doms præmis 126, 225-231 samt 391 og 392.

38 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

84. Det retligt relevante kriterium er følgende: For at Kommissionen samtidig kan anse en sammenslutning og dens medlemmer for at have deltaget i en og samme overtrædelse, skal den påvise, at sammenslutningen har udvist en selvstændig adfærd i forhold til medlemmernes adfærd³⁹.

særskilt vurdering af virksomhedssammenslutningens deltagelse i den konkurrencebegrænsende praksis. Med hensyn til anvendelsen af de retligt relevante kriterier må det derfor konkluderes, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl.

86. Under ét skal det femte anbringende dermed dels afvises, dels forkastes.

85. Selv om Retten beklageligvis intet sted i den appellerede dom udtrykkeligt har lagt dette kriterium til grund for sin undersøgelse, tager de passager i dommen, som FEG har kritiseret, tydeligvis hensyn hertil. Navnlig har Retten af de indicier, der blev drøftet i første instans, udtrykkeligt udledt, at FEG var »direkte involveret«⁴⁰, og fastslået, at det fremgik af visse handlinger, som direktørerne havde foretaget, »at de ikke handlede på egne vegne, men på vegne af alle medlemmerne af denne sammenslutning«⁴¹. Det pres, som blev lagt på visse leverandører, der ikke var medlem af NAVEG, blev udøvet af »FEG og TU« og ikke kun af TU⁴². Af dette fremgår klart, at Retten på ingen måde sidestillede FEG's adfærd med adfærden blandt medlemmerne, navnlig TU, men derimod foretog en

E — *Sjette anbringende: fastlæggelse af varigheden af overtrædelserne af konkurrencereglerne*

87. Med det sjette anbringende har FEG gjort gældende, at Retten har tilsidesat fællesskabsretten, navnlig artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, eller i det mindste begrundelsespligten og proportionalitetsprincippet ved beregningen af bødernes størrelse.

88. Dette anbringende, som skal ses i sammenhæng med det tredje anbringende⁴³, vedrører den appellerede doms præmis 406-413, hvor Retten behandler varigheden af de omtvistede kartelovertrædelser. Retten har i den forbindelse således bekræftet

39 — Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström mod Kommissionen, »Cellulose I-dommen«, Sml. I, s. 1307, præmis 27, og Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 1325.

40 — Den appellerede doms præmis 226.

41 — Den appellerede doms præmis 231.

42 — Den appellerede doms præmis 236.

43 — Jf. i denne henseende punkt 30-41 i dette forslag til afgørelse.

Kommissionens konstateringer og fastslået, at der var tale om ensartede og fortsatte overtrædelser⁴⁴.

89. FEG har i det væsentlige anført, at denne opfattelse er ukorrekt og ikke tager hensyn til de forskellige overtrædelsers heterogene karakter.

90. Det er åbenbart, at FEG med dette anbringende forsøger at få Domstolen til at foretage en fornyet undersøgelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. Da der med det sjette anbringende således ikke rejses noget retsspørgsmål, må det afvises⁴⁵.

V — Første og syvende anbringende: for lang sagsbehandlingstid

91. Det første og det syvende anbringende indtager størst plads i appelskriftet. De vedrører de konsekvenser, der kan drages af den af Retten konstaterede for lange sagsbehandlingstid i forbindelse med dele af den administrative procedure for Kommissionen. De to anbringender skal derfor undersøges under ét.

44 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 406 og 413.

45 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

92. Med det første anbringende har FEG i det væsentlige gjort gældende, at Retten har tilsidesat princippet om en rimelig frist ved at fastslå, at den omstændighed, at dele af den administrative procedure varede for længe, ikke nødvendigvis fører til, at den anfægtede beslutning annulleres. Med det syvende anbringende har FEG desuden anfægtet Rettens afslag på at nedsætte den af Kommissionen pålagte bøde i betragtning af den for lange sagsbehandlingstid; FEG har i denne henseende gjort gældende, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 eller i det mindste begrundelsespligten og proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat ved beregningen af bødernes størrelse.

A — Den appellerede dom

93. Det første anbringende vedrører den appellerede doms præmis 73-94.

94. I disse præmisser har Retten indledningsvis fastslået, at Kommissionen i de administrative procedurer, der gennemføres på konkurrenceområdet i henhold til forordning nr. 17, som kan medføre iværksættelse af de i forordningen anførte sanktioner, er forpligtet til at træffe afgørelse inden for en rimelig frist. Retten har endvidere henvist til, at en overskridelse af fristen — forudsat, at der er fastsat en frist — ikke nødvendigvis begrundes, at den anfægtede beslutning

annulleres. En annulation kommer ifølge Retten kun i betragtning, såfremt det er godtgjort, at tilsidesættelsen af princippet om en rimelig frist har påvirket de pågældende virksomheders ret til kontradiktion⁴⁶.

— Procedurefasen på 16 måneder *mellem meddelelsen af klagepunkter og høringen af parterne* var efter Rettens opfattelse ikke for lang⁴⁹.

95. I det konkrete tilfælde har Retten i forbindelse med den administrative procedure for Kommissionen sondret mellem tre faser, som den har vurderet hver for sig.

— Procedurefasen *efter høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning* — i alt 23 måneder — var efter Rettens opfattelse ganske vist for lang⁵⁰. Efter en nærmere undersøgelse har Retten imidlertid konkluderet, at længden af denne sidste fase af proceduren ikke har påvirket sagsøgernes ret til kontradiktion⁵¹.

— Procedurefasen *inden meddelelsen af klagepunkter* den 3. juli 1996 har Retten ganske vist anset for at vare for længe, og den har i den forbindelse også udtrykkeligt erkendt, at en passivitetsperiode på over tre år kan tilregnes Kommissionen⁴⁷. Imidlertid kan den udstrakte varighed af denne fase af den administrative procedure ifølge Retten ikke i sig selv skade retten til forsvar, da de berørte på daværende tidspunkt endnu ikke havde modtaget meddelelsen af klagepunkter. Først med en sådan meddelelse af klagepunkter foreligger der en formel tiltale og kan der overhovedet være tale om en krænkelse af retten til kontradiktion⁴⁸.

96. I den appellerede doms præmis 438, som det syvende anbringende vedrører, har Retten derefter udtalt sig om muligheden for selv at nedsætte den af Kommissionens pålagte bøde. Retten har i den henseende anført, at sagsøgerne ikke havde fremført noget, der kunne berettige en yderligere nedsættelse af bødens størrelse, dvs. foruden den nedsættelse på 100 000 EUR, som Kommissionen selv allerede havde foretaget. Sagsøgernes påstand i denne henseende kunne derfor ikke efterkommes.

46 — Den appellerede doms præmis 73 og 74.

47 — Den appellerede doms præmis 77.

48 — Den appellerede doms præmis 78 og 79.

49 — Den appellerede doms præmis 84.

50 — Den appellerede doms præmis 85 og 93.

51 — Den appellerede doms præmis 86-93.

B — *Parternes væsentligste argumenter*

97. FEG er af den opfattelse, at Retten skulle have annulleret Kommissionens anfægtede beslutning allerede på grund af den for lange sagsbehandlingstid, *uanset* om FEG's ret til kontradiktion var blevet påvirket.

98. Retten skulle imidlertid efter FEG's opfattelse med hensyn til spørgsmålet om annulation under alle omstændigheder også have taget hensyn til perioden *inden* meddelelsen af klagepunkter den 3. juli 1996. Det fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols⁵² praksis, at allerede en meddelelse til den sigtede om indledningen af en foreløbig undersøgelse mod den pågældende kan forstås som en anklage⁵³ i den i EMRK's⁵⁴ artikel 6 omhandlede betydning. På baggrund heraf skal i den foreliggende sag ifølge FEG med hensyn til spørgsmålet, om en frist er rimelig, allerede perioden fra fremsendelsen af den første begæring om oplysninger til FEG og TU i 1991 være afgørende, dog i det mindste perioden fra fremsendelsen af advarselsskrivelsen den 16. september 1991.

99. Med hensyn til retten til kontradiktion har Retten ifølge FEG ikke taget hensyn til de vanskeligheder, som en virksomhed — jo længere tid, der går — stilles over for med hensyn til tilrettelæggelsen af sit forsvar. Navnlig på grund af udskiftninger blandt ledere og andre medarbejdere bliver det ifølge FEG, efterhånden som tiden går, stadig vanskeligere at rekonstruere fortidige hændelser og indplacere disse korrekt i deres sammenhæng. FEG har desuden bestridt, at de overtrædelser, som sammenslutningen er beskyldt for at have begået, også varede ved efter 1991.

100. Hvad angår bødens størrelse, har FEG bestridt ikke at have fremført noget, der kunne begrunde en væsentlig nedsættelse af bøden. Desuden begik Retten ifølge FEG en åbenbar fejl, da den afslog at foretage en yderligere nedsættelse af bøden, dvs. foruden den nedsættelse, som Kommissionen allerede havde foretaget. Den kun minimale nedsættelse af bødens størrelse i Kommissionens anfægtede beslutning beroede nemlig på den antagelse, at Kommissionen og de berørte virksomheder delte ansvaret for den for lange sagsbehandlingstid⁵⁵. Retten har derimod selv fastslået, at Kommissionen alene var ansvarlig for, at proceduren varede for længe.

101. Efter Kommissionens opfattelse har Retten i den appellerede dom derimod taget hensyn til fast retspraksis og overført denne korrekt til den foreliggende sag. Navnlig har

52 — Herefter »Menneskerettighedsdomstolen«.

53 — I sine skriftlige og mundtlige indlæg har FEG navnlig henvist til Menneskerettighedsdomstolens dom af 5.2.1980, Deweer, serie A, nr. 35, s. 24, præmis 46, af 15.7.1982, Eckle, serie A, nr. 51, s. 33, præmis 73, og af 22.5.1998, Hozee mod Nederlandene, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III, præmis 43.

54 — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4.11.1950.

55 — Den anfægtede beslutnings betragtning 152.

Retten undersøgt procedures varighed både inden og efter meddelelsen af klagepunkter.

104. Hvad angår en eventuel nedsættelse af bødens størrelse, er Kommissionen af den opfattelse, at FEG's argumenter må afvises eller i det mindste anses for ubegrundede.

102. Kriterierne i EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis kan efter Kommissionens opfattelse ikke uden videre overføres til konkurrenceretten. Inden meddelelsen af klagepunkter er der ingen formel tiltale. En advarselsskrivelse som den, der blev fremsendt af Kommissionens tjenestegrene i den foreliggende sag, adskiller sig grundlæggende fra en formel meddelelse af klagepunkter og er derfor uden betydning for det spørgsmål, der har interesse i denne henseende, nemlig fra hvilket tidspunkt en for lang sagsbehandlingstid kan påvirke de berørtes ret til kontradiktion.

105. De argumenter, som CEF har fremført, ligger på linje med Kommissionens. Hertil kommer efter CEF's opfattelse, at FEG bærer hovedansvaret for sagen som sådan, og at denne sag kunne have været undgået, hvis FEG rettidigt havde bragt de påtalte overtrædelser til ophør.

C — Vurdering

103. Kommissionen har understreget, at blot varigheden af den administrative procedure ifølge retspraksis ikke i sig selv kan medføre, at den anfægtede beslutning er ulovlig og dermed skal annulleres. Derimod kræves et konkret bevis for, at de berørtes ret til kontradiktion er blevet påvirket. Appellanten, der har bevisbyrden i denne henseende, har ikke på overbevisende måde godtgjort, at dette har været tilfældet. Retten har på sin side efter Kommissionens opfattelse udførligt behandlet den langvarige administrative procedures virkninger på FEG's ret til kontradiktion, og i denne henseende med hensyn til længden af alle procedurefaser.

106. Det følger af det, der nu er blevet fast retspraksis, at overholdelse af princippet om en rimelig frist finder anvendelse på konkurrenceområdet, når der i medfør af forordning nr. 17 indledes en administrativ procedure, som kan føre til de i denne forordning omhandlede sanktioner⁵⁶.

⁵⁶ — Dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, »PVC II«, Sml. I, s. 8375, præmis 179.

1. Indledende bemærkninger

107. Princippet om en rimelig frist er et generelt princip i fællesskabsretten, som er baseret på EMRK's artikel 6, stk. 1⁵⁷, og nu også indgår i artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁵⁸ (ret til god forvaltning)⁵⁹.

108. Selv om kartelsager i henhold til forordning nr. 17 ikke har en strafferetlig karakter⁶⁰ og ikke retter sig mod personer, men mod virksomheder, henholder Domstolen sig ved anvendelsen af princippet om en rimelig frist i denne henseende nøje til Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende EMRK's artikel 6, stk. 1⁶¹. I henhold hertil kan princippet om en rimelig frist finde anvendelse allerede lang tid, inden der rejses formel tiltale. Det er nemlig tilstrækkeligt, at en person *officielt sigtes* for et forhold, eller at de foranstaltninger, som træffes på grund af mistankerne mod ham, *har vigtige følgevirkninger for hans situation*⁶².

109. Tilsvarende kan princippet om en rimelig frist også i kartelsager finde anvendelse allerede lang tid inden meddelelsen af klagepunkter, som ligner en formel tiltale. Det er i denne henseende ikke nødvendigt at tage stilling til, om og i givet fald hvornår der *inden* meddelelsen af klagepunkter kan tales om en *officiel sigtelse*. Under alle omstændigheder kan både kontrolundersøgelserne i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 og

57 — Jf. i denne retning Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 21, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 170 og 171. Domstolen har imidlertid også konstateret, »at overholdelsen af kontradiktionsprincippet, ligesom overholdelsen af de andre processuelle garantier, der er fastslået i EMRK's artikel 6, stk. 1, kun vedrører behandlingen for en »domstol«, Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 70. Heraf kan det konkluderes, at EMRK's artikel 6, stk. 1, under ingen omstændigheder finder direkte anvendelse i forbindelse med administrative procedurer for Kommissionen.

58 — EFT 2000 C 364, s. 1. Chartret om grundlæggende rettigheder har ganske vist endnu ikke bindende virkninger, der kan sammenlignes med den primære ret, men giver alligevel som retlig målestok fingerpeg om de grundlæggende rettigheder, der garanteres i fællesskabsretten. Jf. i den henseende allerede mit forslag til afgørelse af 8.9.2005, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, der endnu verserer for Domstolen, punkt 108, og af 14.10.2004, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. 2005 I, s. 3565, fodnote 83; i samme retning generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 29.6.2004, sag C-181/03 P, Nardone, Sml. 2005 I, s. 199, punkt 51, generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 20.9.2001, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. 2003 I, s. 7411, punkt 126, generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 8.2.2001, sag C-173/99, BECTU, Sml. 2001 I, s. 4881, punkt 28, samt generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 10.7.2001, sag C-353/99 P, Hautala, Sml. 2001 I, s. 9565, punkt 82 og 83; generaladvokat Alber er mere tilbageholdende i sit forslag til afgørelse af 24.10.2002, sag C-63/01, Evans, Sml. 2003 I, s. 14447, punkt 80.

59 — Chartret om grundlæggende rettigheder finder af tidsmæssige grunde ikke anvendelse på den foreliggende sag, da det først blev proklameret efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning. I fremtiden skal der imidlertid tages hensyn til i kartelsager, at Kommissionen højtideligt har forpligtet sig til at overholde chartret om grundlæggende rettigheder, dvs. at Kommissionen har bundet sig selv (erklæring fra Europa-Kommissionens formand, Romano Prodi, på Det Europæiske Råds møde i Nice den 7.12.2000); jf. desuden betragtning 37 til forordning nr. 1/2003.

60 — Jf. i denne henseende artikel 15, stk. 4, i forordning nr. 17.

61 — PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 182.

62 — Fransk: »[L]a période à prendre en considération [...] débute dès qu'une personne se trouve officiellement inculpée ou lorsque les actes effectués par les autorités de poursuite en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation«; engelsk: »[T]he period to be taken into consideration [...] begins at the time when formal charges are brought against a person or when that person has otherwise been substantially affected by actions taken by the prosecuting authorities as a result of a suspicion against him«; jf. Menneskerettighedsdomstolens dom, store kammer, af 17.12.2004, Pedersen og Baadsgaard mod Danmark, sag nr. 49017/99, præmis 44; i samme retning allerede Menneskerettighedsdomstolens dom af 16.7.1971, Ringelsen, serie A, nr. 13, præmis 110, af 10.12.1982, Corigliano, serie A, nr. 57, præmis 34, og den i fodnote 53 nævnte retspraksis.

begæringen om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 i forbindelse med Kommissionens forundersøgelser nemlig allerede have »vigtige følgevirkninger« for de berørte virksomheders situation⁶³.

de mulige reaktioner fra forretningspartnere og offentligheden. Fra dette tidspunkt stilles de berørte også over for den usikkerhed, at de ikke ved, hvornår sagen mod dem vil være afsluttet, og hvilket udfald den vil få. De er således under et øget pres. I denne situation giver princippet om en rimelig frist dem en større beskyttelse end den, der følger af forældelsesfristen⁶⁴.

110. Sådanne undersøgelsesforanstaltninger giver nemlig normalt de berørte virksomheder det indtryk, at Kommissionen nærer mistanke om, at de har overtrådt artikel 81 EF eller 82 EF. Dette gælder så meget desto mere, når Kommissionen, som i denne sag, oplyser, at den har modtaget en klage fra en tredjepart, og at klagen kunne give anledning til en begyndende mistanke, som var tilstrækkelig til at indlede undersøgelser. Under sådanne omstændigheder kan allerede en begæring om oplysninger rettet til den pågældende virksomhed sammenlignes med en første afhøring af den sigtede, og en kontrolundersøgelse hos den pågældende virksomhed kan sammenlignes med ransagning af den sigtedes lokaler.

112. På baggrund heraf skal *udgangspunktet* for spørgsmålet, om en af Kommissionen gennemført kartelsag varede for længe, ikke først fastsættes til meddelelsen af klagepunkter, men allerede Kommissionens første undersøgelsesforanstaltning, som havde vigtige følgevirkninger for de berørte virksomheders situation⁶⁵.

113. Hvad imidlertid angår *vurderingen af varigheden* af den administrative procedure, skal der sondres mellem to successive faser: en *første fase*, som begynder med, at Kom-

111. Som følge af sådanne undersøgelsesforanstaltninger vil de berørte normalt allerede udfolde betydelige bestræbelser for at forberede deres forsvar og navnlig sikre sig advokatbistand. Det er i givet fald også allerede nødvendigt at foretage hensættelser til eventuelle bøder og være opmærksom på

64 — Med hensyn til forældelsesfristen i forbindelse med kartelsager jf. hidtil Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26.11.1974 om foreldelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1) og for fremtidige tilfælde artikel 25 i forordning nr. 1/2003.

65 — PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 182. Af en anden opfattelse er generaladvokat Mischo, som i sit forslag til afgørelse af 25.10.2001, sag C-250/99 P. PVC II, Sml. 2002 I, s. 8375, punkt 40 ff., har udtalt sig imod, at der tages hensyn til perioden forud for meddelelsen af klagepunkter.

63 — PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 182.

missionen udøver de undersøgelsesbeføjelser, der er tillagt den, og strækker sig indtil meddelelsen af klagepunkter, og en *anden fase*, der strækker sig fra meddelelsen af klagepunkter til vedtagelsen af den endelige beslutning⁶⁶.

114. Som det fremgår af PVC II-dommen⁶⁷, finder princippet om en rimelig frist ganske vist anvendelse i begge faser af proceduren. Hver af disse to faser følger imidlertid sin egen indre logik. Fasen inden meddelelsen af klagepunkter, som begynder med udøvelsen af undersøgelsesbeføjelserne, skal gøre det muligt for Kommissionen efter undersøgelserne at tage stilling til procedurens videre forløb, mens fasen derefter skal gøre det muligt for Kommissionen, efter at den har hørt de berørte, at tage endelig stilling til den påtalte overtrædelse. Disse forskellige målsætninger påvirker den konkrete vurdering af, om fristen har været rimelig i den pågældende fase af proceduren, hvilket altid kræver en indgående hensyntagen til alle omstændigheder i det enkelte tilfælde⁶⁸.

115. Med hensyn til den første procedurefase skal der i forbindelse med denne vurdering tages behørigt hensyn til, at Kommissionen behøver tilstrækkelig tid til sine forundersøgelser for at kunne foretage

en hensigtsmæssig undersøgelse af en mistanke om overtrædelse af artikel 81 EF eller 82 EF. I modsat fald ville der være risiko for, at Kommissionen i sin egenskab af kartelmyndighed vil blive varigt svækket ved håndhævelsen af traktatens konkurrenceregler. Kommissionen skal også kunne prioritere visse sager, der indbringes for den, højere end andre⁶⁹; dette gælder navnlig, men ikke kun i midlertidige spidsbelastningsperioder hos de kompetente tjenestegrene.

116. Hvad angår den anden procedurefase, skal det ved vurderingen tages i betragtning, at Kommissionens undersøgelser normalt er afsluttet fra fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter, og at der derefter i forbindelse med beslutningens vedtagelse kun skal tages hensyn til de oplysninger, der er fremkommet ved høringen af de berørte virksomheder. På dette stadium er Kommissionen allerede kommet så langt med proceduren, at det derefter ville være urimeligt at lade de berørte virksomheder i uvished om udfaldet af denne procedure i længere tid end absolut nødvendigt. De kriterier, som efterfølgende skal anvendes ved vurderingen af procedurens varighed, er tilsvarende strengere.

66 — PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 181-183.

67 — PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 182-184.

68 — Med hensyn til de kriterier, der finder anvendelse, jf. PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 187 og 188, og Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, navnlig præmis 29.

69 — Jf. i denne retning også dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 77, og af 4.3.1999, sag C-119/97 P, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1341, præmis 88.

117. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at den administrative procedure for Kommissionen i de to af Retten påviste perioder⁷⁰ — for det første inden meddelelsen af klagepunkter og for det andet mellem høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning — varede for længe.

118. Det er kun omtvistet, om Retten uden herved at begå nogen retlig fejl kunne afgøre, at den omstændighed, at den administrative procedure varede for længe såvel inden som efter meddelelsen af klagepunkter, ikke nødvendigvis måtte medføre hverken en annullection (første anbringende) eller en yderligere nedsættelse af bødens størrelse (syvende anbringende).

2. Første anbringende: for lang sagsbehandlingstid og annullection

119. I forbindelse med det første anbringende er FEG uenig med Kommissionen og intervenienterne om, hvorvidt den anfægtede beslutning skulle have været annulleret på grund af, at dele af den administrative procedure varede for længe.

a) Annullection kun i tilfælde af, at muligheden for kontradiktion påvirkes

120. Udgangspunktet for overvejelserne bør være, at enhver urimelig forlængelse af sagens frister fra Kommissionens side udgør en tilsidesættelse af en grundlæggende processuel ret, som de berørte virksomheder er omfattet af. Antagelsen af en sådan tilsidesættelse forudsætter heller ikke noget bevis for en eller anden form for skade⁷¹.

121. Enhver procedurefejl har imidlertid ikke nødvendigvis de samme konsekvenser⁷². Annullection af en beslutning fra Kommissionen på grund af tilsidesættelse af de berørtes processuelle rettigheder er deri-

71 — Jf. f.eks. PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 191-200, og Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 26-48, som udelukkende undersøger fristens rimelige karakter. I Menneskerettighedsdomstolens praksis jf. f.eks. Corigliano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 63, præmis 31.

72 — Menneskerettighedsdomstolen (dom af 9.12.1994, Schouten og Meldrum mod Nederlandene, serie A, nr. 304, præmis 75) har ligeledes principielt anerkendt, at det skal fastlægges på grundlag af det relevante retssystem, hvad der er en passende sanktion for en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist; fransk: »[...] il appartient en principe aux juridictions nationales de juger ce que doit être, en vertu de leur système juridique, la sanction appropriée pour une violation, imputable à l'une des parties, de l'exigence d'un »délai raisonnable« [...]»; engelsk: »[...] it is in principle for the national courts to decide what the appropriate sanction should be under their legal system for a breach attributable to one of the parties of the »reasonable time« requirement [...]».

70 — Jf. i denne henseende punkt 95 i dette forslag til afgørelse.

mod kun påkrævet, hvis det må antages, at proceduren ville have ført til et andet resultat^{73 74}, hvis tilsidesættelsen ikke havde foreligget.

om Domstolen endnu ikke udtrykkeligt har fastslået dette i en *kartelsag*⁷⁷, kan der dog udledes tilsvarende betragtninger af Domstolens praksis vedrørende lignende sager, hvor den allerede har etableret en sådan forbindelse mellem princippet om en rimelig frist og retten til kontradiktion⁷⁸.

122. På konkurrenceområdet påvirker en tilsidesættelse af processuelle rettigheder ifølge fast retspraksis altid resultatet af proceduren, hvis denne tilsidesættelse har gjort indgreb i de berørte virksomheders ret til kontradiktion⁷⁵.

123. Annulation af en beslutning fra Kommissionen på grund af en for lang sagsbehandlingstid er derfor også kun mulig, hvis de berørte virksomheder har kunnet godtgøre, at den for lange sagsbehandlingstid har påvirket deres ret til kontradiktion⁷⁶. Selv

124. Modsat kan det slutes, at annulation af en beslutning fra Kommissionen heller ikke er *retligt påkrævet* i tilfælde af en for lang sagsbehandlingstid, hvis det ikke er godtgjort, at de berørte virksomheders muligheder for kontradiktion er blevet påvirket, og der derfor ikke er holdepunkter for at antage, at den for lange sagsbehandlingstid kan have haft indflydelse på indholdet af Kommissionens beslutning⁷⁹. I sådanne tilfælde er der imidlertid altid mulighed for at nedsatte bødens størrelse af billighedsgrunde⁸⁰ eller at yde en pas-

73 — Et sådant andet resultat kan f.eks. bestå i konstateringen af mindre alvorlige overtrædelser, en lavere bøde eller også i, at der ikke foretages yderligere forfølgning.

74 — Jf. blandt mange andre dom af 10.7.1980, sag 30/78, Distillers mod Kommissionen, Sml. s. 2229, præmis 26, vedrørende horing af det rådgivende udvalg, af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 31, vedrørende en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, af 25.10.2005, forenede sager C-465/02 og C-466/02, Tyskland og Danmark mod Kommissionen, Sml. I, s. 9115, præmis 36-40, vedrørende reglerne om sprog i et forskriftsudvalg, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 315-328, vedrørende retten til aktindsigt; jf. desuden vedrørende valget af rette hjemmel og lovgivningsproceduren dom af 11.9.2003, sag C-211/01, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 8913, præmis 52, samt mit forslag til afgørelse af 26.5.2005, sag C-94/03, Kommissionen mod Rådet, der endnu verserer for Domstolen, punkt 53.

75 — Jf. f.eks. — med hensyn til tilsidesættelser af retten til aktindsigt — dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 77 og 82, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 315-317, 321-323.

76 — I samme retning — med hensyn til tilsidesættelser af retten til aktindsigt — f.eks. PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 318 og 324, og Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 73-75 og 131.

77 — Jf. imidlertid generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 25.10.2001, nævnt ovenfor i fodnote 65, punkt 76, 80 og 83.

78 — Jf. i denne henseende dom af 15.7.2004, sag C-501/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6717, præmis 52, 57 og 58, vedrørende en statsstøttesag i henhold til EKSF-traktaten, samt i forbindelse med en traktatbrudsprocedure dom af 21.1.1999, sag C-207/97, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 275, præmis 25-27, og af 16.5.1991, sag C-96/89, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 2461, præmis 15 og 16.

79 — I denne retning også Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 49, hvori Domstolen konkluderede, at en dom afsagt af Retten ikke skal annulleres trods en for lang sagsbehandlingstid i første instans, når der ikke er holdepunkter for at antage, at sagsbehandlingstiden har haft indflydelse på sagens udfald. Jf. desuden generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 65, punkt 75-78, 84 og 85.

80 — Jf. i denne retning Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 48 og 141-143. Jf. tillige punkt 136-152 i dette forslag til afgørelse.

sende erstatning⁸¹, i givet fald efter anmodning herom.

125. FEG's argument om, at den anfægtede beslutning skulle have været annulleret alene på grund af den for lange sagsbehandlingstid, dvs. uanset om sammenslutningens muligheder for kontradiktion var blevet påvirket eller ej, kan dermed ikke tages til følge.

b) Er mulighederne for kontradiktion blevet påvirket i den foreliggende sag?

126. Det står imidlertid tilbage at undersøge, om Retten i den foreliggende sag uden herved at begå nogen retlig fejl kunne antage, at FEG's muligheder for kontradiktion ikke var blevet påvirket. FEG har i denne forbindelse for det første anført, at Retten ikke har taget hensyn til perioden inden meddelelsen af klagepunkter, og for det andet, at Retten ikke har taget hensyn til de konkrete vanskeligheder, som en virksomhed står over for ved forberedelsen af sit forsvar.

127. I den appellerede dom har Retten med rette antaget, at de berørte virksomheder i en kartelsag først kan forsvare sig mod Kommissionens klagepunkter *efter* meddelelsen af klagepunkter. Det er først i denne (anden) procedurefase, hvor Kommissionens undersøgelser er afsluttet, og den administrative procedure antager en kontradiktorisk karakter, at retten til kontradiktion overhovedet bliver aktuel⁸². Navnlig får de berørte virksomheder først i den forbindelse mulighed for aktindsigt og kan også først på det tidspunkt tage stilling til Kommissionens klagepunkter. Den første procedurefase vedrører derimod hovedsageligt Kommissionens undersøgelser, og de berørte virksomheder har derfor endnu ikke ret til kontradiktion. Såfremt Kommissionen i denne første procedurefase henvender sig til de berørte virksomheder, f.eks. i form af en begæring om oplysninger, er der tale om en ren undersøgelsesforanstaltning og ikke om en høring. På dette trin af proceduren gives der af nærliggende grunde heller ikke aktindsigt, da en sådan i alvorlig grad kunne bringe undersøgelsernes vellykkede resultat i fare og medvirke til, at proceduren forsinkes og ikke fremskyndes.

128. Selv om de berørte virksomheders *ret* til kontradiktion således uden tvivl først kommer til udfoldelse *fra* meddelelsen af klagepunkter, dvs. udelukkende i den *anden* procedurefase, er den første fase af den administrative procedure alligevel ikke uden

81 — Jf. tillige generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i Degussa-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 65, punkt 79. Med hensyn til muligheden for et erstatningssøgsmål jf. Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 122, bekræftet ved Domstolens PVC II-dom, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 173-178.

82 — Jf. i denne henseende fast retspraksis, bl.a. Hercules Chemicals-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 75, præmis 75, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 315 og 316.

indflydelse på de berørte virksomheders *muligheder* for kontradiktion.

i den anden procedurefase. Dette har Retten ikke taget hensyn til, når den anfører, at den udstrakte varighed af den første procedurefase »ikke i sig selv [kan]« skade de berørte virksomheders ret til forsvar⁸⁵.

129. Jo længere tid der forløber mellem de første undersøgelsesforanstaltninger og meddelelsen af klagepunkter, desto mere sandsynligt er det nemlig, at eventuelle disskulperende beviser mod de påstande, der er fremsat i klagepunkterne, kun vanskeligt kan fremskaffes. Det er ganske vist absolut muligt at bevare relevante oplysninger i forretningsbøger og arkiver for således at være forberedt på eventuelle administrative eller retslige procedurer⁸³. Som FEG imidlertid med rette har gjort opmærksom på, kan det, jo længere tid, der går — uanset om det er inden eller efter meddelelsen af klagepunkter — blive vanskeligere at fremskaffe vidner, navnlig på grund af de naturligt optrædende udskiftninger blandt ledere og andre medarbejdere i virksomheder. Dette spørgsmål har Retten ikke behandlet tilstrækkeligt i den appellerede dom⁸⁴.

130. Allerede det forhold, at den første procedurefase varede for længe, kan påvirke de berørte virksomheders senere muligheder for kontradiktion og i sidste instans forringe deres ret til kontradiktion, når den indtræder

131. Retten har derfor begået en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 86-93 begrænsede omfanget af sin undersøgelse til, »om [den udstrakte varighed] af denne [sidste] fase af proceduren har haft indflydelse på parternes ret til kontradiktion«⁸⁶. Retten skulle derudover også have undersøgt, om den udstrakte varighed af den første procedureperiode inden meddelelsen af klagepunkter kunne påvirke de berørte virksomheders senere muligheder for kontradiktion, og navnlig, om FEG på overbevisende måde havde godtgjort en sådan påvirkning.

132. En sådan tilgang svarer i øvrigt på ingen måde til en fremrykning af det tidspunkt, hvor retten til kontradiktion udøves. Høringen af de berørte virksomheder og deres ret til aktindsigt er og forbliver også fortsat forbeholdt den anden procedurefase, dvs. perioden *efter* meddelelsen af klagepunkter. Dette udelukker imidlertid ikke, at en påvirkning af *mulighederne* for kontradiktion og dermed også en tilsidesættelse af *retten* til kontradiktion kan være forårsaget af, at forundersøgelserne har varet for længe, eller at Kommissionen har været passiv i en længere periode i den første procedurefase.

83 — Jf. i denne retning den appellerede doms præmis 87.

84 — Problemet med udskiftninger i personalet havde FEG allerede taget op under sagen i første instans (sag T-5/00) i punkt 46 i stævningen samt i punkt 49 i replikken, men Retten har ikke med et eneste ord omtalt dette i den appellerede dom, heller ikke indirekte i dommens præmis 86-93.

85 — Den appellerede doms præmis 78 og 79.

86 — Den appellerede doms præmis 86; jf. også den appellerede doms præmis 93 med hensyn til undersøgelsens omfang.

133. Da den appellerede dom ikke indeholder nogen konstateringer i denne henseende, skal den annulleres, og sagen skal — da den ikke er moden til påkendelse — hjemvises til Retten til afgørelse i henhold til artikel 61, stk. 1, i statutten for Domstolen.

3. Syvende anbringende: nedsættelse af bødens størrelse

134. Da det første anbringende som anført ovenfor allerede medfører, at den appellerede dom skal ophæves i det hele, behandler jeg nedenfor kun subsidiært det syvende anbringende, som vedrører spørgsmålet om en eventuel nedsættelse af bødens størrelse.

135. Med dette anbringende har FEG gjort gældende, at Retten under udøvelsen af sin fulde prøvelsesret (artikel 229 EF og artikel 17 i forordning nr. 17) begik en *åbenbar fejl*. Retten har ifølge FEG navnlig ikke taget i betragtning, at den for lange sagsbehandlingstid alene kan tilskrives Kommissionen, og ikke, som først antaget af Kommissionen⁸⁷, er delt mellem den og de berørte virksomheder.

136. Ifølge fast retspraksis tilkommer det ganske vist ikke Domstolen under en appelsag af billighedsgrunde at omgøre Rettens skøn vedrørende størrelsen af en bøde, når Retten har truffet afgørelse under udøvelse af sin fulde prøvelsesret⁸⁸. Domstolen kan imidlertid efterprøve, om Retten begik en *åbenbar fejl* eller undlod at overholde proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet⁸⁹. For så vidt som FEG således har gjort gældende, at Retten begik en åbenbar fejl under udøvelsen af sin prøvelsesret ved vurderingen af bødens størrelse, kan det syvende anbringende antages til realitetsbehandling.

137. I realiteten kan der for det første antages at foreligge en sådan *åbenbar fejl*, hvis Retten ikke tager hensyn til omfanget af sine beføjelser med hensyn til prøvelsesretten i henhold til artikel 229 EF, sammenholdt med artikel 17 i forordning nr. 17. For det andet foreligger der også en åbenbar fejl, hvis Retten forud for sin afgørelse om bødens størrelse ikke udførligt har behandlet alle faktiske omstændigheder og argumenter, som i det konkrete tilfælde er af betydning for dens afgørelse om bødens størrelse⁹⁰.

88 — Dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl., Sml. I, s. 5425, præmis 245; jf. desuden dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 34, af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 73, Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 129, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 614.

89 — Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 365.

90 — Jf. i samme retning Dansk Rørindustri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 88, præmis 244 og 303, og Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 128.

87 — Den anfægtede beslutning betragtning 152.

138. Hvad for det første angår *omfanget af Rettens beføjelser* inden for rammerne af artikel 229 EF, skal det tages i betragtning, at den fulde prøvelsesret ikke er knyttet til de samme kriterier som f.eks. annullation af den anfægtede beslutning. Navnlig er der i forbindelse med den fulde prøvelsesret ikke tale om blot en legalitetskontrol med Kommissionens beslutning. Derimod kan der i den forbindelse også tages hensyn til, hvad der er hensigtsmæssigt og rimeligt. Der skal i særlig grad tages hensyn til procedurefejl som f.eks. en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist, der — som nævnt⁹¹ — udgør en tilsidesættelse af en grundlæggende ret-tighed, hvis de ikke indholdsmæssigt har påvirket Kommissionens beslutning og der-for ikke medfører, at den skal annulleres.

139. Retten har i den foreliggende sag med rette erkendt dette og bemærket, at den var i stand til at foretage en yderligere nedsættelse af den pålagte bøde alene på grund af den udstrakte varighed af den administrative procedure, som Kommissionen var ansvarlig for⁹². I denne henseende har Retten derfor ikke begået en åbenbar fejl.

140. Anderledes forholder det sig derimod med Rettens forpligtelse til fuldt ud at tage *hensyn til alle for beslutningen relevante faktiske omstændigheder og argumenter*.

141. Blandt de faktiske omstændigheder, som inden for rammerne af Rettens fulde prøvelsesret var relevante for beslutningen, hørte i den foreliggende sag navnlig Kom-missionens ansvar for, at *to* faser af den administrative procedure varede for længe, dvs. ikke kun for overskridelsen af den tid, der normalt kræves mellem høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning, men også for en passivitetsperi-ode på over tre år på forundersøgelsesstadiet *inden* meddelelsen af klagepunkter.

142. Selv om Retten i begyndelsen af den appellerede dom har fastslået, at Kommis-sionen var ansvarlig for, at *begge* faser af den administrative procedure varede for længe⁹³, har den senere inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret kun taget hensyn til Kommissionens ansvar for den udstrakte varighed af den *ene* af de to faser, nemlig for perioden mellem høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Dette fremgår særlig klart af den appellerede doms præmis 436, som indleder Rettens betragtninger vedrørende bødens størrelse. I denne præmis henvises alene til den appel-lerede doms præmis 85, dvs. til den passage, som vedrører Kommissionens ansvar for den udstrakte varighed af proceduren *efter* med-delelsen af klagepunkter. Derimod mangler enhver henvisning til den appellerede doms præmis 77, hvorefter det fremgår, at Kommis-sionen var ansvarlig for den udstrakte varighed af proceduren *inden* meddelelsen af klagepunkter.

91 — Jf. punkt 120-124 i dette forslag til afgørelse.

92 — Jf. den appellerede doms præmis 436.

93 — Jf. den appellerede doms præmis 77 og 85.

143. Da Retten således med hensyn til en eventuel nedsættelse af bødens størrelse fra Rettens side har undladt også at tage hensyn til den udstrakte varighed af proceduren *inden* meddelelsen af klagepunkter, har den begået en retlig fejl ved udøvelsen af sin fulde prøvelsesret i henhold til artikel 229 EF sammenholdt med artikel 17 i forordning nr. 17.

144. Selv hvis den appellerede dom — i modsætning til den opfattelse, der er givet udtryk for her⁹⁴ — derfor ikke blev annulleret i det hele allerede på grundlag af det første anbringende, ville den under alle omstændigheder skulle annulleres på grundlag af det syvende anbringende, for så vidt som Retten har afslået FEG's påstand om nedsættelse af den pålagte bøde. I dette tilfælde ville sagen også være moden til påkendelse, og Domstolen kunne selv træffe endelig afgørelse herom i henhold til artikel 61, stk. 1, i statuttene for Domstolen. Domstolen kunne navnlig selv træffe endelig afgørelse om nedsættelsen af den af Kommissionen pålagte bøde⁹⁵.

145. I den foreliggende sag foretog Kommissionen selv en nedsættelse på 100 000 EUR ved fastsættelsen af bødens størrelse i den anfægtede beslutning. I den forbindelse sondrede den imidlertid ikke mellem de forskellige proceduremæssige uregelmæssig-

heder, der er nævnt i beslutningen, således at det ikke fremgår, hvilken andel af beløbet på 100 000 EUR den udstrakte varighed af proceduren specifikt tegner sig for. Den sondrede heller ikke mellem de to faser af den administrative procedure. Den har heller ikke lagt til grund, at den alene var ansvarlig for den udstrakte varighed af proceduren i begge procedurefaser⁹⁶, som Retten efterfølgende har fastslået. Under disse omstændigheder synes der med den nedsættelse, som Kommissionen selv foretog ved fastsættelsen af bødens størrelse, ikke at være taget tilstrækkeligt hensyn til tilsidesættelsen af FEG's processuelle rettigheder.

146. På denne baggrund ville en yderligere nedsættelse af bødens størrelse være begrundet. Der kunne tages udgangspunkt i det beløb på 50 000 EUR, som Domstolen selv anvendte i Baustahlgewebe-sagen⁹⁷; i den pågældende sag var den bøde, som oprindeligt var pålagt af Kommissionen, af samme størrelsesorden som den bøde, der er pålagt FEG.

147. Desuden bør der i den foreliggende sag navnlig lægges vægt på, at Kommissionen ifølge Rettens konstateringer er ansvarlig for en passivitetsperiode på over tre år. Det synes derfor passende for hvert hele år med passivitet i procedurefasen *inden* meddelelsen af klagepunkter at foretage en nedsættelse af bødens størrelse med det nævnte

94 — Jf. i denne henseende mine bemærkninger vedrørende det første anbringende i punkt 119-133 i dette forslag til afgørelse.

95 — Dette var tilfældet f.eks. i Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 384 og 385.

96 — Den anfægtede beslutnings betragtning 151-153.

97 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 16, navnlig præmis 141.

beløb på 50 000 EUR, dvs. i alt med 150 000 EUR. Endvidere bør der også tages hensyn til den udstrakte varighed af procedurefasen *efter* meddelelsen af klagepunkter med en yderligere nedsættelse på 50 000 EUR. Herved fremkommer et samlet beløb på 200 000 EUR, hvormed Domstolen vil kunne nedsætte bødens størrelse — på nuværende tidspunkt 4 400 000 EUR.

under alle omstændigheder ophæve den appellerede dom på grundlag af det syvende anbringende⁹⁹, for så vidt som FEG's påstand om nedsættelse af den pålagte bøde afslås i dommen. I dette tilfælde bør Domstolen nedsætte bøden og i øvrigt forkaste appellen.

VI — Sagens omkostninger

D — Foreløbig konklusion vedrørende det første og det syvende anbringende

148. Efter den her foreslåede løsning vedrørende det første anbringende⁹⁸ bør den appellerede dom annulleres i det hele og sagen hjemvises til Retten til fornyet behandling.

150. Det bestemmes i procesreglementets artikel 122, stk. 1, at kun såfremt der ikke gives appellantens medhold, eller såfremt der gives appellantens medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagens omkostninger.

149. Skulle Domstolen imidlertid — i modsætning til den opfattelse, der er givet udtryk for her — nå til den konklusion, at det første anbringende ikke er begrundet, bør den

151. Da sagen imidlertid efter den her foreslåede løsning vedrørende det første anbringende skal hjemvises til Retten, bør afgørelsen om sagens omkostninger udsættes¹⁰⁰.

⁹⁸ — Punkt 119-133 i dette forslag til afgørelse.

⁹⁹ — Jf. i denne henseende punkt 134-147 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰⁰ — Jf. i denne henseende f.eks. dom af 16.11.2000, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 82, af 3.7.2003, forenede sager C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., Sml. I, s. 6993, præmis 45, og af 29.4.2004, sag C-111/02 P, Parlamentet mod Reynolds, Sml. I, s. 5475, domskonklusionens punkt 3.

VII — Forslag til afgørelse

152. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- 1) Den af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans afsagte dom af 16. december 2003 i de forenede sager T-5/00 og T-6/00 ophæves.
- 2) Sagen hjemvises til De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans.
- 3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«