

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

fremsat den 8. juli 2004¹

Indhold

I — Retsforskrifter	I - 5441
A — Artikel 81 EF og forordning nr. 17/62	I - 5441
B — Retningslinjerne for beregningen af bøder	I - 5441
C — Kommissionens meddelelse om virksomheders samarbejdsvilje	I - 5443
II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger	I - 5444
A — De faktiske omstændigheder, der er baggrunden for tvisten	I - 5444
B — Den anfægtede beslutning	I - 5445
C — Retsforhandlinger ved Retten og de appellerede domme	I - 5448
D — Retsforhandlinger ved Domstolen	I - 5453
III — Retlig vurdering	I - 5454
A — Anbringenderne vedrørende beregningsmetoden og bødernes størrelse	I - 5454
1) Ulovlighedsindsigelsen vedrørende retningslinjerne	I - 5454
a) Formaliteten med hensyn til indsigelsen	I - 5454
b) Realiteten med hensyn til indsigelsen	I - 5456
c) Visse særlige aspekter omkring indsigelsen	I - 5459
2) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet	I - 5462

1 — Originalsprog: italiensk.

3) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og om forbud mod tilbagevirkende kraft	I - 5470
a) Tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning	I - 5470
b) Tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft	I - 5473
4) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion	I - 5475
5) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af begrundelsespligten i forbindelse med fastsættelsen af bøden	I - 5476
B — Anbringender vedrørende situationen for de enkelte appellanter	I - 5478
1) Anbringenderne vedrørende en fejlagtig anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF med hensyn til en virksomheds deltagelse i et kartel	I - 5478
2) Anbringenderne vedrørende manglende hensyntagen til formildende og skærpende omstændigheder	I - 5481
3) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelsen af processuelle regler	I - 5485
IV — Sagsomkostningerne	I - 5487
V — Forslag til afgørelse	I - 5487

1. De foreliggende sager vedrører de appelsager, der er iværksat af Dansk Rørindustri A/S, Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH m.fl. (herefter »Isoplus-koncernen«), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH og ABB Asea Brown Boveri Ltd til prøvelse af de domme, Retten i Første Instans afsagde den 20. marts 2002 i sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, i sag T-15/99, Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, i sag T-16/99, Løgstør Rør mod

Kommissionen, i sag T-17/99, KE KELIT mod Kommissionen, i sag T-21/99, Dansk Rørindustri mod Kommissionen, i sag T-23/99, LR AF 1998 mod Kommissionen, og i sag T-31/99, ABB mod Kommissionen (herefter »de appellerede domme«)², hvorved Retten i det væsentlige stadfæstede Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21. oktober 1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (herefter »den anfægtede beslutning«)³.

2 — Hthv. Sml. II, s. 1487, s. 1613, s. 1633, s. 1647, s. 1681, s. 1705 og s. 1881.

3 — EFT 1999 L 24, s. 1.

I — Retsforskrifter

A — Artikel 81 EF og forordning nr. 17/62

2. Som bekendt bestemmer artikel 81 EF:
»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 [...]«

3. Kommissionen kan sanktionere sådanne former for adfærd ved at pålægge de virksomheder, der har udøvet dem, bøder.

4. Artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17/62 (herefter »forordning nr. 17«)⁴ bestemmer:

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virk-

somheder 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 traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86

b) [...]

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

B — Retningslinjerne for beregningen af bøder

5. Med henblik på at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med beslutningerne inden for området udarbejdede Kom-

⁴ — EFT 1959-1962, s. 81.

missionen i 1998 retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og EKSF-traktatens artikel 65, stk. 5 (herefter »retningslinjerne«)⁵.

6. Ifølge den metode, som retningslinjerne indeholder, fastsættes bødens størrelse i det væsentlige efter en model, der består af flere på hinanden følgende etaper.

7. I første omgang fastsætter Kommissionen bødens grundbeløb »på grundlag af overtrædelsens grovhed og dens varighed« (retningslinjernes punkt 1). For så vidt angår spørgsmålet om grovhed klassificeres overtrædelserne i tre kategorier, nemlig »lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser«⁶, idet der skal tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet og det berørte markeds udstrækning. For så vidt angår spørgsmålet om varighed sondres der mellem overtrædelser af kort varighed (under et år), overtrædelser af mellemlang varighed (mellem et og fem år) og overtrædelser af lang varighed (over fem år).

⁵ — EFT 1998 C 9, s. 3.

⁶ — Alt efter overtrædelsens grovhed er der i retningslinjerne fastsat faste beløb, som, i forbindelse med vurderingen af overtrædelsens varighed, udgør grundbeløbet for beregningen af bøden. For »lidet alvorlige« overtrædelser udgør den påregnelige beløbsramme fra 1 000 til 1 mio. ECU, for »alvorlige« overtrædelser fra 1 mio. til 20 mio. ECU og for »meget alvorlige« overtrædelser 20 mio. ECU og derover (retningslinjernes punkt 1 A).

8. Når bødens grundbeløb er fastsat, tager Kommissionen stilling til, om dette beløb skal forhøjes som følge af, at der er tale om skærpende omstændigheder⁷, eller nedsættes i tilfælde af, at der foreligger formildende omstændigheder⁸.

9. I retningslinjernes punkt 5, litra a), er det fastsat:

»Det siger sig selv, at slutresultatet af beregningen af bøden efter denne model (grundbeløb med procentuelle tillæg eller fradrag i tilfælde af skærpende henholdsvis formildende omstændigheder) under ingen omstændigheder må overskride 10% af en

7 — Retningslinjernes punkt 2 bestemmer: »Grundbeløbet kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder, f.eks.:

— hvis en eller flere virksomheder gentager overtrædelser af samme art, hvis en virksomhed afviser enhver form for samarbejde eller endog forsøger at lægge hindringer i vejen for undersøgelsen

— hvis en virksomhed har spillet en førende rolle eller har tilskyndet til overtrædelsen

— hvis andre virksomheder har været udsat for gengældelsesforanstaltninger for at få dem til at »respektere« de ulovlige former for praksis

— hvis det er nødvendigt at forhøje bødebødet for at overskride den given virksomheds fortjeneste som følge af den ulovlige praksis, forudsat at det er objektivt muligt at anslå denne fortjeneste

— andre omstændigheder.«

8 — I så henseende er det i retningslinjernes punkt 3 fastsat: »Grundbeløbet nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder, f.eks.:

— hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle eller en rolle som medløber

— hvis en virksomhed ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler eller ulovlige former for praksis

— hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse)

— hvis der hos en virksomhed har hersket rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden af den konkurrencebegrænsende adfærd

— hvis overtrædelsen skyldes uagtsomhed og ikke er begået forsætligt

— hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren, uden for anvendelsesområdet for meddelelsen af 18.7.1996 om bødefratagelse eller bødenedsættelse

— andre omstændigheder.«

virksomheds verdensomspændende omsætning, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.«

sionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt« (punkt 3).

10. Under overholdelse af grænsen på 10% kan der derefter foretages en yderligere tilpasning af det således beregnede beløb i henhold til retningslinjernes punkt 5, litra b), nemlig på grundlag af Kommissionens vurdering af »visse objektive forhold, såsom den særlige økonomiske kontekst, virksomhedernes eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen [...], de pågældende virksomheders særlige kendetegn og deres reelle betalingsevne i en given social kontekst«.

13. I meddelelsen præciserer Kommissionen, at enhver virksomhed, der ønsker at nyde godt af en favorabel behandling efter meddelelsen, skal »henvende sig til Europa-Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence«. Henvendelsen skal stamme fra en person, der er beføjet til at forpligte virksomheden i så henseende.

C — Kommissionens meddelelse om virksomheders samarbejdsvilje

11. Med henblik på at fremme virksomhedernes samarbejde med Kommissionens tjenestegrene udarbejdede den endvidere i 1996 »meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager« (herefter »samarbejdsmeddelelsen«)⁹.

14. Kommissionen vurderer herefter virksomhedens samarbejdsvillighed på det tidspunkt, hvor den skal udmåle den bøde, der skal pålægges virksomheden.

12. Formålet med samarbejdsmeddelelsen er at angive »betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med Kommis-

15. I praksis kan en virksomheds samarbejde, alt efter det tidspunkt, hvor det har fundet sted, og hvor nyttigt det har været for Kommissionens tjenestegrene, medføre a)

⁹ — EFT C 207, s. 4.

bødefritagelse eller meget betydelig bødenedsættelse¹⁰, b) en meget betydelig bødenedsættelse¹¹ eller c) en væsentlig bødenedsættelse¹².

II — Faktiske omstændigheder og retshandlinger

16. Kommissionen præciserer imidlertid: »En virksomheds samarbejdsvillighed er blot ét af de elementer, som Kommissionen tager hensyn til ved fastsættelsen af bødestørrelsen.« Det præciseres ligeledes, at anvendelsen af samarbejdsmeddelelsens bestemmelser »ikke [berører] Kommissionens muligheder for at indrømme en bødenedsættelse af andre årsager«.

A — De faktiske omstændigheder, der er baggrunden for tvisten

17. I de appellerede domme¹³ er de faktiske omstændigheder, der er baggrunden for tvisten, beskrevet som følger:

10 — I samarbejdsmeddelelsens afsnit B hedder det: »En virksomhed,

a) der gør Kommissionen opmærksom på et hemmeligt kartel, før Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse hos de virksomheder, der deltager i kartellet, og på et tidspunkt, hvor Kommissionen ikke allerede er i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne bevise det pågældende kartels eksistens,

b) der er den første til at forelægge afgørende elementer med henblik på at bevise kartellets eksistens,

c) der har bragt sin deltagelse i den uretmæssige aktivitet til ophør senest på det tidspunkt, hvor den indberetter den til Kommissionen,

d) der forsyner Kommissionen med alle relevante oplysninger samt al dokumentation og alt bevismateriale, som den råder over med hensyn til kartellet, og som opretholder et permanent og fuldstændigt samarbejde under hele undersøgelsen,

e) der ikke har tvunget en anden virksomhed til at deltage i kartellet, og som ikke har været initiativtager til eller spillet en afgørende rolle i den ulovlige aktivitet, indrømmes en nedsættelse på mindst 75% af den bøde, som den ellers ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde valgt at samarbejde med Kommissionen, eller fritages endog helt for denne bøde.«

11 — I samarbejdsmeddelelsens afsnit C præciseres det: »En virksomhed, der opfylder betingelserne i afsnit B, litra b)-e), og som afslører et hemmeligt kartel, efter at Kommissionen ved beslutning har gennemført en kontrolundersøgelse hos de i kartellet deltagende virksomheder, som imidlertid ikke har givet tilstrækkeligt grundlag for at indlede proceduren med henblik på vedtagelse af en beslutning, indrømmes en bødenedsættelse på mellem 50% og 75%.«

12 — Samarbejdsmeddelelsens afsnit D har følgende ordlyd: »1. Hvis en virksomhed samarbejder, uden at alle betingelserne i afsnit B eller C er opfyldt, indrømmes den en nedsættelse på mellem 10% og 50% af den bøde, som den ville være blevet pålagt, hvis den ikke havde samarbejdet. 2. Dette kan navnlig være tilfældet, hvis:

— en virksomhed, inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens

— en virksomhed, efter at have modtaget klagepunktsmeddelelsen, meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de faktiske omstændigheder, som Kommissionen bygger sine indvendinger på.«

»1 [Sagsøgerne er selskaber, som producerer fjernvarmerør].

2 I fjernvarmeanlæg transporteres vandet, som opvarmes centralt, via underjordiske rør til de lokaler, der skal opvarmes. Da det transporterede vands (eller dampens) temperatur er meget høj, skal rørene være isolerede for at sikre en effektiv og sikker distribution. De anvendte rør er præisolerede og består med henblik herpå normalt af et stålør, der ligger inden i et plastrør, og med et lag isoleringsskum mellem de to rør.

13 — Jeg skal gøre opmærksom på, at for så vidt angår beskrivelsen af de faktiske omstændigheder og de øvrige citater fra de appellerede domme vil jeg hovedsagelig — som følge af, at præmisserne i de appellerede domme i det væsentlige er identiske — henvise til en enkelt af dem, nemlig dommen i sag T-23/99, LR AF 1998 mod Kommissionen.

- 3 Der er en betydelig samhandel med fjernvarmerør mellem medlemsstaterne. De største nationale markeder i Den Europæiske Union er Tyskland med 40% af det samlede forbrug i EU og Danmark med 20%. Med 50% af rørproduktionskapaciteten i Den Europæiske Union er Danmark hovedproduktionscentret i EU, hvorfra produktet leveres til alle de øvrige medlemsstater, hvor der anvendes fjernvarme.
- 4 Ved en klage dateret den 18. januar 1995 meddelte den svenske virksomhed Powerpipe AB Kommissionen, at de andre producenter og leverandører af præisolerede rør havde opdelt det europæiske marked inden for rammerne af et kartel, og at de havde taget samordnede skridt til at skade selskabets virksomhed og/eller begrænse dets virksomhed til det svenske marked og/eller helt at [tvinge] selskabet ud af markedet.«
- vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den
- fastslog, at ABB Asea Brown Boveri Ltd, Brugg Rohrsysteme GmbH, Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus-koncernen, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Tecnologie di rivestimento Srl og Tarco Energi A/S havde overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1, idet de havde deltaget »i et kompleks af aftaler og samordnet praksis i den præisolerede rørsektor, der opstod omkring november/december 1990 mellem de fire danske producenter, senere blev udvidet til andre nationale markeder og til at omfatte Pan-Isovit og Henss/Isoplus, og sidst i 1994 udgjorde et omfattende kartel for hele fællesmarkedet« (artikel 1)

B — *Den anfægtede beslutning*

18. Som følge af klagen fra Powerpipe AB indledte Kommissionen en administrativ undersøgelse med henblik på at fastslå, om der var tale om overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF). Efter at have afsluttet undersøgelsen

- pålagde de ovenfor nævnte virksomheder at bringe overtrædelserne til ophør, og »[i] forbindelse med deres virksomhed inden for præisolerede rør [at] afholde[r] [...] sig fremover fra aftaler eller samordnet praksis, der kan have samme virkning eller formål som overtrædelser, herunder enhver form for udveksling af kommercielle oplysninger, hvorved de vil kunne kontrollere, om en eventuel stiltiende eller udtrykkelig

- aftale om markedsdeling, prisfastsættelse eller tilbudsmanipulation i Fællesskabet følges» (artikel 2)
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft
- Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH
- a) ABB Asea Brown Boveri Ltd en bøde på 70 000 000 ECU
- Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen
- b) Brugg Rohrsysteme GmbH en bøde på 925 000 ECU
- Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft MbH — Stille Gesellschaft
- c) Dansk Rørindustri A/S en bøde på 1 475 000 ECU
- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg
- d) Henss/Isoplus-koncernen en bøde på 4 950 000 ECU, for hvilken nedestående selskaber hæfter solidarisk:
- e) KE KELIT Kunststoffwerk GmbH en bøde på 360 000 ECU
- f) Oy KWH Tech AB en bøde på 700 000 ECU
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG
- g) Løgstør Rør A/S en bøde på 8 900 000 ECU

- h) Pan-Isovit GmbH en bøde på 1 500 000 ECU
udtryk for et enkelt kartel, der ganske vist havde sin oprindelse i Danmark, men lige fra starten havde til formål på lang sigt at udvide kontrollen med deltagerne til hele det europæiske marked. Denne konkurrencebe-grænsende adfærd havde været til betydelig skade for handelen mellem medlemsstaterne.
- i) Sigma Technologie di rivestimento Srl en bøde på 400 000 ECU
- j) Tarco Energi A/S en bøde på 3 000 000 ECU.

19. I beslutningens begrundelse fastslog Kommissionen, at der siden udgangen af 1990 havde foreligget en række aftaler og former for samordnet praksis, der var i strid med artikel 81 EF, og som appellanterne havde deltaget i. De var oprindeligt begrænset til kun at omfatte det danske marked (herefter »det danske kartel«), men blev siden udvidet til at omfatte hele det europæiske marked (herefter »det europæiske kartel«) for fjernvarmerør. Formålet var i det væsentlige a) at opdele det europæiske marked mellem de forskellige producenter på grundlag af en kvoteordning, b) at tvinge den eneste direkte konkurrent (Powerpipe AB), der ikke deltog i kartellet, ud af markedet, c) at fastsætte priserne på produkterne, d) at tildele projekterne til på forhånd udpegede producenter og e) at manipulere tilbuddene (betragtning 28-127 til beslutningen).

20. Kommissionen understregede endvidere, at det danske og det europæiske kartel var

21. For så vidt angår det mere relevante aspekt, der skal behandles i de foreliggende sager, dvs. beregningen af de bøder, der blev pålagt selskaberne, fastslog Kommissionen, at de former for adfærd, som de ovenfor nævnte virksomheder havde udvist på det europæiske marked for fjernvarmerør, opfyldte betingelserne for at udgøre en meget alvorlig overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og begrundede, at hver enkelt virksomhed blev pålagt en bøde med et grundbeløb på 20 mio. ECU (betragtning 165 til den anfægtede beslutning).

22. Efter at have fastsat grundbeløbet alene på grund af den påtalte overtrædelses grovhed foretog Kommissionen en vurdering af hver enkelt virksomheds størrelse og følgelig af hver enkelt virksomheds ulovlige adfærds reelle indvirkning på konkurrencen med henblik på a) at tilpasse bøden ud fra de deltagende virksomheders økonomiske mulighed for at skade konkurrencen væsentligt og b) at sikre, at bøden har en tilstrækkeligt afskrækkende virkning.

23. Kommissionen inddelte herved virksomhederne i fire kategorier på grundlag af deres betydning på det relevante marked i EF. For hver enkelt kategori fastsatte Kommissionen forskellige grundbeløb. For den første gruppe, som bestod af ABB, fastsatte Kommissionen et fast grundbeløb på 20 mio. ECU, for den anden gruppe, som bestod af Løgstør, et beløb på 10 mio. ECU, for den tredje gruppe, som bestod af Tarco, Starpipe, Henss/Isoplus og Pan-Isovit, et beløb på 5 mio. ECU, og for den fjerde gruppe, som bestod af Brugg, KWH, KE KELIT og Sigma, et beløb på 1 mio. ECU.

24. Herefter fastsatte Kommissionen for hver enkelt af de pågældende virksomheder bøden under hensyntagen til, a) hvor længe virksomheden havde deltaget i kartellet, og b) om der eventuelt forelå skærpende eller formildende omstændigheder. Såfremt den således beregnede bøde måtte overstige 10% af den pågældende virksomheds verdensomspændende omsætning, nedsatte Kommissionen bøden, således at den ikke oversteg denne tærskel (betragtning 167 til den anfægtede beslutning).

25. Endelig anvendte Kommissionen, alt efter den konkrete sag, de nedsættelser, der er fastsat i samarbejdsmeddelelsen (betragtning 166 til den anfægtede beslutning).

C — Retsforhandlinger ved Retten og de appellerede domme

26. Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor mellem den 18. og 25. januar 1999 anlagde selskaberne Brugg Rohrsysteme, Løgstør Rør, KE KELIT Kunststoffwerk, Dansk Rørindustri, LR AF 1998, Sigma Technologie di rivestimento, ABB Asea Brown Boveri, HFB Holding KG, HFB Holding GmbH, Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus GmbH sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning, subsidiært om nedsættelse af de bøder, Kommissionen havde pålagt.

27. Hvert enkelt af de pågældende selskaber fremkom med indsigelser med hensyn til deres egen konkrete situation. Alle fremførte de imidlertid på forskelligt grundlag under henvisning til proceduren med fastsættelse af bøderne en række anbringender om, a) at retningslinjerne er retsstridige, b) at proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet var tilsidesat, c) at princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft og om beskyttelse af den berettigede forventning var tilsidesat, d) at deres ret til kontradiktion var tilsidesat, og om e) begrundelsen for den anfægtede beslutning.

28. Jeg vil her sammenfatte, hvorledes Retten tog stilling til de pågældende anbringender, men ikke uden først at gøre opmærksom på, at Retten i de foreliggende sager fandt det utvivlsomt, at Kommissionen havde udmålt den bøde, den havde pålagt virksomhederne, i overensstemmelse med den generelle metode for beregningen af bøder, der er opstillet i retningslinjerne.

29. a) Jeg skal herefter minde om, at Retten først og fremmest tog stilling til den ulovlighedsindsigelse vedrørende retningslinjerne, som visse af virksomhederne havde fremført i henhold til artikel 241 EF.

30. Efter virksomhedernes opfattelse har Kommissionen i de nævnte retningslinjer fastsat så høje grundbeløb for beregningen af bøderne, at den har ophævet den skønsmargen, den er tillagt i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17, og hvorefter den kan fastsætte de pågældende bøder under hensyntagen til alle relevante faktorer, herunder eventuelle formildende omstændigheder.

31. Jeg skal i den forbindelse nævne, at selv om Retten anerkendte, at Kommissionen havde anvendt en metode til beregning af bøderne, som ikke fuldt ud var baseret på de berørte virksomheders omsætning, afviste Retten imidlertid, at Kommissionen ikke havde holdt sig inden for rammerne af fortolkningen af den nævnte artikel 15. Retten anførte således, at »det ikke [påhviler] Kommissionen, når den udmåler bøderne under hensyntagen til den pågældende overtrædelses grovhed og varighed, at foretage bødeberegningen på grundlag af beløb, der er baseret på de pågældende virksomheders omsætning, ligesom det heller ikke, når flere virksomheder, der er involveret i samme overtrædelse, pålægges bøder, påhviler den at sikre, at de endelige bøder, som dens beregninger resulterer i for de berørte virksomheder, afspejler alle forskelle mellem disse i henseende til deres samlede omsætning eller deres omsætning på markedet for

det relevante produkt. Der skal i den forbindelse henvises til fast retspraksis, hvorefter overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række særlige forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning [...]. Det fremgår således af retspraksis, at Kommissionen er berettiget til at beregne en bøde under hensyntagen til overtrædelsens grovhed og uden at tage hensyn til de berørte virksomheders respektive omsætning»¹⁴.

32. Retten fastslog dernæst, at »[i] modsætning til, hvad sagsøger[ne] gør gældende, går retningslinjerne ikke ud over, hvad der bestemmes i forordning nr. 17 [...]. Det skal i så henseende bemærkes, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, med bestemmelsen om, at Kommissionen kan pålægge bøder med et beløb på op til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, faktisk kræver, at den bøde, som en virksomhed endelig pålægges, nedsættes, såfremt den overstiger 10% af virksomhedens omsætning, uden hensyn til de mellemregninger, hvorved der tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. Følgelig er artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke til hinder for, at Kommissionen ved beregningen som mellemresultat anvender et beløb, der overstiger 10% af den pågældende virksomheds omsætning, forudsat at det bødebeløb, der

14 — Præmis 278-281 i den appellerede dom.

endeligt pålægges denne virksomhed, ikke overstiger dette maksimum. Dette er i øvrigt også indholdet af retningslinjerne, for så vidt som de bestemmer, at »slutresultatet af beregningen af bøden efter denne model (grundbeløb med procentuelle tillæg og fradrag i tilfælde af skærpene henholdsvis formildende omstændigheder) under ingen omstændigheder må overstige 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17«. I et tilfælde, hvor Kommissionen ved beregningen som mellemresultat anvender et beløb, der overstiger 10% af den pågældende virksomheds omsætning, kan den ikke kritiseres for, at visse faktorer, der er taget i betragtning ved beregningen, ikke har påvirket bødens endelige størrelse, da dette er følgen af forbuddet i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 mod at overstige 10% af den pågældende virksomheds omsætning«¹⁵.

33. b) Retten fastslog desuden, at Kommissionen ved udmålingen af bøderne ikke havde tilsidesat proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

34. Retten bemærkede i den forbindelse, at »[ved fastsættelsen af grundbeløbene for hver enkelt kategori] har Kommissionen som svar på et spørgsmål stillet af Retten

forklaret, at disse beløb er udtryk for de enkelte virksomheders betydning på markedet for præisolerede rør, når henses til deres størrelse og vægt i forhold til ABB og inden for rammerne af kartellet. I dette øjemed har Kommissionen ikke alene taget hensyn til deres omsætning på det pågældende marked, men også til den relative betydning, som deltagerne i kartellet tillagde den enkelte deltager [...] På denne baggrund og når henses til samtlige relevante faktorer, der er blevet taget i betragtning ved fastsættelsen af de specifikke udgangspunkter, må forskellen mellem det udgangspunkt, der blev anvendt for sagsøger[ne] på den ene side, og det udgangspunkt, der blev anvendt for ABB på den anden side, anses for at være objektivt begrundet. Da det ikke påhviler Kommissionen at sikre, at de endelige bødebeløb, som dens beregninger resulterer i for de berørte virksomheder, afspejler enhver forskel mellem disse med hensyn til deres omsætning, kan sagsøger[ne] ikke kritisere Kommissionen, fordi der for [dem] blev fastsat et udgangspunkt, som førte til en endelig bøde, der i procent af virksomhedens samlede omsætning var større end ABB's bøde«¹⁶.

35. c) Retten forkastede endvidere det anbringende vedrørende tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft, som parterne havde fremført på grundlag af, at retningslinjerne var blevet anvendt på former for adfærd, som virksomhederne havde udvist forud for ikrafttrædelsen af retningslinjerne.

¹⁵ — Præmis 286-290 i den appellerede dom.

¹⁶ — Præmis 295-298 i den appellerede dom.

36. Retten fastslog, at det pågældende princip dels hører til de almindelige retsgrundsatninger, som Fællesskabets retsinstanser skal beskytte, dels kræver, at »de sanktioner, der pålægges en virksomhed på grund af en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal svare til dem, der var foreskrevet på det tidspunkt, da overtrædelsen blev begået«¹⁷.

37. Retten fastslog imidlertid, at anvendelsen af retningslinjerne ved beregningen af bøderne ikke udgjorde en tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft, eftersom retningslinjerne ikke kunne antages at gå ud over den retlige ramme for sanktionerne, således som denne er fastsat i artikel 15 i forordning nr. 17.

38. Ifølge denne artikel skal Kommissionen ved fastsættelsen af størrelsen af bøden som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne tage hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed. Det således fastsatte beløb kan under ingen omstændigheder overstige 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen.

39. Retten tilføjede, at også retningslinjerne pålægger Kommissionen at fastsætte grund-

beløbet for sanktionen på grundlag af overtrædelsens grovhed og varighed. Endvidere må det således beregnede beløb i henhold til retningslinjerne under ingen omstændigheder overskride 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning. Heraf følger efter Rettens opfattelse, at »efter den i retningslinjerne angivne metode sker beregningen af bødebeløbene stadig på grundlag af de to kriterier, der nævnes i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, dvs. overtrædelsens grovhed og varighed, med forbehold for det maksimum, der ved den samme bestemmelse er fastsat i forhold til den enkelte virksomheds omsætning«¹⁸.

40. For så vidt dernæst angik den påståede overtrædelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning fastslog Retten, at »med hensyn til fastsættelsen af bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne udøver Kommissionen sine beføjelser inden for rammerne af den skønsmargen, der er tillagt den ved forordning nr. 17. Det er herved fast retspraksis, at de erhvervsdrivende ikke kan have nogen berettiget forventning om opretholdelsen af en bestående situation, der kan ændres inden for rammerne af fællesskabsinstitutionernes skøn [...]. Kommissionen har tværtimod ret til at forhøje det generelle bødeniveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrence-

17 — Præmis 221 i den appellerede dom.

18 — Præmis 231 i den appellerede dom.

politik [...] Følgelig kan virksomheder, der er inddraget i en administrativ procedure, der kan føre til en bøde, ikke have en berettiget forventning om, at Kommissionen ikke vil overskride det tidligere anvendte bødeniveau»¹⁹.

41. d) Med hensyn til den påståede overtrædelse af virksomhedernes ret til kontradiktion bemærkede Retten, at »Kommissionen [...] i meddelelsen af klagepunkter [har] angivet grundene til, at den fandt, at den foreliggende overtrædelse var en meget alvorlig overtrædelse, samt angivet de forhold, der udgjorde skærpende omstændigheder, nemlig manipulationerne med licitationsprocedurerne, den aggressive gennemførelse af kartellet for at sikre, at deltagere rettede sig efter aftalerne, og for at udelukke den eneste konkurrent af betydning, der ikke deltog i det, samt den omstændighed, at overtrædelsen blev fortsat efter kontrolundersøgelserne. På samme sted præciserede Kommissionen, at den ved fastsættelsen af den bøde, der skulle pålægges den enkelte virksomhed individuelt, navnlig ville tage hensyn til den rolle, som hver enkelt [virksomhed] havde spillet i den konkurrencebegrænsende praksis, til enhver væsentlig forskel vedrørende varigheden af deres deltagelse, til deres betydning inden for fjernvarmeindustrien, til deres omsætning inden for fjernvarmesektoren, til deres samlede omsætning, således at der i givet fald kunne tages hensyn til den pågældende virksomheds størrelse og økonomiske styrke og sikres en tilstrækkelig afskrækkende virkning, og endelig til enhver formildende omstændighed [...]. Kommissionen har dermed i meddelelsen af klagepunkter angivet de faktiske og retlige omstændigheder, som

den ville støtte sig på ved beregningen af den bøde, sagsøger[ne] skulle pålægges, hvorfor virksomheder[n]e[s] ret til at blive hørt er blevet behørigt overholdt på dette punkt. Det bemærkes, at Kommissionen ikke — når den havde angivet de faktiske og retlige omstændigheder, som den ville lægge til grund for bødeberegningen — var forpligtet til nærmere at angive, hvorledes den ville anvende hver enkelt af disse omstændigheder ved fastlæggelsen af bødeniveauet. Kommissionen ville nemlig på utilladelig vis foregribe beslutningen, hvis den gav oplysninger om størrelsen af de påtænkte bøder, inden virksomhederne havde haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til de klagepunkter, der blev gjort gældende mod dem [...]. Følgelig påhvilede det heller ikke Kommissionen under den administrative procedure at underrette de berørte virksomheder om, at den ville anvende en ny metode for beregning af bødernes størrelse»²⁰.

42. e) Endelig forkastede Retten det anbringende, som flere af virksomhederne havde fremført, og hvorefter Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke i tilstrækkeligt omfang havde begrundet den metode, den havde anvendt ved fastsættelsen af bødernes størrelse.

43. Ifølge en del af appellanterne har Kommissionen således ikke forklaret, hvorfor

19 — Præmis 241-243 i den appellerede dom.

20 — Præmis 202-207 i den appellerede dom.

bøderne blev fastsat på grundlag af grundbeløb, der var udtrykt i absolutte beløb, uden hensyntagen til virksomhedernes omsætning, og som var højere end det i henhold til bestemmelserne lovlige maksimum.

Sigma Technologie di rivestimento²⁴, og ABB Asea Brown Boveri²⁵, d) mens Retten i øvrigt stadfæstede den anfægtede beslutning.

D — Retsforhandlinger ved Domstolen

44. Retten forkastede dette anbringende, idet den bemærkede, at den anfægtede beslutning indeholdt »relevante og tilstrækkelige oplysninger om de hensyn, der er lagt til grund ved bedømmelsen af grovheden og varigheden af den overtrædelse, der er begået af sagsøger[ne]«²¹, og at »Kommissionen [under disse omstændigheder] ikke [kan] kritiseres for ikke at have givet en mere detaljeret begrundelse for størrelsen af grundbeløbet og af det endelige beløb for den bøde, sagsøger[ne] blev pålagt«²².

45. Herefter og efter at have undersøgt den særlige situation for de enkelte virksomheder a) stadfæstede Retten i de appellerede domme i det væsentlige den vurdering af overtrædelsen, Kommissionen havde foretaget i den anfægtede beslutning, b) annullerede Retten beslutningen for så vidt angik HFB Holding KG og HFB Holding GmbH²³, c) nedsatte Retten den bøde, der var pålagt

46. Ved appelskrifter indleveret mellem den 21. maj 2002 og den 7. juni 2002 har Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH og ABB Asea Brown Boveri Ltd (herefter under ét »appellanterne«) i det væsentlige nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver Rettens domme og selv træffer afgørelse, eller, subsidiært, om, at Domstolen ophæver dommene og hjemviser sagerne til Retten, eller, mere subsidiært, om, at de bøder, der er pålagt appellanterne, nedsættes. Appellanterne har endvidere nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne for Retten og for Domstolen.

47. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellerne forkastes, og om, at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

21 — Præmis 383 i den appellerede dom.

22 — Præmis 384 i den appellerede dom.

23 — Retten fastslog således, at HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG og HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft endnu ikke bestod på det tidspunkt, hvor den omtvistede overtrædelse fandt sted.

24 — Retten nedsatte den bøde, der var pålagt Sigma, til 300 000 ECU, idet den bemærkede, at Sigma kun drev virksomhed på det italienske marked og ikke på hele fællesmarkedet.

25 — Retten nedsatte den bøde, der var pålagt ABB Asea Brown Boveri, til 65 000 000 ECU, idet den bemærkede, at ABB ikke havde bestridt sin deltagelse i aftalen og havde samarbejdet med Kommissionen, idet ABB havde tilstillet den beviser for kartellet efter at have modtaget meddelelsen af klagepunkter.

III — Retlig vurdering

48. Jeg vil først behandle de generelle anbringender, som alle eller en del af appellerne har fremført, og som vedrører den metode til beregning af bøderne, Kommissionen har fulgt (A), og derefter tage stilling til de særlige anbringender vedrørende specielle forhold for de enkelte appeller (B).

A — Anbringenderne vedrørende beregningsmetoden og bødernes størrelse

49. Jeg vil behandle disse anbringender i samme rækkefølge som den, jeg tidligere har fulgt.

1) Ulovlighedsindsigelsen vedrørende retningslinjerne

50. Som allerede nævnt har alle appellerne på forskelligt grundlag fremført anbringender, hvorved de rejser kritik af Rettens konklusion, hvorefter den metode til beregning af bøderne, som Kommissionen har fulgt, ikke er i strid med proportionalitetsprincippet og/eller ligebehandlingsprincippet og heller ikke med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

51. Navnlig har Retten ifølge flere af appellerne gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at finde, at Kommissionen med vedtagelsen af retningslinjerne ikke er gået ud over den retlige ramme, der er fastlagt ved artikel 15 i forordning nr. 17, således som denne er fortolket i Domstolens faste praksis, og at Kommissionen således ikke har overskredet grænserne for sit skøn.

52. Efter deres opfattelse har retningslinjerne tværtimod i væsentlig grad ændret gældende ret, uden at Rådet har bemyndiget Kommissionen til at vedtage nye regler.

53. Heraf følger, at Retten efter disse appellants opfattelse har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse derved, at den ikke har taget ulovlighedsindsigelsen vedrørende retningslinjerne til følge, for så vidt som der herved er tale om den retsakt, der er grundlaget for beregningen af de omtvistede bøder.

a) Formaliteten med hensyn til indsigelsen

54. Inden jeg behandler realiteten med hensyn til disse anbringender, må det spørgsmål rejses, om en retsakt, som formelt er uden bindende karakter, som det netop er tilfældet med hensyn til retningslinjerne, kan være genstand for en ulovlighedsindsigelse i henhold til artikel 241 EF.

55. Som bekendt omhandler den nævnte bestemmelse muligheden for gennem en indsigelse at påberåbe sig, at en retsakt er ulovlig, udelukkende i tilfælde af »en retstvist, der angår en *forordning* udstedt af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, af Rådet, af Kommissionen eller af ECB«.

56. Med dommen i sagen Simmenthal mod Kommissionen²⁶ udvidede Domstolen imidlertid anvendelsesområdet for indsigelsen til at omfatte alle »retsakter fra institutionerne, som, uanset at de ikke har form af en forordning, alligevel har tilsvarende retsvirkninger«, dvs. generelle retsakter, som netop af den grund ikke kan anfægtes umiddelbart af private på grundlag af artikel 230 EF.

57. Domstolen har imidlertid præciseret, at der skal være en snæver sammenhæng mellem den anfægtede retsakt og den, hvis ulovlighed påberåbes gennem en indsigelse. Sidstnævnte retsakt skal »finde anvendelse, direkte eller indirekte, på de omtvistede faktiske forhold«²⁷, og der skal være »en direkte retlig sammenhæng« mellem den anfægtede individuelle beslutning og den generelle retsakt²⁸.

58. Efter min opfattelse opfylder retningslinjerne disse betingelser.

59. Det er således ubestrideligt, at retningslinjerne har generel rækkevidde, idet de finder anvendelse på objektivt fastsatte situationer og afføder retsvirkninger for persongrupper, der er beskrevet generelt og abstrakt²⁹. Selv om retningslinjerne ikke formelt har bindende virkning, opstiller de desuden principper og regler, som Kommissionen har pålagt sig selv at følge med henblik på beregningen af bøder i medfør af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Domstolen har i sin praksis imidlertid haft lejlighed til at fastslå, at i sådanne tilfælde kan Kommissionen ikke efter forgodtbefindende fravige regler, den har pålagt sig selv³⁰. Sådanne regler, hvis formål er at præcisere de kriterier, som en institution påtænker at anvende under udøvelsen af sin egen skønsmæssige, kan netop afføde retsvirkninger.

60. Det kan heller ikke med føje gøres gældende, at retningslinjerne kun har intern værdi og derfor ikke har til formål at afføde retsvirkninger over for tredjemand.

26 — Domstolens dom af 6.3.1979, sag 92/78, Sml. s. 777, præmis 40.

27 — Domstolens dom af 13.7.1966, sag 32/65, Italien mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 293, org.ref.: Rec. s. 563.

28 — Domstolens dom af 31.3.1965, sag 21/64, Macchiorlatti Dalmas e Figli mod Den Høje Myndighed, Sml. 1965-1968, s. 43, org.ref.: Rec. s. 227, på s. 238, og af 10.6.1986, forenede sager 81/85 og 119/85, Usinor mod Kommissionen, Sml. s. 1777, præmis 13.

29 — Domstolens dom af 18.3.1975, forenede sager 44/74, 46/74 og 49/74, Acton m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 383, præmis 7, og af 14.2.1989, sag 206/87, Lefebvre Frère et Sœur mod Kommissionen, Sml. s. 275, præmis 13.

30 — Domstolens dom af 30.1.1974, sag 148/73, Louwage mod Kommissionen, Sml. s. 81, præmis 12.

61. Det fremgår således af retningslinjerne, at Kommissionen er forpligtet til at følge nærmere angivne etaper under proceduren for beregningen af bøderne, og navnlig at fastslå, om der i relation til virksomhederne foreligger nærmere angivne formildende eller skærpende omstændigheder. Til denne forpligtelse må der nødvendigvis svare et krav fra de berørte virksomheder på, at Kommissionen faktisk og konkret udviser en adfærd, der er i overensstemmelse med retningslinjerne.

62. Dette resultat er fuldt ud i tråd med Fællesskabets retsinstitansers praksis, hvorefter retsakter, der kun har intern værdi for en institution, ikke er egnet til at afføde retsvirkninger over for tredjemand. Dette er imidlertid ikke tilfældet for så vidt angår retsakter fra Kommissionen, som f.eks. »adfærdskodekser«³¹ eller »interne tjenesteinstrukser«³², hvorefter der netop til de forpligtelser, der påhviler Kommissionens tjenestegrene og ansatte, svarer rettigheder for medlemsstaterne eller for de erhvervsdrivende.

63. Det må herefter også fastslås, at det er ubestrideligt, således som Retten korrekt har bemærket, at Kommissionen har fastsat bødebeløbene under omhyggelig overholdelse af den beregningsmetode, der er fastsat i retningslinjerne. Heraf følger, at selv om retningslinjerne ikke formelt udgør hjemme-

len for de anfægtede beslutninger (hjemme-
len er derimod artikel 3 og 15 i forordning nr. 17), er der en umiddelbar sammenhæng mellem de anfægtede beslutninger og den generelle retsakt, som er genstand for ulovlighedsindsigelsen.

64. Efter min opfattelse må ulovlighedsindsigelsen derfor fremmes til realitetsbehandling.

b) Realiteten med hensyn til indsigelsen

65. For så vidt angår realiteten med hensyn til indsigelsen skal jeg endnu en gang minde om, at flere appellanter har gjort gældende, at for så vidt som den nye beregningsmetode, der er indført ved retningslinjerne, er baseret på faste beløb, der er fastsat uden hensyn-
tagen til de berørte virksomheders omsætning og endvidere hjemler mulighed for, at Kommissionen kan overskride grænsen på 10% under beregningen af bøden, sikrer den nye metode ikke en korrekt »personalisering« af sanktionen på grundlag af alle relevante faktorer og omstændigheder. Navnlig giver den nye metode ifølge disse appellanter ikke længere Kommissionen mulighed for at tage passende hensyn til virksomhedernes størrelse og den rolle, hver enkelt af dem har spillet inden for et kartel.

31 — Dom af 13.11.1991, sag C-303/90, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 5315.

32 — Dom af 9.10.1990, sag C-366/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3571.

66. I den sammenhæng skal jeg navnlig påpege, at Kommissionen hverken i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17 eller i henhold til Domstolens praksis er forpligtet til at anvende en specifik beregningsmetode under proceduren med fastsættelse af bødernes størrelse. Som jeg har belyst ovenfor, fastsætter artikel 15 i forordning nr. 17 kun et maksimum med hensyn til udmålingen af bøden og desuden visse kriterier for vurderingen af overtrædelsen.

67. Der skal således tages stilling til, om retningslinjerne ligger inden for disse grænser, når henses til, at de har til formål at fastsætte en ramme for den vide sanktionsbeføjelse, som Kommissionen har på området.

68. I den forbindelse skal jeg bemærke, at jeg er enig med Retten i, at også efter vedtagelsen af retningslinjerne skal beregningen af bøderne udtrykkeligt foretages på grundlag af de eneste to kriterier, der er opstillet i artikel 15 i forordning nr. 17, dvs. overtrædelsens grovhed og varighed, ligesom beregningen for så vidt angår det endelige beløb fortsat er undergivet betingelsen om det maksimum på 10% af virksomhedens verdensomspændende omsætning, der er fastsat i samme bestemmelse [punkt 5, litra a)].

69. For så vidt angår det første aspekt er jeg også her enig med Retten i, at ifølge fast retspraksis råder Kommissionen over et

særligt vidt skøn med hensyn til valget af, hvilke omstændigheder der skal tages i betragtning med henblik på anvendelsen af de nævnte kriterier. Domstolen har således bemærket, at »overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, *uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning*«³³. Disse mange forhold, der indgår i vurderingen af overtrædelsen, omfatter bl.a. antallet og værdien af de varer, som overtrædelsen omfatter, størrelsen og den økonomiske styrke af de virksomheder, der har deltaget i overtrædelsen, og spørgsmålet om, i hvor høj grad de kan påvirke markedet, hver enkelt af de pågældende virksomheders adfærd, den rolle, hver enkelt af dem har spillet ved gennemførelsen af overtrædelsen, den fortjeneste, de har haft som følge af sådanne former for konkurrencebegrænsende praksis, den økonomiske og retlige sammenhæng, overtrædelsen indgår i, osv.³⁴.

70. Navnlig skal jeg bemærke, at for så vidt angår spørgsmålet om hensyntagen til virksomhedens omsætning har Domstolen i den vigtige dom i sagen *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, som såvel appellanterne som Kommissionen i vidt omfang har henvist til, præciseret, at »det på den ene side [er] rimeligt ved

33 — Dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, *Ferriere Nord* mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33. Min fremhævelse.

34 — Jf. navnlig dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, og af 9.11.1983, sag 322/81, *Michelin* mod Kommissionen, Sml. s. 3461.

fastsættelsen af bøden at tage hensyn til virksomhedens samlede omsætning [...] dels til den del af omsætningen, som vedrører de varer, som er genstand for overtrædelsen«, og at »der ikke skal tillægges et enkelt af disse momenter urimelig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer«³⁵.

71. Selv om omsætningen udgør et nyttigt og relevant indicium for virksomhedens økonomiske styrke (den samlede omsætning) samt for indvirkningen på konkurrencen af de former for adfærd, virksomheden har udvist (omsætningen på det relevante marked), er omsætningen således »kun« en blandt mange vurderingskriterier, Kommissionen kan lægge til grund.

72. Som Retten og Kommissionen med rette har bemærket, er retningslinjerne i hvert fald ikke til hinder for, at der på forskellige tidspunkter af proceduren for beregning af bøden også tages hensyn til den samlede omsætning og/eller omsætningen på det relevante marked. Navnlig er det i retningslinjerne fastsat, at i forbindelse med overtrædelser begået af flere virksomheder »kan det i visse tilfælde være nødvendigt at variere de bødebeløb, der fastlægges [...] for at tage højde for den specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen, navnlig når

der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art« (punkt 1 A, sjette afsnit).

73. Selv om retningslinjerne ikke indeholder bestemmelse om, at de berørte virksomheders omsætning konsekvent skal tages i betragtning ved beregningen af grundbeløbet eller på et senere tidspunkt under proceduren for udmåling af bøden³⁶, er det med andre ord ikke fuldstændig udelukket *a priori* at tage hensyn til denne omstændighed ved beregningen. Dette belyses i øvrigt netop af Kommissionens beslutning i de sager, de foreliggende appeller vedrører, og hvori Kommissionen inddelte appellerne i fire grupper på grundlag af deres størrelse, og grundbeløbene følgelig blev differentieret i væsentlig grad.

74. Man kan således ikke hævde, således som appellerne har gjort det, at beregningen af bøderne på grundlag af den metode, der er indeholdt i retningslinjerne, blot er et rent aritmetisk regnestykke, der er fastlagt på forhånd. Ud over, hvad jeg netop har nævnt med hensyn til omsætningen, og navnlig med hensyn til muligheden for at fastsætte bøderne på grundlag af de berørte virksomheders størrelse skal jeg fremhæve, at i og med, at der i retningslinjerne er opregnet en række skærpene og formil-

35 — Dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, præmis 121. Min fremhævelse.

36 — F.eks. på det tidspunkt, hvor der tages hensyn til, at »store virksomheder for det meste råder over en juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af adfærden« (punkt 1 A, femte afsnit), eller på det tidspunkt, hvor der eventuelt tages hensyn til »virksomhedernes eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen« og »de pågældende virksomheders særlige kendetegn« [punkt 5, litra b)].

dende omstændigheder, og der ligeledes eventuelt kan tages hensyn til »disse objektive forhold, såsom den særlige økonomiske kontekst, virksomhedernes eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen [...] de pågældende virksomheders særlige kendetegn [...]« [punkt 5, litra b)], er det således i retningslinjerne udtrykkeligt fastsat, at således som det kræves i henhold til fast retspraksis, skal bødens størrelse ikke blot fastsættes under hensyn til de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde, men også til den sammenhæng, overtrædelsen indgår i³⁷.

75. Retningslinjerne indeholder således forskellige fleksible omstændigheder, som giver Kommissionen mulighed for at udøve sit skøn i overensstemmelse med, hvad der er fastsat i artikel 15 i forordning nr. 17, således som denne bestemmelse er fortolket i retspraksis.

76. For så vidt dernæst angår spørgsmålet om overskridelse af 10%-grænsen under mellemregningerne og de dermed forbundne påståede ulovlige følger, er det min opfattelse, at en sådan mulighed ikke følger udtrykkeligt eller stiltiende af retningslinjernes ordlyd. I retningslinjerne henvises der således blot til det maksimum, der er fastsat i forordning nr. 17, idet det i punkt 5, litra a), præciseres, at »[det] *siger sig selv*, at slutresultatet af beregningen af bøden efter

denne model (grundbeløb med procentuelle tillæg eller fradrag) [...] under ingen omstændigheder må overskride 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning«³⁸. Med hensyn til spørgsmålet om realiteten med hensyn til overskridelsen af dette maksimum, tilføjer retningslinjerne med andre ord intet til og ændrer intet ved, hvad der allerede er fastsat i forordning nr. 17.

77. Ud fra dette synspunkt er der således for mig at se intet, der taler for, at jeg tager afstand fra Rettens bemærkninger med hensyn til spørgsmålet om retningslinjernes lovlighed, også selv om behandlingen af dette spørgsmål endnu ikke kan betragtes som afsluttet, således som det vil fremgå af det følgende, hvor jeg behandler anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og af ligebehandlingsprincippet.

c) Visse særlige aspekter omkring indsigelsen

78. Jeg skal i denne forbindelse først nævne to andre anbringender vedrørende konkrete bestemmelser i retningslinjerne, der er fremført af Isoplus-koncernen.

37 — Jf. f.eks. dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, præmis 106.

38 — Min fremhævelse.

79. i) For det første gør disse appellanter gældende, at retningslinjerne hjemler mulighed for at »forhøje bødeløbet for at overskride en given virksomheds fortjeneste som følge af den ulovlige praksis« (punkt 2, femte led) og således indfører nye skærpende omstændigheder, hvilket er i strid med artikel 15 i forordning nr. 17. Samtidig kan den nævnte bestemmelse efter deres opfattelse medføre, at den samme omstændighed tages i betragtning to gange, idet den fortjeneste, der er opnået som følge af overtrædelsen af konkurrencereglerne, ifølge den i retningslinjerne fastsatte ordning allerede er taget i betragtning ved fastsættelsen af overtrædelsens grovhed.

80. Jeg kan imidlertid fuldt ud tilslutte mig de bemærkninger, Retten er fremkommet med i den henseende³⁹. Som det fremgår af de afgørelser, Retten har henvist til, er de fordele, som virksomhederne opnår som følge af overtrædelser af konkurrencereglerne, en del af de faktorer, som Kommissionen kan tage hensyn til, ikke alene ved vurderingen af overtrædelsens grovhed, men også med henblik på at sikre, at sanktionen er tilstrækkeligt afskrækkende, navnlig når Kommissionen som i den pågældende sag henviser til former for adfærd, der i særlig grad har været til skade for det indre markeds funktion. At undgå, at virksomheder, der gør sig skyldig i en overtrædelse, opnår en fordel som følge af denne overtrædelse, er i øvrigt efter min opfattelse et af hovedformålene med en hvilken som helst sanktionsordning.

81. Jeg finder således, at hverken ordlyden af forordning nr. 17 eller Fællesskabets retsinstansers praksis er til hinder for, at Kommissionen under udøvelsen af det vide skøn, også Domstolen har tillagt den, kan finde det passende at forhøje bødens grundbeløb for at tage bedre hensyn til den fortjeneste, der er opnået som følge af konkurrencebegrænsende former for praksis (dvs. såfremt det beregnede grundbeløb ikke i tilstrækkelig grad afspejler den pågældende fortjeneste), på betingelse af, således som det med rette præciseres i retningslinjerne, »at det er objektivt muligt at anslå denne fortjeneste«⁴⁰.

82. ii) For det andet har de samme appellanter gjort gældende, at retningslinjerne er ulovlige, for så vidt som en virksomhed i henhold til punkt 2, andet led, er tvunget til at samarbejde med Kommissionen, også derved, at den vidner mod sig selv, idet bøden ellers vil blive forhøjet.

83. Efter deres opfattelse udgør dette en tilsidesættelse af retten til kontradiktion og navnlig af retten til ikke at skulle vidne mod sig selv, således som Domstolen har anerkendt på konkurrenceområdet i den berømte dom i sagen Orkem mod Kommissionen⁴¹.

39 — Jf. præmis 454-458 i dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen.

40 — Punkt 2, femte led, i retningslinjerne.

41 — Dom af 18.10.1989, sag 374/87, Sml. s. 3283.

84. I den sammenhæng skal jeg først og fremmest minde om, at det i retningslinjernes punkt 2 er præciseret, at Kommissionen kan forhøje bødens grundbeløb i tilfælde af skærpende omstændigheder, f.eks. »[...] hvis en virksomhed afviser enhver form for samarbejde eller endog forsøger at lægge hindringer i vejen for undersøgelsen«.

85. Desuden tillægger forordning nr. 17 Kommissionen omfattende inspektionsbeføjelser som led i en procedure, hvorved det skal fastslås, om der er tale om en tilsidesættelse af traktatens konkurrenceregler. I henhold til forordningens artikel 11 kan Kommissionen således pålægge en virksomhed at meddele alle nødvendige oplysninger om de omstændigheder, som virksomheden kan tænkes at være bekendt med, og, om nødvendigt, at fremlægge de dokumenter, som virksomheden er i besiddelse af, selv om de pågældende dokumenter vil kunne anvendes som bevis for, at virksomheden selv eller en anden virksomhed har handlet i strid med konkurrencereglerne.

86. Ganske vist fastslog Domstolen i dommen i sagen Orkem mod Kommissionen, at de pågældende inspektions- og efterforskningsbeføjelser ikke kan fortolkes således, at de må være til skade for den ret til kontradiktion, som er tillagt virksomheden. Navnlig fastslog Domstolen, at »Kommissionen ikke [må] pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for«⁴².

87. Men efter min opfattelse er dette ikke tilfældet med hensyn til punkt 2 i retningslinjerne. Tværtimod fører en ordlydsfortolkning for mig at se til, at denne bestemmelse er fuldt ud forenelig både med bestemmelserne i forordning nr. 17 og med betydningen og rækkevidden af dommen i sagen Orkem mod Kommissionen.

88. Retningslinjerne pålægger således på ingen måde virksomheden at vidne mod sig selv eller fremlægge beviser for egen skyld. De præciserer blot, at bøden kan forhøjes i tilfælde af, at virksomheden afviser »enhver form for samarbejde« med Kommissionens tjenestegrene eller lægger hindringer i vejen for Kommissionen.

89. I øvrigt skal jeg nævne, at dette også er den opfattelse, Domstolen gav udtryk for i dommen i sagen Finnboard mod Kommissionen fra 2000⁴³, som Retten med rette har henvist til, og hvori det præciseres, at »[e]n virksomhed, der bestrider Kommissionens synspunkt og kun samarbejder, i det omfang den er forpligtet hertil i medfør af forordning nr. 17, bliver ikke af denne grund pålagt en højere bøde«⁴⁴.

90. Efter min opfattelse bør også disse anbringender forkastes.

43 — Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-298/98 P, Sml. I, s. 10157.

44 — Dommens præmis 58.

2) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet

91. Som en yderligere udvikling af det ovenfor nævnte generelle anbringende vedrørende retningslinjerne har de fleste af appellerterne også rejst kritik af Rettens domme derved, at Retten har fastslået, at der ikke er tale om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

92. Appellerterne har på det punkt anfægtet automatikken i den beregningsmetode, Kommissionen har fulgt i sagerne, en automatik, der ifølge appellerterne har været til hinder for, at der faktisk kunne tages hensyn til de forhold og individuelle omstændigheder, der var karakteristiske for situationen for hver enkelt virksomhed inden for rammerne af kartellet.

93. Appellerterne har navnlig anført, at da metoden er baseret på faste beløb, har den været til hinder for, at der på passende vis kunne tages hensyn til virksomhedernes omsætning, navnlig omsætningen på det relevante marked, en vurdering, som ifølge Domstolens praksis og i Kommissionens beslutningspraksis altid har været tillagt særlig betydning med henblik på at sikre overholdelsen af proportionalitetsprincippet.

94. Appellerterne har således anført, at det ifølge den nævnte praksis fremgår, at bødens

grundbeløb skal beregnes på grundlag af den enkelte virksomheds omsætning og dermed afspejle virksomhedens størrelse og økonomiske styrke og følgelig den indflydelse, den har kunnet have på markedet. Der er derfor tale om en beregning, hvis formål er at »personalisere« bøden i forhold til den enkelte virksomhed og at »gøre den proportional« i forhold til de øvrige, involverede virksomheder.

95. Ifølge appellerterne har den metode, Kommissionen har anvendt, ikke gjort det muligt at gennemføre en sådan »personalisering« af sanktionen på passende måde. Navnlig har forholdet ifølge appellerterne været det, at hver gang Kommissionens beregningsmetode har ført til, at maksimumsgrænsen på 10% af omsætningen er nået eller overskredet, var en hvilken som helst regulering af beregningen (på grundlag af overtrædelsens varighed, formildende omstændigheder osv.), der blev gennemført ud over dette maksimum, en rent teoretisk disposition. Den har således ikke haft nogen betydning for bødens endelige beløb, der i sidste instans under alle omstændigheder skal ligge under dette maksimum. Dette er i det hele i strid med Domstolens praksis (navnlig med dommen i sagen *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen⁴⁵, hvorefter bøden skal udmåles under hensyntagen til alle relevante faktorer.

96. Endelig har visse af appellerterne gjort gældende, at når Kommissionen tager udgangspunkt i et fast beløb, der er fastsat

⁴⁵ — Nævnt i fodnote 34.

uafhængigt af de berørte virksomheders omsætning og i visse tilfælde allerede fra starten af beregningen er fastsat til et niveau, der er højere end 10% af omsætningen, har Kommissionen udøvet forskelsbehandling over for små og mellemstore virksomheder, idet den pålægger dem bøder, der er uforholdsmæssigt høje i forhold til deres økonomiske styrke. De har således anført, at deres bøder er forholdsvis højere end den, der er pålagt ABB, der er betydeligt større og førende inden for kartellet, hvilket har medført en uberettiget forskelsbehandling.

97. I den sammenhæng skal jeg først præcisere, at vurderingen af, om en bøde er rimelig i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed, er omfattet af den prøvelsesret, også med hensyn til realiteten, der er tillagt Retten i henhold til artikel 17 i forordning nr. 17. Kun Retten har således kompetence til at efterprøve den måde, hvorpå Kommissionen i hvert enkelt tilfælde har vurderet grovheden og varigheden af den ulovlige adfærd⁴⁶.

98. Under en appelsag kan Domstolens prøvelse kun gå ud på at tage stilling til, om Retten juridisk korrekt har taget hensyn

til alle væsentlige faktorer ved vurderingen af overtrædelsen, og om den har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved behandlingen af de spørgsmål, appellanterne har rejst⁴⁷.

99. Navnlig skal jeg hvad angår påstanden om, at bøderne er urimeligt høje og udtryk for forskelsbehandling bemærke, at det ikke tilkommer Domstolen af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten⁴⁸.

100. I nærværende appelsager er Domstolens undersøgelse således begrænset til spørgsmålet om, hvorvidt Retten, da den bekræftede de kriterier, som Kommissionen havde anvendt med henblik på udmålingen af bøderne, og efterprøvede anvendelsen heraf eller korrigerede denne anvendelse, begik en åbenbar fejl eller undlod at overholde proportionalitetsprincippet og lighedsprincippet, der gælder for pålæggelsen af bøder⁴⁹.

⁴⁶ — Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlge-webe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 128, og af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 47.

⁴⁷ — Dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, præmis 31, og i sagen Baustahlge-webe mod Kommissionen, præmis 128.

⁴⁸ — Dommen i sagen Baustahlge-webe mod Kommissionen og i sagen British Sugar mod Kommissionen, præmis 48.

⁴⁹ — Domstolens dom 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, Sml. I, s. 123, præmis 365.

101. Under hensyntagen til disse grænser med hensyn til Domstolens prøvelsesret vil jeg herefter behandle de fremførte anbringender.

102. Indledningsvis skal jeg bemærke, at det er ubestrideligt, at Kommissionen ved fastsættelsen af de bøder, den beslutter at pålægge for overtrædelse af konkurrencereglerne, skal overholde proportionalitetsprincippet.

103. I de foreliggende sager finder dette princip således navnlig anvendelse i »absolut« forstand og kommer til udtryk derved, at det maksimum på 10% af den samlede omsætning, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, skal overholdes. Formålet med dette loft er således netop at undgå, at bøderne er urimelige i forhold til størrelsen af den virksomhed, der pålægges sanktionen⁵⁰.

104. Det anbringende, flere af appellerterne har fremført, og hvorefter Kommissionen ikke har taget hensyn til deres omsætning på det relevante marked på det tidspunkt, hvor den anvendte grænsen på 10%, må derfor

efter min opfattelse forkastes. Jeg er enig med Retten i, at det fremgår af fast retspraksis, at denne grænse må fortolkes på den måde, at den vedrører den berørte virksomheds *samlede omsætning* — kun den kan tilnærmelsesvis angive de pågældende virksomheders størrelse og betydning — og at Kommissionen derfor under overholdelse af det pågældende maksimum har et vidt skøn ved afgørelsen af, i hvilket omfang der skal tages hensyn til den samlede omsætning og/eller omsætningen på det relevante marked.

105. Såfremt den endelige bøde ikke overskrider 10% af appellerternes samlede omsætning i de sidste år, hvor overtrædelsen har fundet sted, kan bøden med andre ord ikke antages at være urimelig, blot fordi den overstiger omsætningen på det relevante marked.

106. Endvidere kan det heller ikke, som flere af appellerterne har gjort det, gøres gældende, at bøderne er udtryk for forskelsbehandling allerede af den grund, at mens beløbet for nogle af virksomhedernes vedkommende har måttet nedsættes for at kunne holde sig inden for grænsen på 10%, er dette ikke tilsvarende sket for de virksomheder, hvor det pågældende maksimum under beregningen af bøderne ikke på noget

50 — Jf. f.eks. dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, præmis 119.

tidspunkt har været overskredet. Som Retten har bemærket⁵¹, er denne nedsættelse en direkte og uundgåelig følge af det loft, der er fastsat i forordning nr. 17. Under disse omstændigheder kan det forhold, at bøden ikke nedsættes, ikke af den grund alene bevirke, at en bøde, der i øvrigt er lovligt fastsat, herved bliver udtryk for forskelsbehandling⁵².

delser, for såfremt en overtrædelse begås af flere virksomheder, kræver proportionalitetsprincippet, at der ved fastsættelsen af bøden foretages en undersøgelse af, »hvor intensiv den enkelte virksomheds deltagelse har været«⁵³.

107. Dette udelukker dog ikke, at denne automatik også kan være relevant i relation til proportionalitetsprincippet, såfremt den vurderes ikke i absolut, men i »relativ« forstand, nemlig på den måde, at den skal sikre, at sanktionen bliver »personaliseret« og således kommer til at stå i rimeligt forhold til overtrædelsens grovhed og andre subjektive og objektive omstændigheder i hvert enkelt tilfælde. Set ud fra det synspunkt følger spørgsmålet om, hvorvidt bøden er proportional og ikke udtryk for forskelsbehandling, ikke af et rent aritmetisk forhold til den samlede omsætning i det foregående regnskabsår, men af alle de faktorer, jeg har nævnt ovenfor (i punkt 69).

108. Dette »relative« aspekt omkring proportionalitetsvurderingen har en helt særlig betydning i tilfælde af kollektive overtræ-

109. Dette kræves der for så vidt også i henhold til ligebehandlingsprincippet, der ifølge fast retspraksis tilsidesættes, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller såfremt forskellige situationer behandles ens, medmindre en forskelsbehandling er objektivt begrundet⁵⁴. Heraf følger med hensyn til de foreliggende sager, at bøden skal være den samme for alle de virksomheder, der måtte befinde sig i samme situation, og at forskellige former for adfærd ikke kan straffes med samme sanktion.

110. Jeg vil herefter gå over til de foreliggende sager og gennemgå Rettens bemærkninger vedrørende dette spørgsmål.

51 — Rettens dom i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, præmis 155.

52 — Et andet spørgsmål, som jeg vil behandle i det følgende (punkt 113 ff.), vedrører de følger, som overskridelsen af grænsen på 10% kan have med hensyn til lovligheden af de bøder, hvor Kommissionen har måttet foretage en nedsættelse for at overholde dette maksimum.

53 — Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4235, præmis 110. Se også dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 623, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 92.

54 — Domstolens dom af 13.12.1984, sag 106/83, Sermid, Sml. s. 4209, præmis 28, og af 28.6.1990, sag C-174/89, Hoche, Sml. I, s. 2681, præmis 25.

111. Retten har i de appellerede domme fastslået, at de kriterier, Kommissionen har lagt til grund ved fastsættelse af bøderne, var resultatet af en omhyggelig og detaljeret undersøgelse af overtrædelsens særlige grovhed og dens varighed⁵⁵ samt situationen for de virksomheder, der pålægges bøder, den rolle, som de har spillet, og den adfærd, de har udvist. Retten fastslog endvidere, at Kommissionen ved fastsættelsen af bødernes grundbeløb på korrekt måde har taget hensyn til, at de virksomheder, der deltog i kartellet, var af forskellig størrelse, idet den opdelte virksomhederne i fire kategorier »i forhold til deres betydning på det relevante marked i EF« (betragtning 166 til beslutningen) og fastsatte forskellige grundbeløb for hver enkelt kategori. Retten tilføjede, at ved fastlæggelsen af de pågældende kategorier »har Kommissionen ikke alene taget hensyn til deres omsætning på det pågældende marked, men også til den relative betydning, som deltagerne i kartellet tillagde den enkelte deltager, således som det fremgår af de kvoter, der blev fastsat inden for kartellet [...] og af de opnåede og forventede resultater i 1995 [...]«⁵⁶, hvorfor inddelingen af virksomhederne i fire grupper og fastsættelsen af de respektive grundbeløb var objektivt begrundet og udviste en korrekt intern sammenhæng⁵⁷.

112. Herved, fremhævede Retten, har Kommissionen anvendt retningslinjerne korrekt for så vidt angår de dele af dem, hvori det er fastsat, at i forbindelse med overtrædelser begået af flere virksomheder, hvor der er betydelige forskelle mellem deres størrelse, kan grundbeløbene varieres »for at tage højde for den specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen« (jf. punkt 1 A, sjette og syvende afsnit).

113. De bøder, Kommissionen havde pålagt, og som Retten bekræftede, er således alt i alt resultatet af en omhyggelig og detaljeret vurdering af overtrædelsens særlige grovhed, af dens varighed samt af situationen for hver enkelt af de virksomheder, der blev pålagt bøder, deres rolle og adfærd.

114. Når dette er sagt, skal jeg imidlertid bemærke, at selv om de kriterier, der gælder med hensyn til pålæggelsen af bøder, har været overholdt, kan det ikke af den grund antages, at alle de spørgsmål, der er forbundet med overholdelsen af proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, er løst.

115. Som Kommissionen har indrømmet, er en stor del af beregningerne i den anfægtede beslutning således foretaget på et grundlag, der overstiger det maksimum på 10%, der er

55 — Bortset fra, at Retten i dommen vedrørende Dansk Rørindustri fastslog, at Kommissionen havde foretaget en urigtig vurdering ved at foreholde Dansk Rørindustri, at virksomheden havde deltaget i kartellet i perioden mellem april 1994 og august 1994. Alligevel stadfæstede Retten den bøde, Kommissionen havde pålagt.

56 — Dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 296.

57 — Jf. f.eks. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 304, hvori Retten for så vidt angår fastsættelsen af grundbeløbet for virksomhederne i »den anden kategori« fastslog, at »i lyset af de kriterier, som Kommissionen har lagt til grund for bedømmelsen af den enkelte virksomheds betydning på det relevante marked [...] kunne Kommissionen med rette i forhold til virksomheden i hvert fald anvende et udgangspunkt, der var dobbelt så højt som det, der blev anvendt over for virksomhederne i den tredje kategori«.

fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Kommissionen har således overskredet dette maksimum i forbindelse med beregningen af de bøder, der blev pålagt hver enkelt af appellanterne, bortset fra KE KELIT Kunststoffwerk, Brugg Rohrsysteme og ABB Asea Brown Boveri. I tre tilfælde (Isoplus-koncernen, LR AF 1998 (Deutschland) og Dansk Rørindustri) har Kommissionen endog beregnet bøderne ud fra et grundbeløb, som allerede overskred grænsen på 10%. Det var først ved afslutningen af beregningen og inden Kommissionen anvendte samarbejdsmeddelelsen, at den foretog nedsættelsen af det således fastsatte mellembeløb med henblik på at overholde loftet på 10% af den samlede omsætning.

116. Det maksimum på 10%, der er fastsat i artikel 15, har således med andre ord ikke virket som en uoverstigelig grænse fra begyndelsen af beregningen, men kun som en endelig grænse i relation til »nedsættelsen« af bøden for så vidt angår den del, der oversteg denne tærskel.

117. Ifølge flere af appellanterne er en sådan beregningsmetode i strid med artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og har i de foreliggende sager medført en overtrædelse af proportionalitetsprincippet og af ligebehandlingsprincippet, idet bøderne kun i meget begrænset og ufuldstændigt omfang afspejler de særlige forhold i hvert enkelt sag

og situationen for hver enkelt virksomhed i kartellet.

118. Hver gang Kommissionen har overskredet grænsen på 10% under beregningen, har en hvilken som helst ændring af beregningsgrundlaget (ud fra overtrædelsens varighed, formildende omstændigheder osv.), der er foretaget over denne tærskel, ikke konkret kunnet overvæltes på bødens endelige beløb, således som det også belyses af den af appellanterne fremlagte sammenfattende oversigt over de tal, der vedrører fastsættelsen af det pågældende beløb.

119. Selv om de pågældende argumenter ikke er helt ubegrundede, er de efter min opfattelse ikke tilstrækkelige til, at der kan gives appellanterne medhold, og dette af følgende grunde.

120. Således er hverken ordlyden af eller ånden bag artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 til hinder for den beregningsmetode, som Kommissionen har anvendt. Som Retten har fremhævet, er bestemmelsen navnlig ikke til hinder for, at Kommissionen ved beregningen som mellemresultat anvender et beløb, der overstiger 10% af den pågældende virksomheds omsætning, forudsat at det beløb, der endeligt pålægges denne virksomhed, ikke overstiger dette maksimum⁵⁸.

58 — Jf. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 288.

121. I den sammenhæng er det efter min opfattelse vigtigt at påpege, at i henhold til artikel 15, stk. 2, skal bødebeløbene fastsættes i to på hinanden følgende og forskellige etaper:

— For det første er det fastsat, at Kommissionen kan pålægge bøder »på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder«. Der fastsættes herved en minimums- og en maksimumssanktion.

— For det andet hjemler bestemmelsen mulighed for, at Kommissionen kan overskride denne »maksimumsstraf«, forudsat at det endelige bødebeløb ikke overstiger »10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen«.

122. Efter min opfattelse kan der heraf udledes to vigtige konklusioner.

123. Som det kan udledes af bestemmelsens første led, synes en ordning med udmåling af bøderne på grundlag af et fast beløb ikke at være helt fremmed i relation til opbygningen af forordning nr. 17.

124. I de tilfælde, hvor Kommissionen finder det passende at gå ud over den »gaffel« med hensyn til sanktioner, der er fastsat i bestemmelsens første led, er der i bestemmelsens andet led desuden blot fastsat et »loft«, således at Kommissionen er frit stillet for så vidt angår eventuelle andre beregningsregler.

125. En sådan ordning medfører imidlertid uundgåeligt tilpasninger eller udjævninger som dem, som appellerterne har påtalt, idet et loft pr. definition udgør en absolut grænse, som finder anvendelse uden videre, når en bestemt tærskel nås, og dette uden hensyn til andre vurderingskriterier. Som Kommissionen har anført, er forholdet det, at de appelleranter, som dette maksimum er bragt i anvendelse overfor, blevet pålagt en bøde, der er nedsat i forhold til den, de uden dette loft ville være blevet pålagt på grundlag af alle de konkrete omstændigheder omkring overtrædelsen, navnlig dens grovhed og varighed.

126. Men lad mig på dette sted gentage, at dette ligger i selve den ordning, der er indført ved forordning nr. 17. Det, som appellerterne beskriver som uforholdsmæssige og/eller diskriminerende resultater af den beregningsmetode, Kommissionen har anvendt, er i virkeligheden blot en uundgåelig følge af anvendelsen af grænsen på 10%.

127. Ud fra dette synspunkt kan der således ikke rejses kritik over for Kommissionen, når

det først er fastslået, at den i situationer som de foreliggende i) har foretaget en korrekt vurdering af grovheden, varigheden og de øvrige omstændigheder omkring overtrædelser og ii) har fastsat de endelige bødeløb under tærsklen på 10% af hver enkelt virksomheds samlede omsætning.

128. Jeg må herefter konkludere, at de foreliggende appelanbringender ikke støttes af reglerne i den gældende ordning.

129. Når dette er sagt, skal jeg imidlertid ikke undlade at gøre opmærksom på, at netop de bemærkninger, jeg er fremkommet med ovenfor, afslører, at den beregningsmetode, Kommissionen har anvendt, frembyder en vis risiko i relation til det rimelige i ordningen.

130. Efter min opfattelse er det således ikke helt konsekvent i relation til kravene om individualisering og graduering af »straffen« — to grundlæggende principper for en hvilken som helst sanktionsordning, uanset om den er strafferetlig eller administrativ — at, som i de foreliggende sager, en del af beregningerne i det væsentlige er formelle og abstrakte og således ikke har konkrete følger for det endelige bødeløb. Man kan heller ikke se bort fra, at af samme grund risikerer det formål med større gennemsigtighed, der

forfølges med retningslinjerne, ikke at blive nået fuldt ud.

131. Lad mig tilføje, at ovennævnte situationer slet ikke er undtagelser, men tværtimod kan blive hyppigere og hyppigere forekommende. Med vedtagelsen af retningslinjerne af 1998 gik Kommissionens politik med hensyn til bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne ind i en ny fase, som af grunde, det ikke tilkommer mig at vurdere, bestemt er strengere og har ført til en forhøjelse af bødeniveauet, navnlig for de groveste overtrædelser. For så vidt som denne skærpelse er baseret på en beregningsmetode på grundlag af faste beløb, risikerer den i overvejende grad at ramme små og mellemstore virksomheder⁵⁹.

132. Der er således tale om en ny og mere problematisk situation med hensyn til den

59 — I den forbindelse finder jeg det relevant at gøre opmærksom på, at netop af disse grunde afviger de retningslinjer med hensyn til fastsættelsen af bøder, som Nederlandse Mededingingsautoriteit (den nederlandske konkurrencestyrelse) har vedtaget, udtrykkeligt fra den linje, Kommissionen har opstillet: »With regard to fines for infringements of the Competition Act, the Director-General of NMa is of the opinion that the Guidelines drawn up by the European Commission cannot be taken as the point of departure without adaptation. The European Commission uses categories of infringements, in accordance with the aforementioned Guidelines, to which fixed fines apply. A disadvantage of a system of fixed fines is that small undertakings are affected relatively more harshly than larger undertakings (which often operate internationally). The policy of the Director-General of NMa with regard to fines must be applicable both to (very) large undertakings and to small and medium-sized undertakings, without losing the intended preventive effect, on the one hand, and generating disproportionate results, on the other.« (Richtsoeren boetetoemeting — met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, 19.12.2001, punkt 5).

fase, hvor den metode, Kommissionen fulgte, i princippet ikke under beregningen førte til en overskridelse af grænsen på 10% af den samlede omsætning og alle en konkret sags omstændigheder lettere og umiddelbart kunne inddrages ved fastsættelsen af bødeløbet.

Der er således tale om en tilsidesættelse af den berettigede forventning, som appellanterne har haft om, at den beregningsmetode, der var fulgt i henhold til tidligere praksis, og som var baseret på kriteriet om virksomhedens omsætning på det relevante marked, blev anvendt.

133. Der må derfor rejses det spørgsmål, om de anførte konsekvenser af den nye politik med hensyn til bøder ikke tilsiger, at der foretages visse ændringer af den afstukne kurs, som i alle tilfælde kan sikre resultater, der er i overensstemmelse med generelle krav om rimelighed og billighed.

135. Appellanterne har tilføjet, at selv om det antages, at Kommissionen kunne fravige denne praksis, burde den under alle omstændigheder have underrettet virksomhederne om, hvad den agtede at foretage sig og have givet en passende begrundelse for de hensyn, som foranledigede den til at foretage denne ændring.

3) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og om forbud mod tilbagevirkende kraft

136. Ifølge appellanterne er tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning endnu alvorligere, fordi appellanterne havde besluttet at samarbejde med Kommissionens tjenestegrene, og denne beslutning blev truffet som følge af de fordele, appellanterne forventede at opnå som følge af anvendelsen af den nævnte samarbejdsmeddelelse, også på tidligere praksis med hensyn til beregningen af bøderne.

a) Tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

134. De fleste af appellanterne har anfægtet, at retningslinjerne i henhold til den anfægtede beslutning er bragt i anvendelse over for dem, selv om tilsidesættelsen begyndte, længe inden retningslinjerne blev udarbejdet.

137. Lad mig straks nævne, at jeg stiller mig meget tvivlende over for den sammenhæng, der ifølge appellanterne er mellem samarbejdsmeddelelsen og niveauet for de bøder, Kommissionen har pålagt i de foreliggende sager.

138. Ganske vist erklærer Kommissionen i meddelelsens afsnit E, stk. 3, at den »er opmærksom på, at denne meddelelse skaber berettigede forventninger hos de virksomheder, der ønsker at underrette Kommissionen om eksistensen af et kartel«. Efter min opfattelse er det imidlertid klart, at appellanternes eventuelle berettigede forventning med hensyn til meddelelsen kun kunne vedrøre de *nærmere regler* med hensyn til den nedsættelse, der skulle foretages på grund af deres samarbejde, men ikke *størrelsen* af den bøde, »de ellers ville være blevet pålagt«⁶⁰, eller den beregningsmetode, der anvendes med henblik på bødens fastsættelse.

139. Som Kommissionen med rette har fremhævet også under retsmødet, indeholder samarbejdsmeddelelsen ikke nogen oplysning til niveauet for de bøder, der måtte blive pålagt, såfremt der ikke var tale om samarbejde. Meddelelsen indeholder heller ikke oplysninger om de regler, Kommissionen bør følge ved fastsættelsen af de bøder, som pålægges de virksomheder, der har gjort sig skyldige i en overtrædelse af artikel 81 EF.

140. Nærmere bestemt præciseres det i samarbejdsmeddelelsens afsnit A, stk. 5, at en virksomheds samarbejdsvillighed blot er ét af de elementer, som Kommissionen kan tage hensyn til ved fastsættelsen af bødestørrelsen.

141. I relation til dette synspunkt er det efter min opfattelse i øvrigt afgørende, at det i samarbejdsmeddelelsens afsnit A, stk. 3, fastslås, at formålet med denne meddelelse er at angive »betingelserne for, hvornår virksomheder, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, de ellers ville være blevet pålagt«.

142. Når dette er sagt, må man rejse det spørgsmål, om Kommissionen med anvendelsen af den nye metode til beregning af bøderne, retningslinjerne indeholder, har tilsidesat de appellerende virksomheders berettigede forventning.

143. Appellanterne har med rette understreget, at en EF-institutions tidsmæssige opretholdelse af en praksis i princippet kan afføde begrundede og berettigede forventninger, som fællesskabsretten skal beskytte.

144. Appellanterne har i den sammenhæng henvist til dommen fra 1987 i sagen Ferriere San Carlo mod Kommissionen⁶¹, hvori Domstolen skulle tage stilling til lovligheden af en beslutning fra Kommissionen, hvorved

60 — Samarbejdsmeddelelsen, afsnit A, stk. 1-3.

61 — Dom af 12.11.1987, sag 344/85, Sml. s. 4435.

Kommissionen havde foreholdt virksomheden Ferriere San Carlo, at den havde overskredet den del af kvoterne for armeringsstål, der kunne leveres på det fælles marked i henhold til en tidligere beslutning fra Kommissionen. Domstolen gav sagsøgeren medhold, idet den bemærkede, at Kommissionens adfærd var i strid med en praksis, som Kommissionen havde fulgt i de to foregående år, og at Kommissionen havde tolereret leverancer af armeringsstål, der oversteg de mængder, som Fællesskabet havde fastsat.

145. Med henvisning til denne dom har appellanterne anført, at også i de foreliggende sager burde den berettigede forventning, som appellanterne har haft om, at Kommissionen ville opretholde sin praksis med hensyn til beregningen af bøderne, have været beskyttet. I de foreliggende sager har Kommissionen ifølge appellanterne således ikke på noget tidspunkt meddelt virksomhederne, at den agtede at anvende den nye metode til beregning af bøderne, retningslinjerne indeholdt, og at den således ikke ville følge den tidligere praksis.

146. Heroverfor skal jeg imidlertid gøre opmærksom på, at appellanterne herved glemmer, at Domstolen også har haft lejlighed til at præcisere, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kun kan påberåbes, såfremt en ændring af administrationens praksis ikke kunne forudses af en »forudseende og påpasselig erhvervsdrivende«⁶².

147. Der skal således tages stilling til, om en ændring af metoden til beregning af bødernes størrelse som den, Kommissionen gennemførte med retningslinjerne, kunne forudses af »forudseende og påpasselige« erhvervsdrivende.

148. Efter min opfattelse hænger løsningen på dette spørgsmål sammen med, hvad jeg har anført ovenfor i relation til spørgsmålet om retningslinjernes lovlighed.

149. For mig at se kan det således ikke med føje gøres gældende over for Kommissionen, at den har tilsidesat appellanternes berettigede forventning, blot fordi den har anlagt en strengere kurs med hensyn til fastsættelsen af bøderne eller har vedtaget en ny metode til beregning af bøderne, som i øvrigt er i overensstemmelse med ordningen i forordning nr. 17.

150. Jeg finder således, at en forudseende og påpasselig erhvervsdrivende burde have forudset enten en skærpelse af det generelle bødeniveau eller, alternativt, at Kommissionen som led i det skøn, den er tillagt i henhold til artikel 15 i forordning nr. 17, kunne vedtage en metode til beregning af bøderne, som var i overensstemmelse med den afledte fællesskabsret.

62 — Domstolens dom af 15.4.1997, sag C-22/94, Irish Farmers Association m.fl., Sml. I, s. 1809, præmis 25. Jf. i øvrigt dom af 11.3.1987, sag 265/85, Van den Bergh en Jurgens mod Kommissionen, Sml. s. 1155, præmis 44.

151. Jeg skal således bemærke, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at »selv om princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er et af Fællesskabets grundlæggende principper, kan de erhvervsdrivende dog ikke have nogen berettigede forventninger om opretholdelse af en bestående situation, som Fællesskabets institutioner kan ændre ved beslutninger truffet inden for rammerne af deres skøn»⁶³.

152. Netop inden for det område, der er relevant i de foreliggende sager, har Domstolen fastslået, at Kommissionen har ret til på skønsmæssigt grundlag at foretage en forhøjelse af det generelle bødeniveau for overtrædelse af Fællesskabets konkurrence-regler, idet Domstolen har præciseret, at »[d]en omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan [...] ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik. For at Fællesskabets konkurrenceregler kan gennemføres effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikens krav»⁶⁴.

153. I samme dom afviste Domstolens endvidere, at Kommissionen er forpligtet til i meddelelsen af klagepunkter at angive, at

der bestod mulighed for, at den eventuelt ville ændre sin politik, for så vidt angår bødernes generelle niveau, idet en sådan beslutning afhænger af »generelle betragtninger vedrørende konkurrencepolitikken, som ikke har direkte relation til de særlige omstændigheder i de foreliggende sager»⁶⁵.

154. Til trods herfor skal jeg tilføje, at Kommissionen ikke havde undladt at henvende sig til de erhvervsdrivendes opmærksom på en eventuel skærpelse af bødeniveauet og på, at sanktionerne skulle have en afskrækkende virkning⁶⁶. De erhvervsdrivende var således også blevet underrettet om, hvad Kommissionen påtænkte at gennemføre på området.

155. Efter min opfattelse har der i de foreliggende sager derfor ikke været tale om tilsidesættelse af appellanternes berettigede forventning.

b) Tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft

156. Som allerede nævnt har appellanterne også gjort gældende, at der er tale om

63 — Jf. dom af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre, Sml. I, s. 395, præmis 33.

64 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 109.

65 — Dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 22.

66 — Jf. XXI Beretning om Konkurrencepolitikken, s. 120.

tilsidesættelse af princippet om, at sanktioner ikke må tillægges tilbagevirkende kraft.

157. Appellanterne kan således tiltræde Rettens bemærkning i de appellerede domme om, at de sanktioner, der pålægges en virksomhed for en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal svare til dem, som var fastlagt på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået.

158. Efter appellanternes opfattelse har Kommissionen imidlertid tilsidesat dette princip, idet den ikke har fulgt den praksis, den indtil da havde fulgt med hensyn til beregningen af bøderne, hvorfor bøderne i sidste instans blev langt højere.

159. Hertil skal jeg bemærke, at den sanktionsordning, der var i kraft på det tidspunkt, hvor de påtalte overtrædelser blev begået, ikke — således som appellanterne hævder — var Kommissionens beslutningspraksis, men artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Det er således kun i den bestemmelse, at det er angivet, hvilke kriterier og parametre Kommissionen skal lægge til grund ved beregningen af bøderne.

160. For mig at se er det således åbenbart, at der er tale om en tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft, såfremt det fastslås, at de sanktioner, der er pålagt de appellerende virksomheder, afviger fra og ikke er i overensstemmelse med den ordning, der er indeholdt i den nævnte artikel 15.

161. Dette er imidlertid ikke tilfældet i de foreliggende sager.

162. Som jeg allerede har nævnt ovenfor, svarer de retningslinjer, Kommissionen har udsendt, til den ordning, der er indeholdt i den nævnte bestemmelse og er i overensstemmelse med den.

163. Også når der anvendes den metode, der er angivet i retningslinjerne, foretages beregningen af bøderne fortsat på grundlag af de to kriterier, der er nævnt i artikel 15, stk. 2, dvs. overtrædelsens grovhed og dens varighed, dog under overholdelse af maksimumsgrænsen på 10% af omsætningen for hver enkelt af de involverede virksomheder.

164. Efter min opfattelse er der heller ikke tale om en tilsidesættelse af princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft, blot fordi

bødeniveauet forhøjes. Til støtte for dette synspunkt skal jeg henvise til de bemærkninger, jeg allerede har fremført ovenfor, og hvorefter Kommissionen i den henseende har et skøn, således at den ud fra konkurrencepolitiske hensyn kan foretage en forhøjelse og skærpe af bødeniveauet under forudsætning af, at den holder sig inden for den generelle retlige ramme, der var gældende på det tidspunkt, hvor de sanktionerede overtrædelser fandt sted.

skærpe af bøderne. I meddelelsen af klagepunkter har Kommissionen imidlertid ifølge appellanterne ikke anført noget, der gav mulighed for at forudse, at der ville blive indført en ny politik med hensyn til beregningen af bøderne. Under den administrative procedure har appellanterne således ikke kunnet fremkomme med deres bemærkninger vedrørende anvendelsen af de nye retningslinjer.

165. For så vidt angår de foreliggende sager kan det derfor ikke med føje foreholdes Kommissionen, at den har tilsidesat princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft. Selv om den har anvendt den beregningsmetode, der er indeholdt i retningslinjerne, har den efter min opfattelse i hvert fald holdt sig inden for de grænser, der er fastsat i artikel 15 i forordning nr. 17.

167. Heroverfor har Kommissionen i det væsentlige anført, at den ikke har nogen forpligtelse til at give de virksomheder, der er omfattet af undersøgelser som følge af overtrædelse af konkurrencereglerne, præcise oplysninger om den metode, Kommissionen påtænker at anvende med henblik på beregningen af bøderne, eller at oplyse dem om bødernes mulige størrelse.

4) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion

166. Alle appellanterne, bortset fra ABB, har anført, at Retten har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at appellanternes ret til at blive hørt ikke forpligtede Kommissionen til under den administrative procedure at meddele dem, at den agtede at anvende de nye retningslinjer ved beregningen af bøderne. Ifølge appellanterne er denne undladelse navnlig alvorlig, fordi der med retningslinjerne skete en væsentlig ændring af hidtil gældende ret, og retningslinjerne medførte en betydelig

168. Også efter min opfattelse har Kommissionen ikke tilsidesat appellanternes ret til kontradiktion og navnlig ikke deres ret til at blive hørt for så vidt angår fastsættelsen af bøderne.

169. Jeg skal i den forbindelse blot henvise til Domstolens praksis, som Retten korrekt har citeret, og hvorefter forpligtelsen til at høre virksomhederne er overholdt, når Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter udtrykkeligt anfører, at den vil undersøge, om der bør pålægges de berørte virksomhe-

der bøder, og anfører de væsentlige faktiske og retlige momenter, som kan medføre bødepålæg, herunder den formodede overtrædelses grovhed og varighed samt spørgsmålet om, hvorvidt den er begået forsætligt eller uagtsomt⁶⁷.

170. Som Retten imidlertid har fremhævet i de appellerede domme⁶⁸, har Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter anført de retlige og faktiske momenter, den ville lægge til grund ved udmålingen af bøden, nemlig hvorfor den fandt, at overtrædelsen var en meget alvorlig overtrædelse, ligesom den anførte varigheden af den overtrædelse, som den ville gøre gældende over for hver enkelt virksomhed, de forhold, der udgjorde skærpende omstændigheder, de øvrige faktorer, den ville tage hensyn til ved fastsættelsen af bøderne, som f.eks. den rolle, som hver enkelt virksomhed havde spillet inden for kartellet, dens økonomiske betydning på det relevante marked osv.

171. Kommissionen har således behørigt overholdt virksomhedernes ret til at blive hørt med hensyn til pålæggelsen af bøden og hver enkelt af de omstændigheder, den agtede at tage hensyn til ved fastsættelsen af bøden. Det fremgår af retspraksis, at overholdelsen af denne ret ikke medfører nogen anden forpligtelse for Kommissionen,

og i hvert fald ikke en forpligtelse til at omtale den måde, hvorpå den vil påberåbe sig hver enkelt omstændighed med henblik på at beregne bødernes størrelse og heller ikke en forpligtelse til at give oplysninger vedrørende bødernes størrelse⁶⁹.

172. Jeg skal i øvrigt minde om, at Domstolen har fastslået, at Kommissionen ikke er forpligtet til i meddelelsen af klagepunkter at angive, at der bestod mulighed for, at den eventuelt ville ændre sin politik for så vidt angår bødernes generelle niveau⁷⁰.

173. I lyset af ovennævnte bemærkninger skal jeg derfor foreslå, at dette anbringende forkastes.

5) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af begrundelsespligten i forbindelse med fastsættelsen af bøden

174. Flere af appellanterne (navnlig KE KELIT, LR AF 1998 og LR AF 1998 GmbH) har gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at

67 — Dommen i sagen *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, præmis 21. Jf. også dommen i sagen *Michelin* mod Kommissionen, præmis 19 og 20.

68 — Jf. f.eks. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 201-203.

69 — Jf. dommen i sagen *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, præmis 21, og dommen i sagen *Michelin* mod Kommissionen, præmis 19.

70 — Dommen i sagen *Musique Diffusion française* m.fl. mod Kommissionen, præmis 22.

fastslå, at Kommissionens beslutning er tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår udmålingen af bøden, og at Kommissionen derfor ikke har tilsidesat artikel 253 EF. Efter deres opfattelse burde Kommissionen have begrundet beslutningen om at fravige sin tidligere praksis, hvorefter bøderne blev fastsat på grundlag af omsætningen på det relevante marked, og om at anvende retningsslinjerne med tilbagevirkende kraft.

175. Lad mig hertil straks anføre, at uanset de bemærkninger, jeg er fremkommet med ovenfor med hensyn til anbringenderne vedrørende den berettigede forventning og forbuddet mod tilbagevirkende kraft, er dette anbringende efter min opfattelse ikke begrundet.

176. Det er således tilstrækkeligt at bemærke, at ifølge fast retspraksis er forpligtelsen til at begrunde de nærmere regler for beregningen af bøderne opfyldt, såfremt Kommissionen giver oplysninger om de hensyn, der har givet den grundlag for at bedømme overtrædelsens grovhed og dens varighed⁷¹. Dette følger af artikel 15, stk. 2, andet punktum, hvorefter der skal »tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og

dens varighed«. Kun såfremt disse elementer ikke foreligger, vil beslutningen være behæftet med en begrundelsesmangel.

177. For så vidt dernæst angår de beslutninger, hvorved de forskellige virksomheder er blevet pålagt bøder, skal jeg nævne, at Retten i de appellerede domme⁷² med rette påpeget, at i så fald skal begrundelsespligtens omfang navnlig afgøres i lyset af, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder navnlig — men ikke udelukkende — sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning⁷³.

178. For mig at se har Retten korrekt fastslået, at Kommissionen har opfyldt disse krav. Navnlig har Retten for hver enkelt af sagsøgerne fastslået, at Kommissionens beslutning indeholdt relevante og tilstrækkelige oplysninger om de hensyn, der var lagt til grund ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed og varighed⁷⁴.

179. Retten har således med rette bemærket, at »[selv] om det antages, at beslutningen

71 — Domstolens domme af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 73, og sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 43, samt 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, Sml. I, s. 8375, præmis 463.

72 — Jf. f.eks. dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 378.

73 — Domstolens kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 54.

74 — Jf. dommen i sagen Løgstør Rør mod Kommissionen, præmis 372, i sagen KE KELIT mod Kommissionen, præmis 203, og i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 383.

med hensyn til bødeniveauet er udtryk for en væsentlig forhøjelse af dette niveau i forhold til tidligere beslutninger, har Kommissionen fremført sine grunde til at fastsætte [sagsøgerens] bøde på dette niveau *på en måde, der er helt klar*⁷⁵, idet Kommissionen har henvist til overtrædelsens særlige grovhed, dens varighed, spørgsmålet om skærpende og/eller formildende omstændigheder, virksomhedernes størrelse, den rolle, hver enkelt virksomhed har spillet inden for kartellet samt anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen.

180. Kommissionens beslutning indeholder med andre ord alle de elementer for vurderingen, Kommissionen har lagt til grund ved udmålingen af bøderne.

181. Anbringendet om, at Kommissionens beslutning ikke er tilstrækkeligt begrundet, bør følgelig forkastes.

B — Anbringender vedrørende situationen for de enkelte appellanter

182. Appellerterne har dernæst fremført en række anbringender vedrørende den særlige

situation for hver enkelt af dem. I det følgende vil jeg behandle disse anbringender, idet jeg dog ikke vil behandle dem, der efter min opfattelse har marginal interesse, og dem, hvor Rettens dom for mig at se er helt klar.

1) Anbringenderne vedrørende en fejlagtig anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF med hensyn til en virksomheds deltagelse i et kartel

183. i) Isoplus-koncernen har gjort gældende, at Retten har foretaget en urigtig anvendelse af retspraksis, hvorefter det ifølge koncernen fremgår, at selv om en virksomhed ikke har gennemført resultaterne af møder, hvis formål var at begrænse konkurrencen, kan den også gøres ansvarlig for en overtrædelse, såfremt den ikke offentligt har taget afstand fra indholdet af sådanne møder.

184. Disse appellanter har navnlig anfægtet Rettens bemærkning om, at det med henblik på at fastslå, om der er tale om en tilsidesættelse af artikel 81 EF, er »uden betydning, om den pågældende virksomhed deltager i møder med virksomheder, der har en dominerende stilling eller i det mindste en stærk økonomisk stilling på markedet« (dommens præmis 224). Netop under sådanne omstændigheder skal der ifølge disse appellanter tværtimod tages hensyn til visse af deltagernes mere beskedne økonomiske betydning, fordi det for dem er vanskeligt offentligt at tage afstand fra de

⁷⁵ — Dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 385. Min fremhævelse.

beslutninger, der træffes på møder, hvor der også deltager virksomheder, der har en større økonomisk magt, og som kan udøve stærk pression over for deres konkurrenter. I sådanne situationer bør de i økonomisk henseende »svagere« virksomheder ikke holdes ansvarlige for overtrædelser af artikel 81 EF, såfremt de uden at tilkendegive dette offentligt har afholdt sig fra at handle i overensstemmelse med de beslutninger, der er truffet på et møde, hvis formål er at begrænse konkurrencen.

185. Lad mig straks sige, at jeg er enig med Retten i dennes bemærkninger, og at de i modsætning til, hvad appellerne har anført, på udtømmende måde tager stilling til de anbringender, appellerne allerede fremsatte i første instans.

186. Lad mig tilføje, at såfremt man fulgte den fortolkning, appellerne har foreslået, ville dette indebære en differentieret anvendelse af artikel 81 EF på grundlag af virksomhedernes størrelse og/eller økonomiske stilling. En sådan »variabel« opfattelse ville være i strid med principperne i Fællesskabets konkurrenceret, således som denne er fortolket i Domstolens faste praksis, og hvorefter det med henblik på anvendelsen af artikel 81 er uden betydning, om parterne i et kartel »er eller ikke er jævnbyrdige, for så

vidt angår forhandlingsposition og økonomisk stilling»⁷⁶, eller om en virksomhed »kun har spillet en mindre rolle i de elementer [af kartellet], som den har deltaget i«⁷⁷.

187. Dette betyder selvfølgelig ikke, at Kommissionen ikke skal tage hensyn til eksisterende forskelle mellem deltagerne i et kartel i form af økonomisk styrke og heller ikke, at der ikke skal drages konsekvenser af sådanne forskelle. Det betyder blot, at sådanne elementer ikke er relevante allerede på det tidspunkt, hvor der skal tages stilling til ansvaret for hver enkelt deltager i kartellet, men først ved vurderingen af overtrædelsens grovhed og således ved udmålingen af bøden⁷⁸.

188. Som Kommissionen korrekt har bemærket, kan sådanne omstændigheder desuden spille en rolle i forbindelse med den nationale domstols vurdering af de enkelte virksomheders ansvar for så vidt angår de civile retlige konsekvenser af overtrædelsen⁷⁹.

76 — Dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, på s. 493.

77 — Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Participazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 90, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 86.

78 — Jf. f.eks. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Participazioni, præmis 90.

79 — Jf. Domstolens dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 35.

189. ii) Brugg Rohrsysteme GmbH (herefter »Brugg«) har anført, at Retten fejlagtigt har anset det for bevist, at virksomheden aktivt har deltaget i boykotten over for Powerpipe derved, at virksomheden deltog i mødet den 24. marts 1995, hvor denne boykot blev besluttet.

190. Virksomheden har herved henvist til, at dens eneste aktivitet består i at forhandle præisolerede rør. Af den grund har virksomheden slet ikke kunnet gennemføre en boykot over for Powerpipe, idet en sådan boykot kun har kunnet gennemføres af de virksomheder, der producerer præisolerede rør, og som direkte konkurrerer med Powerpipe.

191. Ifølge Brugg har Kommissionen derfor taget fejl ved at lægge til grund, at Bruggs deltagelse i det pågældende møde kunne udgøre en skærpende omstændighed, der i sig selv førte til, at bøden blev forhøjet med 20%.

192. Efter min opfattelse er dette synspunkt imidlertid for vidtgående.

193. Såfremt det blev ført til ende, ville det bevirke, at alle de virksomheder, som havde erklæret sig enige i, at de ville gennemføre en konkurrencebegrænsende adfærd, men som det derefter ikke lykkedes at gennemføre en sådan adfærd, ikke gjorde sig skyldige i en tilsidesættelse af artikel 81 EF.

194. En virksomheds ansvar ville derfor ikke i sig selv være forbundet med dens erklærede vilje til at tilsidesætte konkurrencereglerne, men med dens faktiske mulighed for at gøre det.

195. Et sådant synspunkt er der imidlertid ikke holdepunkter for i retspraksis.

196. Jeg skal i den forbindelse blot henvise til, at Domstolen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni fastslog, at en virksomhed ikke alene tilsidesætter artikel 81 EF, når »virksomheden har haft til hensigt ved siden egen adfærd at bidrage til de fælles mål«, men også når »den har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko«⁸⁰.

197. Denne retspraksis er derefter for nylig og mere specifikt blevet bekræftet i dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, hvori Domstolen bl.a. fastslog, at det er »tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at den pågældende virksomhed har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra, for at føre tilstrækkeligt bevis for, at denne virksomhed deltog i kartellet. [...] [D]en stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, [virker] som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale«⁸¹.

198. Som Retten korrekt har bemærket, burde Brugg derfor åbent have tilkendegivet, at virksomheden ikke var enig i den konkurrencebegrænsende adfærd, der blev besluttet på mødet den 24. marts 1995, for på den måde at underrette de øvrige deltagere om, at virksomheden ikke deltog i deres adfærd, at den tog afstand fra den, og at den ikke på nogen måde var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko.

199. Som det er fremgået, var dette ikke tilfældet.

200. Sammenfattende mener jeg, at de anbringender, Isoplus-koncernen og Brugg har fremført vedrørende en påstået fejlagtig anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, bør forkastes.

2) Anbringenderne vedrørende manglende hensyntagen til formildende og skærpende omstændigheder

201. i) Virksomhederne i Isoplus-koncernen har dernæst anført, at Retten fejlagtigt har afvist, at den bøde, de skulle pålægges, skulle nedsættes i medfør af afsnit D i samarbejdsmeddelelsen.

202. Virksomhederne har påpeget, at i medfør af den pågældende bestemmelse bør Kommissionen altid indrømme en nedsættelse af bøden, såfremt virksomheden samarbejder, også selv om det som i de foreliggende sager kun er tale om et delvist og begrænset samarbejde, når et sådant samarbejde har bidraget til at fastslå overtrædelsens eksistens. Disse appellanter har endvidere anfægtet, at Kommissionen ved beregningen af bøderne to gange har taget hensyn til forsøgene på at lægge hindringer i vejen for undersøgelsen, første gang som en skærpende omstændighed, som medførte en forhøjelse af bøden, og anden gang som begrundelse for ikke at indrømme en bødenedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen. Herved har Kommissionen navnlig

81 — Præmis 81 ff.

tilsidesat appellanternes ret til kontradiktion samt princippet om en »retfærdig rettergang«.

203. Også på dette punkt er Rettens ræsonnement efter min opfattelse mere overbevisende. Jeg skal blot fremkomme med nogle få bemærkninger til den påståede »dobbelte« hensyntagen til appellanternes hindrende adfærd.

204. Jeg skal navnlig påpege, at for mig at se ville Kommissionen kun have tilsidesat appellanternes grundlæggende rettigheder, såfremt den havde tilskrevet appellerne en og samme skærpende omstændighed to gange.

205. Noget helt andet er derimod tilfældet i en situation som den foreliggende, hvor eksistensen af en skærpende omstændighed er uforenelig med forudsætningerne for at tage hensyn til en formildende omstændighed. I så fald skal det forhold, om en virksomhed har samarbejdet eller ej, vurderes i sin helhed.

206. Det fremgår imidlertid af Kommissionens beslutning, at disse appellanternes bidrag snarere var delvist og begrænset og ganske

modvirkende. Selv om de i et vist omfang har samarbejdet med Kommissionen ved at fremlægge visse bevisligheder ud over dem, Kommissionen allerede rådede over, og delvis anerkendte, at de havde deltaget i kartellet, står det også fast, at de samtidig forsætligt har lagt hindringer i vejen for undersøgelserne, idet de er fremkommet med ufuldstændige og for en del unøjagtige oplysninger og således gjorde Kommissionens efterforskning vanskeligere. Som det kan udledes ikke alene af ånden bag samarbejdsmeddelelsen, men også af fast retspraksis, som Retten har citeret, kan en sådan omstændighed efter min opfattelse vanskeligt forenes med kravet om en »samarbejdende adfærd«, der kan begrunde en nedsættelse af bøden.

207. ii) LR AF 1998 har anfægtet, at Kommissionen med urette har afvist, at der er tale om formildende omstændigheder i forhold til virksomheden, og at Retten med urette har stadfæstet beslutningen på dette punkt.

208. Denne appellerende virksomhed har navnlig gjort gældende, at den har ret til en nedsættelse af den bøde, den er blevet pålagt, på grund af følgende omstændigheder: a) virksomheden befandt sig i et »undertrykkelser«-forhold i relation til ABB, der var den vigtigste virksomhed og den eneste multinationale koncern med hensyn til fjernvarmerør, og den virksomhed, der stod i spidsen for kartellet, og b) virksomheden var offer for

den økonomiske pression, som ABB udøvede med henblik på at tvinge virksomheden til at deltage i kartellet og til at iværksætte de foranstaltninger, der var besluttet efter fælles aftale mellem virksomhederne, og c) de overtrædelser af konkurrencereglerne, der blev foreholdt ABB, var langt alvorligere end dem, LR AF 1998 blev kritiseret for.

209. Ud fra et andet synspunkt har LR AF 1998 anført, at Kommissionen ikke har taget hensyn til den pression, som ABB udøvede over for de øvrige virksomheder, og rejst kritik af, at Retten har givet Kommissionen medhold på det punkt med bemærkningen om, at »der i forbindelse med udmålingen af ABB's bøde blev taget hensyn til den pression, som denne udøvede [...] som en faktor, der begrundede en forhøjelse af virksomhedens bøde«⁸².

210. Ifølge denne appellant kan forpligtelsen til at udmåle bøden på grundlag af de relevante, individuelle faktorer ikke overholdes derved, at der foretages en tilpasning af den bøde, der pålægges en anden virksomhed.

211. LR AF 1998 har endelig anført, at den omstændighed, at virksomheden gennemførte et internt program for overholdelse af fællesskabsretten, ikke udgjorde en formil-

dende omstændighed, der kunne begrunde en nedsættelse af den bøde, der var pålagt den.

212. Efter min opfattelse har Retten med rette afvist, at LR AF 1998 havde krav på, at Kommissionen tog hensyn til formildende omstændigheder over for denne virksomhed.

213. For mig at se svarer ingen af de nævnte omstændigheder til den økonomiske pression, som ABB ifølge denne appellerende virksomhed udøvede over for den.

214. I den sammenhæng skal jeg navnlig gøre opmærksom på, at retningslinjerne blandt de formildende omstændigheder, der er opregnet i retningslinjernes punkt 3, udtrykkeligt ikke indeholder disse situationer⁸³.

215. Desuden har Kommissionen, efter min opfattelse med rette, hidtil anlagt en restriktiv fortolkning af de pågældende formildende omstændigheder, idet den har fastholdt, at de kun kan komme i betragtning, såfremt en

82 — Dommen i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, præmis 339.

83 — I retningslinjernes punkt 3 præciseres det således, at formildende omstændigheder, der kan begrunde en nedsættelse af bøden er, »hvis en virksomhed udelukkende har spillet en passiv rolle eller en rolle som medløber, hvis en virksomhed ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler eller ulovlige former for praksis, hvis en virksomhed har bragt overtrædelsen til ophør straks efter Kommissionens første indgreb (typisk en kontrolundersøgelse), hvis der hos en virksomhed har hersket rimelig tvivl med hensyn til ulovligheden af den konkurrencebegrænsende adfærd, hvis overtrædelsen skyldes uagtsomhed og ikke er begået forsætligt, hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren, uden for anvendelsesområdet for meddelelsen af 18.7.1996 om bødefratagelse eller bødenedsættelse, andre omstændigheder«.

virksomheds deltagelse i et kartel har været minimal, f.eks. såfremt virksomheden ikke på noget tidspunkt har deltaget i noget møde i det konkurrencebegrænsende kartel⁸⁴. I modsat fald måtte sådanne formildende omstændigheder anerkendes at foreligge i relation til alle de virksomheder, der ikke har spillet rollen som igangsætter eller initiativtager til kartellet og derved i høj grad udvidet dettes anvendelsesområde.

overtale dem til at tilslutte sig kartellet, som en faktor, der begrundede en forhøjelse af virksomhedens bøde».

216. For så vidt angår den foreliggende sag har Retten dernæst uden den mindste tvivl ikke alene kunnet fastslå, at denne appellat var til stede, men også aktivt deltog i en række møder inden for det europæiske kartel. Det er herved uden betydning, om ABB har kunnet tvinge virksomheden hertil, idet intet var til hinder for, at virksomheden kunne indgive anmeldelse om denne pression til de kompetente myndigheder eller have indgivet en klage til Kommissionen i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17.

218. Da bøden er helt individuel, kan den manglende nedsættelse af bødebeløbet til skade for en erhvervsdrivende ikke begrundes med, at den bøde, der er pålagt en anden erhvervsdrivende, er for højt tilsvarende.

217. Derimod er det efter min opfattelse mindre overbevisende, når Retten bemærker, at under alle omstændigheder »kan Kommissionen ikke kritiseres for ikke at have taget hensyn til denne pression, da der i forbindelse med udmålingen af ABB's bøde blev taget hensyn til den pression, som denne udøvede over for andre virksomheder for at

219. Når dette er sagt, finder jeg alligevel, at denne fejlagtige vurdering fra Rettens side ikke kan ændre noget ved den konklusion, der var indeholdt i den anfægtede beslutning, og hvorefter LR AF 1998 ikke havde ret til at få nedsat bøden. For mig at se har Kommissionen med rette anført, at med henblik på at varetage sine egne interesser havde denne appellat mere effektive retsmidler til rådighed end at deltage i det konkurrencebegrænsende kartel.

220. Endelig kan det efter min opfattelse ikke tillægges betydning, at denne appellat havde gennemført et internt program til overholdelse af fællesskabsretten. På dette punkt er jeg helt enig med Retten i, hvad den har bemærket i den appellerede doms præmis 345, og det er derfor overflødigt at

⁸⁴ — Jf. Kommissionens beslutning af 7.6.2000, Aminosyrer, EFT 2001 L 152, s. 24, og af 21.11.2001, Vitaminer, EFT 2003 L 6, s. 1.

fremkomme med yderligere bemærkninger til dette punkt.

støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, der er kommet frem under retsforhandlingerne.«

221. Sammenfattende er det således min opfattelse, at også de appelanbringender, jeg netop har behandlet, bør forkastes.

224. Det fremgår af Domstolens faste praksis⁸⁵, at »nye anbringender« er sådanne argumenter, der fremføres under sagens behandling, og som ikke på nogen måde har sammenhæng med de retlige argumenter, der allerede er udviklet under sagen.

3) Anbringenderne vedrørende tilsidesættelsen af processuelle regler

222. Med det første anbringende har ABB Asea Brown Boveri Ltd (herefter »ABB«) gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at den udtalelse fra professor J. Schwarze, der var vedlagt som bilag til denne appellants replik, ikke kunne tages i betragtning, idet der i strid med, hvad der er fastsat i artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, herved blev fremført nye anbringender, der ikke var gjort gældende i stævningen.

225. Heraf følger, at argumenter, som ganske vist er fremført under sagens behandling, men som kan føres tilbage til anbringender, der allerede tidligere er gjort gældende, kan fremmes til realitetsbehandling, for så vidt de udgør en direkte eller indirekte udvikling af dem.

226. Der skal herefter tages stilling til, om de argumenter, der er fremført i professor Schwarzes udtalelse, udgør en naturlig

223. Denne bestemmelse har følgende ordlyd: »Nye anbringender må ikke fremsættes under sagens behandling, medmindre de

85 — Jf. dom af 21.12.1954, sag 2/54, Italien mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 5, org.ref.: Rec. s. 73, præmis 6, af 30.9.1982, sag 108/81, Amylum mod Rådet, Sml. s. 3107, præmis 25, og af 4.2.1997, forenede sager C-71/95, C-155/95 og C-271/95, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 687.

udvikling af de anbringender, ABB havde fremført i stævningen for Retten.

227. I udtalelsen tager professor Schwarze i det væsentlige stilling til, om den anfægtede beslutning er i overensstemmelse med visse grundlæggende retsprincipper, herunder navnlig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, princippet om, at offentlige myndigheder skal overholde selv-pålagte begrænsninger, *estoppel*-princippet, princippet om god forvaltningsskik og princippet om retten til kontradiktion.

228. I stævningen fremkom ABB kun med bemærkninger til visse af de nævnte principper. Navnlig anførte ABB i stævningens punkt 44 ff., at Kommissionen derved, at den havde anvendt retningslinjerne med tilbagevirkende kraft, havde tilsidesat ABB's berettigede forventning om, at en praksis med hensyn til beregningen af bøderne ville blive opretholdt, og at den havde tilsidesat nærmere bestemte proceduremæssige garantier for ABB.

229. I første del af stævningen anførte ABB, at Kommissionen under den del af sagsbehandlingen, som førte til den anfægtede beslutning, havde tilsidesat ABB's ret til kontradiktion og ret til at blive hørt.

230. Derimod har ABB ikke på noget tidspunkt gjort gældende, at de øvrige principper, som professor Schwarze behandler i udtalelsen, var tilsidesat, og navnlig ikke princippet om, at offentlige myndigheder skal overholde selvpålagte begrænsninger, *estoppel*-princippet og princippet om god forvaltningsskik.

231. En stor del af de argumenter, der er udviklet i udtalelsen, kan herefter ikke betragtes som »nye«.

232. På den anden side kan det heller ikke med føje gøres gældende, at professor Schwarzes argumenter må fremmes til realitetsbehandling, fordi de er fremført i en udtalelse, der er vedlagt som bilag til replikken. Efter min opfattelse er artikel 48 ikke til hinder for, at en part, der ønsker at fremføre nye retlige anbringender eller udvikle allerede fremførte anbringender (såfremt dette måtte være tilladt) at påberåbe sig en udtalelse, der er udarbejdet af en jurist, der ikke er blandt dem, der fører sagen for den pågældende part.

233. I modsætning til, hvad Retten har fastslået, må professor Schwarzes udtalelser efter min opfattelse derfor fremmes til realitetsbehandling for så vidt angår de dele af den, der behandler spørgsmålet om den hævdede tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og af denne appellants ret til kontradiktion.

234. Jeg skal imidlertid bemærke, at selv om Retten havde fremmet de pågældende dele af udtalelsen til realitetsbehandling, ville de deri indeholdte argumenter ikke have ændret noget ved de konklusioner, Retten nåede frem til med hensyn til realiteten omkring de nævnte principper. De vurderinger, professor Schwarze er fremkommet med, ændrer ikke kernen i de argumenter, som både ABB og de øvrige appellanter allerede for Retten fremførte om, at de nævnte principper var tilsidesat.

236. Sammenfattende er det min opfattelse, at ingen af de anbringender, appellanterne har fremført, er begrundede. Appellerne bør følgelig forkastes.

IV — Sagsomkostningerne

235. Som jeg har forsøgt at godtgøre ovenfor, har Retten ikke gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved at forkaste anbringenderne vedrørende den påståede tilsidesættelse af de nævnte principper. Heraf følger, at dette anbringende ikke kan tiltrædes.

237. I lyset af procesreglementets artikel 69, stk. 2, og henset til, at appellerne bør forkastes, finder jeg, at appellanterne bør pålægges at afholde sagsomkostningerne.

V — Forslag til afgørelse

238. Jeg skal herefter foreslå følgende afgørelse:

— Appellerne forkastes.

— Appellanterne betaler sagsomkostningerne.