

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L.A. GEELHOED

fremsat den 19. januar 2006¹

1. Denne sag angår en appel, som SGL Carbon AG (herefter »SGL«) har iværksat til prøvelse af dom afsagt den 29. april 2004 af Retten i Første Instans i de forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod EF-Kommissionen (herefter »den appellerede dom«).

som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«.

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

I — Relevante retsfor skrifter

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

4. Artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86² (herefter »forordning nr. 17«) fastsætter følgende:

2. Artikel 81 EF forbyder »[alle] aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og

»1. Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på 100 til 5000

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT 1959-1962, s. 81.

regningsenheder, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

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

[...]

B — Retningslinjerne

- b) i et svar på en begæring i henhold til artikel 11, stk. 3 eller stk. 5 [...] giver en oplysning, der er urigtig [...]

2. Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

- a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 [...]

5. I Kommissionens meddelelse med titlen »Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten«³ (herefter »retningslinjerne«) anføres følgende i præamblen:

»Formålet med [...] principper[ne] [...] er at sikre gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med Kommissionens beslutninger, både i forhold til virksomhederne og i forhold til Domstolen, og samtidig fastholde den skønsbeføjelse, som de pågældende retsfor skrifter giver Kommissionen til at fastsætte bøder på indtil 10% af virksomhedernes samlede omsætning. Denne beføjelse bør imidlertid udøves som led i en sammenhængende og ikke-diskriminerende politik, der er tilpasset de mål, der forfølges ved bekæmpelsen af overtrædelser af konkurrencereglerne.

[...]

3 — EFT 1998 C 9, s. 3.

Den nye metode til beregning af en bødestørrelse vil fremover følge følgende model, der bygger på fastsættelsen af et grundbeløb, som kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder og nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder.«

hensyn til ved fastsættelsen af bødestørrelsen. [...]«

D — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder

C — Samarbejdsmeddelelsen

6. I sin meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager⁴ (herefter »samarbejdsmeddelelsen«) fastlagde Kommissionen betingelserne for, hvornår en virksomhed, der samarbejder med Kommissionen i forbindelse med dennes undersøgelser af en kartelsag, kan fritages for bøder eller få nedsat den bøde, den ellers ville være blevet pålagt, som angivet i meddelelsens afsnit A, punkt 3.

7. Afsnit A, punkt 5, i samarbejdsmeddelelsen lyder:

»En virksomheds samarbejdsvillighed er blot ét af de elementer, som Kommissionen tager

8. Artikel 4 i syvende tillægsprotokol til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMK«), fastsætter følgende:

»1. Under én og samme stats jurisdiktion skal ingen i en straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i overensstemmelse med denne stats lovgivning og strafferetspleje.

2. Bestemmelserne i foregående stykke forhindrer ikke genoptagelse af sagen i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald.«

4 — EFT 1996 C 207, s. 4.

II — Faktiske omstændigheder og baggrund for vedtagelsen af den anfægtede beslutning

9. I den appellerede dom sammenfattede Retten de faktiske forhold i den sag, der var indbragt for den, som følger:

»1 Ved beslutning 2002/271/EF [...] fandt Kommissionen, at forskellige virksomheder havde deltaget i en række aftaler og samordnet praksis i henhold til artikel 81 EF og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«) i grafitelektrodesektoren.

ingen produkter, der kan substituere grafitelektroder i denne produktion.

3 Efterspørgslen efter grafitelektroder er direkte knyttet til produktionen af stål i elektriske lysbueovne; aftagerne er hovedsagelig stålproducenter, som tegner sig for omkring 85% af efterspørgslen. I 1998 lå verdensproduktionen af råstål på 800 mio. tons, hvoraf 280 mio. tons blev produceret i elektriske lysbueovne [...]

[...]

2 Grafitelektroder anvendes primært i stålproduktionen i elektriske lysbueovne. Stålproduktion i sådanne ovne er som oftest en genvindingsproces, hvorved stålskrot omdannes til nyt stål i modsætning til den traditionelle proces, hvor jernmalm smeltes i højovne/iltblæste konvertere. I en gennemsnitlig ovn anvendes der ni elektroder, samlet i tre gange tre søjler til smeltning af skrot. På grund af smelteprocessens intensitet er en elektrode brugt op i løbet af ca. otte timer. Det tager ca. to måneder at producere en elektrode. Der findes

5 I 1980'erne førte teknologiske forbedringer til en betydelig nedgang i forbruget af elektroder pr. ton produceret stål. Stålintustrien gennemgik også en omfattende omstrukturering i denne periode. Som følge af nedgangen i efterspørgslen efter elektroder indledtes en omstruktureringsproces i den verdensomspændende elektrodeindustri. Adskillige virksomheder lukkede.

- 6 I 2001 forsynede ni vestlige producenter det europæiske marked med grafitelektroder: [...]
- 7 I medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 [...] foretog Kommissionens tjenestemænd den 5. juni 1997 samtidige, uanmeldte kontrolundersøgelser [...]
- 8 Federal Bureau of Investigation (FBI) foretog i USA samme dag ransagninger hos en række producenter. Disse undersøgelser resulterede i strafferetlig tiltale for ulovlig samordning af priser mod SGL [...] Alle de anklagede erkendte sig skyldige i anklagerne og accepterede at betale bøder, der blev fastsat til 135 mio. USD for SGL [...]
- 11 I [...] Canada [...] [i] juli 2000 erklærede SGL sig skyldig og accepterede at betale en bøde på 12,5 mio. CAD for den samme overtrædelse. Canadiske stålproducenter anlagde i juni 1998 civile søgsmål mod SGL [...] på grund af ulovlig samordning.
- 12 Den 24. januar 2000 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til de anklagede virksomheder. Proceduren førte den 18. juli 2001 til vedtagelsen af beslutningen, hvori de sagsøgende virksomheder [...] blev foreholdt at have foretaget en verdensomspændende prisfastsættelse og national og regional markedsopdeling for det omhandlede produkt ud fra princippet om »hjemmemarkedsproducenten«: UCAR var ansvarlig for USA og dele af Europa, SGL havde ansvar for resten af Europa [...]
- [...]
- 13 Grundprincipperne for aftalen var i henhold til beslutningen følgende:
 - Prisen på grafitelektroder skulle fastsættes globalt.
- 10 Mod SGL [...] blev der i USA anlagt civile søgsmål på vegne af en gruppe aftagere med påstand om tredobbelte skadeserstatninger.

- Beslutninger om det enkelte selskabs prissætning skulle ikke træffes af marketings- og salgsdirektørerne, men udelukkende af bestyrelsesformanden/direktørerne.
- »Hjemmemarkedsproducenten« (markedslederen) skulle fastsætte markedsprisen i sit hjemmemarkedsområde, og de øvrige producenter ville så »følge efter«.

[...]

- På »ikke-hjemmemarkederne« (eksportmarkeder, hvor der ikke fandtes nogen »hjemmemarkeds«-producent eller markedsledere) ville priserne blive fastlagt ved konsensus.
 - »Ikke-hjemmemarkeds«-producenterne måtte ikke udvise aggressiv konkurrenceadfærd og skulle trække sig tilbage fra de andres hjemmemarkeder.
- 14 I beslutningen anføres det herefter, at grundprincipperne var blevet gennemført på kartelmøder på forskellige niveauer: topledermøder, arbejdsmøder, møder i gruppen af europæiske producenter (uden de japanske virksomheder), nationale eller regionale møder vedrørende specifikke markeder og bilaterale kontakter mellem virksomhederne.
- 16 På baggrund af de i beslutningen fastslåede faktiske omstændigheder og juridiske vurderinger pålagde Kommissionen de anklagede virksomheder bøder, hvis størrelse blev fastlagt ud fra beregningsmetoden i retningslinjerne [...]
- 17 I artikel 3 i beslutningens dispositive del blev bøderne fastlagt på følgende måde:

— SGL: 80,2 mio. EUR

- Der måtte ikke ske nogen kapacitetsudvidelse (japanerne skulle reducere deres kapacitet).
- Der måtte ikke finde nogen teknologioverførsel sted uden for kredsen af karteldeltagende producenter.

[...]

18 I artikel 4 i beslutningens dispositive del fastsættes det, at de berørte virksomheder betaler bøderne inden tre måneder efter meddelelsen af beslutningen, hvorefter der påløber renter på 8,04%.«

IV — Appellen

12. SGL har nedlagt følgende påstande:

III — Sagen for Retten og den appellerede dom

10. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 20. oktober 2001 anlagde SGL og andre virksomheder, som den anfægtede beslutning var rettet til, søgsmål til prøvelse af beslutningen.

11. I den appellerede dom udtalte Retten bl.a. følgende:

»[...]

2) I sag T-239/01, SGL Carbon mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber:

— Den bøde, der er pålagt sagsøgeren ved artikel 3 i beslutning 2002/271, fastsættes til 69 114 000 EUR.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

[...]«

— Dommen i sag T-239/01 ophæves delvist, for så vidt som appellantent ikke herved fik medhold i sin påstand om annullation af artikel 3 og artikel 4 i Kommissionens beslutning af 18. juli 2001, idet de for Retten i Første Instans nedlagte påstande efterkommes.

— Subsidiært nedsættes den bøde, som er pålagt appellantent ved artikel 3 i Kommissionens beslutning, samt de proces- og morarenter, som er fastsat ved beslutningens artikel 4, sammenholdt med Kommissionens skrivelse af 23. juli 2001, til et rimeligt beløb.

— Mere subsidiært hjemvises sagen til fornyet behandling ved Retten i Første Instans under hensyn til Domstolens afgørelse.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

13. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

— Det fjerde anbringende vedrører undladelse af hensyntagen til det bødeløft på 10% af den samlede omsætning, som er fastlagt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

— Det femte anbringende angår en tilsidesættelse af retten til kontradiktion på grund af utilstrækkelig adgang til dokumenter.

V — Søgsmålsgrunde og væsentligste argumenter

14. SGL har fremsat syv anbringender:

— I det første anbringende påberåber SGL sig en tilsidesættelse af princippet *ne bis in idem*.

— Det andet anbringende vedrører fastsættelsen af bødens grundbeløb, nærmere bestemt undladelse af at foretage en nedsættelse.

— Det tredje anbringende angår forhøjelsen af bødens grundbeløb (på grund af en skærpende omstændighed) med 25% som følge af advarsler afgivet til andre kartelmedlemmer inden undersøgelsen i 1997.

— Det sjette anbringende vedrører virksomhedens evne til at betale bøden (undladelse af hensyntagen til virksomhedens nedsatte betalingssevne).

— Det syvende anbringende angår fastsættelsen af moranter.

VI — Gennemgang

Indledende bemærkninger

15. Appellanten i denne sag har, ligesom appellanten i sag C-289/04 P, i hvilken jeg også fremsætter forslag til afgørelse i dag,

fremført anbringender vedrørende visse elementer i bøden. I sag C-289/04 P berører anbringenderne især på afskrækkelsesfaktoren. I denne sag angår anbringenderne snarere visse aspekter af bødefastsættelsesprocessen.

påse, at den trufne forholdsregel er af tilstrækkelig forebyggende karakter, især for så vidt angår den type overtrædelser, som i særlig grad kan bringe gennemførelsen af Fællesskabets formål i fare⁷.

16. Jeg skal derfor først gøre visse generelle bemærkninger vedrørende retspraksis med hensyn til Kommissionens bødefastsættelsespolitik.

19. Domstolen fastslog således i denne dom, at det formål, der ligger bag pålæggelsen af bøder, er at sikre gennemførelsen af Fællesskabets konkurrencepolitik.

17. For det første fastslog Domstolen i den ofte citerede dom i *Musique Diffusion française*-sagen⁵, at Kommissionens opgave ikke blot indebærer, at individuelle overtrædelser skal efterforskes og forfølges, men også en pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i traktaten fastlagte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning⁶.

20. Det fremgik klart af denne og senere domme, at der skal tages hensyn til mange faktorer; at Kommissionen ikke er forpligtet til at anvende en præcis matematisk formel; at Kommissionen kan tage hensyn til både virksomhedens samlede omsætning og omsætningen fordelt på områder og produkter, så længe én faktor ikke er uforholdsmæssig i forhold til andre faktorer; og dermed, at fastsættelsen af en passende bøde ikke kan ske ved en simpel beregning af den samlede omsætning.

18. Ved vurderingen af en overtrædelses grovhed med henblik på at fastsætte bødens størrelse skal Kommissionen desuden ikke blot tage hensyn til særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde, men også til den sammenhæng, overtrædelser indgår i, og

21. Kommissionen har desuden vide skønsbeføjelser i sin bødepolitik, selv om den skal tage hensyn til fællesskabslovgivningens generelle principper og ikke må overskride det omsætningsloft, som er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Hvis Kommis-

5 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1825.

6 — *Musique diffusion française-dommen*, præmis 105.

7 — *Musique diffusion française-dommen*, præmis 106.

sionen offentliggør vejledende regler for den praksis, der skal følges, kan den desuden ikke fravige dem i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling. Det er klart, at Kommissionen kan tilpasse sine retningslinjer, som først kan anvendes fra den dato, hvor de vedtages.

og forholdsvis mekanisk rolle»⁹. Domstolen bemærkede endvidere, at »[...] retningslinjernes indhold på flere punkter er fleksibelt, hvilket giver Kommissionen mulighed for at udøve sit skøn i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 15 i forordning nr. 17, således som disse er fortolket af Domstolen [...]«¹⁰.

22. I mellemtiden har Kommissionen offentliggjort retningslinjerne. Retningslinjerne afspejler mere eller mindre Fællesskabets retsinstansers retspraksis. Den i retningslinjerne fastsatte beregningsmetode var genstand for en nylig dom, den såkaldte »Præisolerede rør«-dom⁸. I den forbindelse fastslog Domstolen, at »den i retningslinjerne angivne beregningsmetode [synes] — for så vidt som den foreskriver, at der skal tages hensyn til et stort antal faktorer ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed med henblik på fastsættelsen af bødeløbet, hvilke faktorer bl.a. omfatter den ulovlige fortjeneste, der er opnået ved overtrædelsen eller nødvendigheden af at sikre bødernes afskrækkende virkning — at være i bedre overensstemmelse med de i forordning nr. 17 fastlagte principper, således som de er fortolket af Domstolen, bl.a. i dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, end Kommissionens påståede tidligere praksis, som appellerterne har påberåbt sig, og hvorefter den relevante omsætning skal have spillet en overvejende

23. I henhold til retningslinjerne fastsætter Kommissionen bøden i flere trin. Det første trin er fastsættelse af grundbeløbet på baggrund af overtrædelsens grovhed (lidet alvorlig, alvorlig eller meget alvorlig) og dens varighed (kort, mellemlang eller lang). Kommissionen fastsætter først grundbeløbet på grundlag af overtrædelsens grovhed. Når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem de involverede virksomheder, kan den inddеле dem i grupper på baggrund af deres størrelse og fastsætte forskellige grundbeløb for grupperne for at tage hensyn til den specifikke vægt og dermed de faktiske konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet. Når Kommissionen har vurderet en given overtrædelsens grovhed, kan den, før den vurderer overtrædelsens varighed, forhøje bøden for at sikre, at bøden har en tilstrækkeligt afskrækkende virkning (dvs. anvende »afskrækkelsesfaktoren«). Efter at have forhøjet bøden på grundlag af overtrædelsens varighed, fortsætter Kommissionen ved næste trin, de skærpende eller formildende omstændigheder.

8 — Dom af 28.5.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, *Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 5425.

9 — Præmis 260.

10 — Præmis 267.

24. Hvis en virksomheds samarbejde med Kommissionen kan betegnes som samarbejde i samarbejdsmeddelelsens forstand, vil næste trin være anvendelse af denne meddelelse.

25. Hvis det loft på 10%, som er nævnt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, overskrides, kan Kommissionen nedsætte bødeløbet (som fremkommer ved beregningen i henhold til retningslinjerne) til dette maksimale niveau før anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen med henblik på at give denne meddelelse fuld virkning.

26. I denne sag inddelte Kommissionen de berørte virksomheder i tre kategorier ud fra deres relative betydning på det pågældende marked, baseret på produktomsætning og markedsandel på verdensplan. De passende grundbeløb for bøderne blev fastsat til hhv. 40 mio. EUR, 16 mio. EUR og 8 mio. EUR. SGL var placeret i den øverste gruppe. Grundbeløbet blev forhøjet med 55% på grund af varigheden af SGL's overtrædelse. I det næste trin forhøjede Kommissionen grundbeløbet med 85% på grund af skærpende omstændigheder; heraf 25% for at have advaret de andre kartelmedlemmer om Kommissionens forestående undersøgelse. Der forelå ingen formildende omstændigheder. Derefter nedsatte Kommissionen bøden med 30% i medfør af samarbejdsmeddelel-

sen. Retten nedsatte bødeløbet, fordi Kommissionen havde fejlbedømt SGL's samarbejde. Dette aspekt er genstand for appellen i sag C-301/04 P, i hvilken jeg også fremsætter forslag til afgørelse i dag. Som allerede nævnt vedrører den foreliggende appel navnlig de forskellige trin i bødefastsættelsesprocessen.

27. Inden gennemgangen af de forskellige anbringender skal jeg bemærke, at under en appelsag er formålet med Domstolens efterprøvelse dels at undersøge, i hvilket omfang Retten juridisk korrekt har taget hensyn til alle faktorer, der er afgørende ved vurderingen af en given adfærds grovhed under hensyntagen til artikel 85 EF og artikel 15 i forordning nr. 17, dels at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden.

28. Endvidere tilkommer det ikke Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under udøvelsen af sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten.

29. Anbringender må derfor afvises, for så vidt som formålet hermed er, at der generelt skal foretages en ny vurdering af bøderne.

A — Det første anbringende: tilsidesættelse af princippet ne bis in idem

30. I første instans gjorde SGL gældende, at Kommissionen, da den ved fastlæggelsen af bøderne i den anfægtede beslutning afslog at fratrække de i USA og Canada allerede pålagte bøder, tilsidesatte forbuddet mod kumulation af sanktioner for samme overtrædelse.

31. Som svar på dette anbringende henviste Retten først til tidligere retspraksis, hvor det fastslås, at princippet ne bis in idem er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, og at dette princip på området konkurreret forbyder, at en virksomhed domfældes eller atter forfølges af Kommissionen for en konkurrencebegrænsende adfærd, for hvilken den allerede er blevet pålagt en sanktion.

32. Derefter fastslog Retten i den appellerede doms præmis 134, at princippet ne bis in idem ikke fandt anvendelse i den foreliggende sag, idet de af Kommissionen på den

ene side og af de amerikanske og canadiske myndigheder på den anden side indledte procedurer og pålagte bøder åbenbart ikke havde forfulgt de samme formål. I det første tilfælde drejede det sig om at bevare en loyal konkurrence på Den Europæiske Unions område eller i EØS, mens det i det andet tilfælde drejede sig om beskyttelsen af det amerikanske eller canadiske marked. Anvendelsen af princippet ne bis in idem er nemlig ikke blot betinget af, at overtrædelserne og personerne, som sanktioneres, er identiske, men forudsætter ligeledes, at de beskyttede retsgoder er de samme. Dette resultat underbygges af rækkevidden af princippet om forbud mod kumulation af sanktioner, således som det er fastlagt i artikel 4 i syvende tillægsprotokol til EMK. Det fremgår af denne bestemmelses ordlyd, at princippet udelukkende indebærer et forbud mod at blive stillet for eller dømt ved en domstol i en stat for en forbrydelse, som den pågældende person allerede er blevet frikendt eller dømt for i den samme stat. Derimod forbyder princippet ne bis in idem ikke, at en person retsforfølges eller straffes mere end én gang for de samme faktiske forhold i to eller flere forskellige stater¹¹.

33. Retten understregede ligeledes, at sagsøgerne ikke havde påberåbt sig nogen konvention eller noget folkeretligt princip, som forbyder myndighederne eller domstolene i forskellige stater at retsforfølge og dømme en person på grund af de samme faktiske forhold, og anførte, at »[e]t sådant forbud [...] på nuværende tidspunkt kun [kan] følge af et meget snævert internationalt

¹¹ — Jf. præmis 134 og 135.

samarbejde om vedtagelsen af fælles regler som dem, der er indeholdt i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen nævnt ovenfor. Sagsøgerne har ikke påberåbt sig eksistensen af en konventionstekst, der binder Fællesskabet og tredjelande såsom USA og Canada, og som indeholder et sådant forbud«¹².

34. Retten erkendte, at »[a]rtikel 50 i ovennævnte charter om grundlæggende rettigheder fastsætter, at ingen i en straffesag på ny skal kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken han/hun allerede er blevet endeligt frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen. Det må imidlertid konstateres, at denne bestemmelse kun kan finde anvendelse på Unionens område og udtrykkeligt afgrænser rækkevidden af rettigheden i artikel 50 til tilfælde, hvor den omhandlede frikendelse eller domfældelse er sket inden for Unionens område«¹³.

35. SGL gjorde også gældende, at Kommissionen havde fejlfortolket dommen i sagen Boehringer mod Kommissionen¹⁴, hvori det blev fastslået, at Kommissionen er forpligtet til at fradrage en sanktion pålagt af en tredjestats myndigheder, såfremt der er identitet mellem de forhold, der er gjort gældende mod den sagsøgende virksomhed af henholdsvis Kommissionen og tredjestats myndigheder.

36. Retten understregede herved, at Domstolen i nævnte dom (i præmis 3) havde anført, at »[h]vad angår spørgsmålet, om Kommissionen også er forpligtet til at fradrage en sanktion pålagt af en tredjestats myndigheder, skal dette kun afgøres, såfremt der er identitet mellem de forhold, der i det foreliggende tilfælde er gjort gældende mod sagsøgeren af henholdsvis Kommissionen og de amerikanske myndigheder«, og bemærkede, at »[d]et fremgår klart af ordlyden af denne passage, at Domstolen ikke behandlede spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen skal fradrage en sanktion pålagt af en tredjestats myndigheder i tilfælde, hvor der måtte være identitet mellem de forhold, der er blevet gjort gældende mod en virksomhed af henholdsvis Kommissionen og tredjestats myndigheder, idet der faktisk forelå identitet mellem de forhold, som henholdsvis Kommissionen og tredjestats myndigheder fandt ulovlige«¹⁵.

37. Retten påpegede derefter, at »det er i lyset af de særlige omstændigheder, som på den ene side skyldes den snævre indbyrdes afhængighed mellem medlemsstaternes nationale markeder og fællesmarkedet og på den anden side det særlige system med kompetencefordeling mellem Fællesskabet og medlemsstaterne på området for karteller inden for samme område, nemlig fællesmarkedet, at Domstolen, ved at tillade muligheden for dobbelt retsforfølgelse og henset til den heraf følgende mulighed for dobbelt sanktion, har fundet det nødvendigt at tage hensyn til den første beslutning ud fra et krav om billighed [...]. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Da det ikke er blevet påstået, at der foreligger en klar

12 — Præmis 136.

13 — Præmis 137.

14 — Dom af 14.12.1972, sag 7/72, Boehringer mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 323, org.ref.: Rec. s. 1281.

15 — Præmis 139 og 140.

konventionsbestemmelse, som fastsætter en forpligtelse for Kommissionen til ved bødefastsættelsen at tage hensyn til sanktioner, som allerede er blevet pålagt virksomheden af myndigheder eller domstole i tredjestater såsom USA og Canada på baggrund af de samme faktiske forhold, kan sagsøgerne ikke med føje påstå, at Kommissionen i den konkrete sag tilsidesatte den påståede forpligtelse»¹⁶.

38. Retten anførte videre, at »[s]elv hvis det modsætningsvis kunne udledes af [Boehringer-dommen], at Kommissionen er forpligtet til at fradrage en sanktion pålagt af en tredjestats myndigheder, såfremt der er identitet mellem de forhold, der er gjort gældende mod den omhandlede virksomhed af henholdsvis Kommissionen og tredjestatens myndigheder, skal det understreges, at den i USA afsagte dom henviser til det forhold, at grafitelektrodekartellet havde til formål at begrænse produktionen og forhøje priserne på produktet »i USA og andetsteds«, hvorfor det ikke er blevet bevist, at domfældelsen i USA sigtede på andre former for gennemførelse eller virkninger af kartellet end dem, der var indtruffet i dette land (jf. i denne retning [Boehringer-dommen], præmis 6), og navnlig i EØS, hvilket i øvrigt også ville have været et åbenlyst indgreb i Kommissionens territoriale kompetence. Denne sidste bemærkning gælder ligeledes for domfældelsen i Canada«¹⁷.

39. I denne appelsag har SGL gjort gældende, at Retten ikke i sin dom fastslog, at Kommissionen tilsidesatte princippet *ne bis in idem* (eller subsidiært det generelle krav om billighed), idet den ikke tog hensyn til den sanktion, der allerede var blevet pålagt SGL i USA før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

40. SGL har nærmere anført, at Kommissionen var forpligtet til at fradrage bøder pålagt af tredjelandes myndigheder for samme overtrædelse. Dette følger af princippet *ne bis in idem* og under alle omstændigheder af proportionalitetsprincippet. SGL har herved anført, at Retten fejlfortolkede *Boehringer-dommen*. SGL har anført, at princippet *ne bis in idem* kan fortolkes på to måder, den ene streng og den anden bredere. Den strenge fortolkning — i det mindste den, som finder anvendelse i Fællesskabet — vedrører et egentligt forbud i den forstand, at en anden retsforfølgelse og sanktion er udelukket, når en tidligere sanktion er blevet pålagt for den samme overtrædelse. Ifølge den bredere fortolkning, som er relevant i tilfælde, der behandles af tredjelandes myndigheder, forstås princippet *ne bis in idem* som forpligtelsen til at fradrage eller tage hensyn til sanktioner pålagt i udlandet.

41. SGL har endvidere anført, at de tre betingelser for, at princippet *ne bis in idem* kan finde anvendelse (lovovertræderen er den samme, de faktiske omstændigheder er

16 — Præmis 141 og 142.

17 — Præmis 143.

identiske, og den retsbeskyttede interesse er den samme) er opfyldt. Bøderne er rettet mod SGL, som er en enkelt og selvstændig juridisk person; omstændighederne er identiske (et globalt kartel), og de lovbeskyttede interesser i Europa og USA er de samme.

43. Selv om *ne bis in idem* ikke finder anvendelse med hensyn til tredjelande, burde Kommissionen og Retten have taget hensyn til de allerede pålagte bøder. Dette følger af proportionalitetsprincippet eller det billighedskrav, som blev fastlagt i *Walt Wilhelm-dommen*¹⁹.

44. SGL har desuden anført, at en international traktat ikke er en forudsætning for anvendelse af princippet *ne bis in idem*. I den forbindelse henviser virksomheden til flere nationale retsordener, hvor princippet er anerkendt, og hvor der derfor ikke er nogen gensidig international aftale.

42. SGL har anfægtet Rettens konstatering af, at de af Kommissionen på den ene side og af de amerikanske og canadiske myndigheder på den anden side indledte procedurer og pålagte bøder åbenbart ikke forfulgte de samme formål. SGL har herved henvist til generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sagen *Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen*¹⁸. SGL har hævdet, at denne argumentation kan anvendes på tredjelande. Efter virksomhedens opfattelse har begge retsordener til formål at sikre fri konkurrence. SGL har anført, at territorialprincippet ikke er relevant for spørgsmålet om, hvorvidt der findes et »*idem*«, men kun er relevant for Kommissionens kompetence til at retsforfølge overtrædelser. Selv om der ikke består nogen tvivl om, at der kan findes parallelle konkurrencehåndhævelsesprocedurer, bør der tages hensyn til bøder pålagt af tredjelandes myndigheder.

45. Kommissionen er enig i Rettens konstatering.

Stillingtagen

46. Spørgsmålet om en mulig tilsidesættelse af princippet *ne bis in idem* er for nylig blevet behandlet af generaladvokat Tizzano i hans forslag til afgørelse i *Archer Daniels Midland-sagen*²⁰. Denne sag vedrørte også en situation, hvor der både blev pålagt

18 — Jf. punkt 91-94 i forslaget til afgørelse, 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, Sml. 2004 I, s. 123.

19 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1.

20 — Forslag til afgørelse af 7.6.2005 i sag C-397/03 P, *Archer Daniels Midland mod Kommissionen*.

sanktioner af Kommissionen og af de amerikanske og canadiske myndigheder. I sin dom i den sag²¹ kom Retten til samme konklusion som i den foreliggende sag, nemlig at princippet *ne bis in idem* ikke fandt anvendelse, og at der ikke forelå noget grundlag for, at Kommissionen skulle fradrage de af disse myndigheder allerede pålagte bøder.

47. I sit forslag til afgørelse anførte generaladvokat Tizzano, at det ikke kan antages, at der eksisterer nogen international ret, som forbyder myndighederne eller domstolene i forskellige stater at retsforfølge og dømme en person for de samme faktiske forhold, og at de multilaterale instrumenter, der knæsetter *ne bis in idem*-princippet, bestemmer, at det kun finder anvendelse på retsafgørelser truffet af samme stat. I den forbindelse henviste han til artikel 14, stk. 7, i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder fra 1966, til artikel 4 i syvende tillægsprotokol til EMK og til retspraksis for Den Internationale Domstol vedrørende Det Tidligere Jugoslavien og en række nationale forfatningsdomstole. Han understregede desuden, at *ne bis in idem*-princippet selv inden for så integrerede rammer som dem, Fællesskabet er underlagt, kun finder anvendelse, hvis det fremgår af særlige bestemmelser i konventioner såsom konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen.

48. Men generaladvokat Tizzano anførte videre, at selv om der fandtes et sådant almindeligt retsprincip (om at samme person ikke kan dømmes flere gange for den samme ulovlige adfærd), skulle de tre betingelser, som er fastlagt i Domstolens retspraksis, opfyldes. Han var enig med Retten i, at en af disse betingelser ikke var opfyldt her, nemlig at den retsbeskyttede interesse skal være den samme, fordi den amerikanske antitrustlovgivning og Fællesskabets konkurrencelovgivning ikke kan siges at beskytte det samme retsgode. Han anførte, og jeg tilslutter mig det synspunkt, at Kommissionens bødepolitik tilsigter at beskytte den frie konkurrence inden for fællesmarkedet, som pr. definition adskiller sig fra det retsgode, der beskyttes af tredjelandes myndigheder.

49. Jeg er enig i disse konklusioner. Der er ingen international regel, som forbyder Fællesskabet at pålægge bøder, når en anden myndighed allerede har pålagt bøder for en overtrædelse af konkurrencebestemmelser, eller at pålægge en nedsat bøde. For det andet finder *ne bis in idem* normalt kun anvendelse inden for samme stat. For det tredje kan det ikke hævdes, at der findes en bilateral aftale mellem Fællesskabet og USA eller Canada. De eksisterende samarbejdsaftaler om konkurrencespørgsmål²² omhandler ikke dette aspekt. Men selv hvis princippet *ne bis in idem* fandt anvendelse, skal de

21 — Dom af 9.7.2003, sag T-224/00, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. II, s. 2597.

22 — Aftale mellem De Europæiske Fællesskaber og regeringen for Amerikas Forenede Stater om anvendelsen af principperne om »positive comity« i håndhævelsen af deres konkurrencelovgivning af 4.6.1998, EFT 1998 L 173, s. 28, og 1991-aftalen, EFT 1995 L 95, s. 47.

tre ovennævnte betingelser opfyldes kumulativt. Jeg er enig med Kommissionen og Retten i, at den tredje betingelse, at den retsbeskyttede interesse skal være den samme, ikke er opfyldt. Et kartel begår overtrædelser i alle de jurisdiktioner, hvor det opererer. Det forhold, at et kartel opererer på verdensplan, ændrer derfor ikke ved, at den amerikanske antitrustlovgivning og Fællesskabets konkurrencelovgivning primært vedrører kartellets virkning på deres respektive territorier. SGL's henvisning til en række nationale retsordener, hvor en udenlandsk beslutning ville blive behandlet som sammenlignelig med en national dom, er derfor irrelevant, eftersom de tre betingelser ikke er opfyldt.

af yderligere økonomiske sanktioner²³. En sådan grund findes ikke i forhold til tredjelande, eftersom de er distinkte i et territorielt perspektiv. Det forhold, at Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til tidligere bøder pålagt i et tredjeland, betyder ikke, at den ikke har mulighed for at gøre det; men forudsat, at der ikke er nogen gensidighed, kan Kommissionen ikke antages at være forpligtet til at fradrage en sådan bøde.

50. For så vidt angår det generelle krav om billighed, skal jeg påpege, at Walt Wilhelm-dommen eller Boehringer-dommen efter min mening ikke uden videre kan anvendes på situationer i tredjelande. Bortset fra det forhold, at Walt Wilhelm-sagen strengt taget ikke omhandler princippet *ne bis in idem* — hvilket Boehringer-sagen heller ikke gør — var det særlige ved den sag, selv om myndighederne betragtede den fra en anden vinkel, at overtrædelser fandt sted på Fællesskabets territorium. Der var således gyldig grund til at tage højde for den geografiske overlapning og kræve, at den anden konkurrencemyndighed skulle tage hensyn til den første bøde ved efterfølgende pålæggelse

51. Som en sidste bemærkning skal jeg understrege, at der er forskelle mellem retsordenerne, og at disse forskellige retsordener indebærer retlige parametre for markedsadfærd med forskelligt indhold og omfang; en overtrædelse har således ikke kun forskellige eller afvigende konsekvenser i de forskellige retsordener, men selv inden for den samme retsorden skal konsekvenserne vurderes på baggrund af deres virkning i denne orden.

52. SGL's holdning ville medføre, at territorialbegrebet i offentlig økonomisk ret mistede sin betydning. Det ville indebære, at bestemmelserne om betingelserne for virksomheders markedsadfærd var identiske over hele verden, hvilket af indlysende årsager ikke er tilfældet.

23 — Siden ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003 er denne retspraksis i vid udstrækning overflødiggjort. Jf. også Wouter P.L. Wils, »The principles of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis«, i *World Competition* 2003.

B — *Det andet anbringende*

Stillingtagen

53. Med sit andet anbringende, som vedrører Rettens konstateringer vedrørende fastsættelsen af bødens grundbeløb, har SGL anført, at Retten med urette ikke over for SGL foretog en nedsættelse af grundbeløbet, selv om den burde have foretaget sådan nedsættelse ved en ikke-diskriminerende anvendelse af de kriterier, Retten havde fastsat som relevante for den endelig beregning.

54. I den forbindelse henviser SGL til omkategoriseringen af andre medlemmer af kartellet, hvilket førte til et lavere grundbeløb for bøden. For det første rejser SGL tvivl om hvorvidt beregningen af gennemsnitlig omsætning og markedsandele i samme kategori er tilladt, idet efter SGL's mening en vurdering af hver virksomheds indvirkning på markedet bør vægtes på en individuel baggrund og ikke på en konsolideret baggrund. For det andet har SGL anført, at forskellen mellem SGL's markedsandel og UCAR's markedsandel er for stor til at begrunde, at SGL er placeret i samme kategori som UCAR. Den maksimale forskel i markedsandele, der kunne konstateres, er større end de procenttrin, Kommissionen anvender i beslutningen. Grundbeløbet bør derfor justeres. For det tredje blev omklassificeringen af visse andre medlemmer foretaget under omstændigheder, hvor forskellen mellem markedsandelene var mindre.

55. Først og fremmest skal jeg bemærke, at Kommissionen har et vidt skøn, når den fastsætter bødebeløbene, og at den ikke er forpligtet til at anvende en bestemt matematisk formel til dette formål. Ikke desto mindre tilkommer det Fællesskabets retsinstanser at sikre, at Kommissionen ikke overskrider sine skønsmålinger. Endelig er det også fast retspraksis, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under udøvelsen af sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten ²⁴.

56. I den appellerede dom udtalte Retten, at inddeling i kategorier som sådan er tilladt. Den udtalte også, at når virksomheder inddeles i kategorier med henblik på beløbsfastsættelsen, skal fastlæggelsen af tærsklerne for hver af de definerede grupper være sammenhængende og objektivt begrundes. Derefter undersøgte Retten, hvorvidt fastsættelsen af tærsklerne, som adskiller de tre kategorier, er sammenhængende og objektivt set rimelig.

24 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 244 og 245 og den deri nævnte retspraksis.

57. Som Retten forklarede, og som det fremgår af Kommissionens beslutning, støttede Kommissionen sig ved oprettelsen af de tre kategorier til fastsættelse af de forskellige grundbeløb alene på ét kriterium, nemlig den omsætning og de konkrete markedsandele, som kartelmedlemmerne havde opnået ved salget af det omhandlede produkt på verdensmarkedet. Kommissionen henviste til omsætningen i 1998 og til udviklingen af markedsandelene mellem 1992 og 1998. Den anvendte en beregningsmetode baseret på en faktor ganget med en vis markedsandel i procent, hvilken procentdel således svarede til et fast beløb i euro. Grundbeløbet steg således i »trin«. Resultatet var, at der for SGL på grund af dets markedsandele ligesom UCAR blev fastsat et grundbeløb på 40 mio. EUR. Retten konkluderede, at valget af beløb, der udgjorde de trin, der resulterede i et grundbeløb på 40 mio. EUR for virksomheder i første kategori, ikke var usagligt og ikke gik ud over den skønsmæssige, Kommissionen råder over på området. Retten godkendte endvidere det forhold, at Kommissionen havde placeret SGL og UCAR i den samme kategori på baggrund af deres relevante omsætning og respektive markedsandele.

58. SGL har ikke bestridt grundbeløbet for første kategori, men i praksis det forhold, at virksomheden blev placeret i den første kategori. SGL fastholder, at Retten fraveg sin egen faste metode, hvilket udgør enten en tilsidesættelse af reglen om ikke-diskriminering eller et urigtigt skøn.

59. Jeg kan ikke tilslutte mig dette synspunkt. For det første benyttede Retten ikke Kommissionens metode i stedet for sin egen. Det eneste, Retten gjorde, var at sikre sig, at Kommissionen havde anvendt sin metode på en konsekvent og sammenhængende måde. Som tidligere anført godkendte den en metode, hvor medlemmerne af et kartel placeres i flere kategorier, hvilket førte til et skønsmæssigt fastsat grundbeløb for alle virksomhederne i hver kategori. Retten kontrollerede og godkendte tærsklerne mellem kategorierne. Den undersøgte også, om sammensætningen inden for hver kategori forekom tilstrækkeligt sammenhængende med hensyn til størrelsesforskelle og ved sammenligning med den næste kategori. Dermed henholdt den sig til det overordnede system, Kommissionen anvendte i forhold til kartellets medlemmer.

60. For så vidt angår den første kategori, godkendte Retten på baggrund af størrelsesforholdene, at Kommissionen placerede SGL og UCAR i samme kategori. Retten omklassificerede kun visse medlemmer i den anden kategori, fordi deres størrelsesforhold var for forskellige fra andre medlemmer i denne kategori. Disse medlemmer blev derfor placeret i den tredje kategori. Dette medførte, at den tidligere tredje kategori yderligere måtte opdeles for at skabe en fjerde kategori med henblik på at bevare ligevægten i den metode, Kommissionen anvendte. Det påvirker imidlertid ikke SGL.

61. Faktisk har SGL søgt at bestride en opdelingsordning, fordi virksomheden mener, at enhver forskel i markedsandel eller omsætning bør finde udtryk i en særskilt »kategori« for hver virksomhed, der deltager i kartellet, og dermed et individuelt grundbeløb. Dette ville imidlertid underminere anvendelsen af en opdelingsordning, som forudsætter brug af visse intervaller. Som Retten korrekt anførte, er der intet forkert i at inddеле medlemmerne af et kartel i kategorier med henblik på bestemmelse af overtrædelsernes grovhed, selv om der ved en sådan fremgangsmåde ses bort fra størrelsesforskellene mellem virksomheder i den samme kategori, så længe den metode, der anvendes til opstilling af kategorier, er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling og dermed kravet om, at tærsklerne for hver af de definerede grupper skal være sammenhængende og objektivt begrundes.

62. Det andet anbringende må forkastes.

C — Det tredje anbringende

63. SGL har nedlagt påstand om, at bødens grundbeløb med urette er blevet forhøjet med 25%, hvilket svarer til 15 mio. EUR, som følge af advarsler afgivet til andre kartelmedlemmer inden Kommissionens kontrolundersøgelse. Ved at acceptere Kommissionens

konstatering tilsidesatte Retten princippet *nulla poena sine lege*, princippet i *dubio pro reo* og ligebehandlingsprincippet.

64. Disse anbringender vedrører præmis 312-317 og 436-438 i den appellerede dom. I sin beslutning forhøjede Kommissionen grundbeløbet med 25%, fordi den fandt, at SGL's forsøg på at lægge hindringer i vejen for Kommissionens procedure ved at advare andre selskaber om de forestående undersøgelser udgjorde en væsentlig skærpende omstændighed.

65. For Retten gjorde SGL gældende, at advarslerne ikke kunne straffes ved en bødeforhøjelse, eftersom de ikke udgjorde en overtrædelse af loven. SGL fremhævede endvidere, at advarslerne byggede på oplysninger, som var meddelt af en medarbejder i Kommissionen. Desuden blev UCAR, som efter advarslerne havde gennemgået sine akter og tilintetgjort eller fjernet de belastende dokumenter, ikke straffet af Kommissionen for denne adfærd.

66. Retten fastslog, at »[d]et forhold, at SGL advarede de andre virksomheder om de forestående undersøgelser, [...] ligeledes med rette [kunne] betegnes som en skærpende omstændighed (jf. i denne retning Rettens dom af 14.5.1998, sag T-334/94, Sarrió mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439,

præmis 320). I modsætning til det af SGL anførte udgør dette ikke en specifik og særskilt overtrædelse, som ikke er omhandlet i traktaten eller forordning nr. 17, men en adfærd, der forstærkede grovheden af den egentlige overtrædelse. Med advarslerne til de andre medlemmer søgte SGL nemlig at sløre kartellets eksistens og at opretholde dets funktion, hvilket i øvrigt lykkedes frem til marts 1998«²⁵.

virksomheder, gik de ud over SGL's rent interne forhold og havde til formål at bringe Kommissionens undersøgelse i sin helhed til ophør for at sikre kartellets fortsatte virke, hvorimod UCAR tilintetgjorde dokumenter for at undgå, at virksomhedens egen deltagelse i kartellet blev opdaget. Dette udgør to forskellige former for adfærd, og det kan derfor ikke gøres gældende, at Kommissionen har behandlet sammenlignelige situationer forskelligt.«

67. I den forbindelse fastslog Retten også, at SGL's henvisning til artikel 15, stk. 1, litra c), i forordning nr. 17 var irrelevant, fordi denne bestemmelse angår hindringer, som udgør selvstændige overtrædelser uafhængigt af, om der eventuelt eksisterer et kartel, mens SGL's advarsler havde til hensigt at sikre fortsættelsen af kartellet, som udgjorde en åbenlys og indiskutabel overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceret²⁶.

69. Som tidligere nævnt har SGL fremført tre anbringender til støtte for sin påstand om annullation af denne del af den appellerede dom.

68. Med hensyn til SGL's påberåbelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til UCAR, hvor tilintetgørelsen af belastende dokumenter ikke blev taget i betragtning som en skærpende omstændighed, fastslog Retten, at dette ikke kunne ændre ved, at advarslerne måtte betegnes som skærpende omstændigheder. Retten udtalte følgende: »Da advarslerne var rettet til de andre

70. Med hensyn til den påståede tilsidesættelse af princippet *nulla poena sine lege* henviser SGL til artikel 7 EMK og artikel 49, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder. SGL henviser også til Domstolens retspraksis, hvorefter en sanktion, også selv om den ikke har karakter af straf, kun kan pålægges, hvis der foreligger en klar og utvetydig hjemmel. SGL har anført, at den forhøjelse af grundbeløbet, som blev pålagt, fordi virksomheden advarede andre medlemmer af kartellet, er en tilsidesættelse af dette princip, eftersom disse advarsler ikke udgør en overtrædelse af en forbudsregel. Den er ikke indeholdt i artikel 15, stk. 1, litra c), i forordning nr. 17, og den kan heller ikke anses for indeholdt i den forbudsregel, som er fastsat i artikel 81 EF og 82 EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

25 — Jf. dommens præmis 312.

26 — Jf. præmis 313.

Appellanten har anført, at forordning nr. 17 og den nye forordning nr. 1/2003 kun fastsætter sanktioner for abstruerende adfærd under en undersøgelse på stedet. Så længe der ikke er pålagt en kontrolundersøgelse, er der ingen regel, der forbyder tilintetgørelse af dokumenter. Der er overhovedet ingen regel, der forbyder advarsler til andre kartelmedlemmer. Kommissionen og Retten kan derfor ikke omgå denne retlige situation ved at forhøje bøden og uberettiget betegne denne adfærd som en skærpende omstændighed.

71. SGL har anført, at Retten også tilside-satte princippet *in dubio pro reo*, fordi den baserede sin vurdering på formodninger. I den forbindelse påpeger SGL, at *Sarrió*-dommen ikke finder anvendelse på denne sag, da tilsløringen ikke er et element i aftalerne mellem kartellets medlemmer. For det andet er der ikke ført bevis for Rettens antagelser om, at SGL advarede de andre medlemmer af kartellet i et forsøg på at sløre kartellets eksistens og at opretholde dets funktion, og at dette lykkedes frem til marts 1998, hvilket heller ikke er sandsynligt.

72. Endelig har SGL anført, at den forhøjelse af grundbeløbet, som blev pålagt, fordi virksomheden advarede andre medlemmer af kartellet, udgør en forskelsbehandling i forhold til UCAR, som ikke blev pålagt en bøde for tilintetgørelse af dokumenter.

73. Ifølge Kommissionen kan det første og det tredje anbringende ikke antages til realitetsbehandling. Under alle omstændigheder bør de tre anbringender forkastes. Med hensyn til den påståede mangel på hjemmel har Kommissionen anført, at SGL glemmer, at Kommissionen ikke specifikt pålagde en bøde, fordi SGL havde advaret de andre medlemmer af kartellet, men at den betragtede denne adfærd som en skærpende omstændighed i forbindelse med beregningen af bøden. Hvad angår den påståede forskelsbehandling, har Kommissionen påpeget, at advarsler til andre kartelmedlemmer ikke kan sammenlignes med tilintetgørelse af dokumenter. I den forbindelse har Kommissionen anført, at SGL ikke alene tilslørede eller tilintetgjorde sine egne dokumenter eller undgik udarbejdelse af belastende dokumenter, men også bidrog til at hindre undersøgelsen af andre virksomheder. Endelig har Kommissionen anført, at anbringendet om Rettens påståede formodninger ikke er overbevisende.

Stillingtagen

74. Under en appelsag påhviler det Domstolen at efterprøve, at Retten ikke har begået fejl af retlig art eller givet en forkert begrundelse og heller ikke har forvansket beviserne.

75. I den appellerede dom fastslog Retten, at den forhøjelse af grundbeløbet, som blev pålagt, fordi SGL advarede andre medlem-

mer af kartellet, ikke forekom uforholdsmæssig eller diskriminerende, og anerkendte, at Kommissionen betegnede SGL's obstruerende adfærd som en skærpende omstændighed.

foreligger ingen tilsidesættelse af princippet *nulla poena sine lege*.

76. Det spørgsmål, der må stilles, er, om SGL med rette har hævdet, at der ikke er hjemmel til at sanktionere obstruerende adfærd, undtagen i forbindelse med en kontrolundersøgelse, som Kommissionen har foranstaltet i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.

77. Efter min mening fastslog Retten korrekt, at den pågældende adfærd ikke udgjorde en specifik og særskilt overtrædelse, men en adfærd, der forstærkede grovheden af den egentlige overtrædelse. Det forhold, at der i artikel 15, stk. 1, nævnes visse obstruerende handlinger i en specifik sammenhæng, som udgør særskilte overtrædelser, betyder ikke, at adfærd uden for denne sammenhæng ikke kan bidrage til grovheden af en overtrædelse af artikel 81 EF eller artikel 82 EF.

78. Med hensyn til sidstnævnte adfærd findes hjemlen til forhøjelse af bøden således i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17²⁷. SGL har derfor med urette hævdet, at der ikke findes hjemmel til sådan forhøjelse. Der

79. I denne sammenhæng skal jeg henvise til retspraksis, hvorefter bødeløbet fastsættes under hensyn til (den egentlige) overtrædelses grovhed, overtrædelsens varighed fastslås på grundlag af flere faktorer, Kommissionen har et vist skøn ved udmålingen af (elementer i) bøderne og kan også til enhver tid tilpasse bødeniveauet for at sikre overholdelse af konkurrencereglerne. At tage hensyn til skærpende omstændigheder ved fastsættelsen af bøden er i overensstemmelse med Kommissionens opgave, som består i at sikre overholdelse af konkurrencereglerne. I denne forbindelse henviser jeg også til den liste over eksempler på skærpende omstændigheder, som indeholdes i punkt 2 i retningslinjerne.

80. Listen over skærpende omstændigheder, der berettiger en forhøjelse af bøden, er ikke udtømmende, hvilket fremgår af det sidste led, men dette behøver ikke være tilfældet. Svaret på spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en skærpende omstændighed, der berettiger en forhøjelse af bøden, afhænger af den enkelte sag. Det er indlysende, at den skærpende omstændighed, der berettiger en forhøjelse af bøden skal være [et element i eller] tilstrækkeligt relateret til overtrædelsen. Som eksempel kan nævnes, at det i tilfælde af recidiv skal være klart, at den pågældende virksomhed allerede har begået en overtrædelse af samme type. Når dette er tilfældet, øger dets involvering i en lignende overtrædelse for anden gang denne overtrædelses grovhed. Det samme gør sig

27 — Jf. præmis 293 i Præisolerede rør-dommen.

gældende med hensyn til den fortjeneste, der opnås ved overtrædelsen. Denne fortjeneste er en af de faktorer, der skal tages hensyn til ved vurderingen af overtrædelsens grovhed. Når det objektivt er muligt at anslå den fortjeneste, der er opnået som følge af den ulovlige praksis, bliver den omregnet til en forhøjelse af bøden. Det samme kan siges om obstruerende reaktioner eller advarsler til andre kartelmedlemmer, som kan have en obstruerende virkning.

81. Et kartelmedlem, der på en hvilken som helst måde bliver underrettet om en mulig forestående undersøgelse, kan reagere på forskellige måder: 1) Det kan advare de andre medlemmer og foreslå, at kartellet opløses, 2) det kan advare de andre medlemmer og foreslå, at kartellet fortsætter, hvilket så indebærer, at der også træffes foranstaltninger med henblik på at tilsløre kartellet, f.eks. ved tilintetgørelse af dokumenter, og 3) i stedet for at advare de andre medlemmer kan det vælge at drage fordel af Kommissionens samarbejdspolitik og samarbejde med Kommissionen.

82. Det kan derfor ikke antages, at en advarsel til andre kartelmedlemmer om en forestående undersøgelse uundgåeligt øger en overtrædelsens grovhed, men efter min mening var Kommissionen og Retten i denne sag berettiget til at konstatere, at dette var tilfældet her. I sin tidligere retspraksis har Retten anerkendt Kommissionens konstateringer af, at når virksomheder ikke alene havde kendskab til, at deres adfærd var retsstridig, men ydermere traf foranstaltning

ger for at skjule den, øgede dette overtrædelsens grovhed. De advarsler, der blev givet i denne sag, ligger på linje hermed. I denne sag blev advarslerne om en forestående undersøgelse givet af SGL, et vigtigt europæisk medlem af kartellet, til andre (europæiske) medlemmer af kartellet. Det er også fastslået, at disse advarsler påvirkede Kommissionens undersøgelse af kartellet, idet meget bevismateriale var gået tabt, da Kommissionen foretog »dawn raids« hos de virksomheder, der var involveret i kartellet. For Kommissionen udgjorde disse kendsgerninger objektive årsager til at betegne advarslerne som en skærpende omstændighed, der berettigede en forhøjelse af bøden. Efter min mening er SGL's påstand om, at virksomhedens eneste formål med at advare de andre kartelmedlemmer var at gøre indtryk på dem, ikke overbevisende. Advarslernes virkninger peger klart i en anden retning. Uden at tilsidesætte princippet in dubio pro reo var Retten derfor berettiget til at konkludere, at advarslerne havde til formål at tilsløre kartellet og sikre, at det kunne fortsætte, og at dette lykkedes indtil et givet tidspunkt. Som anført kunne SGL for øvrigt også, efter at have hørt om en mulig forestående undersøgelse, have valgt at samarbejde med Kommissionen inden for rammerne af samarbejdsmeddelelsen, hvorved virksomheden ville have opnået en meget større nedsættelse. Dens beslutning om at samarbejde blev truffet på et meget senere tidspunkt. Det var også først senere, virksomheden besluttede at opløse kartellet.

83. Anbringendet om forskelsbehandling må også forkastes. Der må her sondres mellem

adfærdens interne og eksterne virkninger, som Retten gjorde. Der består således ikke nogen generel forpligtelse som sådan til at opbevare belastende dokumenter. For at forhindre, at dens involvering i et kartel bliver opdaget, kan en virksomhed derfor, som en intern foranstaltning, vælge at tilintetgøre sådanne dokumenter (medmindre den systematiske tilsløring som i *Sarrió*-sagen er del af en plan). Denne adfærd kan ikke i sig selv betegnes som en skærpende omstændighed. Advarsler til andre medlemmer af kartellet kan imidlertid afstedkomme virkninger, som går ud over de rent interne forhold. De har til formål at bringe Kommissionens undersøgelse i sin helhed til ophør. Retten fastslog derfor korrekt, at dette udgør to forskellige former for adfærd, og at Kommissionen derfor ikke kan foreholdes at have behandlet sammenlignelige situationer forskelligt.

D — *Det fjerde anbringende*

84. SGL har med dette anbringende gjort gældende, 1) at Retten i den appelerede doms præmis 366 til 368 ikke tog hensyn til, at (mellemresultatet af) den af Kommissionen fastsatte bøde overskrider det bødeloft, som er fastlagt i artikel 15, stk. 2, i forordningen, 2) at dette udgør en tilsidesættelse af princippet *nulla poena sine lege* og 3)

af ligebehandlingsprincippet, og desuden 4) at Kommissionens argumentation i den forbindelse er utilstrækkelig.

85. SGL har anført, at Retten ikke tog hensyn til, at en del af omsætningen i 2000 skulle tilskrives et andet selskab, som SGL erhvervede tidligt i 2000, dvs. efter at overtrædelsen var ophørt (i marts 1998). I den forbindelse henviser SGL til *Cement-dommen*²⁸. SGL henviser også til sit anbringende om den administrative procedures længde, idet den opståede forsinkelse skadede virksomhedens økonomiske interesser. Kommissionen burde derfor have taget omsætningen i 1999 i betragtning.

86. Trods de detaljerede anbringender for Retten behandlede Retten endvidere ikke spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen burde have henvist til omsætningen i 1999 (980 mio. EUR) eller 2000 (1,08 eller 1,26 mia. EUR). Retten bemærkede alene, at det afgørende var, at den endeligt pålagte bøde ikke overstiger 10% af omsætningen på verdensplan, dvs. efter hensyntagen til eventuelle skærpende eller formildende omstændigheder og anvendelse af en eventuel nedsættelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen, og at argumenterne om, at den administrative procedure var for lang, samt

28 — Dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, *Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 491, præmis 5045.

dens henvisning til Cement-dommen var irrelevante²⁹. Retten overså herved det forhold, at Kommissionen på UCAR anvendte loftet på 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår, før den anvendte samarbejdsmeddelelsen. Retten vurderede således fejlagtigt i præmis 353 i den appellerede dom, at SGL ikke var i samme situation som UCAR. SGL har anført, at Rettens antagelse er ukorrekt. SGL's samlede omsætning i 1999 såvel som omsætningen i 2000, nedsat med den omsætning, der hidrørte fra Keramchemie, var af en sådan størrelse, at loftet på 10% blev overskredet, før samarbejdsmeddelelsen blev anvendt. Retten var derfor ikke berettiget til ikke nærmere at behandle spørgsmålet om det relevante omsætningsår.

87. For det andet anfægter SGL Rettens konstateringer i præmis 368 i den appellerede dom, hvor Retten udtalte, at der i fællesskabsretten ikke foreligger nogen bestemmelse, som fastsætter minimum eller maksimum for de administrative sanktioner for forskellige typer overtrædelser af konkurrenceretten, og at Kommissionen således i princippet er frit stillet til at fastsætte

størrelsen af bøderne ud fra overtrædelsernes grovhed og varighed, såfremt det endelige bødebeløb ikke overstiger det i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 fastsatte maksimum på 10%.

88. For det tredje har SGL anført, at ligebehandlingsprincippet blev tilsidesat, fordi Kommissionen i UCAR's tilfælde nedsatte det beløb, der oversteg loftet på 10% af omsætningen, før samarbejdsmeddelelsen blev anvendt. I den forbindelse henviser SGL til det forhold, som Retten også nævner i præmis 232 i den appellerede dom, nemlig at Kommissionen skal anvende sin beregningsmetode på en måde, som er korrekt, sammenhængende og navnlig ikke-diskriminerende. Kommissionen anførte således med urette, at det kun var i UCAR's tilfælde, at det grundbeløb, der blev fastsat før anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen, oversteg den tilladte maksimumsbegrænsning.

89. Endelig har SGL anført, at Retten begik en retlig fejl ved at afvise, at begrundelsespligten var blevet tilsidesat. I modsætning til det synspunkt, Retten giver udtryk for, fastholder SGL, at Kommissionen i sin beslutning skulle have angivet grundene til, at den over for UCAR anvendte en nedsættelse før samarbejdsmeddelelsen, men ikke gjorde det samme i SGL's tilfælde. SGL har gjort gældende, at Kommissionens fremgangsmåde stillede SGL ringere, fordi denne virksomheds situation var sammenlignelig. Kommissionen tilsidesatte derfor artikel 253 EF.

29 — Præmis 367 i den appellerede dom.

90. Kommissionen har bemærket, at Retten allerede korrekt forkastede disse argumenter i præmis 366 til 368 i den appellerede dom. Kommissionen har anført, at hverken den af Kommissionen pålagte bøde eller den af Retten nedsatte bøde overstiger den tærskel på 10%, som er nævnt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

Stillingtagen

91. For så vidt angår Rettens påståede fejlfortolkning, skal jeg fremsætte følgende bemærkninger. Kommissionens fremgangsmåde ved fastsættelsen af bøderne er allerede blevet forklaret. Som Retten korrekt udtalte, var inddelingen i grupper baseret på omsætningen i 1998, som var det år, hvor overtrædelsen ophørte, og på markedsandele i de foregående år. Det kan derfor ikke hævdes, at Retten ikke behandlede dette punkt. Som Kommissionen også har påpeget, er der desuden forskel på dels at beregne bøden, dels at sikre efter beregningen, at bøden ikke overstiger det i forordning nr. 17 fastsatte loft på 10%. Referenceåret for denne beregning behøver ikke være det samme. Som allerede nævnt, er bodeberegningen baseret på tal for 1998. Med henblik på at efterprøve, om loftet var nået, tog Kommissionen hensyn til omsætningen i 2000, hvilket var den korrekte reference i henhold til artikel 15,

stk. 2, i forordning nr. 17. Der er således heller ingen uoverensstemmelse med Cement-dommen.

92. Retten afviste påstanden om, at den administrative procedure var for lang. SGL har ikke fremlagt noget overbevisende nyt argument om, hvorfor Retten herved begik en retlig fejl.

93. For så vidt angår argumenterne om tilsidesættelse af princippet *nulla poena sine lege*, henviser jeg til den nylige appellerede dom i Præisolerede rør-sagen³⁰. I denne dom gøres det klart, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke er til hinder for, at Kommissionen ved beregningen som mellemresultat anvender et beløb, der overstiger denne grænse, og heller ikke er til hinder for, at mellemregninger, hvormed der tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, foretages på grundlag af et beløb, der overstiger den nævnte grænse³¹. Det er således kun det endelige beløb, der pålægges en virksomhed, som ikke må overstige loftet på 10%.

94. Der foreligger heller ingen tilsidesættelse af reglen om ikke-diskriminering. Retten fastslog ganske enkelt på baggrund af SGL's og UCAR's omsætning, at SGL's situation ikke var sammenlignelig.

30 — Forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, nævnt i fodnote 8.

31 — Jf. dommens præmis 278.

95. Det forhold, at Kommissionen ikke i selve beslutningen forklarede, at den nedsatte UCAR's bøde, før den anvendte samarbejdsmeddelelsen, påvirker ikke SGL.

indeholdt oplysninger fra UCAR om samarbejde med virksomheder, som havde bevissværdi, eller som Retten under alle omstændigheder anvendte som bevis, og som kunne have været nyttige for SGL's forsvar³³.

E — *Det femte anbringende*

96. SGL har med dette anbringende kritiseret den manglende hensyntagen til betydningen af visse dokumenter, som SGL ikke fik aktindsigt i. Som supplement til sit anbringende for Retten har SGL anført, at der endog for Retten for første gang blev fremlagt nye og belastende dokumenter, som var SGL ubekendt, og som selskabet ikke tidligere havde fået adgang til at udtale sig om.

98. Det var først under sagen for Retten, at SGL blev klar over, at UCAR havde meddelt Kommissionen, at Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig havde grebet ind over for den tjenestemand, der angiveligt var ansvarlig for at lække oplysninger, og at der var indledt en straffesag mod den pågældende tjenestemand³⁴. SGL antager, at denne oplysning også indgik i Kommissionens interne sagsmappe og udgør elementer, som ville have været nyttige for virksomhedens forsvar.

97. SGL har anført, at Rettens konstateringer er selvmodsigende. Først anførte den, at dokumenterne vedrørende virksomhedernes samarbejde ikke var en del af de interne dokumenter, men indgik i Kommissionens undersøgelsesdokumenter, som virksomhederne havde adgang til³². Efterfølgende viste det sig imidlertid, at den interne sagsmappe

99. Disse dokumenter kan ifølge SGL ikke klassificeres som interne og dermed utilgængelige dokumenter. Dette følger af Kommissionens meddelelse om interne procedureregler for behandling af anmodninger om aktindsigt³⁵. SGL udleder også af denne meddelelse, og af retspraksis³⁶, at der i god tid skal gives aktindsigt i bevisdokumenter. I modsætning til det synspunkt, Retten fremførte³⁷, var det således ikke nødvendigt at

32 — Præmis 41 i den appellerede dom.

33 — Præmis 430-433 i den appellerede dom.

34 — Jf. præmis 437 i den appellerede dom.

35 — EFT 1997 C 23, s. 3.

36 — Dom af 29.6.1995, sag T-30/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1775.

37 — Jf. præmis 39 i den appellerede dom.

fremsætte en anmodning om en liste eller et ikke fortroligt resumé af dokumenter indeholdende hemmelige eller fortrolige elementer. Kommissionen burde derfor have angivet de utilgængelige dokumenter.

dende hemmelige eller fortrolige elementer, må anbringendet forkastes. Appellanten anfægter ikke et retsspørgsmål, men en faktisk bedømmelse. I den forbindelse fastslog Retten, at SGL's anmodning ikke angik en liste eller et ikke fortroligt resumé.

100. Af samme grund har SGL anført, at høringskonsulentens rapport indeholder fejl. I henhold til ovennævnte meddelelse om aktindsigt henlægges interne dokumenter til denne mappe (dokumenter uden aktindsigt) under opsyn af en høringskonsulent, som i fornødent omfang kan attestere, at akterne i denne mappe er »interne dokumenter«³⁸. SGL's klager er ikke nævnt i rapporten. Retten konstaterede således med urette, at høringskonsulenten alene skal oplyse kommissærkollegiet om klagepunkter af relevans for vurderingen af lovligheden af den administrative procedures gennemførelse. Ifølge SGL er den endelige rapport overflødig, hvis den kun skal indeholde velunderbyggede klager.

Stillingtagen

101. For så vidt som SGL har anført, at virksomhedens skrivelse til Kommissionen ud over anmodningen om adgang til Kommissionens interne dokumenter også indeholder en anmodning om en liste eller et ikke fortroligt resumé af dokumenter indehol-

102. For så vidt som SGL har anført, at høringskonsulentens rapport indeholdt fejl, må dette anbringende også forkastes. For det første var der med hensyn til, hvad der i følge SGL udgjorde en ukorrekt klassifikation af visse dokumenter som interne dokumenter, på det pågældende tidspunkt intet behov for, at høringskonsulenten skulle efterprøve, om klassifikationen som interne dokumenter var korrekt. En sådan kontrol foretages kun »i fornødent omfang«, hvilket følger af ordlyden i meddelelsens punkt II.A.2. SGL rejste ikke spørgsmålet over for høringskonsulenten, men foreholdt alene Kommissionen ikke at have givet aktindsigt i dens interne sagsmappe eller fremlagt en liste over eller et resumé af fortrolige dokumenter. For det andet har Retten allerede korrekt behandlet disse anbringender i præmis 50-54 i den appellerede dom. SGL har ikke fremført nogen relevante nye argumenter.

103. For så vidt angår dokumenterne om samarbejde med virksomheder, skal bemærkes, at Retten anvendte disse dokumenter til støtte for UCAR's krav om en større bødenedsættelse på grund af de oplysninger, virksomheden havde givet Kommissionen, om end de blev givet mundtligt (og gengivet i et internt notat, som Kommissionens perso-

38 — Jf. meddelelsens punkt II.A.2.

nale udarbejdede, og ikke var indeholdt i Kommissionens undersøgelsesakter). I den forbindelse anvendte Retten, som fastslog, at ikke-skriftlige oplysninger også er relevante i forbindelse med Kommissionens samarbejdspolitik, ikke disse belastende dokumenter over for SGL. SGL forklarede ikke, hvorledes virksomhedens ret til kontradiktion blev påvirket i den forbindelse. Det samme gælder det formodede interne dokument om OLAF-undersøgelsen. Desuden bemærkes, at SGL over for Kommissionen indrømmede at have deltaget i kartellet og selv samarbejdede med Kommissionen inden for rammerne af samarbejdsmeddelelsen.

104. Bortset herfra er det, selv om Kommissionen var forpligtet til at udlevere disse dokumenter, eller i det mindste oplyse om deres eksistens, fast retspraksis, at den omstændighed, at et dokument ikke er blevet udleveret, kun udgør en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, hvis den berørte virksomhed for det første påviser, at Kommissionen har anvendt dette dokument til støtte for sit klagepunkt om, at der foreligger en overtrædelse, og for det andet, at dette klagepunkt kun ville kunne bevises ved henvisning til det nævnte dokument. Såfremt der fandtes andre dokumentbeviser, som parterne var bekendt med under den administrative procedure, og som konkret støtter Kommissionens konklusioner, kan den omstændighed, at det ikke udleverede, belastende dokument udelukkes som bevismiddel, desuden ikke afkræfte rigtigheden af de klagepunkter, der er fastslået i den anfægtede beslutning. Retten har også fastslået, at det påhviler den berørte virksomhed at bevise, at det resultat, som Kommissionen er kommet til i beslutningen, ville have været et andet, såfremt et ikke udleveret dokument, som

Kommissionen har benyttet som grundlag for at anse denne virksomhed for skyldig, måtte udelukkes som belastende bevis³⁹.

105. Som anført ovenfor har SGL gjort gældende, at virksomheden fik tilstrækkelig aktindsigt vedrørende samarbejde med andre virksomheder, men den har ikke redegjort for, hvorledes dette har påvirket dens situation.

F — *Det sjette anbringende (betalingsevne)*

106. SGL har med dette anbringende anfægtet den kategoriske afvisning af at tage hensyn til selskabets nedsatte betalingsevne i forbindelse med bødeudmålingen. SGL har anført, at en sådan afvisning udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og en krænkelse af ejendomsretten. SGL har anført, at kartelretlige sanktioner ikke må føre til, at de virksomheder, som pålægges sanktionerne, trues på deres eksistens, og at målestokken for, om pålæggelse af sanktioner er et forholdsmæssigt skridt og berettiget i det konkrete tilfælde, må være den pågældende virksomhed. Virksomheden har

39 — 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 (»Cement-dommen«), Sml. I, s. 123, præmis 71-73 og den deri nævnte retspraksis.

anført, at en hensyntagen til, hvilke dele af virksomheden som endnu kan reddes i tilfælde af insolvens som følge af bødepålæggelsen, i almindelighed er uretmæssig. En sanktionsfastsættelse må ifølge SGL ikke føre til, at der fældes en økonomisk »dødsdom« over virksomheden.

Stillingtagen

107. I den anfægtede beslutning konkluderede Kommissionen, efter at have undersøgt SGL's økonomiske stilling, at det ikke var berettiget at justere bødebeløbet. Denne konstatering blev accepteret af Retten. Den fastslog, idet den henviste til fast retspraksis, at Kommissionen ved bødeudmålingen ikke er forpligtet til at tage hensyn til, at en virksomhed befinder sig i en økonomisk underskudssituation, da anerkendelsen af en sådan forpligtelse ville medføre en uberettiget konkurrencemæssig fordel for virksomheder, der er mindre tilpasset til markedsforholdene. Retten påpegede, at forpligtelsen til at tage hensyn til en virksomheds faktiske betalingsevne, i henhold til punkt 5, litra b), i retningslinjerne, kun har betydning i »en given social kontekst«, som består i de konsekvenser, som bødebetalinger vil have bl.a. på arbejdsløshedsniveauet eller en negativ påvirkning af markederne opad eller nedad i forhold til den pågældende virksomhed. Den bemærkede også, at den omstændighed, at en foranstaltning truffet af en fællesskabsmyndighed fremkalder en given virksomheds konkurs eller likvidation, ikke i sig selv er forbudt ved fællesskabsretten⁴⁰.

108. For så vidt som SGL foreholder Retten at have forkastet virksomhedens argument om, at Kommissionen burde have taget hensyn til SGL's evne til at betale bøden og at have fastsat bøden på et niveau, der truede virksomhedens overlevelse, kan dette anbringe ikke tages til følge. Retten fastslog med rette, at Kommissionen ikke ved bødeudmålingen er forpligtet til at tage hensyn til, at en virksomhed befinder sig i en underskudssituation, da anerkendelsen af en sådan forpligtelse ville medføre en uberettiget konkurrencemæssig fordel for de virksomheder, der er mindst tilpasset til markedsforholdene⁴¹.

109. For så vidt som SGL hævder, at Kommissionen burde have taget hensyn til bøder pålagt af tredjelandes myndigheder, som udgjorde den faktor, der forårsagede den nedsatte betalingsevne, kan dette argument heller ikke tages til følge. Selv om betalingsevne adskiller sig fra begrebet *ne bis in idem*, gælder i begge tilfælde, at Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til bøder pålagt af tredjelandes myndigheder.

41 — Jf. *Praisolerede rør-dommen*, præmis 327, og henvisningen deri til dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369.

40 — Jf. præmis 370-372 i den appellerede dom.

110. Betalingsevne er således ikke et relevant kriterium for bødefastsættelse. Dette indebærer ikke, at Kommissionen ikke kan tage hensyn til en nedsat betalingsevne. I de af Domstolens domme, der omhandler betalingssevne, har Domstolen alene fastslået, at Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til den berørte virksomheds økonomiske situation. Den har ikke forbudt Kommissionen at gøre det.

111. Betalingsevne er nu specifikt nævnt i Kommissionens retningslinjer, i punkt 5, litra b), under overskriften »Generelle bemærkninger«. Som Retten korrekt anførte i præmis 371 i sin dom, ændres retspraksis ikke heraf. For det andet gælder, at når det i retningslinjerne er nævnt, at der bør tages hensyn til virksomheders reelle betalingssevne i en given kontekst for at tilpasse de påtænkte bødebeløb, er dette underlagt betingelsen »efter at have foretaget de i det foregående beskrevne beregninger« og, som Retten korrekt bemærkede, betingelsen »i en given social kontekst«. Der er således ingen automatik i denne fremgangsmåde.

112. SGL har også kritiseret det synspunkt, at sanktioner kan føre til, at virksomheden må forlade markedet. SGL har anført, at dette udgør en krænkelse af ejendomsretten, og henviser herved til artikel 16 og 17 i Den Europæiske Unions charter om grundlæg-

gende rettigheder. For det andet anfægter SGL den parallel, der drages med retspraksis om statsstøtte.

113. For så vidt angår henvisningen til retten til fri erhvervsudøvelse og ejendomsretten, bemærkes, at disse rettigheder er omfattet af begrænsninger. De giver således på ingen måde karteller »carte blanche«, og de udgør ikke et forsvar, når et kartel opdages.

114. For så vidt angår parallellen med statsstøtte, fremsatte Retten blot den generelle bemærkning, med henvisning til retspraksis vedrørende statsstøtte, at den omstændighed, at en foranstaltning truffet af en fællesskabsmyndighed fremkalder en given virksomheds konkurs eller likvidation, ikke i sig selv er forbudt ved fællesskabsretten. Dette er i sig selv korrekt, og SGL kan ikke anfægte dette. Jeg skal i øvrigt tilføje, at begrebet effektiv fri konkurrence bl.a. indebærer, at mindre produktive markedsaktører normalt forlader markedet. Men som bekendt, kan sådanne uproduktive markedsaktører overleve længere takket være karteller. Statsstøttebestemmelserne og konkurrencebestemmelserne har således det til fælles, at de skal sikre konkurrenceprægede markeder, og i den forbindelse søger begge politikker at forhindre eller afhjælpe skader, om end på forskellige måder. I sin bødepolitik kan Kommissionen naturligvis tage hensyn til virkningen af sine bøder og, om fornødent, den nedsatte betalingsevne. En bøde, som overstiger et selskabs betalingsevne og fører

til misligholdelse og i sidste ende konkurs, bliver således ineffektiv. I denne sag undersøgte Kommissionen imidlertid appellants økonomiske situation, men fandt ingen grund til at afvige fra den foreslåede bøde. Det er desuden ikke Kommissionens problem, at en bøde gør skade, fordi der skal træffes interne foranstaltninger for at tilvejebringe midler.

115. Retten fastslog også med rette, at SGL ikke kan udlede noget argument af den såkaldte Specialgrafit-beslutning⁴². I denne beslutning tog Kommissionen hensyn til den nedsatte betalingsevne. SGL's påstand om, at Kommissionen derfor er forpligtet til at gøre det samme i denne sag, kan ikke tillægges betydning. I denne efterfølgende beslutning tog Kommissionen netop hensyn til SGL's betalingsevne på grund af den store bøde, som virksomheden allerede var blevet pålagt, og fordi det ikke forekom nødvendigt at pålægge hele bødebøbeløbet for at sikre effektiv afskrækkelse. Retten fastslog således med rette, at Kommissionen ikke begik en retlig fejl eller foretog et åbenbart fejlskøn.

116. Dette anbringende må forkastes.

G — Det syvende anbringende (anbringende vedrørende morarenter)

117. Under sagen for Retten anfægtede SGL lovligheden af rentesatsen og også lovligheden af den rentesats, der blev anvendt, hvis en virksomhed stillede en bankgaranti. SGL erkendte, at Kommissionen er berettiget til at anvende renter for at forhindre misbrug af adgangen til at anlægge sag og for at sikre, at de virksomheder, der betaler »for sent«, ikke opnår en fordel, men kun for så vidt som de pågældende renter er dem, der faktisk anvendes. Ifølge SGL er der ingen grund til at lægge yderligere 3,5 procentpoint til sådanne markedsrenter.

118. Med sit syvende anbringende har SGL anført, at Retten ikke behandlede alle de anbringender, virksomheden havde fremsat, men i stedet behandlede et anbringende, som SGL ikke havde fremsat.

119. Dette anbringende er ugrundet.

120. I sin dom henviste Retten til fast praksis, hvori det er fastsat, at de beføjelser, Kommissionen råder over i medfør af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, omfatter adgangen til at fastsætte bøderne forfalds-dato og den dato, fra hvilken der påløber renter, samt den rentesats, der skal anvendes,

⁴² — Beslutning K(2002) 5083 endelig af 17.12.2002.

og til at give anvisninger på, hvorledes beslutningen skal opfyldes ved eventuelt at stille krav om, at der stilles bankgaranti til sikkerhed for betaling af bødeløbene og renter heraf. Hvis Kommissionen ikke havde disse beføjelser, ville virksomheder kunne drage fordel af at betale for sent, hvorved sanktionernes virkning ville blive svækket. Morarenter af bøder er derfor berettigede.

markedsrenten, og hvor den fastsatte morarenter på op til 13,75% under henvisning til, at Kommissionen kan tage udgangspunkt i et højere niveau end den sats, der på markedet tilbydes en gennemsnitslåner, når det er nødvendigt for at forhindre forhalingsmanøvrer (jf. præmis 475 og 476). Endelig konkluderede Retten, at Kommissionen ikke overskred den skønsmargin, den har ved fastsættelsen af morarenter.

121. Retten henviste derefter til sin praksis, hvor den har fastsat morarenter på 3,5% over markedsrenten og, såfremt der stilles en bankgaranti, en rentesats på 1,5% over

122. Jeg mener derfor ikke, at Retten herved har begået en retlig fejl.

VII — Forslag til afgørelse

123. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- SGL betaler sagens omkostninger.