



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 29. april 2014¹

Sag C-580/12 P

**Guardian Industries Corp.
Guardian Europe Sàrl
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel — karteller — markedet for planglas — beregning af bøder — hensyntagen til virksomhedernes interne salg — rimelig frist — formaliteten vedrørende dokumenter, der er fremlagt for sent«

1. Guardian Industries Corp. og Guardian Europe Sàrl (herefter under ét »Guardian« eller »appellanterne«) har i den foreliggende appelsag nedlagt påstand om ophævelse af dommen i sagen Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen², hvorved Den Europæiske Unions Ret frifandt Kommissionen. Appellanterne havde i denne sag nedlagt påstand om annullation af Europa-Kommissionens beslutning af 28. november 2007, hvorved de blev pålagt en bøde på 148 mio. EUR, fordi de havde deltaget i et kartel på markedet på planglas i perioden fra april 2004 til februar 2005³.

2. I forbindelse med beregningen af bøden, som er kernen i det vigtigste spørgsmål, der er rejst i denne appel, tog Kommissionen ikke hensyn til »bundne salg«, dvs. interne salg i vertikalt integrerede virksomheder. Guardian, der kun har solgt glas til uafhængige tredjeparter, mener, at den bøde, koncernen er blevet pålagt, i henhold til princippet om forbud mod forskelsbehandling bør nedsættes med en sats, som svarer til det interne salgs andel af den samlede markedsvolumen. Et andet vigtigt spørgsmål i den foreliggende sag er, om Rettens sagsbehandlingstid har været rimelig, når der er gået hele tre år og fem måneder, fra den skriftlig forhandling blev afsluttet, til det blev besluttet at indlede den mundtlige forhandling, uden at der blev foretaget andre processuelle handlinger og uden nogen åbenbar grund.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — ? T-82/08, EU:T:2012:494, herefter »den appellerede dom«.

3 — ? K(2007) 5791 endelig om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 [nu artikel 101 TEUF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/39.165 – Planglas), hvoraf et resumé er offentliggjort i EUT 2008 C 127, s. 9 (herefter »den anfægtede beslutning«). Jeg vil benytte den tidligere nummerering i traktaten i dette forslag til afgørelse, da den anfægtede beslutning blev truffet på grundlag af EF-traktaten.

I – Sagens baggrund

3. Sagens baggrund og den anfægtede beslutning beskrives således i den appellerede doms præmis 1-10:

- »1 Sagsøgerne, Guardian Industries Corp. og Guardian Europe Sàrl, udgør en del af Guardian-koncernen, der beskæftiger sig med produktion af planglas og bilglas. Guardian Industries er det højst placerede selskab i koncernen og ejer indirekte 100% af Guardian Europes kapital.
 - 2 Den 22. og 23. februar 2005 og den 15. marts 2005 foretog Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber uanmeldte kontrolbesøg i bl.a. lokaler tilhørende Guardian Flachglas GmbH, Guardian Europe og Guardian Luxguard I SA.
 - 3 Den 2. marts 2005 indgav Asahi Glass Co. Ltd og alle dets datterselskaber, herunder Glaverbel SA/NV, der senere blev til AGC Flat Glass Europe SA/NV (herefter »Glaverbel«), en ansøgning med henblik på at opnå bødefritagelse, eller i givet fald en bødenedsættelse i medfør af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3).
 - 4 Den 3. januar 2006 indledte Kommissionen en procedure i medfør af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1) og underrettede parterne herom den 6. marts 2006.
 - 5 Den 10. februar 2006 tilsendte Kommissionen flere selskaber, herunder sagsøgerne, begæring om oplysninger. Guardian Europe besvarede begæringen den 10. marts 2006.
 - 6 Den 9. marts 2007 vedtog Kommissionen en klagepunktsmeddelelse, som den 13. og 14. marts 2007 blev tilsendt flere selskaber, herunder sagsøgerne.
 - 7 Den 28. november 2007 vedtog Kommissionen [den anfægtede beslutning] [...], som blev meddelt sagsøgerne den 3. december 2007.
 - 8 Den anfægtede beslutning blev ligeledes tilsendt Asahi Glass, Glaverbel, Pilkington Deutschland AG, Pilkington Group Ltd, Pilkington Holding GmbH (herefter samlet »Pilkington«), Compagnie de Saint-Gobain SA og Saint-Gobain Glass France SA (herefter samlet »Saint-Gobain«).
 - 9 Kommissionen anførte i den anfægtede beslutning, at de selskaber, som beslutningen var rettet til, har deltaget i en sammenhængende og vedvarende overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, som strakte sig over Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområdes (EØS) område i form af prisforhøjelser, mindstepriser, prismålsætninger, prisstop og andre kommercielle betingelser for salg til uafhængige kunder af fire kategorier af planglasprodukter til brug i bygninger, dvs. float glas, lav-E-glas, laminerede glas og uforarbejdet spejl, samt udveksling af fortrolige forretningsoplysninger.
 - 10 Sagsøgerne blev gjort ansvarlige for overtrædelsen for perioden fra den 20. april 2004 til den 22. februar 2005 og pålagt en bøde til solidarisk hæftelse på 148 mio. EUR.«
4. Ved stævning af 12. februar 2008 anlagde Guardian sag ved Retten til prøvelse af den anfægtede beslutning.

II – Den appellerede dom

5. Guardian havde til støtte for sin påstand om delvis annullation af den anfægtede beslutning fremsat et enkelt anbringende vedrørende faktiske fejl med hensyn til den periode, hvori koncernen deltog i kartellet, og kartellets geografiske dimension. Påstanden om nedsættelse af bøden var baseret på tre anbringender. Det første af disse anbringender sigtede mod at drage de nødvendige konsekvenser af anbringendet om delvis annullation. Med det andet gjorde Guardian gældende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og begrundelsespligten var tilsidesat. Det tredje vedrørte et urigtigt skøn hvad angik Guardians rolle i kartellet. Retten frifandt Kommissionen i det hele.

6. Retten fastslog indledningsvis følgende om formaliteten vedrørende en skrivelse, som Kommissionen havde fremlagt den 10. februar 2012:

»19 Under retsmødet bestred parterne, at Kommissionens skrivelse af 10. februar 2012 kunne antages til realitetsbehandling, med den begrundelse, at denne indeholdt tal, som aldrig var blevet meddelt dem på noget tidligere tidspunkt.

20 Kommissionen anser denne skrivelse, som supplerer dens besvarelse af 23. januar 2012 af de spørgsmål, som Retten havde fremsendt til den, for at kunne antages til realitetsbehandling.

21 Det skal bemærkes, at denne skrivelse blev indleveret til Retten uden for Kommissionens frist, men at den dog blev meddelt sagsøgerne den 10. februar 2012. Denne skrivelse indeholder bemærkninger til et dokument, som blev fremlagt af sagsøgerne den 8. februar 2012, og et supplement til Kommissionens svar på et skriftligt spørgsmål, der var stillet af Retten til besvarelse inden retsmødet, om den af sagsøgerne foreslåede metode for beregningen af bøden i tilfælde af udelukkelse af [interne] salg. Kommissionen præciserede således deri for det første, at tallene i tabel nr. 1 i klagepunktsmeddelelsen ikke alene angik de interne salg, men også salg af visse kategorier af glas, som i sidste ende ikke blev taget i betragtning i den anfægtede beslutning, og for det andet forholdet mellem kartelmedlemmernes samlede salg og deres interne salg.

22 Henset til indholdet af denne skrivelse og den omstændighed, at skrivelser blev videresendt til sagsøgerne, som derfor kunne fremsætte deres bemærkninger til denne skrivelse under retsmødet, kan det pågældende dokument antages til realitetsbehandling, og sagsøgernes formalitetsindsigelse må forkastes.«

7. Annullationspåstanden blev forkastet af de grunde, der er anført i den appellerede doms præmis 28-93.

8. Med hensyn til påstanden om bødenedsættelse har den appellerede doms præmis 98-107 følgende ordlyd:

»98 Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat dels princippet om forbud mod forskelsbehandling ved i de tre andre kartelmedlemmers bøde at udelukke [interne] salg [...] i koncernerne, dels dens begrundelsespligt vedrørende disse beregninger.

99 Sagsøgerne har således understreget, at det i mangel af en begrundelse for beregningen af de tre andre kartelmedlemmers bøde, og henset til, at de anvendte oplysninger er fortrolige, er umuligt for dem at fastlægge arten og værdien af de [interne] salg, der er udelukket for hver karteldeltager. Sagsøgerne har gjort gældende, at det således tilkommer Retten at kompensere for udelukkelsen af de nævnte salg ved at nedsætte den bøde, som selskaberne er blevet pålagt, i forhold til udelukkelsen for markedet for planglas. En sådan løsning ville være forenelig med retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT

2006 C 210, s. 2, herefter »retningslinjerne [fra 2006]«), for så vidt som denne fortolkning ville føre til, at det er muligt at afspejle virksomhedens relative vægt på det relevante marked korrekt, og er allerede blevet anlagt af Retten.

- 100 Sagsøgerne har præciseret, at Kommissionen udelukkede 1 mia. EUR i [interne] salg på grundlag af en samlet markedsvolumen på 2,7 mia. EUR. Dette tal fremkommer ved at trække det samlede salg af planglas, som blev lagt til grund i den anfægtede beslutning, nemlig 1,7 mia. EUR (41. betragtning til den anfægtede beslutning), fra det samlede beløb, som blev lagt til grund i klagepunktsmeddelelsen, nemlig 2,7 mia. EUR (41. betragtning til den anfægtede beslutning), og udgør 37% af den samlede markedsvolumen for et marked med en værdi på 2,7 mia. EUR.
- 101 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.
- 102 Ifølge fast retspraksis afhænger begrundelsespligten af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, på en måde, der gør det muligt dels for EU's retsinstanter at udøve deres prøvelsesret, og dels for de berørte parter at få kendskab til grundlaget for den truffe foranstaltning med henblik på at forsvare deres rettigheder og på at kontrollere, om beslutningen er korrekt.
- 103 Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område [...]
- 104 Kommissionen fandt i det foreliggende tilfælde, at de konkurrencebegrænsende aftaler vedrørte salg af planglas til uafhængige kunder (377. betragtning til den anfægtede beslutning), og den anvendte derfor disse salg med henblik på beregningen af bødernes grundbeløb (41. betragtning, oversigt 1, og 470. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen udelukkede derfor salget af planglas, der var bestemt til at blive forarbejdet af en afdeling af virksomheden eller et selskab i den samme koncern, fra bødens beregning. Idet eksistensen af en konkurrencebegrænsende adfærd kun blev fastslået for salg til uafhængige kunder, kan Kommissionen ikke kritiseres for at have udelukket de vertikalt integrerede kartelmedlemmers interne salg fra bødens beregning. Det kan heller ikke bebrejdes Kommissionen, at den ikke har begrundet udelukkelsen af de nævnte salg ved bødens beregning.
- 105 Som Kommissionen i øvrigt har gjort gældende, er det ikke blevet godtgjort, at de vertikalt integrerede kartelmedlemmer, som forsynede de pågældende produkter til den samme virksomheds afdelinger eller til selskaber, der tilhører samme koncern, opnåede en indirekte fordel ved den tilladte prisforhøjelse, eller at prisforhøjelsen på det forudgående marked udmøntede sig i en konkurrencefordel på det efterfølgende marked for forarbejdet planglas.
- 106 Hvad endelig angår argumentet om, at Kommissionen har tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling ved at udelukke interne salg ved bødens beregning, skal det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet eller princippet om forbud mod forskelsbehandling indebærer, at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [...]. For så vidt som Kommissionen i det foreliggende tilfælde fandt, at de konkurrencebegrænsende aftaler kun omfattede de priser på planglas, som blev faktureret til de uafhængige kunder, førte udelukkelsen af interne salg ved bødens beregning for så vidt angår de vertikalt integrerede kartelmedlemmer kun Kommissionen til at behandle objektivt forskellige situationer forskelligt. Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den har tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling.

107 Dette anbringende må følgelig forkastes i sin helhed.«

III – Appellen

9. Guardian og Kommissionen deltog i den skriftlige forhandling for Domstolen og i retsmødet, der blev afholdt den 12. december 2013.

10. Før jeg kan behandle de tre anbringender, som Guardian har påberåbt sig, er det nødvendigt at se på det procedurespørgsmål, der er opstået i den foreliggende sag (efter den første skriftveksling). Guardian har i forbindelse med sit første anbringende i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen først førte bevis for kartellets indvirkning på det interne salg i sit svarskrift. Dette bevis består af en erklæring, som Saint-Gobain kom med under den administrative procedure, og som er nævnt i punkt 37 i Kommissionens svarskrift. Ifølge denne erklæring blev priserne i forbindelse med salg inden for koncernen afstemt med de priser, kartellet havde fastsat, hvilket afkræfter den teori, som Kommissionen tidligere har fremført, og som Retten tilsluttede sig, nemlig at der ikke foreligger bevis for en sådan afstemning.

11. Guardians anmodning om tilladelse til at indgive replik om dette spørgsmål blev ikke taget til følge. Guardian anmodede herefter Domstolen om tilladelse til at ændre appelskriftet, fordi der efter Guardians opfattelse var fremkommet en ny faktisk omstændighed. Denne anmodning blev heller ikke taget til følge.

12. Det er efter min opfattelse tilstrækkeligt at fastslå, at der ikke er tale om en ny faktisk omstændighed, eftersom Guardian selvfølgelig havde (eller i hvert fald kunne have haft) kendskab til Saint-Gobains dokument, der indeholder denne erklæring, allerede under den administrative procedure.

13. Guardian har med sit første appelanbringende gjort gældende, at Retten har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at tolerere, at der i den anfægtede beslutning ikke tages hensyn til bundne salg i forbindelse med beregningen af de bøder, der er pålagt Asahi/Glaverbel, Pilkington og Saint-Gobain. Guardian har med sit andet anbringende anført, at Retten ved at antage den skrivelse, som Kommissionen sendte til koncernen den 10. februar 2012 (herefter »skrivelsen af 10. februar 2012«), til realitetsbehandling har tilsidesat sit procesreglement og principperne om ret til forsvar og om parternes ligestilling i processen. Med det tredje anbringende har Guardian endelig gjort gældende, at Rettens sagsbehandling var urimeligt langvarig, hvilket udgjorde en tilsidesættelse af koncernens grundlæggende ret til en retfærdig rettergang inden for en rimelig frist. Jeg vil behandle de to første anbringender under ét.

A – *Det første og det andet anbringende*

14. Det første anbringende vedrører tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet. Det er rettet mod den appellerede doms præmis 104-106.

1. Parternes argumenter

15. Guardian har i det væsentlige anført, at ligebehandlingsprincippet efter fast retspraksis kræver, at der ved beregningen af bøder tages hensyn til det interne salg, som kan sidestilles med salg til uafhængige tredjeparter⁴. Guardian har dog understreget, at koncernen ikke gør gældende, at det var ulovligt at udelukke interne salg mellem vertikalt integrerede virksomheder, men at det var ulovligt ikke at nedsætte den bøde, koncernen blev pålagt, med en tilsvarende procentsats.

16. Kommissionen har hertil anført, at Retten i den appellerede doms præmis 105 blot foretog en faktisk konstatering, da den – hvilket Guardian ikke har bestridt⁵ – bemærkede, at det er uklart, om og i hvilket omfang vertikalt integrerede planglasproducenter har opnået en konkurrencefordel på det efterfølgende marked. Guardian har i øvrigt ikke godtgjort, at der fandtes en sådan fordel, hverken under sagen i første instans eller under den foreliggende appelsag (hvor det under alle omstændigheder ville være for sent).

2. Bedømmelse

a) Den appellerede doms præmis 104 og 105

17. Jeg er langt fra sikker på, at Kommissionen har ret i sin fortolkning af den appellerede doms præmis 105, der har følgende ordlyd: »Som Kommissionen i øvrigt har gjort gældende, er det ikke blevet godtgjort, at de vertikalt integrerede kartelmedlemmer, som forsynede de pågældende produkter til den samme virksomheds afdelinger eller til selskaber, der tilhører samme koncern, opnåede en indirekte fordel ved den tilladte prisforhøjelse, eller at prisforhøjelsen på det forudgående marked udmøntede sig i en konkurrencefordel på det efterfølgende marked for forarbejdet planglas.«

18. Det fremgår ikke af denne præmis, der bl.a. indledes med udtrykket »i øvrigt«, hvem der ikke har »godtgjort«, at de vertikalt integrerede kartelmedlemmer opnåede en indirekte fordel ved kartellet.

19. Kommissionen har derfor fejlagtigt udledt af den appellerede doms præmis 105, at Guardian burde have påvist den eventuelle indirekte fordel.

20. Det skal tilføjes, at Retten i den appellerede doms præmis 104 også anvendte en passivform, da den bemærkede, at »eksistensen af en konkurrencebegrænsende adfærd kun blev fastslået for salg til uafhængige kunder«. Denne bemærkning modsiges ifølge Guardian af 377. betragtning til den anfægtede beslutning, hvoraf det fremgik, at »kartelaftalerne vedrørte de priser, der gjaldt for uafhængige kunder«, og som ikke udtrykkeligt udelukkede interne salg.

b) Reglen om medregning af bundne salg i den omsætning, bøden beregnes ud fra

21. Selv om det fremgår af Domstolens praksis, at en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF ikke omfatter forbindelserne inden for en økonomisk enhed, der består af en selskabskoncern⁶, mener jeg dog også, at det følger af denne praksis⁷, at bundne eller interne salg og eksterne salg skal behandles ens for at undgå enhver forskelsbehandling af vertikalt integrerede virksomheder og andre virksomheder.

4 — ? Domme Europa Carton mod Kommissionen (T-304/94, EU:T:1998:89, præmis 117), KNP BT mod Kommissionen (C-248/98 P, EU:C:2000:625, præmis 62, afsagt efter appel af dom KNP BT mod Kommissionen, T-309/94, EU:T:1998:91), Løgstør Rør mod Kommissionen (T-16/99, EU:T:2002:72, præmis 360) og Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, EU:T:2005:220, præmis 260).

5 — ? Kommissionen mener ikke, at appellanterne har bestridt Rettens *faktiske* konstateringer i appelskriftets punkt 33. De har blot anført, at Retten anvendte en forkert *retlig* forskrift, da den afgjorde, om disse konstateringer var relevante.

6 — ? Jf. bl.a. dom Vimo mod Kommissionen (C-73/95 P, EU:C:1996:405, præmis 16 og 17).

7 — ? Dom KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625, præmis 62).

22. Det fremgår både af retningslinjerne fra 1998⁸ og retningslinjerne fra 2006, at denne regel skal overholdes.

23. Hvad angår begrebet »afsætningens værdi« forklares det i punkt 5 og 6 i retningslinjerne fra 2006, at »[f]or at nå [de heri nævnte] mål vil Kommissionen fastsætte bøderne på grundlag af *værdien af de afsatte varer eller tjenester, som overtrædelsen omfatter*«, og at »[v]ærdien af den afsætning, overtrædelsen omfatter, kombineret med overtrædelsens varighed, anses for *i tilstrækkelig grad at afspejle både overtrædelsens og de enkelte deltagende virksomheders økonomiske betydning. Anvendelsen af disse faktorer giver et godt fingerpeg om bødens størrelse og bør ikke opfattes som grundlag for en automatisk og aritmetisk beregningsmetode*« (min fremhævelse).

24. I den del, der har overskriften »Metode til fastsættelse af bøderne«, forklares det i »1) Bødens grundbeløb« og »A. Fastlæggelse af afsætningens værdi«, punkt 13, at »[m]ed henblik på at fastsætte bødens grundbeløb anvender Kommissionen *værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte* [⁹] *forbundet med overtrædelsen*, i det relevante geografiske område inden for EØS. Kommissionen anvender normalt virksomhedens afsætning i det seneste fulde regnskabsår, hvor den har deltaget i overtrædelsen (i det følgende benævnt »afsætningens værdi«)¹⁰ (min fremhævelse).

25. Retten har i den appellerede doms præmis 104 bemærket, at Kommissionen fandt, at de konkurrencebegrænsende aftaler vedrørte salg af planglas til uafhængige kunder. Herved ser den dog bort fra, at spørgsmålet om, hvorvidt interne salg skal tages i betragtning ved bødens beregning, ikke afhænger af, om kartellet udtrykkeligt er rettet mod uafhængige kunder, eller om det mere generelt også vedrører priser for overførsler inden for de koncerner, der deltager i kartellet.

i) Retspraksis

26. Det skal indledningsvis påpeges, at Kommissionen også forud for retningslinjerne fra 1998 havde taget udgangspunkt i den samlede omsætning af det pågældende produkt i det sidste år, hvor selskabet deltog i kartellet¹¹.

8 — ? Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne fra 1998«).

9 — ? I en fodnote i retningslinjerne fra 2006 præciseres det, at »[d]ette [...] f.eks. [vil] være tilfældet for horisontale aftaler om prisfastsættelse for et givet produkt, hvor prisen på dette produkt tjener som basis for prisen på produkter af lavere eller højere kvalitet«.

10 — ? Jf. f.eks. H. de Broca, *The Commission revises its Guidelines for setting fines in antitrust cases*, der blev bragt i et nyhedsbrev fra Kommissionens GD for Konkurrence – Competition Policy Newsletter, nr. 3, efteråret 2006, s. 1 – hvori der forklares følgende: »[B]y using a clearer reference to each undertaking's »value of sales«, the 2006 Guidelines intend to reflect, even approximately and imperfectly, the economic importance of the infringement as a whole as well as the relative weight of each undertaking participating in the infringement. The 1998 Guidelines, based on a lump sum system, have often been criticized on that particular aspect, even though this criticism was largely misplaced. In fact, a number of tools corrected the obvious drawbacks of a pure lump sum system. For instance, the Commission fixed starting amounts below the 20 million euros threshold mentioned in the 1998 Guidelines for very serious infringements taking place on small markets; it also differentiated between undertakings on the basis of their respective size in the market concerned (the so-called »groupings«) [...]. If anything, the 1998 Guidelines rather reflected the insufficient level of fines imposed on »large« infringements or on large players, something which the 2006 Guidelines will probably correct.«

11 — ? Jf. f.eks. følgende doktrin: F. Castillo de la Torre, *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, (2011) 33 World Competition 359 (fodnote 37): »In the press release relating to the Cement cartel (IP/94/1108), the Commission stated: »[C]alculation [of fines] is normally based on the Community turnover in the product concerned«. In Cartonboard, the Commission explained the method used: »fines of a basic level of 9 or 7.5% of the turnover of each undertaking addressed by the decision on the Community cartonboard market in 1990 were imposed on the undertakings regarded as the »ringleaders« of the cartel and on the other undertakings respectively« (Case T-348/94, *Enso Española v. Commission* [1998] ECR II-1875, para. 247). See also, the calculation of the fine in Steel Beams, in Case T-151/94, *British Steel v. Commission* [1999] ECR II-629, paras 598-605.«

27. Efter at retningslinjerne fra 1998 var trådt i kraft, bekræftede Domstolen, at Kommissionen kunne handle på denne måde, idet den fandt¹², at »selv om retningslinjerne [fra 1998] ikke bestemmer, at bødebeløbene skal beregnes på grundlag af den samlede omsætning eller den relevante omsætning, er de ikke til hinder for, at sådanne omsætningstal tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse med henblik på at overholde [EU-]rettens almindelige principper, og når omstændighederne gør det påkrævet«.

28. Det kan i de sager, som jeg vil gennemgå i det følgende, konstateres, at det altid var en vertikalt integreret karteldeltager, der anfægtede Kommissionens praksis med at medregne denne deltagers bundne salg i den omsætning, som bøden blev beregnet ud fra, over for Retten eller Domstolen.

29. I domme Europa Carton mod Kommissionen (EU:T:1998:89), KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625), KNP BT mod Kommissionen (EU:T:1998:91) (der alle tre vedrørte kartonkartellet), Lögstör Rör mod Kommissionen (EU:T:2002:72) (kartellet vedrørende præsiolerede rør) og Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (EU:T:2005:220) (kartellet vedrørende specialgrafit) var der således følgende lighedspunkter: i) Sagsøgeren var vertikalt integreret, ii) Kommissionen tog hensyn til bundne salg, og iii) sagsøgeren mente, at de burde udelukkes.

30. Hvad bestemte Retten eller Domstolen i disse sager?

31. I sagen Europa Carton mod Kommissionen (EU:T:1998:89) fastslog Retten, at der ikke findes regler, der forbyder en hensyntagen til værdien af et selskabs bundne leverancer i forbindelse med bødeudmålingen. I denne sag koncentrerede Retten sig om de fordele, der var forbundet med kartellet. Sagsøgeren havde imidlertid ikke anvendt den pris, der var aftalt i kartellet, i forbindelse med sine interne salg (præmis 123 og 128).

32. I præmis 62 i dom KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625) udtalte Domstolen¹³ med henvisning til præmis 128 i Rettens dom, at »[h]vis der ikke blev taget hensyn til værdien af de interne kartonleverancer inden for Europa Carton, ville de vertikalt integrerede selskaber nødvendigvis blive begunstiget på uberettiget vis. Der ville i så fald ikke blive taget hensyn til den fordel, der blev draget af kartellet, og den pågældende virksomhed ville dermed ikke blive pålagt en sanktion, der står i forhold til dens betydning på markedet for de af overtrædelsen omfattede produkter«.

33. I sag KNP BT mod Kommissionen (EU:T:1998:91) fastslog Retten, at »sagsøgeren ikke [havde] ført nogen form for bevis for«, at Kommissionen burde have undladt at tage hensyn til bundne salg (præmis 112).

34. Jf. endelig domme Lögstör Rör mod Kommissionen (EU:T:2002:72, præmis 360) og Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (EU:T:2005:220, præmis 260), hvori Retten henviste til domme KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625) og Europa Carton mod Kommissionen (EU:T:1998:89).

ii) Kommissionens retningslinjer

35. I dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen¹⁴ bemærkede Domstolen med hensyn til retningslinjerne fra 2006, at Kommissionen »[f]or at sikre gennemsigtigheden har [...] vedtaget retningslinjer, i hvilke den oplyser, i hvilket omfang den tager den ene eller den anden omstændighed i betragtning i forbindelse med en overtrædelse, og hvilke konsekvenser det kan have for bødens

12 — ? Jf. dom Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 209 og den deri nævnte retspraksis samt præmis 258). Jf. også bl.a. Rettens domme Schunk og Schunk Kohlenstoff-Technik mod Kommissionen (T-69/04, EU:T:2008:415, præmis 176 og 177), Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 317) og Ballast Nedam Infra mod Kommissionen (T-362/06, EU:T:2012:492, præmis 122).

13 — ? Jf. ligeledes generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i denne sag (EU:C:2000:258), som Domstolen valgte at følge.

14 — ? C-389/10 P, EU:C:2011:816, præmis 126.

størrelse«. Retten har desuden fastslået¹⁵, at »den i retningslinjerne angivne metode til beregning af bøders størrelse ganske vist ikke er den eneste mulige, [men at den] sikrer [...] *en konsekvent beslutningspraksis* med hensyn til påleggelsen af bøder, hvilket igen gør det muligt at *sikre ligebehandling* af de virksomheder, der pålægges sanktioner for overtrædelse af konkurrencereglerne« (min fremhævelse).

36. Årsagen til, at spørgsmålet om medregning eller udelukkelse af interne salg i den omsætning, som bøden beregnes ud fra (og den eventuelle forskelsbehandling mellem virksomheder alt efter, om de er vertikalt integreret eller ej), er opstået i den foreliggende sag, skal uden tvivl findes i Kommissionens inkonsekvente anvendelse af retningslinjerne fra 2006 og navnlig af begrebet »afsætningens værdi« i sin bødepolitik¹⁶ (der veksler mellem udelukkelse og medregning af interne salg i dette begreb og dermed risikerer at blive vilkårlig).

37. Den manglende konsekvens ses af den omstændighed, at der ifølge Kommissionen findes mange andre sager end den foreliggende, hvori Kommissionen ikke tog hensyn til interne salg i forbindelse med beregningen af bøder¹⁷, hvilket står i modsætning til de sager, jeg vil beskrive i det følgende. Det fremgik ikke af disse beslutninger, at interne salg ikke var medregnet i værdien af vertikalt integrerede producenters salg¹⁸, og de blev i øvrigt også vedtaget efter den anfægtede beslutning. Kommissionens tidligere praksis gik med andre ord ud på at medregne interne salg i den omsætning, som bøden blev beregnet ud fra, indtil den vedtog den anfægtede beslutning, hvori den uden at begrunde det (eller nævne det på nogen måde¹⁹) ændrede sin tilgang radikalt.

38. Ifølge retspraksis²⁰ skal retningslinjerne imidlertid fortolkes ensartet, medmindre Kommissionen i det konkrete tilfælde angiver samtlige grunde til, at den afviger herfra. Forud for den »fornyelse«, som den anfægtede beslutning medførte, var Kommissionens praksis i fuld overensstemmelse med retspraksis og med retningslinjerne.

39. I sin beslutning om internationale flyttetjenester²¹ understreger Kommissionen »for det første, at anvendelsen af udtrykket »varer eller tjenester, som er [...] forbundet med overtrædelsen«, i stedet for udtrykket »berørte varer eller tjenester« indikerer, at dette punkt i retningslinjerne [...] ikke vedrører salg af varer eller tjenester, hvor der foreligger direkte bevis for, at de er berørt af overtrædelsen. En sådan fortolkning af dette punkt vil i øvrigt kræve, at Kommissionen for at fastsætte bødens grundbeløb i kartelsager i hvert enkelt tilfælde godtgør, hvilke individuelle salg der var berørt af kartellet, selv om det ikke følger af retspraksis, at der ved anvendelsen af artikel 81 [EF] skal tages hensyn til en aftales konkrete virkninger, når det fremgår, at aftalen har til formål at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«.

15 — ? Dom Groupe Danone mod Kommissionen (T-38/02, EU:T:2005:367, præmis 523).

16 — ? Jf. i denne sammenhæng bl.a. *The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, hvorefter car glass-beslutningen »does not deviate from the 2006 Guidelines, but rather applies the concept of sales indirectly or directly related to the infringement to the case at hand«. Det fremgår således, at »much depends on whether the concept of sales »relating« to the infringement is narrowly or broadly construed« (C.S. Kerse og N. Khan, *EU Antitrust Procedure*, 6. oplag, Sweet & Maxwell, London, 2012, s. 417). Med hensyn til retningslinjerne fra 2006 og begrebet afsætningens værdi fremgår det videre, at »[t]he adoption of this new calculation method has somewhat reduced the margin of discretion of the Commission which, in every case, has to take a reasoned position on the sales included in the calculation of the fines. The identification of the goods and services to which the infringement indirectly or directly relates when setting the fine is expected to be a bone of contention in many cases. In several decisions already adopted under the [2006] Fining Guidelines, the determination of the value of the undertaking's sales of goods or services related to the infringement was highly debated [...] [It follows from the Commission's practice] that, in order to determine the basic amount of the fine in cartel cases, the Commission need not provide proof of each occasion on which individual sales were affected by the cartel activities« (Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, edition Kluwer Law, 5. oplag, s. 1100).

17 — ? Den har henvist til sin beslutning K(2009) 7601 endelig af 7.10.2009 i sag COMP/39.129 – Elektriske transformatorer og sin afgørelse K(2011) 7436 endelig af 19.10.2011 i sag COMP/39.605 – CRT Glass.

18 — ? Hvilket ifølge den retspraksis, der er nævnt i punkt 62-64 nedenfor, i sig selv er kritisabelt.

19 — ? Jf. i denne forbindelse også punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

20 — ? Jf. den retspraksis, der er nævnt i punkt 62-64 nedenfor.

21 — ? Jf. 532. og 533. betragtning til Kommissionens beslutning K(2008) 926 endelig af 11.3.2008 (sag COMP/38543 – Internationale flyttetjenester).

40. Det fremgår endvidere af denne beslutning, at Kommissionen »[f]or det andet finder [...], at begrebet »forbundet med« i punkt 13 i retningslinjerne [...] ikke går på begrebet »afsætning«, men på begreberne »varer og tjenester« i samme punkt. Dette punkt skal med andre ord fortolkes således, at Kommissionen skal tage værdien af afsætningen af alle varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen, i betragtning med henblik på at fastsætte bødens grundbeløb efter at have fastslået, hvilke varer eller tjenester der er tale om«.

41. Retningslinjerne fra 2006 fortolkes på samme måde i retslitteraturen. D. Geradin har således påpeget²², at det »i praksis vil [...] sige, at Kommissionen ikke skal godtgøre, hvordan overtrædelsen har berørt hvert individuelt salg, når den har fastslået, at den har berørt en hel kategori af varer eller tjenester. Det skyldes, at udtrykket »forbundet med overtrædelsen« går på »varer eller tjenester« og ikke på »afsætning«.

42. I forbindelse med kartellet vedrørende internationale flyttetjenester omfattede den ulovlige adfærd, som karteldeltagerne var enedes om, ikke alle de kontrakter, som de havde indgået på det relevante marked.

43. I den sag, der blev anlagt til prøvelse af denne beslutning²³, forkastede Retten argumentet om, at det alene var værdien af den afsætning, som fulgte af de flytninger, der reelt havde været berørt af den ulovlige adfærd – og ikke Team Relocations samlede omsætning på det belgiske marked for internationale flyttetjenester – der skulle tages i betragtning ved beregningen af værdien af Team Relocations relevante afsætning i henhold til punkt 13 i retningslinjerne fra 2006.

44. Retten bemærkede således, at »[o]rdlyden af punkt 13 i retningslinjerne af 2006 henviser til »afsætning [...], som er direkte eller indirekte forbundet med overtrædelsen«, og ikke til »afsætning berørt af overtrædelsen«. Formuleringen af punkt 13 omhandler således afsætning gennemført på det relevante marked. Dette fremgår i øvrigt også klart af den tyske version af punkt 6 i retningslinjerne af 2006, som handler om »Umsatz auf den vom Verstoß betroffenen Märkten« (afsætning på det marked, som overtrædelsen omfatter). Så meget desto mere gælder, at punkt 13 i retningslinjerne af 2006 ikke kun omfatter de tilfælde, for hvilke Kommissionen råder over bevisdokumenter for overtrædelsen« (dommens præmis 63).

45. Det fremgår af præmis 64 i samme dom, at »[d]enne fortolkning bekræftes af formålet med de [EU-]retlige konkurrenceregler. Den fortolkning, som Team Relocations har foreslået, ville således betyde, at Kommissionen for at fastlægge grundbeløbet af den bøde, der skal pålægges i kartelsager, ville være forpligtet til i hvert enkelt tilfælde at fastslå, hvilke individuelle salg der var berørt af kartellet. En sådan forpligtelse har aldrig været pålagt af Unionens retsinstanser, og der er intet, der indikerer, at Kommissionen havde til hensigt at pålægge sig selv en sådan forpligtelse i retningslinjerne af 2006«.

46. Det er i øvrigt »uundgåeligt i kartelsager, som i sagens natur er hemmelige, at visse dokumenter, som godtgør hvert aspekt af den ulovlige adfærd, ikke opdages [...]« (præmis 65).

22 — ? *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment* (TILEC Discussion Paper, 2011-052), Tilburg, TILEC (frit oversat).

23 — ? Dom Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (T-204/08 og T-212/08, EU:T:2011:286, præmis 60-68).

47. Ifølge dommens præmis 66 »fremgår [det] endelig af fast retspraksis, at den del af omsætningen, der hidrører fra de varer, som er genstand for overtrædelsen, kan indikere omfanget af en overtrædelse på det omhandlede marked [²⁴]. Omsætningen af de produkter, som har været genstand for en restriktiv praksis, udgør et objektive kriterium, som giver et rimeligt indtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence [²⁵]. Dette princip er gentaget i retningslinjerne af 2006«.

48. Denne dom blev stadfæstet ved en dom afsagt af Domstolen²⁶, hvori det klart fremgår af præmis 76, at begrebet »afsætningens værdi« ikke er begrænset til »den del af omsætningen, der er opnået ved hjælp af den afsætning, hvor det er fastslået, at den reelt var berørt af [kartellet]«²⁷. Denne begrænsning vil ifølge Domstolen (præmis 77) »desuden kunstigt nedtone den økonomiske betydning af den overtrædelse, der er begået af en bestemt virksomhed, eftersom den omstændighed, at der kun er fundet begrænsede direkte beviser for, hvilken afsætning der reelt var berørt af kartellet, i sig selv vil indebære, at der pålægges en bøde, som står i misforhold til det pågældende kartels anvendelsesområde. En sådan tilskyndelse til manglende åbenhed vil også stride mod målet om, at overtrædelser af artikel 81 EF skal undersøges og straffes effektivt, og kan derfor ikke tillades«. Det bemærkes derfor i præmis 78, at »Retten [...] med rette [fastslog] i den appellerede doms præmis 62, at »det ikke [fremgår] af [punkt 13 i retningslinjerne fra 2006], at det alene er værdien af den afsætning, der følger af de flytninger, som reelt er berørt af den ulovlige adfærd, som kan tages i betragtning ved beregningen af værdien af den relevante afsætning«. I den forbindelse kunne den derfor uden at gøre sig skyldig i urigtig retsanvendelse henvise til formålet med de EU-retlige konkurrenceregler (i præmis 64), behovet for at tage hensyn til kartellers hemmelige karakter, som i det foreliggende tilfælde »reelt [gør det] umuligt at finde forhold vedrørende hver berørt flytning« (i præmis 65), og den retspraksis, der følger af dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*« (i præmis 66)²⁸.

49. Domstolen har i præmis 28 i dom *SGL Carbon mod Kommissionen* (C-564/08 P, EU:C:2009:703), der vedrører beslutning 2004/420/EF²⁹, bemærket, at »[d]et fremgår i øvrigt [...] af den anfægtede beslutning, at det var de berørte virksomheder, der oplyste Kommissionen om de forskellige omsætningsbeløb og procentvise markedsandele, herunder det bundne forbrug«.

50. Den har i denne doms præmis 29 bemærket, at »Kommissionen [...], henset til alle disse forhold [har] præciseret i 291.-295. betragtning til den anfægtede beslutning, hvordan det bundne forbrug indgik i beregningerne. I 292. betragtning til denne beslutning har Kommissionen således forklaret, at det er vigtigt at tage hensyn til det bundne forbrug ved beregningen af omsætningsbeløbene og markedsandelene, idet det ikke kan undgås, at vertikalt integrerede virksomheder opnår en uberettiget fordel, hvis denne værdi ikke medregnes. Hvis der ikke tages hensyn til denne værdi, tages der heller ikke hensyn til den fordel, som en sådan virksomhed reelt har draget af kartellet, og virksomheden vil dermed ikke blive pålagt en bøde, der står i forhold til dens betydning på markedet for de produkter, der er omfattet af overtrædelsen«.

24 — ? Dom *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen* (100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 121).

25 — ? Domme *British Steel mod Kommissionen* (T-151/94, EU:T:1999:52, præmis 643) og *Saint-Gobain Gyproc Belgium mod Kommissionen* (T-50/03, EU:T:2008:252, præmis 84). Retten forkastede også *Team Relocations'* »subsidiære« argument om, at værdien af den relevante afsætning ikke skulle omfatte omsætningen opnået ved private flytninger, dvs. som ikke er afholdt af tredjemand, eftersom den ulovlige adfærd ikke gjaldt for disse flytninger.

26 — ? Dom *Team Relocations m.fl. mod Kommissionen* (C-444/11 P, EU:C:2013:464).

27 — ? Den fulde ordlyd af præmis 76 er: »Det følger heraf, at punkt 13 i retningslinjerne [...] sigter mod at præcisere, at den bøde, der pålægges en virksomhed, skal beregnes på grundlag af et beløb, der afspejler overtrædelsens økonomiske betydning og virksomhedens bidrag til denne overtrædelse. Selv om begrebet afsætningens værdi i punkt 13 i retningslinjerne [...] ikke kan udvides til at omfatte den del af den pågældende virksomheds afsætning, der ikke falder ind under det påståede kartels anvendelsesområde, vil det således alligevel stride mod det formål, der forfølges med denne bestemmelse, hvis dette begreb forstås således, at det kun gælder for den del af omsætningen, der er opnået ved hjælp af den afsætning, hvor det er fastslået, at den reelt var berørt af dette kartel.«

28 — ? Jf. også Domstolens dom, præmis 85-87.

29 — ? Kommissionens beslutning af 3.12.2003 om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag C.38 359 - Elektriske og mekaniske kul- og grafitprodukter) (EUT 2004 L 125, s. 45).

51. Det bemærkes i dommens præmis 30 »i den forbindelse, at Domstolen har fastslået, at det er relevant at tage hensyn til det bundne forbrug ved vurderingen af omsætning og markedsandele i en situation som denne, i sin dom [KNP BT mod Kommissionen, EU:C:2000:625, præmis 62], hvoraf det fremgår, at hvis der ikke blev taget hensyn til værdien af de interne leverancer, ville de vertikalt integrerede selskaber nødvendigvis blive begunstiget på uberettiget vis for så vidt angår vurderingen af den fordel, som disse virksomheder har draget af et kartel«.

52. Kommissionen har som følge heraf medregnet det interne salg uden at godtgøre, at overtrædelsen begunstigede den samlede afsætning.

53. Et andet eksempel på denne praksis fra Kommissionens side er afgørelsen om Liquid Crystal Displays (herefter »LCD«) af 8. december 2010³⁰, hvori det blev påpeget, at det ifølge retningslinjerne fra 2006 var nødvendigt at tage hensyn til bundne salg ved beregningen af den »berørte afsætning« for at »undgå enhver forskelsbehandling mellem vertikalt integrerede selskaber og selskaber, der ikke er vertikalt integreret«³¹. Kommissionen fandt således, at de karteldeltagere, der var vertikalt integrerede virksomheder, ikke burde behandles mere fordelagtigt end andre deltagere.

54. I den sag, der blev anlagt til prøvelse af denne afgørelse, forkastede Retten³² bl.a. det første anbringende om, at Kommissionen med urette havde taget hensyn til sagsøgernes interne salg ved beregning af bøden. Det fremgår ifølge Retten ikke af punkt 13 i retningslinjerne fra 2006, at det alene er værdien af den afsætning, der følger af de transaktioner, som reelt er berørt af den ulovlige adfærd, som kan tages i betragtning ved beregningen af værdien af den afsætning, der er relevant for bødeudmålingen³³ (præmis 65). Formuleringen af denne bestemmelse omhandler således afsætning gennemført på det relevante marked, dvs. det marked, der er berørt af overtrædelsen. Så meget desto mere gælder, at punkt 13 ikke kun omfatter de tilfælde, for hvilke Kommissionen råder over bevisdokumenter for overtrædelsen (præmis 66).

55. Retten bemærker videre, at »[d]enne fortolkning bekræftes af formålet med de EU-retlige konkurrenceregler. Den fortolkning, som sagsøgerne har foreslået, ville således betyde, at Kommissionen for at fastlægge grundbeløbet for den bøde, der skal pålægges i kartelsager, ville være forpligtet til i hvert enkelt tilfælde at fastslå, hvilke individuelle salg der var berørt af kartellet. En sådan forpligtelse har aldrig været pålagt af Unionens retsinstanser, og der er intet, der indikerer, at Kommissionen havde til hensigt at pålægge sig selv en sådan forpligtelse i retningslinjerne fra 2006« (præmis 67). »Når et produkt, der er omfattet af en kartelaftale, sælges på det indre marked, er konkurrencen på dette marked fordrejet, hvilket Kommissionen skal tage hensyn til ved beregningen af den bøde, som den pålægger den virksomhed, der har draget fordel af dette salg. Det skal herved understreges, at artikel 81 EF ikke kun har til formål at beskytte konkurrenternes eller forbrugernes interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som

30 — Kommissionens afgørelse K(2010) 8761 endelig i sag COMP/39.309, 382. betragtning: »Though both Direct EEA Sales and Direct EEA Sales Through Transformed Products lead to the inclusion of – respectively – sales to related companies and intra-group sales for some of the parties, focusing on the first EEA sale of the product concerned by the infringement – whether transformed or not – to a company that is not part of the supplier undertaking ensures that no discrimination is made between vertically integrated companies and non-vertically integrated companies«, 383. betragtning: »As concerns Direct EEA Sales Through Transformed Products, the consumer harm inflicted by the cartel arrangements is clearly represented by the value of panels delivered within the transformed products to the final consumer in the EEA« og endelig 394. betragtning: »in general, as explained in recital 238 with reference to the Cartonboard case, it can be reasonably assumed that an implemented cartel had effects on direct sales through transformed products«. 238. betragtning lyder således: »As confirmed by the General Court in [Europa Carton/Commission], even if the higher price resulting from a cartel is not always or not in its entirety passed on to intra-group customers, the competitive advantage deriving from this positive discrimination does foreseeably influence competition on the market [...] Intra-group sales of LCD panels – in as far as they ended up into transformed products sold in the EEA – are therefore to be taken into account, just like intra-cartel sales in the EE.«

31 — ? Frit oversat. Det kan herved påpeges, at Kommissionen i beslutning K(2008) 3043 endelig af 25.6.2008 vedrørende en procedure i henhold til [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/39 180 – Aluminiumfluorid) (der gav anledning til dom ICF mod Kommissionen, T-406/08, EU:T:2013:322, og senere til den verserende sag C-467/13P) anførte, at spørgsmålet om, hvorvidt der var taget hensyn til bundne salg ved beregningen af afsætningens værdi og den endelige bøde, var uden betydning.

32 — ? Dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen (T-128/11, EU:T:2014:88, præmis 60 ff.). Jf. også dom InnoLux mod Kommissionen (T-91/11, EU:T:2014:92).

33 — ? Jf. i denne retning dom Putters International mod Kommissionen (T-211/08, EU:T:2011:289, præmis 58).

sådan«³⁴ (præmis 70). Det er derfor »mindre vigtigt, om LGE og Philips reelt har betalt højere priser til dem på grund af kartellet, og om de har overvæltet den eventuelle forhøjelse på priserne for de færdige produkter med integrerede kartelomfattede LCD, som de har solgt til europæiske forbrugere« (præmis 71).

56. Retten fastslog kun subsidiært, at det ligeledes fremgår af »sagsakterne, at afsætningen af kartelomfattede LCD til kunder, der var tilknyttet karteldeltagerne, faktisk var blevet drøftet inden for dette kartel« (præmis 73-89). Ifølge Retten var det i øvrigt ikke afgørende, om den pågældende afsætning skete til priser, der var påvirket af kartellet, men om denne afsætning skete på et marked, som var berørt af det kartel, som sagsøgerne deltog i (præmis 97).

57. I Kommissionens afgørelse om kartellet vedrørende badeværelsesudstyr og -inventar³⁵ så den bl.a. på argumentet om, at visse specialprodukter ikke havde været omfattet af kartellet og ikke burde indgå i afsætningens værdi. Kommissionen afviste dette. Selv om man antog, at den særlige prisliste (»special price list«) aldrig – hverken direkte eller indirekte – havde været genstand for prisdrøftelser under de møder, karteldeltagerne afholdt, var den afsætning, der var baseret på denne liste, berørt af overtrædelsen, fordi disse »særpriser« efter al sandsynlighed var fastsat ud fra »standardpriserne«³⁶.

58. I den sag, der var anlagt til prøvelse af denne afgørelse (T-373/10, T-374/10, T-382/10 og T-402/10³⁷), forkastede Retten det femte anbringende om medregning af dele af afsætningen, der ikke var berørt af overtrædelsen, ved beregning af bødebøbet. Den fandt, at »det var foreneligt med punkt 13 i retningslinjerne fra 2006, at Kommissionen tog den samlede afsætning af produkter til grossister i betragtning, eftersom hele denne afsætning var direkte eller indirekte berørt af den omhandlede overtrædelse. Sagsøgernes argument om, at Kommissionen ikke har nogen vid skønsbeføjelse med hensyn til den omsætning, der skal tages i betragtning, må afvises, eftersom Kommissionen ikke har foretaget noget urigtigt skøn i den henseende«.

59. Det er også interessant at se på, hvad Retten fastslog i forbindelse med kartellet vedrørende industrielle kobberrør i dom T-127/04³⁸, som Domstolen stadfæstede ved dom C-272/09 P³⁹. Retten efterprøvede, om Kommissionen med urette havde taget hensyn til prisen på kobber, da den vurderede størrelsen af det berørte marked. Sagsøgerne havde i denne forbindelse gjort gældende, dels at kobberprisen ikke kunne kontrolleres af fabrikanterne af industrirør, eftersom den blev fastsat i henhold til LME⁴⁰, dels at køberne af industrirør selv besluttede, til hvilken pris metallet blev erhvervet. Sagsøgerne fremhævede endvidere, at svingningerne i metalpriserne ikke påvirkede deres fortjeneste. Retten bemærkede dog, at »[d]et [...] imidlertid [skal] fastslås, at der ikke er nogen rimelig grund til, at omsætningen på det relevante marked beregnes ved at udelukke bestemte produktionsomkostninger. Som Kommissionen med føje har bemærket, findes der i alle erhvervsgræne omkostninger, der er knyttet til det endelige produkt, som fabrikanten ikke har kontrol over, men som ikke desto mindre udgør et væsentligt element i dennes samlede aktiviteter, og som følgelig ikke kan

34 — ? Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 38) og GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 63).

35 — ? Kommissionens afgørelse K(2010) 4185 endelig af 23.6.2010 om en procedure efter artikel [81 EF] og artikel 53 i EØS-aftalen (sag COMP/39 092 – Badeværelsesudstyr og -inventar).

36 — ? Jf. vedrørende denne problematik ligeledes C.S. Kerse og N. Khan, s. 412-419.

37 — ? Dom Villeroy & Boch Austria m.fl. mod Kommissionen (EU:T:2013:455, præmis 335 ff.). Det fremgår eksempelvis af præmis 342, at det må »konstateres, at [sagsøgerne] ikke har godtgjort, at samordningen af priser for salg til grossister med de nævnte bruttoprislister ikke påvirkede de øvrige prislister, der blev fastsat. Kommissionen har dog påpeget i sit skriftlige indlæg – hvilket sagsøgerne ikke har argumenteret imod eller modbevist – at de bruttoprislister for produktsalg til grossister, der var genstand for samordning, blev anvendt som vejledende prislister for producenter af badeværelsesudstyr og -inventar i forbindelse med deres salg til grossister af produkter, der ikke var bestemt for distributionskædens tre niveauer«. Jf. også domme Keramag Keramische Werke m.fl. mod Kommissionen (T-379/10 og T-381/10, EU:T:2013:457), Rubinetteria Cital mod Kommissionen (T-368/10, EU:T:2013:460) (»badeværelsesudstyr og -inventar«) samt Parker ITR og Parker-Hannifin mod Kommissionen (T-146/09, EU:T:2013:258) (»pumpeslanger til brug på havet«).

38 — ? Dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen (EU:T:2009:142, præmis 89-91).

39 — ? Dom KME Germany m.fl. mod Kommissionen (EU:C:2011:810).

40 — ? The London Metal Exchange (metalbørsen i London).

udelukkes fra omsætningen ved fastsættelsen af bødens udgangsbetrag [41]. Den omstændighed, at kobberprisen udgør en væsentlig del af den endelige pris på industrirør, eller at risikoen for svingningerne i prisen på kobber er langt større end for andre råmaterialer, anfægter ikke denne konklusion«. Det skal tilføjes, at selv om bøden i denne sag blev pålagt i henhold til retningslinjerne fra 1998, er Rettens tilgang også relevant i lyset af retningslinjerne fra 2006, eftersom bøderne baseres på det relevante markeds samlede værdi.

60. I beslutningen i sag COMP/39.125 – »Car glass«⁴² fastslog Kommissionen, at den relevante afsætning ved fastsættelsen af bøder kun var afsætningen til de bilproducenter, for hvilke der findes direkte bevismateriale for, at der forelå kartelaftaler. Dette blev også anført af Team Relocations i dommen Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (EU:T:2011:286). Retten bemærkede dog, at Kommissionen i 663. betragtning til car glass-beslutningen tog udgangspunkt i princippet om, at den omstændighed, at der ikke var specifikke bevisdokumenter til rådighed for hver drøftelse vedrørende »bilkontiene«, ikke begrænsede fastlæggelsen af værdien af afsætningen til alene at omfatte de konti, for hvilke der forelå direkte beviser, idet samordnet praksis i sagens natur er hemmelige aftaler, og at beviserne forbliver ufuldstændige i de fleste tilfælde, om ikke i alle tilfælde⁴³. Retten fastslog, at selv om Kommissionen nuancerede dette princip efterfølgende i 664.-667. betragtning til denne beslutning, gjorde den det alene for to ekstraordinære perioder i begyndelsen og slutningen af overtrædelsesperioden, idet den antog, at leverandørerne af autoglas i denne periode alene havde ændret deres tilbud til udvalgte store konti. Retten fandt derfor ikke, at Kommissionens fremgangsmåde i den pågældende beslutning var i modstrid med den, som den havde anvendt i beslutningen om internationale flyttetjenester.

61. Var det alligevel berettiget, at Kommissionen afveg fra sine retningslinjer i den foreliggende sag?

62. Det skal påpeges, at Domstolen allerede har fastslået⁴⁴, »idet den traf afgørelse vedrørende interne foranstaltninger truffet af administrationen, at selv om disse ikke kan anses for retsregler, som vedkommende myndighed under alle omstændigheder er forpligtet til at overholde, fastsætter de dog vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som vedkommende myndighed ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling. Sådanne foranstaltninger er dermed en retsakt af generel karakter, hvis ugyldighed de berørte tjenestemænd og midlertidigt ansatte kan påberåbe sig til støtte for at anfægte individuelle beslutninger, som er truffet på grundlag heraf«.

63. Domstolen tilføjede, at »[e]n sådan retspraksis [...] så meget mere [finder] anvendelse på vejledende regler, der skal fremkalde retsvirkninger udadtil, således som det er tilfældet med retningslinjerne, der retter sig til de erhvervsdrivende«. Den bemærkede videre, at »[d]en nævnte institution [...] med vedtagelsen af sådanne vejledende regler og med offentliggørelsen heraf, hvorved det tilkendegives, at den fremover vil anvende dem på de af reglerne omhandlede tilfælde, [har] pålagt sig selv en begrænsning i udøvelsen af sit skøn og [...] ikke [kan] fravige disse regler uden i givet fald at

41 — ? Retten henviste her til sin dom Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen (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, EU:T:2000:77, præmis 5030 og 5031).

42 — ? Kommissionens beslutning K(2008) 6815 endelig af 12.11.2008, hvoraf et resumé er offentliggjort i EU-Tidende af 25.7.2009 (EUT C 173, s. 13).

43 — ? 663. betragtning har følgende ordlyd: »[T]he fact that specific evidence is not available for each and every discussion that took place on the respective car accounts within the overall arrangements does not limit the determination of the relevant value of sales to only those accounts for which such specific evidence is available.«

44 — ? Jf. dom Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (EU:C:2005:408, præmis 209 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også domme Fuji Electric mod Kommissionen (T-132/07, EU:T:2011:344, præmis 235) samt (vedrørende retningslinjerne fra 2006) Denki Kagaku Kogyo og Denka Chemicals mod Kommissionen (T-83/08, EU:T:2012:48, præmis 107).

blive mødt med en sanktion for en tilsidesættelse af almindelige retsgrundsætninger, såsom ligebehandlingsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Det kan derfor ikke udelukkes, at sådanne vejledende regler af generel rækkevidde under visse omstændigheder og afhængig af deres indhold kan fremkalde retsvirkninger«⁴⁵.

64. Retten har desuden allerede bekræftet⁴⁶, at »[s]elv om Kommissionen har et vist skøn ved bødeudmålingen og ikke er forpligtet til at anvende en bestemt matematisk metode [⁴⁷], kan den ikke fravige de regler, den har pålagt sig selv [⁴⁸]. Da retningslinjerne er et instrument, som under iagttagelse af de overordnede bestemmelser har til formål at redegøre for, hvilke kriterier Kommissionen påregner at anvende under udøvelsen af sit skøn ved fastsættelsen af bøder, skal den faktisk tage hensyn til bestemmelserne i retningslinjerne, når den fastsætter bødebeløbene, og især til de faktorer, der heri er angivet som bindende [⁴⁹].«

65. I den foreliggende sag er Kommissionen uden grund afvejet fra sine retningslinjer og fra sin egen fortolkning af disse retningslinjer, men har også argumenteret for det modsatte af, hvad den eksempelvis gjorde i sag Europa Carton mod Kommissionen (EU:T:1998:89)!

66. I denne sag påstod eller antog Kommissionen således ikke, at de generelle prisforhøjelser, som kartelmedlemmerne havde aftalt, faktisk fandt anvendelse på bundne salg i de pågældende koncerner. Kommissionen gjorde tværtimod gældende for Retten, at »sagsøgeren [havde solgt] foldeæsker, der var fremstillet af de af beslutningen omfattede produkter. Selskabet opnåede dermed en ulovlig konkurrencefordel, idet det ikke for alvor [kunne] hævde, at det fakturerede de koncerninterne transaktioner til kartellets høje priser. Det drog således på den ene eller den anden måde fordel af salget af de af de ulovlige aftaler omfattede produkter. Det ville derfor være forkert at undlade at tage hensyn til den såkaldte »interne« omsætning. Sagsøgerens synspunkt ville føre til en uberettiget begunstiggelse af integrerede producenter«. Det var heller »ikke korrekt, at der ikke blev opnået nogen omsætning med de omhandlede kartonprodukter, idet disse blev anvendt til fremstilling af foldeæsker, som blev afsat på markedet« (dommens præmis 117 og 118).

67. Retten lagde til grund, at »sagsøgerens foldeæskefabrikker og dermed sagsøgeren selv drog fordel af kartellet ved at anvende karton fra sin egen produktion som råmateriale. *I modsætning til de konkurrerende forarbejdningsvirksomheder skulle sagsøgeren nemlig ikke bære de omkostningsstigninger, der blev forårsaget af de samordnede prisforhøjelser*« (dommens præmis 127, min fremhævelse).

68. Denne fremgangsmåde svarer efter min opfattelse til den økonomiske virkelighed, der dannede grundlag for Domstolens dom KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625, præmis 62), eftersom Domstolen heri i det væsentlige erkendte, at vertikalt integrerede selskaber kan begunstiges efterfølgende af de kartelpriser, der er fastsat i tidligere led.

69. Det må sammenfattende fastslås, at Kommissionen har vendt op og ned på proceduren. Hvor den i princippet burde have medregnet interne eller bundne salg i den omsætning, som bøden blev beregnet ud fra, medmindre den havde godtgjort, at der var ganske særlige grunde til ikke at gøre det, udelukkede den i stedet disse salg med den begrundelse, at det ikke var fastslået, eller at den selv (eller Guardian?) ikke havde godtgjort, at disse interne salg havde bidraget til den konkurrencefordel, som kartellet udmøntede sig i.

45 — ? Ibidem, henholdsvis præmis 210 og 211.

46 — ? Dom Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen (T-26/02, EU:T:2006:75, præmis 49).

47 — ? Jf. f.eks. dom Martinelli mod Kommissionen (T-150/89, EU:T:1995:70, præmis 59).

48 — ? Jf. analogt dom Hercules Chemicals mod Kommissionen (T-7/89, EU:T:1991:75, præmis 53), stadfæstet efter appel ved dom Hercules Chemicals mod Kommissionen (C-51/92 P, EU:C:1999:357).

49 — ? Dom JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen (T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, EU:T:2004:221, præmis 537).

70. Kommissionen udelukkede med andre ord interne salg uden at begrunde dette på nogen måde i strid med Domstolens og Rettens praksis og Kommissionens ovenfor nævnte beslutningspraksis (og selv om tanken med retningslinjerne fra 2006 netop var at sætte fornyet fokus på analysen af det relevante marked)⁵⁰.

71. Det følger heraf, at Retten gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse, da den uden begrundelse opretholdt den anfægtede beslutning, for så vidt som den udelukkede interne salg fra omsætningen.

c) Når det kun var visse karteldeltagere, der var vertikalt integreret, førte udelukkelsen af deres interne salg da til forskelsbehandling i forhold til dem, der ikke var det?

72. Der er intet, der forhindrer Kommissionen i at nedsætte sanktionen med en bestemt koefficient, hvis den finder det begrundet af hensyn til proportionalitetsprincippet.

73. Kommissionen må dog ikke tilsidesætte andre grundlæggende principper og i dette tilfælde ligebehandlingsprincippet, hvorefter ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet⁵¹. Når Kommissionen i den foreliggende sag gør gældende, at den har behandlet alle karteldeltagere på samme måde (ved at udelukke bundne salg), glemmer den dog, at Guardian var den eneste af de fire karteldeltagere, der ikke var vertikalt integreret.

74. Den nedsættelse af sanktionen, som Kommissionen foretog ved at udelukke bundne salg fra den omsætning, som bøderne blev beregnet ud fra, resulterede derfor i, at »vertikalt integrerede selskaber [...] [blev] begunstiget på uberettiget vis«⁵². Disse selskaber kunne således »[undgå] en sanktion, der [stod] i forhold til [deres] betydning på markedet for de af overtrædelsen omfattede produkter«⁵³. Vertikalt integrerede selskaber pålægges således en sanktion, som relativt set ikke afspejler deres evne til at fordreje konkurrencevilkårene og dermed drage fordel af denne overtrædelse.

75. Denne adfærd fører derfor til forskelsbehandling til skade for virksomheder, der ikke er vertikalt integreret, i dette tilfælde Guardian.

76. Det skal indskydes, at det fremgår af de sagsakter, der er fremlagt for Domstolen, at Guardian blev pålagt den største sanktion, selv om koncernen er den mindste af de fire producenter i EØS-området. Den tegner sig kun for 13% af den europæiske kapacitet på planglasområdet, hvilket er langt mindre end Saint-Gobain (25%), Pilkington (24%) og Glaverbel (20%)⁵⁴. Guardian-koncernens samlede omsætning nåede i 2004 op på 3,878 mia. EUR, hvorimod Saint-Gobains omsætning var otte gange større (32,02 mia. EUR), Asahi/Glaverbels var næsten tre gange større, og Pilkingtons lå på niveau med Guardians, før Pilkington blev opkøbt af Nippon Sheet Glass⁵⁵.

50 — ? Behandlingen af bundne/interne salg blev mærkeligt nok slet ikke nævnt under den administrative procedure hverken i klagepunktsmeddelelsen eller under den mundtlige høring. Det virkede, som om det på dette tidspunkt blev antaget, at interne salg skulle medregnes. Det skal også påpeges, at præambelen til den anfægtede beslutning bestod af hele 541 betragtninger, men at »ingen« af disse indeholdt nogen begrundelse for udelukkelsen af de interne salg, der blev opfattet som en selvfølge i forbindelse med bødens beregning. Hertil kommer: i) at Kommissionen ifølge Guardian valgte at ændre holdning til bundne salg i sidste øjeblik, og ii) at en ansat i Kommissionen angav følgende i en retsvidenskabelig artikel (*The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice*, s. 369 og fodnote 56): »There is no consolidated practice as regards »captive sales«, and it would appear that the Commission will assess the specific circumstances of the case in order to decide whether to take them into account or not [...] [the captive sales] were *finally* excluded in Flat Glass« (min fremhævelse).

51 — Jf. bl.a. dom Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 54 og 55 og den deri nævnte retspraksis).

52 — Jf. dom KNP BT mod Kommissionen (EU:C:2000:625, præmis 62).

53 — Ibidem.

54 — Jf. »Pilkington et l'industrie du verre plat 2006«, s. 5, nævnt i fodnote 36 til den anfægtede beslutning.

55 — ? Det fremgik af klagepunktsmeddelelsen, at Guardian havde en markedsandel på 10-20% (den reelle andel var på 15,7%, hvis der regnes med en samlet markedsvolumen på 1,7 mia. EUR), men denne andel udgør næsten 25% i den anfægtede beslutning på grund af udelukkelsen af de tre andre karteldeltageres interne salg.

77. Det skal desuden påpeges, at det relevante markeds samlede volumen som følge af udelukkelsen af interne salg blev reduceret fra 2,7 til 1,7 mia. EUR, hvilket i forhold til afsætningens værdi resulterede i en væsentlig ændring af de enkelte virksomheders relative betydning i forbindelse med kartellet, som er et af de kriterier, der er fastsat i retningslinjerne fra 2006.

78. Jeg har endelig vanskeligt ved at se, hvorfor de vertikalt integrerede koncerner som nævnt i den appellerede doms præmis 106 objektivt set skulle befinde sig i en anden situation end de ikke-integrerede virksomheder, fordi kartellet kun omfattede de priser, der gjaldt for uafhængige kunder. Det er faktisk ikke relevant for bødeberegningen, at virksomhederne ikke har den samme struktur. De eneste relevante faktorer er således dem, der har til formål at afspejle overtrædelsens grovhed og varighed (hvilket bekræftes af ordlyden af forordning nr. 1/2003⁵⁶) og karteldeltagernes relative betydning på det relevante marked, for at sikre, at sanktionen er forholdsmæssig og virker afskrækkende.

79. I den forbindelse klagede Kommissionen under retsmødet over, at det ville resultere i langt højere bøder til vertikalt integrerede koncerner, der deltager i karteller, hvis den altid skulle tage hensyn til bundne salg i forbindelse med beregning af bøder. Hertil skal det blot bemærkes, at de højere bøder til vertikalt integrerede koncerner skyldes, at EU-lovgiver har valgt, at bøderne skal beregnes på grundlag af omsætningen og ikke på grundlag af driftsresultatet eller overskuddet⁵⁷.

80. Det følger heraf, at Retten har gjort sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved ikke at anerkende den manglende ligebehandling af den anfægtede beslutnings adressater. Den appellerede dom må derfor ophæves.

d) Hvad kan der gøres for at råde bod på denne forskelsbehandling?

81. Ifølge artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen kan denne, når den ophæver den af Retten truffene afgørelse, enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse. Det er min opfattelse, at sagen er moden til, at Domstolen kan påkende den.

82. Guardian er den eneste ikke-integrerede producent, der er omfattet af den anfægtede beslutning, og dermed den eneste virksomhed, der i modsætning til de andre adressater for denne beslutning ikke har draget fordel af den bødenedsættelse, som skyldes udelukkelsen af bundne salg.

83. Det er naturligvis ikke længere muligt at medregne bundne salg hos den anfægtede beslutnings andre adressater og at forhøje deres bøder, eftersom de ikke har anlagt sag til prøvelse af den anfægtede beslutning, der er blevet endelig i forhold til dem⁵⁸.

84. Det skal endelig afgøres, om forskelsbehandlingen kan afhjælpes ved at nedsætte den bøde, Guardian blev pålagt, på en måde, der svarer til den samlede nedsættelse af bøderne til de andre virksomheder som følge af udelukkelsen af deres bundne salg.

56 — ? Artikel 23, stk. 3, bestemmer kun følgende: »Ved fastlæggelse af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og varighed«, og bøden må naturligvis ikke overstige loftet på 10% af den samlede omsætning, som den virksomhed, der har deltaget i overtrædelsen, har haft i det foregående regnskabsår (forordningens artikel 23, stk. 2) (jf. herved mit forslag til afgørelse af 12.2.2014 i den verserende sag YKK m.fl. mod Kommissionen, C-408/12 P).

57 — ? Kommissionen kan dog afvige fra reglerne i retningslinjerne fra 2006, såfremt den begrundet dette på behørig vis.

58 — ? Det skal nævnes, at hvis bundne salg var blevet medregnet i afsætningens værdi, ville det samlede bødebæbeløb have været på ca. 759,9 mio. EUR, og den højeste bøde på ca. 335,4 mio. EUR ville være gået til Saint-Gobain. Kommissionen har i sit svar på Rettens spørgsmål ladet forstå, at det på tidspunktet for den anfægtede beslutnings vedtagelse ville have været »uforholdsmæssigt« at forhøje bøderne til de andre deltagere, navnlig på grund af den kortvarige overtrædelse. Det skal herved nævnes, at Kommissionen i car glass-sagen i 2008 pålagde Saint-Gobain en bøde på 896 mio. EUR for deltagelse i bilglaskartellet. Kommissionen nedsatte ved en beslutning af 28.2.2013 Saint-Gobains bøde til 880 mio. EUR og Pilkingtons bøde til 357 mio. EUR på grund af en regnefejl. Jf. også dom Saint Gobain Glass France m.fl. mod Kommissionen (T-56/09 og T-73/09, EU:T:2014:160).

85. Under retsmødet ved Domstolen afviste Kommissionen dette, fordi det både ville betyde, at bøderne ikke længere blev beregnet ens for alle deltagere, og at Guardians bøde ikke længere var afskrækkende nok, henset til grovheden af koncernens adfærd.

86. Jeg deler ikke Kommissionens opfattelse. Jeg foretrækker i stedet den løsning, som Retten valgte i sin dom JFE Engineering mod Kommissionen⁵⁹.

87. I stedet for at forhøje de bøder, som de europæiske producenter var pålagt, nedsatte den de bøder, som de japanske producenter var pålagt, selv om den havde fastslået, at Kommissionen havde undervurderet omfanget af de europæiske producenters deltagelse i overtrædelsen. Retten valgte ikke den (i dette tilfælde mere logiske) løsning, der gik ud på at forhøje bøden for den uberettiget begunstigede kategori, eftersom Kommissionen først havde nævnt muligheden for en sådan forhøjelse under retsmødet, og de berørte parter ikke var blevet anmodet om at fremsætte bemærkninger herom. Det samme må gøre sig gældende i den foreliggende sag, hvor det er helt umuligt at ændre de bøder, der blev pålagt andre karteldeltagere end Guardian.

88. Selv om det ikke længere er muligt at fjerne årsagen til en forskelsbehandling, indebærer det desuden ikke, at skadelidtes rettigheder ikke kan beskyttes.

89. Når der eksempelvis klages over en almindelig udvælgelsesprøve inden for den offentlige forvaltning, og den annulleres, skal de forurettede ansøgere således genindsættes i deres rettigheder, uden at det er nødvendigt at omstøde resultatet af udvælgelsesprøven som helhed og krænke de beståede ansøgers berettigede forventning⁶⁰. I en sådan situation fremgår det af retspraksis vedrørende offentligt ansatte, at retsinstansen skal søge en rimelig løsning, hvilket også må gælde i den foreliggende sag.

e) Foreløbig konklusion

90. Jeg mener derfor, at Domstolen for at råde bod på forskelsbehandlingen bør kompensere for udelukkelsen af bundne salg ved at nedsætte den bøde, Guardian er blevet pålagt, i forhold til de interne salg på det relevante marked. Denne løsning er i øvrigt i tråd med retningslinjerne fra 2006, eftersom den gør det muligt at tage passende hensyn til virksomhedens relative betydning på det relevante marked, og Retten har anvendt den i sin tidligere praksis⁶¹.

91. Inden jeg går videre, vil jeg imidlertid behandle Guardians andet anbringende, som (indirekte) vedrører den procentdel, der bør anvendes i forbindelse med denne nedsættelse.

92. Det andet anbringende er rettet mod den appellerede doms præmis 21 og 22, hvori Retten udtalte, at skrivelsen af 10. februar 2012 kunne antages til realitetsbehandling.

93. Guardian minder om, at det ikke fremgik af Kommissionens svarskrift for Retten, hvordan man kunne rette op på den forskelsbehandling, der fandt sted i forbindelse med bodeberegningen. Retten fremsendte den 19. december 2011 og 10. januar 2012 en række spørgsmål til Kommissionen om dette emne. I Kommissionens svar af 23. januar 2012 oplyste den blot, at bøden ikke ville være afskrækkende nok, hvis den blev nedsat med næsten 40%.

59 — ? EU:T:2004:221, præmis 566-579.

60 — ? Jf. bl.a. dom Kommissionen mod Albani m.fl. (C-242/90 P, EU:C:1993:284, præmis 13-17).

61 — ? Dom JFE Engineering mod Kommissionen (EU:T:2004:221) (jf. punkt 86 ff. i dette forslag til afgørelse).

94. Den 16. januar 2012 anmodede Guardian Retten om tilladelse til at fremlægge visse dokumenter til støtte for sin påstand om nedsættelse af bøden. Ved skrivelse af 31. januar 2012 modsatte Kommissionen sig denne anmodning med henvisning til, at det var i strid med retten til forsvar at fremlægge beviser for sent.

95. Den 8. februar 2012, dvs. inden udløbet af den anførte frist, indleverede Guardian et nyt dokument efter tilladelse fra Retten.

96. Den 10. februar 2012, som var den sidste hverdag inden retsmødet den 13. februar 2012, sendte Kommissionen en skrivelse til Retten, hvori den gjorde rede for sin holdning til en eventuel nedsættelse af bøden. Denne skrivelse indeholdt ifølge Guardian nye oplysninger, som ikke var nævnt i sagsakterne.

97. Selv om denne skrivelse blev indleveret for sent, udtalte Retten i den appellerede doms præmis 22, at den kunne antages til realitetsbehandling, henset til dens »indhold« og »den omstændighed, at skrivelsen [var blevet] videresendt til sagsøgerne, som derfor kunne fremsætte deres bemærkninger til denne skrivelse under retsmødet«.

98. Kommissionen mener ikke, at det andet anbringende kan tages til følge, eftersom der ikke var noget til hinder for, at Retten godtog et forsinket svar, jf. artikel 11, stk. 2, i instruksen for justitssekretæren ved Retten⁶². Som led i Rettens fulde prøvelsesret kunne denne desuden tage hensyn til faktiske omstændigheder, der blev fremført for sent, hvis det skete i overensstemmelse med kontradiktionsprincippet. Dette princip blev overholdt i det foreliggende tilfælde, eftersom Guardian fik mulighed for at fremsætte bemærkninger til indholdet af skrivelsen af 10. februar 2012 under retsmødet. Det ændrer intet herved, at Guardian valgte ikke at gøre det.

99. Kommissionen har tilføjet, at den sendte sin skrivelse af 10. februar 2012 til Guardian og Retten for at give Guardian et skriftligt svar på dennes skrivelse af 8. februar 2012 så hurtigt som muligt, og at den kunne have nøjedes med at fremsætte sine bemærkninger under retsmødet.

100. Jeg mener ikke, at Retten kunne godtage den pågældende skrivelse og lade spørgsmålet om, hvorvidt et dokument, der ikke blev fremlagt rettidigt, kunne antages til realitetsbehandling, afhænge af dokumentets art og indhold. Det skyldes ganske enkelt, at der i Rettens procesreglement og instruksen for justitssekretæren (navnlig artikel 11) opstilles strenge betingelser for fremlæggelse af beviser. Med hensyn til skrivelsens indhold, hvortil der henvises i den appellerede doms præmis 22, har Retten heller ikke angivet nogen begrundelse, der gør det muligt at forstå, hvorfor den antog beviser, der blev fremlagt dagen før retsmødet, til realitetsbehandling i strid med de processuelle regler.

101. Kommissionen har ganske vist anført, at Rettens præsident undtagelsesvis kan forlænge en frist, men Kommissionen havde allerede opnået en forlængelse⁶³ og undlod at anmode om en yderligere forlængelse og dermed at begrunde, at det pågældende dokument blev fremlagt for sent⁶⁴. Ifølge artikel 11, stk. 3, andet afsnit, i instruksen for justitssekretæren ved Retten skal anmodninger om forlængelse af frister være behørigt begrundet og fremsættes i rimelig tid inden den fastsatte frists udløb, og en sådan frist kan kun forlænges mere end én gang, hvis ganske særlige grunde taler derfor⁶⁵. Argumentet om, at der »stiltiende« var indrømmet en ny forlængelse, kan derfor ikke tiltrædes.

62 — ? Jf. dom Vega Rodríguez mod Kommissionen (T-285/02 og T-395/02, EU:T:2004:324, præmis 24).

63 — ? I skrivelsen af 6.1.2012 bemærkede Retten i øvrigt følgende: »In principle, no further extension of this time-limit will be granted.«

64 — ? Anmodninger om forlængelse af frister skal i henhold til artikel 11, stk. 3, i instruksen for justitssekretæren ved Retten være behørigt begrundet og fremsættes i rimelig tid.

65 — ? Artikel 11, stk. 2, i denne instruks (som Kommissionen har påberåbt sig) bestemmer: »Dokumenter, der indgår til Justitskontoret efter udløbet af den for indleveringen fastsatte frist, kan kun registreres med retsformandens tilladelse« (min fremhævelse).

102. Kommissionen måtte vide, at den ikke kunne tilføre sagen: i) et dokument, der indeholdt faktiske oplysninger og tal som svar på et argument, Guardian havde fremført, allerede da sagen blev indledt fire år tidligere, ii) i sidste øjeblik inden retsmødet⁶⁶, iii) efter fristens udløb og dermed ikke rettidigt, iv) uden at spørge Retten, om denne fremgangsmåde var lovlig, og dermed uden Rettens tilladelse, og v) uden at begrunde, at den ventede så længe med at uddybe sit svar af 23. januar 2012. Argumentet om, at Kommissionen videresendte skrivelsen til Guardian efter at have sendt den til Retten, ændrer intet ved det ovenfor nævnte.

103. Jeg mener derfor, at Kommissionens skrivelse ikke kunne antages til realitetsbehandling, og at Retten gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved at godtage den. Domstolen bør derfor lade den udgå af sagsakterne og undlade at tage hensyn til dens indhold.

104. Som Guardian har anført, udelukkede Kommissionen 1 mia. EUR i bundne salg på grundlag af en samlet markedsvolumen på 2,7 mia. EUR. Dette tal svarer til differencen mellem det samlede salg af planglas, der blev lagt til grund i den anfægtede beslutning, dvs. 1,7 mia. EUR (41. betragtning til den anfægtede beslutning), og det samlede beløb, der blev lagt til grund i klagepunktsmeddelelsen, dvs. 2,7 mia. EUR⁶⁷, og udgør således 37% af den samlede volumen for det marked, der oprindeligt blev lagt til grund.

105. Guardians bøde skal som følge heraf nedsættes med 37% fra 148 000 000 EUR til 93 240 000 EUR.

B – *Det tredje anbringende*

106. Guardian har i det væsentlige gjort gældende, at den langvarige sagsbehandling ved Retten i det foreliggende tilfælde tilsidesatte koncernens grundlæggende ret til en retfærdig rettergang inden for en rimelig frist i henhold til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

107. Kommissionen mente først, at dette anbringende burde afvises, men trak sine formalitetsindsigelser tilbage under retsmødet i lyset af sager Gascogne m.fl.⁶⁸. Med hensyn til realiteten har Kommissionen anfægtet Guardians argumentation. Den mener hverken, at det hastede for Guardian at få afgjort den foreliggende sag, eller at Guardian led skade på grund af Rettens sendrægtighed, eftersom Kommissionen blev frifundet. Såfremt Domstolen nedsætter bøden, mener Kommissionen, at nedsættelsen i det foreliggende tilfælde bør være symbolsk eller meget beskedent.

66 — ? Jeg er enig med Guardian i, at retsmødet af hensyn til princippet om parternes ligestilling i processen og retten til kontradiktion som udgangspunkt kun bør omhandle de oplysninger i sagen, der har indgået i den skriftlige forhandling. Retten til forsvar er ikke overholdt, bare fordi parterne har haft mulighed for at fremsætte bemærkninger om dokumenter, der er fremlagt for sent, under retsmødet (jf. dom AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 27).

67 — ? Jf. den appellerede doms præmis 100.

68 — ? Domme Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (C-40/12 P, EU:C:2013:768), Kendrion mod Kommissionen (C-50/12 P, EU:C:2013:771) og Groupe Gascogne mod Kommissionen (C-58/12 P, EU:C:2013:770), herefter »domme Gascogne m.fl.«.

1. Bedømmelse

a) Indledning

108. Det skal indledningsvis påpeges, at det i chartrets artikel 47, stk. 2, bestemmes, at »[e]nhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov«. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, »vedrører denne artikel princippet om effektiv retsbeskyttelse«⁶⁹. Denne ret, der også blev anset for et generelt EU-retligt princip, før chartret trådte i kraft, finder anvendelse under en retssag til prøvelse af en kommissionsbeslutning⁷⁰.

109. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har således bemærket, at »retssager i henhold til artikel 6 [stk. 1, i EMRK] skal behandles »inden for en rimelig frist«; konventionen fremhæver således vigtigheden af, at *der ikke afsiges dom så sent, at det forringer effektiviteten og troværdigheden*« (min fremhævelse)⁷¹.

110. Det vil efter min opfattelse være passende i en sag som denne – både af procesøkonomiske hensyn og for at sikre et umiddelbart og effektiv retsmiddel – at afhjælpe Rettens tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist ved at nedsætte bøden i stedet for at lade parterne anlægge erstatningssøgsmål for Retten, når det er klart, at den har overtrådt dette princip ved ikke at træffe afgørelse inden for en rimelig frist.

111. Det ville således være paradoksalt, hvis det ikke var muligt at råde bod på en uforholdsmæssigt langvarig sagsbehandling på anden måde end ved at anlægge en anden sag, der nødvendigvis ville medføre nye omkostninger (både for parterne og for selskabet) og store forsinkelser.

112. Generaladvokat Léger anførte i øvrigt følgende i punkt 67 i sit forslag til afgørelse i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen⁷²: »Uden på forhånd at tage stilling til, om Rettens sagsbehandlingstid var rimelig, og i hvilket omfang der i det foreliggende tilfælde måtte påhvile Retten et ansvar, kan det ikke komme på tale at pålægge en retsinstans pligt til at udtale sig om, hvorvidt dens egen adfærd var forkert eller ulovlig. Dette ville uden tvivl krænke princippet om domstolens uafhængighed, således som dette kommer til udtryk i konventionens artikel 6, stk. 1. Denne overtrædelse vil efter min opfattelse næppe kunne undgås ved, at sagen henvises til en anden sammensætning af retsinstansen, idet, hvis man følger den holdning, som Domstolen i Strasbourg anlægger, en ændret sammensætning af en retsinstans ikke er tilstrækkelig til at fjerne det indtryk af partiskhed, der ville være forbundet med den afgørelse, som den pågældende retsinstans havde truffet vedrørende sig selv [...]«

113. Generaladvokat Kokott tilsluttede sig denne opfattelse i sine forslag til afgørelse i sagen Solvay mod Kommissionen⁷³.

69 — ? Jf. bl.a. dom Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland mod Kommissionen (C-385/07 P, EU:C:2009:456, præmis 179 og den deri nævnte retspraksis, herefter »dom Der Grüne Punkt«). Domstolen har flere gange gjort det klart, at retten til en retfærdig rettergang, således som den bl.a. fremgår af artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), udgør en grundlæggende rettighed, som Den Europæiske Union respekterer som et generelt princip i medfør af artikel 6, stk. 2, EU (jf. bl.a. dom Legris Industries mod Kommissionen, C-289/11 P, EU:C:2012:270, præmis 36).

70 — ? Jf. bl.a. dom Der Grüne Punkt (EU:C:2009:456, præmis 178 og den deri nævnte retspraksis). Jf. f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 23.4.1987 i sag nr. 9616/81, Erkner og Hofauer mod Østrig, præmis 66.

71 — ? Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24.10.1989 i sagen H. mod Frankrig, Series A, nr. 162, præmis 58.

72 — ? Forslag til afgørelse i sag C-185/95 P, EU:C:1998:37.

73 — ? Forslag til afgørelse i sager C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 325-332, og C-110/10 P, EU:C:2011:257, punkt 166-173.

114. Det var også den løsning, Domstolen valgte i dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen⁷⁴. Ifølge generaladvokat Kokott sikrer denne løsning, at »konkurrencelovgivning [gennemføres] tilstrækkeligt effektivt ved, at det fastslås, at den berørte virksomhed har gjort sig skyldig i en overtrædelse og har pligt til at bringe denne overtrædelse til ophør [...]. Over for de andre markedsaktører vil den bøde, der oprindeligt blev fastsat af Kommissionen eller Retten, stadig have en afskrækkende virkning. [Denne metode] forholder sig ikke til, om foranstaltningen er passende, [og] består udelukkende i, at den oprindelige bøde fratrækkes det beløb, der betragtes som en passende kompensation for den uforholdsmæssig lange sagsbehandling« (punkt 332).

115. Generaladvokaten tilføjede, at Domstolen »[a]f procesøkonomiske hensyn og for at sikre en umiddelbar og effektiv afhjælpning over for den berørte virksomhed [...], hvor det er muligt, dvs. i forbindelse med bøder, også fortsat [bør] vælge den løsning, den har beskrevet i Baustahlgewebe-dommen« (punkt 331).

116. I visse nationale retssystemer har det i øvrigt direkte virkning for straffen, hvis retten fastslår, at en straffesag har været urimeligt langvarig⁷⁵.

117. I en nyere dom (Groupe Gascogne mod Kommissionen, EU:C:2013:770), der blev afsagt af Store Afdeling, fremgik det dog klart, at Domstolen foretrak den anden løsning. Den bemærkede således, at det ikke er muligt at påtale en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist inden for rammerne af en appel (præmis 84), og fastslog med henvisning til chartrets artikel 47, men ikke til EMRK's artikel 6, stk. 1, at en sådan tilsidesættelse af dette princip fra en af Unionens retsinstitutters side kun kan imødegås ved, at der indbringes et erstatningssøgsmål for Retten (præmis 83), som har kompetence til at påkende sager mod Unionen om erstatningsansvar uden for kontraktforhold.

118. Domstolen udtalte ganske vist det samme i dom Der Grüne Punkt (EU:C:2009:456), men i denne sag blev der – i modsætning til dommen i sagen Gascogne m.fl. – ikke pålagt nogen bøde, selv om Kommissionen havde konstateret, at der forelå et misbrug af dominerende stilling.

119. Det er efter min opfattelse klart, at Domstolen i dommen Groupe Gascogne mod Kommissionen (EU:C:2013:770) bevægede sig bort fra den tilgang, der består i at nedsætte bøden for at råde bod på en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist. Jeg finder det derfor nødvendigt at basere mit ræsonnement i den foreliggende sag på visse andre elementer i dommen Groupe Gascogne mod Kommissionen, som jeg også vil støtte mig på.

120. Domstolen fastslog for det første, at manglende iagttagelse af en rimelig sagsbehandlingstid ikke kan føre til ophævelse af den appellerede dom inden for rammerne af en appel, når den uforholdsmæssigt langvarige sagsbehandling ikke har haft indflydelse på sagens udfald. Domstolen forkastede de pågældende selskabers påstande om annullation af Rettens domme, fordi disse selskaber ikke havde fremlagt nogen indicier for Domstolen, der kunne godtgøre, at Rettens manglende iagttagelse af en rimelig sagsbehandlingstid kunne have haft indflydelse på udfaldet af de sager, der var indbragt for Retten.

121. For det andet anser Domstolen som tidligere nævnt Retten for at være den eneste retsinstans, der har kompetence til at træffe afgørelse om en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist. Det ligger nu fast, at »en påstand om erstatning for det tab, der er forårsaget af Rettens manglende iagttagelse af en rimelig sagsbehandlingstid, ikke kan forelægges direkte for Domstolen inden for rammerne af en appel, men skal indbringes for Retten selv« (præmis 84 i dom Groupe Gascogne mod Kommissionen, EU:C:2013:770). Domstolen præciserede endvidere de kriterier, der gør det muligt at vurdere, om

74 – EU:C:1998:608.

75 – ? Jf. med hensyn til spørgsmålet om, hvilken periode der kan anses for »rimelig« (henset til EMRK's artikel 6 og EMRD's praksis), bl.a. generaladvokat Widdershovens forslag til afgørelse af 23.10.2013 ved Raad van State (Nederlandene), der kan ses på følgende websted: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2013:1586>

Retten har iagttaget princippet om en rimelig frist (præmis 85-87), og konkluderede i præmis 88, at »[d]et vil *ligeledes* tilkomme Retten at vurdere såvel rigtigheden af det påberåbte tab som årsagssammenhængen mellem dette tab og den urimeligt lange varighed af den omtvistede retslige procedure ved at foretage en undersøgelse af de beviser, der i den anledning er fremlagt« (min fremhævelse). Brugen af adverbiet »ligeledes« antyder, at vurderingen af de kriterier, der er opregnet i de foregående præmisser, skal foretages af den retsinstans, der både er nævnt i begyndelsen og slutningen af dette ræsonnement, dvs. Retten. Denne fortolkning af dom *Groupe Gascogne mod Kommissionen* (EU:C:2013:770) indebærer, at Guardians tredje anbringende må afvises. Det er dog også muligt at fortolke dommen på en anden måde, eftersom Domstolen i denne dom paradoksalt nok selv tog stilling til, om det nævnte princip var blevet tilsidesat eller ej, ved at fastslå, at der forelå en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af EU-retten. Den baserede denne konklusion på, at sagens kompleksitet, parternes adfærd eller opståede procedurespørgsmål ikke kunne begrunde den lange sagsbehandlingstid ved Retten.

122. Samlet set synes det derfor at fremgå af Domstolens bemærkninger om tilsidesættelsen af princippet om en rimelig frist i dommen *Groupe Gascogne mod Kommissionen* (EU:C:2013:770), at blandt de tre betingelser, der skal være opfyldt, for at Den Europæiske Union kan ifalde ansvar uden for kontraktforhold – at der findes en EU-bestemmelse, der har til formål at beskytte borgerne (hvilket er tilfældet med princippet om en rimelig frist), at der er sket en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af denne bestemmelse, og at der er en årsagssammenhæng mellem denne tilsidesættelse og det eventuelle tab – behøver Retten kun at efterprøve den sidstnævnte, der indbefatter en vurdering af dette tab.

123. Hvis Domstolen afviser den førstnævnte fortolkning af dom *Groupe Gascogne mod Kommissionen* (EU:C:2013:770), som indebærer, at det tredje anbringende må afvises, og i stedet anvender den samme metode som i sagen *Groupe Gascogne mod Kommissionen*, skal den derfor afgøre, om princippet om en rimelig frist er blevet overtrådt eller ej.

b) Den foreliggende sag

124. For at kunne klarlægge dette spørgsmål i den foreliggende sag vil jeg tage udgangspunkt i domme *Baustahlgewebe mod Kommissionen* (EU:C:1998:608) og *Gascogne m.fl.*, hvori Domstolen fastslog, at der var sket en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist.

125. I dom *Baustahlgewebe mod Kommissionen* (EU:C:1998:608, præmis 29) angav Domstolen de kriterier, som den samlede varighed af en sagsbehandling og navnlig af uforklarede inaktive perioder skulle vurderes ud fra, dvs. sagens »væsentlige betydning« for appellant, dens kompleksitet og appellantens adfærd, som kunne have bidraget til forsinkelsen.

126. I denne sag strakte Rettens sagsbehandling sig over 5 år og 6 måneder i alt. Domstolen bemærkede, at Retten uden nærmere forklaring eller begrundelse forholdt sig passiv i to perioder på henholdsvis 2 år og 8 måneder fra afslutningen af den skriftlige forhandling til indledningen af den mundtlige forhandling og 22 måneder fra afslutningen af den mundtlige forhandling til afsigelsen af Rettens dom (præmis 45 og 46).

127. I sagerne *Gascogne m.fl.* varede proceduren for Retten samlet set i fem år og ni måneder, hvilket efter Domstolens opfattelse »ikke [kunne] begrundes af nogen af omstændighederne i [sagen]« (præmis 91).

128. Domstolen bemærkede, at »tvistens kompleksitet, parternes adfærd eller opståede procedurespørgsmål« ikke kunne begrunde, at der gik tre år og ti måneder fra afslutningen af den skriftlige forhandling til indledningen af den mundtlige forhandling (præmis 92).

129. Hvis jeg anvender disse kriterier i den foreliggende sag, må det samme konkluderes på grundlag af følgende faktiske omstændigheder.

130. Det skal først og fremmest understreges, at sagen varede i næsten fire år og syv måneder, hvoraf der gik over tre år og fem måneder⁷⁶, fra den skriftlige forhandling var slut, til Retten besluttede at indlede den mundtlige forhandling, uden at der blev foretaget andre processuelle handlinger og uden synlig grund⁷⁷. Den langvarige sagsbehandling kan ikke forklares af omstændighederne i sagen såsom sagens kompleksitet, Guardians adfærd eller opståede procedurespørgsmål.

i) Sagens kompleksitet

131. Den foreliggende sag kan ikke siges at være kompleks, eftersom Guardians argumenter bygger på notater vedrørende kontakter mellem deltagerne i et kartel, der eksisterede i lidt over et år og en måned⁷⁸. Alle disse dokumenter var affattet på engelsk, dvs. på processproget⁷⁹.

132. I dom *Baustahlgewebe mod Kommissionen* (EU:C:1998:608) blev det konstateret, at sagen »nødvendiggjorde en indgående undersøgelse af forholdsvis omfattende dokumenter«, hvilket dog ikke medførte, at Domstolen anså sagen for tilstrækkeligt kompleks til at begrunde sagsbehandlingstiden.

133. I sagerne *Gascogne m.fl.* var Kommissionens beslutning rettet til 25 adressater (og der var næsten lige så mange berørte selskaber), hvoraf de 15 havde anlagt annullationssøgsmål ved Retten. I den foreliggende sag var der kun 9 adressater for den anfægtede beslutning (og 4 berørte selskaber, dvs. Guardian, Asahi/Glaverbel, Pilkington og Saint-Gobain), og Guardian var det eneste selskab, der indbragte sagen for Retten⁸⁰.

134. Sagen *Baustahlgewebe mod Kommissionen* vedrørte en beslutning, som var rettet til 14 adressater (hvoraf 11 havde anlagt sag med 3 forskellige processprog), og som gav anledning til 2 fuldstændige udvekslinger af processkrifter⁸¹. I denne sag afholdt Retten imidlertid retsmøde 9 måneder tidligere end i den foreliggende sag!

135. De anbringender, Guardian fremførte, var heller ikke særlig komplicerede. Guardian havde til støtte for sin påstand om delvis annullation af den anfægtede beslutning kun fremsat et enkelt anbringende vedrørende faktiske fejl med hensyn til den periode, hvori koncernen deltog i kartellet, og kartellets geografiske dimension. Påstanden om nedsættelse af bøden var kun baseret på tre

76 — ? Det har ingen betydning, at afdelingsformand Moavero Milanesi blev afløst af dommer Kanninen med virkning fra den 25.11.2011, dels fordi det skete over tre år og fire måneder efter afslutningen af den skriftlige forhandling, dels fordi det, som generaladvokat Kokott påpegede i sag *Solvay mod Kommissionen* (EU:C:2011:256, punkt 343), »siger sig selv, at problemer i forbindelse med Rettens interne organisation, f.eks. den regelmæssige nybesættelse af dommerembederne eller dommernes forfald, ikke må blive til skade for de retsundergivne«. Jf. i denne retning hendes forslag til afgørelse i sagen *Solvay mod Kommissionen* (EU:C:2011:257, punkt 184).

77 — ? Guardian har i det væsentlige anført, at det er uforståeligt, at der skulle gå tre år og fem måneder, fra den skriftlige forhandling var slut, til det blev besluttet at indlede den mundtlige forhandling, når Retten ikke gjorde nogen særlig indsats for at efterprøve de faktiske omstændigheder og beviserne, hvilket fremgår af den omstændighed, at den ikke stillede skriftlige spørgsmål om de faktiske forhold i sagen. Denne periode står desuden også i kontrast til den måde, hvorpå Retten behandlede spørgsmålet om bundne salg, der var genstand for Guardians første anbringende, og hvor Retten ikke gennemgik og slet ikke nævnte Domstolens praksis på området (*KNP BT mod Kommissionen*, EU:C:2000:625), som den afveg fra i den appellerede dom – selv om den var blevet påberåbt af Guardian.

78 — ? Guardian har anført, at koncernens argumenter var støttet på en række notater, der kun vedrørte »tre kontakter med konkurrenter og tre virksomhedserklæringer samt to eller tre møder«.

79 — ? Retten kunne i den foreliggende sag nøjes med at gennemgå et begrænset antal bilag, der hovedsageligt bestod af notater vedrørende tre kontakter mellem konkurrenter (i alt 17 sider) og korte uddrag fra to virksomhedserklæringer. Alle disse dokumenter var affattet på processproget (dvs. engelsk, som er et sprog, der forstås af næsten alle, til forskel fra slovakisk eller maltesisk for blot at nævne nogle få eksempler).

80 — ? Retten behøvede derfor ikke at tage hensyn til den »konneksitet«, der kan være mellem parallelle sager, og som også kan have betydning for sagsbehandlingstiden (jf. f.eks. dom *ICI mod Kommissionen*, T-214/06, EU:T:2012:275, præmis 314).

81 — EU:C:1998:608 (præmis 35 og 47).

anbringender. Det første af disse anbringender sigtede mod at drage de nødvendige konsekvenser af anbringendet om delvis annullation. Med det andet gjorde Guardian gældende, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og begrundelsespligten var tilsidesat. Det tredje vedrørte et urigtigt skøn hvad angik Guardians rolle i kartellet.

ii) Procedurespørgsmål

136. Som det også var tilfældet i sagerne Gascogne m.fl., blev retsforhandlingerne i den foreliggende sag ikke afbrudt eller forsinket af, at Retten vedtog foranstaltninger med henblik på dennes tilrettelæggelse.

iii) Sagens væsentlige betydning for Guardian og selskabets adfærd under sagsbehandlingen

137. Sagen var meget vigtig for Guardian. Koncernen blev således pålagt en bøde på 148 mio. EUR (mod 9,9 mio. EUR i den sag, der lå til grund for dom Groupe Gascogne mod Kommissionen, EU:C:2013:770), hvilket svarede til 4% af dens samlede omsætning. Guardian vanskeliggjorde eller forhalede heller ikke retssagens forløb. Stævningen var kun på 49 sider, og Guardian gav afkald på en yderligere skriftveksling (hvilket er sjældent i konkurrencesager)⁸².

138. Desuden mindede Guardian tre gange Retten om, at den endnu ikke havde berammet retsmødet, og understregede hver gang, at der var gået lang tid, siden den skriftlige forhandling var afsluttet⁸³. Guardian skrev også til Retten, at man undrede sig over, at den mundtlige forhandling først blev afsluttet fire måneder efter retsmødet, uden at Retten havde sendt nogen anmodning til parterne.

139. Retten sendte endelig ikke skriftlige spørgsmål til parterne, som kunne have udskudt indledningen af den mundtlige forhandling, og nøjedes med at stille et spørgsmål om de faktiske omstændigheder under retsmødet. Det ser i øvrigt ikke ud til, at Retten tog initiativ til at fremskynde sagsbehandlingen i perioden på tre år og fem måneder, hvor der tilsyneladende ikke skete noget. Jeg må heraf konkludere, at Rettens sagsbehandling i den foreliggende sag var uforenelig med chartrets artikel 47, stk. 2, for så vidt som den ikke overholdt kravene om iagttagelse af en rimelig sagsbehandlingstid, hvilket udgør en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse, der har til formål at tillægge borgerne rettigheder⁸⁴.

140. Som det fremgår af dom Groupe Gascogne mod Kommissionen (EU:C:2013:770), kan Guardian, hvis koncernen mener, at der er en årsagssammenhæng mellem de økonomiske vanskeligheder, den har anført i stævningen, og Rettens manglende overholdelse af princippet om en rimelig sagsbehandlingstid⁸⁵, gøre dette gældende i forbindelse med et søgsmål, der anlægges ved Retten i henhold til artikel 235 EF og artikel 288, stk. 2, EF (nu artikel 268 TEUF og artikel 340, stk. 2, TEUF)⁸⁶.

82 — ? Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (EU:C:2011:256, punkt 340). Jf. i samme retning hendes forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (EU:C:2011:257, punkt 181).

83 — ? Guardian havde i den forbindelse endda indgivet en formel begæring til Rettens præsident om, at sagen blev pådømt forud for andre.

84 — ? Dom Bergaderm og Goupil mod Kommissionen (C-352/98 P, EU:C:2000:361, præmis 42).

85 — ? Guardian har henvist til sit tab som følge af: a) manglende indtjening på grund af den midlertidige betaling af bøden på 111 mio. EUR og b) omkostningerne til at stille en bankgaranti for det resterende beløb (30 000 EUR/måned) og anmodet Domstolen om en betydelig nedsættelse af bøden for at kompensere for tilsidesættelsen af en rimelig frist, som Guardian har anslået til 25% af bødebøbet før en eventuel nedsættelse i medfør af det første anbringende.

86 — ? Jf. forslag til afgørelse Groupe Gascogne mod Kommissionen (C-58/12 P, EU:C:2013:360, punkt 148). Jeg er enig med generaladvokat Sharpston, der i punkt 149 i sit forslag til afgørelse vedrørende »den omstændighed, der ligger til grund for« et krav mod Unionen, der støttes på ansvar uden for kontraktforhold som omhandlet i artikel 46 i Domstolens statut, har præciseret, at denne omstændighed må være, at Domstolen har fastslået, at der var en urimelig forsinkelse i Rettens sagsbehandling. Den periode på fem år, inden for hvilken et erstatningssøgsmål skal indledes, skal som følge heraf regnes fra Domstolens domsafsigelse.

141. Det fremgår herved af den nævnte praksis fra Domstolen, at det »vil [...] tilkomme Retten at vurdere såvel rigtigheden af det påberåbte tab som årsagssammenhængen mellem dette tab og den urimeligt lange varighed af den omtvistede retslige procedure ved at foretage en undersøgelse af de beviser, der i den anledning er fremlagt« (dommens præmis 88).

142. I den anledning påhviler det »i henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF [...] Retten – i tilfælde af et erstatningsøgsmål baseret på, at den har tilsidesat chartrets artikel 47, stk. 2, derved, at den ikke har iagttaget de krav, der er knyttet til overholdelsen af en rimelig sagsbehandlingstid – at tage hensyn til de almindelige retsgrundsætninger, der finder anvendelse i medlemsstaternes retssystemer med henblik på at behandle søgsmål baseret på lignende tilsidesættelser. I den sammenhæng skal Retten bl.a. undersøge, om det er muligt at fastslå, at der ud over et materielt tab foreligger et immaterielt tab, som den berørte part måtte have lidt som følge af fristoverskridelsen, og som i givet fald bør gøres til genstand for en passende godtgørelse« (dommens præmis 89).

143. Endelig »tilkommer [det] derefter Retten, der er kompetent i medfør af artikel 256, stk. 1, TEUF, at tage stilling til sådanne erstatningskrav, idet den skal træffe sin afgørelse i en anden sammensætning end den, der behandlede den sag, som gav anledning til den procedure, hvis varighed kritiseres, og idet den skal anvende de kriterier, der er fastlagt i [...] præmis 85-89 [i dommen i sagen Groupe Gascogne mod Kommissionen]« (præmis 90).

IV – Sagens omkostninger

144. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostninger, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen. Det fremgår af stk. 3 i procesreglementets artikel 138, der ifølge samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, at hver part bærer sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

145. I den foreliggende appelsag har Kommissionen tabt sagen og bør derfor pålægges at betale Guardians omkostninger. Da Guardian og Kommissionen delvis har tabt sagen i første instans, bør det til gengæld fastslås, at de hver især bærer deres egne omkostninger i forbindelse med denne sag.

V – Forslag til afgørelse

146. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen fastslår følgende:

- Den Europæiske Unions Ret har i sin dom Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen (T-82/08, EU:T:2012:494) gjort sig skyldig i urigtig retsanvendelse, for så vidt som den derved fastslog, at Europa-Kommissionens skrivelse af 10. februar 2012, der ikke blev fremlagt rettidigt, kunne antages til realitetsbehandling, og denne skrivelse afvises og udgår af sagsakterne.
- Dommen ophæves, for så vidt som Retten har gjort sig skyldig i urigtig retsanvendelse, idet den har opretholdt den ved Kommissionens beslutning foretagne udelukkelse af bundne salg fra beregningen af de bøder, der er pålagt beslutningens øvrige adressater, hvilket udgør en forskelsbehandling af appellanterne.
- Den bøde, som appellanterne er blevet pålagt, nedsættes som følge heraf med 37% fra 148 000 000 EUR til 93 240 000 EUR.
- Retten afsagde ikke dom inden for en rimelig frist.

- Hver part bærer sine egne omkostninger i forbindelse med sagen i første instans, og Kommissionen pålægges samtlige omkostninger i forbindelse med denne appelsag.«