

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 8. december 2005¹

I — Indledning

forenede sager T-5/00 og T-6/00³ (herefter »den appellerede dom«).

1. Den foreliggende sag vedrører en kartel-sag 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.

3. TU har nu iværksat appel til Domstolen af denne dom afsagt i første instans⁴. Foruden en række anbringender, hvormed TU i det væsentlige har anført, at der foreligger begrundelsesmangler og en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF, har TU navnlig gjort gældende, at Retten ikke har draget de nødvendige konsekvenser af, at proceduren for Kommissionen varede for længe.

II — Retsforskrifter

2. Kommissionens beslutning af 26. oktober 1999² (herefter »den anfægtede beslutning«) blev fuldt ud opretholdt af Retten i Første Instans ved dom af 16. december 2003 i de

4. Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer: »Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser

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 — FEG har endvidere ligeledes iværksat appel ved Domstolen af samme dom (sag C-105/04 P); jf. i den henseende mit forslag til afgørelse af dags dato.

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 [...]«.

[...]

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

5. Kommission 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«):

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 overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

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

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 virksomhedssammenslutningen 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.

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.

6 — Nederlandse Vereniging van Alleenverteenwoordigers op Elektrotechnisch Gebied.

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 registrede 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 Alleenverteenwoordigers 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. Fabrikanter 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 fabrikanter af elektrisk installationsmateriel og grossister, der var medlem af FEG.«

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

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

7 Den 16. september 1991 tilsendte Kommissionen [FEG] en advarselsskrivelse vedrørende bl.a. det pres, der blev lagt på leverandører af elektrisk installationsmateriel om ikke at levere til CEF, FEG-medlemmernes aftaler om priser

- og rabatter samt omsætningskriteriet for adgang til FEG-medlemskab.
- 8 Den 27. april 1993 udsurgte 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.
- 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. 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.
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. Samtidig fastslog den, at TU deltog aktivt i overtrædelserne. Den dispositive del af den

anfægtede beslutning har bl.a. følgende ord- *Artikel 3*
lyd:

»*Artikel 1*

TU har overtrådt traktatens artikel 81, stk. 1, ved at deltage aktivt i de i artikel 1 og 2 nævnte overtrædelser.

Artikel 4

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.

[...]

2. TU skal straks bringe de i artikel 3 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.

2. TU pålægges en bøde på 2,15 mio. EUR — Subsidiært, fastsættelsen af bødens størrelse annulleres.

[...]«

— Mere subsidiært, den pålagte bødes størrelse nedsættes.

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

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.

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

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

— Principalt, den anfægtede beslutning annulleres¹⁰.

— frifandt Kommissionen og

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.

- pålagde sagsøgerne at betale omkostningerne i de respektive sager.
- Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15. I appelskriftet, indgået til Domstolens Justitskontor den 3. marts 2004, har TU nu nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom af 16. december 2003 i de forenede sager T-5/00 og T-6/00, subsidært i sag T-6/00, ophæves, og Domstolen afgør selv sagen i overensstemmelse med påstanden i andet led, subsidært ophæves dommen og sagen hjemvises til Retten i Første Instans til fornyet afgørelse.

- Den anfægtede beslutning annulleres helt eller delvist, subsidært bestemmes ved fornyet afgørelse, at den Technische Unie pålagte bøde nedsættes

- Kommissionen tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

16. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

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

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

- Appellen afvises i det hele eller forkastes under alle omstændigheder.

- Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå den 22. september 2005 — sammen med sag C-105/04 P — afholdt mundtlig forhandling i sagen.

IV — Andet til fjerde anbringende samt femte anbringendes første og tredje led

19. Med det andet til fjerde anbringende samt det femte anbringendes første og tredje led har TU anfægtet forskellige passager i

den appellerede dom, hvor Retten nærmere behandler Kommissionens konstateringer vedrørende overtrædelserne og varigheden heraf.

pådommes endnu en gang, hvilket ligger uden for Domstolens kompetence¹⁴.

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

22. Det andet til fjerde anbringende samt det femte anbringendes første og tredje led skal undersøges på denne baggrund.

A — Andet anbringende: ingen hensyntagen til diskulperende beviser fra perioden inden meddelelsen af klagepunkter

23. Med det andet anbringende har TU gjort gældende, at Retten har begrundet dommen mangelfuldt og selvmodsigende 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

13 — Jf. dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, 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, Eurocermex mod KHIM, Sml. I, s. 5797, præmis 50.

disse præmisser har Retten behandlet bevisværdien af forskellige skrivelser fra tredje- mand, der var forelagt Kommissionen, og som efter TU's opfattelse talte imod de påstande, der var fremsat i forbindelse med den kollektive eksklusive samhandelsord- ning. Retten har i den henseende konklude- ret, 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.

25. TU har heroverfor gjort gældende, at den appellerede dom *i sig selv* er *selvmodsi- gende*. På den ene side har Retten ikke som diskulperende beviser anerkendt dokumen- ter, som stammede fra perioden efter Kom- missionens advarselsskrivelse, men inden meddelelsen af klagepunkter. Ved bevisbe- dømmelsen er TU således allerede fra advarselsskrivelsen blevet behandlet som en sigtet. På den anden side har Retten imid- lertid endnu ikke betragtet TU som sigtet ved fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for anvendelsen af princippet om en rimelig frist. I denne henseende har Retten først betragtet meddelelsen af klagepunkter som afgørende. De konklusioner, som Retten har draget med hensyn til tidspunktet for advar- selsskrivelsen, er ifølge TU således ikke overbevisende. Retten har anvendt forskel- lige målestokke.

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 TU's appel således antages til realitetsbehandling.

27. I modsætning til hvad TU synes at antage, har vurderingen af dokumenters beviskraft og bedømmelsen af, hvad der er en rimelig frist, imidlertid intet med hinan- den 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 TU, være indholdsmæssigt modstridende.

28. Navnlig medfører den omstændighed, at et bestemt dokument blev udarbejdet *inden* meddelelsen af klagepunkter, ikke nødven- digvis, at dokumentet er et diskulperende bevis. På samme måde gælder, at et doku- ment, som blev udarbejdet *efter* meddelelsen af klagepunkter, heller ikke nødvendigvis er et belastende bevis. Et dokumentets beviskraft skal derimod altid undersøges under hen- syntagen 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 — efter indled- ningen af undersøgelserne og fremsendelsen af advarselsskrivelsen — hvor det allerede var klart, at Kommissionen havde en begyn-

15 — Jf. tillige den appellerede doms præmis 209.

16 — Dom af 7.5.1998, sag C-401/96 P. Somaco mod Kommis- sionen, 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.

dende 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.

har deltaget aktivt såvel i den kollektive eksklusive samhandelsordning mellem FEG og NAVEG (*»gentlemen's agreement«*) som i den samordnede praksis med henblik på at udvide denne til at omfatte virksomheder, der ikke var medlem af NAVEG, og i prisfastsættelsessystemet¹⁷.

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

32. TU har heroverfor i det væsentlige gjort tre argumenter gældende, som samtidig udgør de tre led i dette anbringende.

B — Tredje anbringende: bevisførelse med hensyn til TU's ansvar for de konstaterede overtrædelser

1. TU's deltagelse i den kollektive eksklusive samhandelsordning (det tredje anbringendes første led)

30. Med det tredje anbringende har TU gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retsopfattelse eller i hvert fald givet en uforståelig begrundelse for en del af dommen ved at fastslå, at der var grundlag for at gøre TU ansvarlig for de i den anfægtede beslutnings artikel 1 og 2 konstaterede overtrædelser.

33. Med det tredje anbringendes første led har TU i det væsentlige gjort gældende, at Retten ikke har taget hensyn til flere synspunkter, da den undersøgte, om Kommissionen med rette havde antaget, at TU havde deltaget aktivt i den kollektive eksklusive samhandelsordning.

31. Dette anbringende vedrører den del af den appellerede dom, der har overskriften »Om annullationspåstandene«, og afsnit III deri. Heri har Retten udførligt behandlet det spørgsmål, om TU kan gøres ansvarlig for de i den anfægtede beslutnings artikel 1 og 2 konstaterede overtrædelser af artikel 81, stk. 1, EF. Retten har konkluderet, at Kommissionen med rette har anført, at TU

34. For det første har Retten ifølge TU overset, at de repræsentanter for TU, der var medlem af FEG's bestyrelse, i realiteten ikke var bundet af nogen instrukser og kun

¹⁷ — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 360, 367 og 379.

var forpligtet til at varetage denne sammenslutnings interesser, men ikke TU's interesser; Retten har ikke taget hensyn til FEG's vedtægter og den nederlandske selskabsret. For det andet har Retten ifølge TU med urette antaget, at der mellem FEG og et af sammenslutningens vigtigste medlemmer, TU, på forhånd var i vidt omfang parallelle interesser¹⁸. For det tredje er det forhold, at TU i flere år havde en repræsentant i FEG's bestyrelse og derved deltog i de fleste — om end ikke alle — relevante møder, ikke tilstrækkeligt til at antage, at TU har deltaget personligt og aktivt i den kollektive eksklusive samhandelsordning; der er en tydelig forskel mellem hyppig deltagelse i FEG's ledende organer og direkte deltagelse i udviklingen af FEG's politik. Derudover har TU gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en begrundelsesmangel og en åbenbar fejl, for så vidt som den i den appellerede doms præmis 351 har konstateret, at TU inden for FEG har »spillet en førende rolle [...] vedrørende den kollektive eksklusive samhandelsordning«: Kommissionen anvendte ikke begrebet »førende rolle« i den anfægtede beslutning.

35. Kommissionen har, støttet af CEF, heroverfor anført, at TU's argument ikke kan realitetsbehandles, fordi der dermed alene rejses tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder.

18 — I den anfægtede beslutnings betragtning 69 samt i den appellerede doms præmis 353 tales om »mere eller mindre sammenfaldende« interesser.

36. I realiteten berører TU's argumenter i det væsentlige Rettens vurdering af de konkrete omstændigheder i det foreliggende tilfælde. Dvs. om TU var et af de vigtigste selskaber, der var medlem af FEG, og spillede en førende rolle inden for denne erhvervs-sammenslutning, om TU — uanset gældende vedtægtsmæssige og selskabsretlige bestemmelser — i flere år øvede indflydelse på FEG's ledende personale, og om det kunne antages, at der mellem TU og FEG i vidt omfang var parallelle interesser — alle disse er spørgsmål, som vedrører vurderingen af de faktiske omstændigheder og beviserne, som ikke kan efterprøves af Domstolen under en appelsag¹⁹. I denne henseende kan TU's argument derfor ikke antages til realitetsbehandling²⁰.

37. Ved en nærmere betragtning er TU's argument imidlertid ikke begrænset til blot en kritik af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og i øvrigt heller ikke til blot en gentagelse af de klagepunkter, der blev fremført i første instans²¹. TU har derimod også gjort gældende, at Retten i sin dom ikke har opfyldt lovkravene i forbindelse med beviset for selskabets deltagelse i overtrædelserne af artikel 81, stk. 1, EF og i den henseende i hvert fald ikke har

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

20 — Selv hvis man i øvrigt skulle anse TU's argument vedrørende begrebet »førende rolle« for en påstand om, at der er foretaget en *urigtig gengivelse* af de faktiske omstændigheder, og derfor anse det for at kunne antages til realitetsbehandling, må det under alle omstændigheder anses for ubegrundet. Det af Retten anvendte begreb »førende rolle« er nemlig i det væsentligste ækvivalent med begrebet »en så vigtig rolle [...]«, at den bør behandles særskilt«, som Kommissionen har anvendt i den anfægtede beslutning (jf. i denne henseende den anfægtede beslutnings betragtning 69).

21 — Jf. i denne henseende den appellerede doms præmis 351, hvori Retten ved behandlingen af spørgsmålet om TU's deltagelse i den kollektive eksklusive samhandelsordning tog udgangspunkt i lignende klagepunkter, som TU havde fremført i første instans.

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 en virksomhed har overtrådt traktatens konkurrenceregler, er et retsspørgsmål, som kan forelægges Domstolen i en appelsag.

38. Forstået på denne måde kan det tredje anbringendes første led således antages til realitetsbehandling. Med hensyn til realiteten kan det imidlertid alligevel ikke tages til følge.

39. Retten har nemlig med rette antaget, at medlemmerne af en erhvervssammenslutning ikke automatisk kan gøres ansvarlige for sammenslutningens eventuelle ulovlige adfærd²². Det påhviler derimod Kommissionen at bevise, at et medlem af en erhvervssammenslutning har deltaget aktivt i sammenslutningens ulovlige adfærd og dermed selv har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF.

40. Beviset for en sådan deltagelse kan imidlertid også føres på grundlag af indicier. Domstolen har således udtrykkeligt konstateret, at konkurrencebegrænsende praksis og aftaler i sagens natur ikke sjældent gennem-

føres 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 konkurrencereglerne²³.

41. Navnlig er det ifølge fast retspraksis et tilstrækkeligt bevis for, at en virksomhed har deltaget i et kartel, hvis Kommissionen beviser, at den pågældende virksomhed har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden at den pågældende virksomhed klart havde taget afstand fra disse aftaler. Når deltagelsen i sådanne møder nemlig er blevet bevist, påhviler det virksomheden at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, og herved påvise, at den over for konkurrenterne havde oplyst, at den deltog i møderne med et andet formål end deres²⁴.

22 — Jf. den appellerede doms præmis 355.

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

24 — 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., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 142 såvel som præmis 143 og 144, og Cement-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, navnlig præmis 81, såvel som præmis 82-85, endvidere dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Participazioni, Sml. I, s. 4145, præmis 87 og 96, samt dom af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 155.

42. Med hensyn til møder i bestyrelsen for en sammenslutning, f.eks. en erhvervssammenslutning, kan en virksomhed i givet fald også være indirekte repræsenteret af »sit bestyrelsesmedlem«. Dette kan f.eks. antages at være tilfældet, hvis et medlem af erhvervs-sammenslutningens bestyrelse har en særlig nær relation til den berørte virksomhed, f.eks. fordi han har sin hovedbeskæftigelse i denne virksomhed, kan takke virksomheden for sit mandat i bestyrelsen og i denne — hvis ikke juridisk, så dog faktisk — varetager virksomhedens interesser. Realistisk set kan dette ikke afhænge af, om han officielt er repræsentant for virksomheden, om der foreligger en instruktionsbeføjelse, eller om der for den sags skyld findes bevis for konkrete instrukser fra virksomheden til bestyrelsesmedlemmet.

43. Retten har derfor ikke anlagt en urigtig retsopfattelse ved at acceptere Kommissionens på indicier baserede bevisførelse med hensyn til TU's aktive deltagelse i FEG's kartelovertrædelser. I modsætning til det, TU har påstået, var det heller ikke fejlagtigt at betragte TU-personales deltagelse i FEG's bestyrelsesmøder og den indflydelse på udformningen af FEG's politik, der blev udøvet herved, som en aktiv og ikke kun som en passiv deltagelse i FEG's overtrædelser af konkurrencereglerne. Alt andet er et spørgsmål om vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne i det enkelte tilfælde, som ikke henhører under Domstolens kompetence.

44. Det tredje anbringendes første led skal derfor dels afvises, dels forkastes.

2. Deltagelse i udvidelsen af den kollektive eksklusive samhandelsordning til at omfatte virksomheder uden for NAVEG (det tredje anbringendes andet led)

45. Argumentationen i forbindelse med det tredje anbringendes andet led er i vidt omfang den samme som i forbindelse med det første led. Også med hensyn til udvidelsen af den kollektive eksklusive samhandelsordning til at omfatte virksomheder, der ikke var medlem af NAVEG, har Retten efter TU's opfattelse anlagt en urigtig retsopfattelse eller i hvert fald givet en mangelfuld begrundelse ved at have anset det for godtgjort, at TU deltog aktivt heri. TU har navnlig kritiseret, at Retten har anset følgende omstændigheder for at være afgørende indicier for virksomhedens deltagelse: Den omstændighed, at TU var et af de vigtigste selskaber, der var medlem af FEG, og at TU i flere år kontinuerligt var repræsenteret i FEG's bestyrelse og deltog i udviklingen af FEG's politik uden offentligt at tage afstand derfra. Den blotte omstændighed, at repræsentanter for TU var medlem af FEG's bestyrelse, kan ifølge TU under ingen omstændigheder bevise, at TU har deltaget i overtrædelser efter 1991.

46. Ligesom det tredje anbringendes første led tager dette andet led også i det væsentlige sigte på at rejse tvivl om Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder og beviserne. I denne henseende kan TU's argument derfor ikke antages til realitetsbehandling²⁵.

3. TU's deltagelse i prisfastsættelsessystemet (det tredje anbringendes tredje led)

49. Med det tredje anbringendes tredje led har TU gjort gældende, at Retten med urette har accepteret Kommissionens bevisførelse med hensyn til TU's aktive deltagelse i prisfastsættelsessystemet.

47. For så vidt som TU desuden har ønsket at gøre gældende, at Retten i sin dom ikke har opfyldt lovkravene i forbindelse med beviset for TU's deltagelse i de konstaterede overtrædelser, kan argumentet ganske vist antages til realitetsbehandling, men må med hensyn til realiteten anses for ubegrundet. Som allerede anført, er det nemlig lovligt at anvende indicier²⁶. Blandt sådanne indicier hører i den foreliggende sag navnlig, at TU via selskabet nærtstående personer har deltaget i møder i FEG's bestyrelse og som led heri også har deltaget i udviklingen af FEG's politik, og at dette ubestridt har været tilfældet også efter 1991²⁷.

50. TU har gjort gældende, at virksomheden blot på grund af sit medlemskab af FEG er gjort ansvarlig for denne sammenslutnings bindende vedtagelser om faste priser og publikationer. Efter TU's opfattelse havde det været nødvendigt konkret at bevise virksomhedens aktive deltagelse i sådanne vedtagelser såvel som i FEG's ulovlige adfærd i forbindelse med prisfastsættelsen.

48. Det tredje anbringendes andet led skal dermed ligeledes dels afvises, dels forkastes.

51. Dette argument hviler på en urigtig forståelse af den appellerede dom. Retten har nemlig ikke på nogen måde antaget, at TU i sin egenskab af medlemsvirksomhed automatisk er ansvarlig for erhvervssammen slutningen FEG's ulovlige adfærd. Derimod har Retten udtrykkeligt fremsat bemærkninger vedrørende TU's aktive deltagelse. Den har på den ene side henvist til TU's

25 — Jf. punkt 20 og 36 i dette forslag til afgørelse.

26 — Jf. punkt 40-43 i dette forslag til afgørelse.

27 — Jf. i denne henseende f.eks. den appellerede doms præmis 365.

deltagelse via de medlemmer af FEG's bestyrelse, som var tilknyttet TU²⁸, og på den anden side som en konkret deltagelse i overtrædelsen fremhævet de prisoplysninger, som TU fremsendte til FEG²⁹.

52. Det tredje anbringendes tredje og sidste led skal dermed ligeledes forkastes.

C — Fjerde anbringende: vurdering af varigheden af overtrædelserne af konkurrencereglerne

53. Med det fjerde anbringende har TU gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retsopfattelse, subsidiært givet en mangelfuld begrundelse med hensyn til dens bemærkninger vedrørende varigheden af de konstaterede overtrædelser og deres fortsatte karakter.

54. Dette anbringende vedrører navnlig den appellerede doms præmis 406-413, hvor Retten behandler varigheden af de omtvistede kartelovertrædelser. Retten har i den forbindelse således bekræftet Kommissionens konstateringer og fastslået, at der var tale om ensartede og fortsatte overtrædelser³⁰.

28 — Den appellerede doms præmis 377; jf. desuden punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

29 — Den appellerede doms præmis 378.

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

55. TU har anfægtet dette i de i alt tre led i det fjerde anbringende³¹. For så vidt som TU andre steder i appelskriftet har fremført lignende argumenter, navnlig i det tredje anbringendes andet led³² og i det femte anbringendes første led, behandles disse ligeledes nedenfor.

56. TU har i det væsentlige anført, at den opfattelse, som Retten lagde til grund i sin dom med hensyn overtrædelsernes varighed og fortsatte karakter, er ukorrekt og ikke tager hensyn til den heterogene karakter af navnlig de enkelte elementer af prisfastsættelsessystemet. Ifølge TU var virksomhedens deltagelse i prisfastsættelsessystemet også særdeles minimal.

57. Det er åbenbart, at TU på denne måde hovedsageligt forsøger at få Domstolen til at foretage en fornyet undersøgelse af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. I denne henseende kan TU's argumentation derfor ikke antages til realitetsbehandling³³.

31 — Det fjerde anbringendes første led vedrører varigheden af den kollektive eksklusive samhandelsordning (den anfægtede beslutnings artikel 1), det andet led varigheden af prisfastsættelsessystemet (den anfægtede beslutnings artikel 2) og det tredje led varigheden af TU's deltagelse i begge overtrædelser (den anfægtede beslutnings artikel 3).

32 — Appelskriftets punkt 61.

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

58. TU's kritik er imidlertid ikke begrænset hertil. Derimod har TU fremført yderligere to argumenter, som vedrører de retlige kriterier for vurderingen af overtrædelsernes varighed, som Retten skal tage hensyn til. I denne henseende vedrører argumentet retsspørgsmål og kan derfor antages til realitetsbehandling.

59. For det første har TU anført, at Retten ikke har 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.

60. 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»³⁴, for at de kan betragtes som en enkelt overtrædelse.

61. 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 TU er beskyldt for at have begået, dvs. den kollektive eksklusive samhandelsordning og den samordnede praksis om prisfastsæt-

telse, begge har »samme konkurrencestridige formål«, nemlig »opretholdelse af priserne på et niveau, hvor der ikke er konkurrence«³⁵. 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.

62. TU's argument vedrørende »den samlede plan« og det »samme formål« skal derfor forkastes.

63. For det andet har TU gjort gældende, at Retten med hensyn til overtrædelsernes varighed med urette har accepteret Kommissionens bevisførelse, som udelukkende er baseret på ufuldstændige og indirekte beviser.

64. Som jeg allerede har anført i forbindelse med det tredje anbringende, er en bevisførelse, der er baseret på indicier og sammenfaldende omstændigheder, tilladt i kartelsager³⁶. Det siger sig selv, at de nævnte indicier og sammenfaldende omstændigheder — dvs.

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

35 — Den appellerede doms præmis 342.

36 — Jf. i denne henseende punkt 40 og 41 i dette forslag til afgørelse.

TU-personales kontinuerlige deltagelse i møder i FEG's bestyrelse, også efter 1991 — 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.

procedure, behandles derimod senere i forbindelse med det første anbringende³⁷.

1. Undersøgelsens omfang

65. TU's argument skal derfor også i denne henseende forkastes.

66. TU's fjerde anbringende skal derfor dels afvises, dels forkastes.

68. Når Retten som led i en appel skal undersøge klagepunkter vedrørende en bødes størrelse, hvor Retten har fuld prøvelsesret (artikel 229 EF sammenholdt med artikel 17 i forordning nr. 17), skal jeg bemærke følgende vedrørende undersøgelsens omfang:

D — Det femte anbringendes første og tredje led: betragtninger vedrørende bødens størrelse

67. Med det femte anbringende har TU anfægtet Rettens vurdering vedrørende bødens størrelse. Dette anbringende består af tre led, idet nedenstående bemærkninger er begrænset til det første og det tredje led. Det andet led, som vedrører de mulige virkninger på bødens størrelse af den udstrakte varighed af den administrative

69. Ifølge fast retspraksis tilkommer det ganske vist ikke Domstolen under en appelsag af billighedsgrunde at omgøre Rettens skøn vedrørende størrelsen af en bøde³⁸. Domstolen kan imidlertid efterprøve, om Retten begik en åbenbar fejl eller undlod at overholde proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet³⁹.

37 — Jf. i denne henseende punkt 128-141 i dette forslag til afgørelse.

38 — Dansk Rørinterdommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 245; jf. desuden dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPP 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, og Baustahlge-webe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 129.

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

2. Virkninger af overtrædelsernes varighed på bødens størrelse (det femte anbringendes første led)

konstateringerne vedrørende overtrædelsernes varighed og fortsatte karakter. I denne forbindelse synes Retten ikke at have begået en åbenbar fejl.

70. Med det femte anbringendes første led, som navnlig er rettet mod den appellerede doms præmis 413, har TU gjort gældende, at der ikke blev taget tilstrækkeligt hensyn til overtrædelsernes varighed ved fastsættelsen af bødens størrelse. Kommissionen og Retten har dermed tilsidesat artikel 15 i forordning nr. 17 og de relevante retningslinjer⁴⁰. TU har i denne henseende gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retsopfattelse, subsidært givet en mangelfuld begrundelse.

72. I modsætning til det, TU har påstået, behøvede Retten i forbindelse med sine betragtninger vedrørende bødens størrelse i øvrigt på ingen måde at antage, at TU's deltagelse i prisfastsættelsessystemet kun var af underordnet betydning. Retten har nemlig udtrykkeligt fremsat bemærkninger vedrørende TU's aktive deltagelse i denne overtrædelse og derfor udelukket, at TU blot spillede en »medløber«-rolle⁴². Heller ikke i denne henseende synes Retten derfor at have begået en åbenbar fejl.

71. Ved en nærmere betragtning har TU imidlertid også i dette tilfælde i det væsentlige kritiseret Rettens efter TU's opfattelse mangelfulde *vurdering af varigheden af overtrædelserne og deres fortsatte karakter*. De argumenter, som TU har fremført, er derfor indholdsmæssigt i vidt omfang i overensstemmelse med dem, der blev fremført vedrørende det fjerde anbringende. Som allerede anført i den forbindelse⁴¹, indeholder TU's argument i denne henseende ingen dokumenteret oplysning om, hvilken urigtig retsopfattelse Retten skulle have anlagt. Retten kunne derfor ligeledes basere sin vurdering vedrørende *bødens størrelse* på

73. TU har ikke i øvrigt fremlagt omstændigheder, hvoraf det fremgår, at der skulle foreligge en åbenbar fejl, en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet eller lighedsprincippet.

74. Det femte anbringendes første led skal derfor forkastes.

40 — Meddelelse fra Kommissionen — Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3).

41 — Jf. punkt 53-66 i dette forslag til afgørelse.

42 — Den appellerede doms præmis 415, sammenholdt med præmis 377-379; jf. tillige punkt 51 i dette forslag til afgørelse.

3. Forholdet mellem den bøde, der er pålagt FEG, og den bøde, der er pålagt TU (det femte anbringendes tredje led)

Retten har bestridt, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat.

75. Med det femte anbringendes tredje led har TU gjort gældende, at den bøde, der er pålagt TU, står i misforhold til den bøde, der er pålagt FEG.

79. I denne forbindelse har TU imidlertid undladt at *underbygge*, i hvilken henseende der præcist skulle foreligge en forskelsbehandling mellem TU og FEG, og i hvilken udstrækning Retten ikke har taget hensyn til TU's argument i første instans.

76. For det første har TU, som allerede i forbindelse med det femte anbringendes første led, endnu en gang gjort gældende, at TU's aktive deltagelse i den kollektive eksklusive samhandelsordning var begrænset til perioden indtil den 2. juli 1991 og i øvrigt var af underordnet betydning.

77. Som jeg imidlertid allerede har anført, har Retten uden herved at begå nogen retlig fejl fastslået, at TU's aktive deltagelse varede ved efter 1991 og ikke var begrænset til blot en underordnet »medløber«-rolle⁴³. Retten kunne derfor også lægge dette til grund i forbindelse med sine betragtninger vedrørende bødens størrelse. I denne forbindelse synes Retten ikke at have begået en åbenbar fejl.

78. For det andet har TU specielt anfægtet den appellerede doms præmis 431-434, hvori

80. Blot en forskel med hensyn til den procent af omsætningen, som den bøde, der er pålagt TU, udgør i forhold til den bøde, der er pålagt FEG, begrunder under ingen omstændigheder på forhånd en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet⁴⁴. Som også Retten nemlig med rette har bemærket⁴⁵, er Kommissionen i tilfælde, hvor flere virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, der er involveret i en overtrædelse, pålægges bøder, ikke forpligtet til at fastsætte deres størrelse i nøjagtigt forhold til virksomhedernes respektive omsætning. Tværtimod er der i denne forbindelse en lang række faktorer, der spiller en rolle, og omsætningen må i den forbindelse ikke tillægges uforholdsmæssig stor betydning som vurderingskriterium.

81. På baggrund heraf skal det femte anbringendes tredje led forkastes.

43 — Jf. punkt 51 og 72 i dette forslag til afgørelse.

44 — Jf. i denne henseende tillige Dansk Rørindustri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 243, 315 og 316.

45 — Den appellerede doms præmis 432.

V — Første anbringende samt femte anbringendes andet led: for lang sagsbehandlingstid

82. TU's første anbringende samt det femte anbringendes andet led 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.

83. TU har i det væsentlige gjort gældende, at Retten har tilsidesat EF-retten og EMRK⁴⁶, subsidiært givet en uforståelig begrundelse ved at udtale, at overskridelsen af en rimelig frist ikke kan berettige annullation af Kommissionens beslutning eller en yderligere nedsættelse af bøden.

85. 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 begrunder, 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 kontradiktion⁴⁷.

86. 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.

A — Den appellerede dom

84. Alle tre led i det første anbringende vedrører hovedsagelig den appellerede doms præmis 73-94.

— 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

⁴⁶ — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4.11.1950.

⁴⁷ — Den appellerede doms præmis 73 og 74.

Kommissionen⁴⁸. 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 kontradiktion⁴⁹.

duren ikke har påvirket sagsøgernes ret til kontradiktion⁵².

87. I den appellerede doms præmis 438, som det femte anbringendes andet led navnlig vedrører, har Retten derefter udtalt sig om muligheden for selv at nedsætte den af Kommissionen 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.

- Procedurefasen på 16 måneder *mellem meddelelsen af klagepunkter og høringen af parterne* var efter Rettens opfattelse ikke for lang⁵⁰.

B — Parternes væsentligste argumenter

- Procedurefasen *efter høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning* — i alt 23 måneder — var efter Rettens opfattelse ganske vist for lang⁵¹. Efter en nærmere undersøgelse har Retten imidlertid konkluderet, at længden af denne sidste fase af proce-

88. TU er af den opfattelse, at Retten ved vurderingen af procedurens varighed ikke måtte sondre mellem procedurefaserne inden og efter meddelelsen af klagepunkter. TU har i den henseende henvist til Fællesskabets retsinstitansers praksis, men navnlig til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols⁵³ praksis. På baggrund heraf⁵⁴

48 — Den appellerede doms præmis 77.

49 — Den appellerede doms præmis 78 og 79.

50 — Den appellerede doms præmis 84.

51 — Den appellerede doms præmis 85 og 93.

52 — Den appellerede doms præmis 86-93.

53 — Herefter »Menneskerettighedsdomstolen«.

54 — I sine skriftlige og mundtlige indlæg har TU 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 10.12.1982, Corigliano, serie A, nr. 57, præmis 34.

skal i den foreliggende sag ifølge TU 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 til FEG.

89. TU er af den opfattelse, at Retten allerede på grund af den for lange sagsbehandlingstid skulle have annulleret den anfægtede beslutning. Annullation af den anfægtede beslutning kan ikke gøres betinget af, at retten til kontradiktion er blevet påvirket.

90. I øvrigt har Retten ifølge TU ikke taget hensyn til de vanskeligheder, som TU er blevet stillet over for med hensyn til tilrettelæggelsen af sit forsvar som følge af de langvarige forundersøgelser (første procedurefase). Det har ikke været muligt at fremskaffe relevante dokumenter, og på grund af udskiftninger blandt ledere og andre medarbejdere er det, efterhånden som tiden er gået, blevet stadig vanskeligere at rekonstruere fortidige hændelser og indplacere disse korrekt i deres sammenhæng. TU har des-

uden bestridt, at de overtrædelser, som TU er beskyldt for at have begået, også varede ved efter 1991.

91. Under alle omstændigheder skulle Retten imidlertid have indrømmet TU en yderligere nedsættelse af bødens størrelse i betragtning af, at den administrative procedure varede for længe. Retten har ikke taget hensyn til, at den kun minimale nedsættelse af bødens størrelse i Kommissionens anfægtede beslutning beroede på den antagelse, at ansvaret var delt mellem Kommissionen og de berørte virksomheder⁵⁵. Rettens egen konstatering af, at Kommissionen alene var ansvarlig for, at proceduren varede for længe, burde have fået den til at foretage en yderligere nedsættelse af bødens størrelse.

92. 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 Retten undersøgt procedurens varighed både inden og efter meddelelsen af klagepunkter.

93. Kriterierne i EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis kan efter Kommis-

⁵⁵ — Den anfægtede beslutnings betragtning 152.

sionens 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.

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

C — Vurdering

94. 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 TU's ret til kontradiktion, og i denne henseende med hensyn til længden af alle procedurefaser.

97. 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.

98. Princippet om en rimelig frist er et generelt princip i fællesskabsretten, som er baseret på EMRK's artikel 6, stk. 1⁵⁷, og nu

95. Hvad angår en eventuel nedsættelse af bødens størrelse, er Kommissionen af den opfattelse, at Retten har begrundet den appellerede dom tilstrækkeligt, og at den inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret har konkluderet, at den pålagte bøde var passende.

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.

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.

også indgår i artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁵⁸ (ret til god forvaltning)⁵⁹.

1. Sondring mellem to procedurefaser (det første anbringendes første led)

99. Med det første anbringendes første led har TU gjort gældende, at Retten ved vurderingen af procedurens varighed med urette har sondret mellem to procedurefaser

og først anvendte princippet om en rimelig frist fra meddelelsen af klagepunkter, dvs. i den anden procedurefase.

100. 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.

101. Tilsvarende kan princippet om en rimelig frist også i kartelsager finde anven-

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 Poiare 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, Ringeisen, serie A, nr. 13, præmis 110, af 22.5.1998, Hozee mod Nederlandene, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, præmis 43, og den i fodnote 54 nævnte retspraksis.

delse 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 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.

102. 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.

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

103. 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 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.

104. 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.

64 — Med hensyn til forældelsesfristen i forbindelse med kartelsager jf. hidtil Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26.11.1974 om forældelse 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.

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

106. 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 undersøgelsesne 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.

107. 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.

108. 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

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.

nødvendigt. De kriterier, som efterfølgende skal anvendes ved vurderingen af procedurens varighed, er tilsvarende strengere.

109. TU's argument om, at Retten ved vurderingen af procedurens varighed med urette sondrede mellem to procedurefaser, må derfor forkastes som ubegrundet. TU's kritik med hensyn til, at Retten kun i den anden procedurefase, dvs. efter meddelelsen af klagepunkter, har anvendt princippet om en rimelig frist, kan heller ikke tages til følge. Retten har nemlig udtrykkeligt fastslået, at også Kommissionens forundersøgelser varede for længe i betragtning af en passivitetstidsperiode på over tre år⁷⁰.

110. I det foreliggende tilfælde er det uomtvistet, at den administrative procedure for Kommissionen i de to af Retten påviste perioder⁷¹ — for det første inden meddelelsen af klagepunkter og for det andet mellem høringen af parterne og vedtagelsen af den anfægtede beslutning — varede for længe.

111. Ved en nærmere betragtning er det derfor heller ikke særlig omtvistet, om der måtte sondres mellem to procedurefaser, og *hvordan* procedurens varighed skulle vurde-

res i disse to faser. Spørgsmålet er derimod i sidste instans, hvilke *konsekvenser* der skulle drages af den udstrakte varighed af den administrative procedure. Det skal afklares, om Retten uden herved at begå nogen retlig fejl kunne afgøre, at den anstændighed, at den administrative procedure varede for længe såvel inden som efter meddelelsen af klagepunkter, ikke nødvendigvis måtte medføre hverken en annullation eller en yderligere nedsættelse af bødens størrelse. Disse spørgsmål rejser sig i forbindelse med det første anbringendes andet og tredje led samt det femte anbringendes andet led og bør derfor også behandles i sammenhæng hermed.

2. Forholdet mellem den udstrakte varighed af proceduren og annullation (det første anbringendes andet og tredje led)

112. Det første anbringendes andet og tredje led vedrører spørgsmålet, under hvilke omstændigheder en beslutning fra Kommissionen skal annulleres i tilfælde af, at en administrativ procedure har varet for længe.

a) Annullation kun i tilfælde af, at mulighederne for kontradiktion påvirkes (det første anbringendes andet led)

113. Med det første anbringendes andet led har TU gjort gældende, at Retten har

70 — Den appellerede doms præmis 77.

71 — Jf. i denne henseende punkt 86 i dette forslag til afgørelse.

tilsidesat gældende ret, subsidiært givet en mangelfuld begrundelse, ved ikke uden videre at have annulleret den anfægtede beslutning trods den af Retten konstaterede for lange sagsbehandlingstid.

114. 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 skade⁷².

115. Enhver procedurefejl har imidlertid ikke nødvendigvis de samme konsekvenser⁷³. *Annulation* af en beslutning fra Kommissionen på grund af tilsidesættelse af

de berørtes processuelle rettigheder er derimod kun påkrævet, hvis det må antages, at proceduren ville have ført til et andet resultat^{74 75}, hvis tilsidesættelsen ikke havde foreligget.

116. 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 kontradiktion⁷⁶.

117. 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 kontradiktion⁷⁷. Selv om Domstolen endnu ikke udtrykkeligt har

72 — 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 54, præmis 31.

73 — 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 [...]».

74 — 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.

75 — Jf. blandt mange andre dom af 10.7.1980, sag 30/78, Distillers mod Kommissionen, Sml. s. 2229, præmis 26, vedrørende høring 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.

76 — 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 og 321-323.

77 — 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.

fastslået dette i en *kartelsag*⁷⁸, 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 kontradiktion⁷⁹.

sende erstatning⁸², i givet fald efter anmodning herom.

118. Modsat kan det sluttes, 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 beslutning⁸⁰. I sådanne tilfælde er der imidlertid altid mulighed for at nedsætte bødens størrelse af billighedsgrunde⁸¹ eller at yde en pas-

119. TU's argument om, at den anfægtede beslutning uden videre skulle have været annulleret alene på grund af den for lange sagsbehandlingstid, dvs. uanset om sammenlutningens muligheder for kontradiktion var blevet påvirket eller ej, kan dermed ikke tages til følge. Det første anbringendes andet led må således anses for ubegrundet.

b) Påvirkning af mulighederne for kontradiktion i den foreliggende sag (det første anbringendes tredje led)

120. Det står imidlertid tilbage at undersøge, om Retten i den foreliggende sag uden herved at begå nogen retlig fejl kunne antage, at TU's muligheder for kontradiktion ikke var blevet påvirket. Dette spørgsmål behandles i det første anbringendes tredje led, hvormed TU har gjort gældende, at Retten

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

79 — 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.

80 — 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.

81 — Jf. i denne retning Baustahlgewebe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 48 og 141-143. Jf. tillige punkt 130-146 i dette forslag til afgørelse.

82 — Jf. tillige generaladvokat Mischos forslag til afgørelse, 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.

i denne henseende har anlagt en urigtig retsopfattelse, subsidært givet en mangelfuld begrundelse. TU har i det væsentlige anført, at virksomhedens ret til kontradiktion allerede var blevet påvirket som følge af den udstrakte varighed af den første fase af den administrative procedure, dvs. i perioden mellem de første undersøgelser eller Kommissionens advarselsskrivelse og meddelelsen af klagepunkter. Desuden har TU anført, at Retten ikke har taget hensyn til de konkrete vanskeligheder, som en virksomhed står over for ved forberedelsen af sit forsvar.

nens 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 undersøgelsesernes vellykkede resultat i fare og medvirke til, at proceduren forsinkes og ikke fremskyndes.

121. 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 aktuel⁸³. 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 Kommissio-

122. 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 indflydelse på de berørte virksomheders *muligheder* for kontradiktion.

123. Jo længere tid der forløber mellem de første undersøgelsesforanstaltninger og meddelelsen af klagepunkter, desto mere sandsynligt er det nemlig, at eventuelle diskulperende 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 procedurer⁸⁴. Som TU imidlertid med rette

83 — Jf. i denne henseende fast retspraksis, bl.a. Hercules Chemicals-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 76, præmis 75, og PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 315 og 316.

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

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 dom⁸⁵.

124. 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 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 forsvar⁸⁶.

125. 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«⁸⁷. 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 TU på overbevisende måde havde godtgjort en sådan påvirkning.

126. 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.

127. 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 statuten for Domstolen.

85 — Problemet med udskiftninger i personalet havde TU allerede taget op under sagen i første instans (sag T-6/00) i punkt 213 og 214 i stævningen samt i punkt 235 og 237-239 i replikken, men Retten har ikke med et eneste ord omtalt dette i den appellerede dom, heller ikke indirekte i dommens præmis 86-93.

86 — Den appellerede doms præmis 78 og 79.

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

3. Nedsættelse af bødens størrelse (det første anbringendes første led in fine og det femte anbringendes andet led)

128. Da det første anbringendes tredje led som anført ovenfor allerede medfører, at den appellerede dom skal ophæves i det hele, behandler jeg nedenfor kun subsidært det femte anbringendes andet led samt det første anbringende in fine, som vedrører spørgsmålet om en eventuel nedsættelse af bødens størrelse.

129. Med hensyn til Rettens bemærkninger vedrørende bødens størrelse har TU gjort gældende, at Retten har anlagt en urigtig retsopfattelse, subsidært givet en mangelfuld begrundelse. Efter TU's opfattelse skulle Retten have nedsat bødens størrelse i betragtning af, at den administrative procedure varede for længe. Retten har ifølge TU navnlig ikke taget i betragtning, at den for lange sagsbehandlingstid alene kan tilskrives Kommissionen og ikke, som først antaget af Kommissionen⁸⁸, er delt mellem den og de berørte virksomheder.

130. Som nævnt ovenfor tilkommer det ganske vist ikke Domstolen under en appel-

sag af billighedsgrunde at omgøre Rettens skøn vedrørende størrelsen af en bøde, når Retten har truffet afgørelse under udøvelse af sin fulde prøvelsesret⁸⁹. Domstolen kan imidlertid efterprøve, om Retten begik en åbenbar fejl eller undlod at overholde proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet⁹⁰.

131. 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 størrelse⁹¹.

132. Hvad for det første angår *omfanget af Rettens beføjelser* inden for rammerne af artikel 229 EF, skal det tages i betragtning, at

89 — Jf. i denne henseende den i fodnote 38 nævnte retspraksis samt PVC II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 614.

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

91 — Jf. i samme retning Dansk Rørintustri-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 244 og 303, og Baustahlge-webe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 128.

88 — Den anfægtede beslutning betragtning 152.

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 nævnt⁹² — udgør en tilsidesættelse af en grundlæggende retlighed, hvis de ikke indholdsmæssigt har påvirket Kommissionens beslutning og derfor ikke medfører, at den skal annulleres.

133. 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 for⁹³. I denne henseende har Retten derfor ikke begået en åbenbar fejl.

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

135. Blandt de faktiske omstændigheder, som inden for rammerne af Rettens fulde prøvelsesret var relevante for beslutningen, hørte i den foreliggende sag navnlig Kommissionens 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 passivitetsperiode på over tre år på forundersøgelsesstadiet *inden* meddelelsen af klagepunkter.

136. Selv om Retten i begyndelsen af den appellerede dom har fastslået, at Kommissionen var ansvarlig for, at *begge* faser af den administrative procedure varede for længe⁹⁴, 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 særligt klart af den appellerede doms præmis 436, som indleder Rettens betragtninger vedrørende bødens størrelse. I denne præmis henvises alene til den appellerede doms præmis 85, dvs. til den passage, som vedrører Kommissionens ansvar for den udstrakte varighed af proceduren *efter* meddelelsen af klagepunkter. Derimod mangler enhver henvisning til den appellerede doms præmis 77, hvoraf det fremgår, at Kommis-

92 — Jf. punkt 114-118 i dette forslag til afgørelse.

93 — Jf. den appellerede doms præmis 436.

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

sionen var ansvarlig for den udstrakte varighed af proceduren *inden* meddelelsen af klagepunkter.

137. 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.

138. Selv hvis den appellerede dom — i modsætning til den opfattelse, der er givet udtryk for her⁹⁵ — derfor ikke blev annulleret i det hele allerede på grundlag af det første anbringende, ville den under alle omstændigheder skulle annulleres, for så vidt som Retten har afslået TU'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 statuttens for Domstolen. Domstolen kunne navnlig selv træffe endelig afgørelse om nedsættelsen af den af Kommissionen pålagte bøde⁹⁶.

95 — Jf. i denne henseende mine bemærkninger vedrørende det første anbringende i punkt 120-127 i dette forslag til afgørelse.

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

139. 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 uregelmæssigheder, 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 procedurefaser⁹⁷, 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 TU's processuelle rettigheder.

140. På denne baggrund ville en yderligere nedsættelse af bødens størrelse være begrundet. Der kunne tages udgangspunkt i et beløb på 25 000 EUR, dvs. halvdelen af det beløb, som Domstolen anvendte i Baustahlgewebe-sagen⁹⁸; i den pågældende sag var den bøde, som oprindeligt var pålagt af Kommissionen, nemlig ca. dobbelt så stor som den bøde, der er pålagt TU i den foreliggende sag.

97 — Den anfægtede beslutnings betragtning 151-153.

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

141. 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 beløb på 25 000 EUR, dvs. i alt med 75 000 EUR. Endvidere bør der også tages hensyn til den udstrakte varighed af procedurefasen *efter* meddelelsen af klagepunkter med en yderligere nedsættelse på 25 000 EUR. Herved fremkommer et samlet beløb på 100 000 EUR, hvormed Domstolen vil kunne nedsætte bødens størrelse — på nuværende tidspunkt 2 150 000 EUR.

D — Foreløbig konklusion vedrørende det første anbringende og det femte anbringendes andet led

142. Efter den her foreslåede løsning vedrørende det første anbringendes tredje led⁹⁹ bør den appellerede dom annulleres i det hele og sagen hjemvises til Retten til fornyet behandling.

143. Skulle Domstolen imidlertid — i modsætning til den opfattelse, der er givet udtryk

for her — nå til den konklusion, at dette led i anbringendet ikke er begrundet, bør den under alle omstændigheder ophæve den appellerede dom, for så vidt som TU's påstand om nedsættelse af den pålagte bøde afslås i dommen¹⁰⁰. I dette tilfælde bør Domstolen nedsætte bøden og i øvrigt forkaste appellen.

VI — Sagens omkostninger

144. 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.

145. Da sagen imidlertid efter den her foreslåede løsning vedrørende det første anbringende skal hjemvises til Retten, bør afgørelsen om sagens omkostninger udsættes¹⁰¹.

⁹⁹ — Punkt 120-127 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰⁰ — Jf. i denne henseende bemærkningen vedrørende det første anbringende in fine samt det femte anbringendes andet led i punkt 128-141 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰¹ — 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

146. 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.«