



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 11. december 2014¹

Forenede sager C-293/13 P og C-294/13 P

**Fresh Del Monte Produce, Inc. m.fl.
mod**

Europa-Kommissionen m.fl.

»Appel — konkurrence — karteller — samordnet praksis — det europæiske bananmarked — økonomisk enhed mellem moderselskabet og datterselskabet — frivillig efterkommelse af Kommissionens anmodninger om oplysninger — nedsættelse af en bøde i tilfælde af samarbejde med Kommissionen under den administrative procedure — konkurrencebegrænsende formål — samlet og vedvarende overtrædelse«

Indhold

I	– Indledning	4
II	– Tvistens baggrund	4
	A – De retlige forbindelser mellem Del Monte og Weichert	4
	B – Den administrative procedure og den omtvistede beslutning	5
III	– Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande	7
	A – Påstande i sag C-293/13 P	7
	B – Påstande i sag C-294/13 P	8
	C – Sagernes forening og retsmødet	9
IV	– Bedømmelse af appellerne	9
	A – Indledende bemærkninger om Weicherts adgang til at deltage i sagen	9
	1. Weicherts beføjelse til at indgive svarskrift i appelsagerne	9

¹ — Originalsprog: tysk.

2. Weicherts beføjelse til at iværksætte kontraappel	10
3. Foreløbig konklusion	12
B – Del Montes hovedappel i sag C-293/13 P	12
4. Det første, tredje og fjerde appelanbringende: manglende økonomisk enhed mellem Del Monte og Weichert, bevisbyrde og uskyldsformodning	12
a) Det første appelanbringende: kriterierne for, at der er tale om en økonomisk enhed ...	13
i) Formaliteten	13
ii) Realiteten	14
– Del Montes indflydelse på Weichert (det første appelanbringendes andet led) .	15
– Weicherts påståede manglende efterlevelse af instrukser (det første appelanbringendes første led)	17
b) Det tredje og fjerde appelanbringende: bevisbyrden og uskyldsformodningen	19
i) Det tredje appelanbringende: bevisbyrden	19
ii) Det fjerde appelanbringende: uskyldsformodningen	20
iii) Foreløbig konklusion	20
5. Det andet appelanbringende: urigtig gengivelse af beviser	20
a) De enkelte indvendinger om urigtig gengivelse	20
i) Indvendingen om urigtig gengivelse af partnerskabsaftalen	20
– Kommanditistens vetorettigheder	21
– Komplementarens vetorettigheder	21
– Udnævnelse og udskiftning af ledelsen	22
– Voldgiftsproceduren	23
ii) Indvendingen om urigtig gengivelse af visse andre dokumenter	23
– »Magtbalancen«	24
– Andre importørers forklaringer om prisdannelsen	24
– Skrivelsen fra en ekstern advokat til Del Monte	25
– Det skriftlige indlæg fra en national retssag	26
– Den manglende konsolidering af økonomiske resultater	26
iii) Foreløbig konklusion	26
b) Rettens forpligtelse til at foretage en tilstrækkelig bedømmelse af beviserne	26

6. Det femte appelanbringende: samlet og vedvarende overtrædelse	27
C – Weicherts kontraappel i sag C-293/13 P	28
1. Det første appelanbringende: forekomsten af en samordnet praksis	28
a) Klagepunktet om en selvmodsigende begrundelse for dommen	29
b) Klagepunktet om urigtig gengivelse af beviser	30
c) Klagepunktet om manglende udveksling af oplysninger om den fremtidige adfærd	30
d) Foreløbig konklusion	31
2. Det andet appelanbringende: konkurrencebegrænsende formål	31
a) De relevante retlige kriterier	31
b) Anvendelsen af de relevante retlige kriterier i det konkrete tilfælde	32
– Informationsudvekslingens art og formål	33
– Informationsudvekslingens hyppighed og regelmæssighed	34
c) Foreløbig konklusion	35
3. Sammenfatning vedrørende kontraappellen i sag C-293/13 P	35
D – Kommissionens hovedappel i sag C-294/13 P	35
1. Det første appelanbringende: nedsættelse af bøden på grund af efterkommelse af Kommissionens anmodning om oplysninger	35
2. Det andet appelanbringende: økonomisk enhed som betingelse for, at formildende omstændigheder kan overføres fra datter- til moderselskabet	39
a) Formaliteten	39
b) Realiteten	40
3. Sammenfatning vedrørende hovedappellen i sag C-294/13 P	41
E – Weicherts og Del Montes kontraappeller i sag C-294/13 P: omfanget af retten til ikke at inkriminere sig selv	41
V – Fornyet fastsættelse af bøden	41
VI – Sagens omkostninger	42
VII – Forslag til afgørelse	43

I – Indledning

1. Domstolen skal i den foreliggende appelsag behandle to problemstillinger, der vil få afgørende betydning for Europa-Kommissionens fremtidige administrative praksis som konkurrencemyndighed.
2. Den skal for det første præcisere de retlige betingelser for, at et moderselskab kan holdes solidarisk ansvarligt for overtrædelser af kartelreglerne begået af dets datterselskab, når der *ikke* er tale om et helejet eller næsten helejet datterselskab.
3. Den skal for det andet klarlægge, om det altid skal anses for en formildende omstændighed i forhold til bødeudmålingen, at en virksomhed har efterkommet Kommissionens anmodning om oplysninger korrekt under den administrative procedure, eller om det kun er tilfældet, når virksomheden på eget initiativ – dvs. ikke bare *frivilligt*, men også *spontant* – har forsynet Kommissionen med oplysninger.
4. Der skal desuden ses på en række specifikke spørgsmål i forbindelse med begreberne samordnet praksis, konkurrencebegrænsende formål og samlet og vedvarende overtrædelse, som anvendes i den europæiske konkurrenceret.
5. Alle disse spørgsmål er opstået på grund af et »banankartel«, hvis medlemmer har udvist konkurrencebegrænsende adfærd i en række EU-medlemsstater. Kommissionen pålagde ved beslutning af 15. oktober 2008² visse karteldeltagere bøder i millionklassen for overtrædelse af artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF). Fresh Del Monte Produce indbragte denne beslutning for Den Europæiske Unions Ret, som ved dom af 14. marts 2013 (sag T-587/08)³ nedsatte den bøde, Kommissionen havde pålagt, betydeligt. Det ser ud til, at dommen i første instans har vakt generel utilfredshed, eftersom den nu angribes af forskellige parter ved hjælp af appeller og kontraappeller, som Domstolen skal tage stilling til under ét.
6. Den foreliggende appel i de forenede sager C-293/13 P og C-294/13 P er nært forbundet med appellen i sag C-293/13 P og C-294/13 P, hvori jeg også fremsætter forslag til afgørelse i dag. De retlige spørgsmål, der er rejst i denne sag, adskiller sig imidlertid – med undtagelse af problematikken vedrørende konkurrencebegrænsende formål – klart fra dem, der skal tages stilling til her.

II – Tvistens baggrund

A – De retlige forbindelser mellem Del Monte og Weichert

7. Fresh Del Monte Produce-koncernen⁴ er en af verdens største vertikalt integrerede producenter, handelsvirksomheder og grossister inden for frisk og frisksnittet frugt og grønt og en af de største producenter og distributører af tilberedte grøntsager, saft, drikke, snacks og desserter i Europa, USA, Mellemøsten og Afrika. Koncernen markedsfører sine produkter – bl.a. bananer – i hele verden under varemærket Del Monte.

2 — Kommissionens beslutning K(2008) 5955 endelig af 15.10.2008 om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] (sag COMP/39 188 – Bananer, resumé i EUT 2009 C 189, s. 12, herefter »den omtvistede beslutning«).

3 — Dom Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen (T-587/08, EU:T:2013:129) (herefter »den appellerede dom« eller »Rettens dom«).

4 — Der herefter betegnes som »Del Monte«.

8. Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG⁵ var på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder et tysk kommanditselskab, som hovedsageligt beskæftigede sig med markedsføring af bananer, ananas og andre eksotiske frugter i Nordeuropa. Fra den 24. juni 1994 til den 31. december 2002 ejede Del Monte indirekte en kommanditistandel på 80% i Weichert gennem sit helejede datterselskab Westeuropa-Amerika-Linie GmbH, som Del Monte havde købt i 1994 gennem sit datterselskab Global Reefer Carriers Ltd⁶. Weichert var indtil den 31. december 2002 enedistributør for Nordeuropa af bananer af mærket Del Monte.

B – Den administrative procedure og den omtvistede beslutning

9. Den administrative procedure, der blev indledt af Kommissionen, vedrørte en samordnet praksis, som en række virksomheder på bananmarkedet (herefter »de deltagende virksomheder«) – heriblandt Weichert og via Weichert også Del Monte – havde taget i brug for at samordne referencepriserne for bananer, der blev markedsført i Nordeuropa i årene 2000, 2001 og 2002.

10. Ifølge Retten transporteres bananer normalt grønne med skib fra latinamerikanske havne til Nordeuropa, hvor de som regel ankommer en gang om ugen.

11. Bananerne leveres enten direkte og grønne til de europæiske købere eller som gule bananer efter ca. syv dages modning. Modningen kan enten foretages af importøren eller på dennes vegne, eller den kan foranstaltes af køberen selv. Køberne er almindeligvis modningsvirksomheder eller detailhandelskæder.

12. I Nordeuropa foregik prisdannelsen for disse bananer i den omhandlede periode efter en ugentlig cyklus, der var baseret på referencepriser for grønne bananer. Referenceprisen for gule bananer svarede normalt til referenceprisen for grønne bananer plus en modningsafgift. De priser, som detailhandlerne og distributørerne betalte (og som kaldtes »faktiske priser« eller »transaktionspriser«), blev enten fastsat ved forhandlinger, der fandt sted en gang om ugen – som regel torsdag eftermiddag eller fredag – eller ved leveringskontrakter med fastsatte prisformler.

13. De deltagende virksomheder havde for det første kommunikeret bilateralt forud for prisfastsættelsen. I den forbindelse havde de drøftet faktorer, der var relevante for den ugentlige fastsættelse af referencepriserne, drøftet eller afsløret pristendenser eller givet indikationer om referencepriserne for de kommende uger. Kommunikationen fandt sted, før de deltagende virksomheder fastsatte deres referencepriser, sædvanligvis om onsdagen, og vedrørte i alle tilfælde de kommende referencepriser. Formålet med de nævnte bilaterale kontakter var at mindske usikkerheden om, hvilken adfærd virksomhederne ville udvise med hensyn til de referencepriser, de skulle fastsætte torsdag formiddag.

14. For det andet udvekslede de deltagende virksomheder deres referencepriser bilateralt, efter at disse priser var blevet fastsat torsdag formiddag. Denne informationsudveksling gjorde det muligt for dem at kontrollere de individuelle prisfastsættelsesbeslutninger på baggrund af den kommunikation om prisfastsættelsen, som havde fundet sted forinden, og styrkede deres samarbejdsforbindelser.

15. De nævnte referencepriser fungerede i det mindste som markedssignaler, -tendenser og/eller -indikationer om den forventede udvikling i bananpriserne. For visse transaktioner var priserne desuden direkte knyttet til referencepriserne på grund af aftalte prisformler.

5 — Der herefter betegnes som »Weichert«.

6 — I det følgende vil jeg for nemheds skyld tale om Del Monte, selv om der måske menes et af de nævnte datterselskaber.

16. De deltagende virksomheder måtte nødvendigvis have taget hensyn til de oplysninger, de havde modtaget fra konkurrenterne, når de fastlagde deres adfærd på markedet, hvilket Chiquita og Dole endda udtrykkeligt medgav.

17. Den 8. april 2005 anmodede Chiquita Kommissionen om bødefritagelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen fra 2002⁷. Efter at have foretaget kontrolundersøgelser i forskellige virksomheder – bl.a. i Del Montes og Weicherts lokaler – og fremsendt begæringer om oplysninger sendte Kommissionen den 20. juli 2007 en meddelelse af klagepunkter til en lang række virksomheder på bananmarkedet. På et senere tidspunkt i den administrative procedure fik de berørte virksomheder aktindsigt, og de blev hørt i perioden fra den 4. til den 6. februar 2008. Den 15. oktober 2008 vedtog Kommissionen endelig den omtvistede beslutning.

18. Kommissionen fastslog i den omtvistede beslutning, at en række virksomheder, heriblandt Del Monte og Weichert, havde overtrådt bestemmelserne i artikel 81 EF ved at deltage i en samordnet praksis, der bestod i at samordne referencepriserne for bananer. Denne overtrædelse omfattede i geografisk henseende Belgien, Danmark, Tyskland, Finland, Luxembourg, Nederlandene, Østrig og Sverige⁸. Kommissionen fastslog, at Del Monte og Weichert havde deltaget i overtrædelsen i tidsrummet fra den 1. januar 2000 til den 31. december 2002⁹.

19. Kommissionen fandt, at den samordnede praksis havde en mærkbar indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, eftersom den grænseoverskridende bananhandel i Nordeuropa var kendetegnet ved et meget betydeligt handelsvolumen, og de hemmelige aftaler dækkede en væsentlig del af Fællesskabet.

20. Kommissionen konkluderede, at den kommunikation forud for prisfastsættelsen, der fandt sted mellem Dole og Chiquita og mellem Dole og Weichert, var egnet til at påvirke de priser, virksomhederne forlangte, og at den vedrørte prisfastsættelse og udgjorde en samordnet praksis, der havde til formål at begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 81 EF.

21. Kommissionen kvalificerede alle de hemmelige aftaler, der var beskrevet i den omtvistede beslutning, som en samlet og vedvarende overtrædelse, der havde til formål at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet som omhandlet i artikel 81 EF. Kommissionen anså Chiquita og Dole for at være ansvarlige for hele overtrædelsen, men holdt kun Weichert ansvarligt for den del af overtrædelsen, som selskabet havde deltaget i, dvs. den del, der vedrørte den konkurrencebegrænsende udveksling med Dole.

22. I den omtvistede beslutning pålagde Kommissionen nogle af de deltagende virksomheder bøder for at have deltaget i overtrædelsen. Kommissionen pålagde Weichert og Del Monte en bøde på 14,7 mio. EUR, som de hæftede solidarisk for¹⁰. Den vigtigste grund til denne solidariske hæftelse var ifølge Kommissionen, at Del Monte sammen med komplementarerne i Weichert kunne øve afgørende indflydelse på den måde, hvorpå Weichert drev sin erhvervsmæssige virksomhed, og faktisk øvede en sådan indflydelse i den af overtrædelsen omfattede periode, hvilket betød, at Weichert ikke kunne fastlægge sin adfærd på markedet uafhængigt og udgjorde en økonomisk enhed sammen med Del Monte.

23. Flere af den omtvistede beslutnings adressater anlagde i første instans søgsmål ved Retten med påstand om annullation af denne beslutning. Del Monte anlagde sag den 31. december 2008, og Weichert intervenerede til støtte for Del Montes påstande. Del Monte fik medhold i sagen, for så vidt som Retten i sin dom af 14. marts 2013 nedsatte den bøde, Kommissionen havde pålagt Del Monte og

7 — Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3), herefter »samarbejdsmeddelelsen«.

8 — Den omtvistede beslutnings artikel 1.

9 — Den omtvistede beslutnings artikel 1, litra g) og h).

10 — Den omtvistede beslutnings artikel 2, litra c).

Weichert in solidum, til 8,82 mio. EUR. Retten frifandt i øvrigt Kommissionen og dømte Del Monte til at bære sine egne omkostninger og betale tre fjerdedele af Kommissionens omkostninger, mens Weichert blev tilpligtet at bære sine egne omkostninger, og Kommissionen blev tilpligtet at bære en fjerdedel af sine egne omkostninger.

III – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

24. Der er fra forskellige sider iværksat appel eller kontraappel mod Rettens dom. I sag C-293/13 P er der iværksat appel af Del Monte ved appelskrift af 24. maj 2013 og kontraappel af Weichert ved kontraappelskrift af 7. august 2013. I sag C-294/13 P er der iværksat appel af Kommissionen ved appelskrift af 27. maj 2013 og kontraappel af henholdsvis Del Monte ved kontraappelskrift af 1. august 2013 og Weichert ved kontraappelskrift af 7. august 2013.

A – Påstande i sag C-293/13 P

25. Del Monte har i sin appel i sag C-293/13 P nedlagt følgende påstande:

- Rettens dom af 14. marts 2013 i sag T-587/08 ophæves.
- Den omtvistede beslutning annulleres, for så vidt som den vedrører appellanten.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

26. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

27. Weichert har til gengæld nedlagt følgende påstande:

- Del Montes appel forkastes med hensyn til moderselskabets ansvar.
- Del Monte gives medhold for så vidt angår spørgsmålet om den samlede og vedvarende overtrædelse.
- Den appellerede dom ophæves, og den omtvistede beslutning annulleres i sin helhed.
- Subsidiært ophæves den appellerede dom, for så vidt som den stadfæster den omtvistede beslutning med hensyn til spørgsmålet om den samlede og vedvarende overtrædelse, og den bøde, der blev pålagt Del Monte og Weichert, nedsættes tilsvarende.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

28. I sin kontraappel i sag C-293/13 P har Weichert desuden nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Den omtvistede beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

29. I sit svar på kontraappellen har Del Monte i det væsentlige tilsluttet sig Weicherts påstande¹¹, hvorimod Kommissionen har nedlagt påstand om, at kontraappellen forkastes med tillæg af sagens omkostninger.

B – Påstande i sag C-294/13 P

30. Kommissionen har i sin appel i sag C-294/13 P nedlagt følgende påstande:

- Punkt 1 i den appellerede doms konklusion ophæves.
- Der træffes endelig afgørelse ved at fastsætte bøden til Del Monte til 9 800 000 EUR.
- Del Monte tilpligtes at betale omkostningerne ved appelsagen og den del af omkostningerne ved sagen for Retten, som Domstolen anser for passende.

31. Del Monte har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens appel forkastes.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

32. Weichert har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens appel forkastes i det hele.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

33. I sin kontraappel i sag C-294/13 P har Weichert desuden nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, for så vidt som det heri fastslås, at Weichert ikke kan påberåbe sig retten til ikke at inkriminere sig selv.
- Den bøde, som Del Monte og Weichert blev pålagt in solidum, nedsættes i betragtning af, at Weichert samarbejdede mere med Kommissionen, end selskabet havde behøvet, ved at efterkomme dens anmodninger om oplysninger.
- Den omtvistede beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger i første instans og i appelsagen.

34. I sit svar på denne kontraappel har Del Monte i tilfælde af, at Kommissionen får medhold i sin appel, nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves, for så vidt som det i præmis 839 heri bemærkes, at retten til at nægte at udtale sig ikke gælder for Kommissionens anmodninger om oplysninger.
- Sagen hjemvises til Retten med henblik på prøvelse af, om de oplysninger, som Kommissionen udbad sig, var selvinkriminerende, og om bøden til Weichert og Del Monte derfor bør nedsættes.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

¹¹ — Del Monte har dog kun begæret den omtvistede beslutning annulleret, for så vidt som den vedrører appellantens.

35. Del Monte har nedlagt de samme påstande i sin kontraappel i sag C-294/13 P.

36. Kommissionen har nedlagt påstand om, at begge kontraappeller forkastes med tillæg af sagens omkostninger.

C – Sagernes forening og retsmødet

37. Formanden for Domstolens Anden Afdeling har ved kendelse af 22. juli 2014 forenet sagerne C-293/13 P og C-294/13 P med henblik på den mundtlige forhandling samt dommen. Den mundtlige forhandling for Domstolen fandt sted den 9. oktober 2014.

IV – Bedømmelse af appellerne

A – Indledende bemærkninger om Weicherts adgang til at deltage i sagen

38. Før jeg ser nærmere på de anbringender, som de forskellige parter har fremført til støtte for deres hovedappeller og kontraappeller, skal det undersøges, om Weichert i det hele taget har adgang til at deltage i de to appeller i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P. Kommissionen finder det tvivlsomt.

39. Kommissionens formalitetsindsigelse skal ses på baggrund af, at Weichert, der var adressat for den omtvistede beslutning, ikke anlagde annulationssøgsmål til prøvelse af denne beslutning inden for den fastsatte frist¹². Den omtvistede beslutning er derfor blevet endelig i forhold til Weichert¹³.

40. Weichert kunne derfor kun deltage i sagen for Retten, fordi Retten havde givet selskabet tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Del Montes påstande. Selv om det er meget tvivlsomt, om denne fremgangsmåde var korrekt, er lovligheden af Weicherts intervention i første instans ikke genstand for de foreliggende appelsager som sådan.

41. Weichert har deltaget i de foreliggende appelsager i sin egenskab af intervenient i sagen for Retten. Weichert har i den forbindelse indgivet svarskrift og desuden iværksat kontraappel i såvel sag C-293/13 P som i sag C-294/13 P. Der bør sondres nøje mellem disse to måder at deltage i sagen på.

1. Weicherts beføjelse til at indgive svarskrift i appelsagerne

42. Ifølge artikel 172 i Domstolens procesreglement kan enhver part i den pågældende sag for Retten, som har en »interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes«, indgive svarskrift inden for en frist på to måneder fra appelskriftets forkyndelse.

43. Intervenienter i første instans som Weichert kan således i princippet også deltage i en appelsag ved at indgive svarskrift, forudsat at de har en interesse i, hvorvidt en appel, der er iværksat af en anden part, tages til følge eller ej.

12 — Weicherts annulationssøgsmål blev endegyldigt afvist, fordi det var åbenbart, at det var anlagt for sent (jf. kendelser Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert mod Kommissionen, T-2/09, EU:T:2009:478, og Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert mod Kommissionen, C-73/10 P, EU:C:2010:684).

13 — Dom Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl. (C-310/97 P, EU:C:1999:407, præmis 52-57). Den foreliggende sag adskiller sig i denne henseende grundlæggende fra sagen Kommissionen mod Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29), hvor moderselskabet og datterselskabet hver især havde anlagt annulationssøgsmål til prøvelse af Kommissionens beslutning.

44. Interessen i at deltage i en sådan appelsag svarer ikke nødvendigvis til den interesse, der skal godtgøres, for at der kan gives tilladelse til at indtræde i sagen for Retten (artikel 40, stk. 2, i statuttten for Domstolen). Tilladelse til at indtræde i sagen for Retten giver således ikke automatisk adgang til at deltage i appelsagen for Domstolen. Interessen i at deltage i en af disse sager skal altid vurderes på grundlag af genstanden for den pågældende sag. I sagen for Retten var genstanden den omtvistede beslutning og dens lovlighed, hvorimod genstanden i sagen for Domstolen er den appellerede dom og spørgsmålet om, hvorvidt den skal stadfæstes eller ophæves af retlige grunde.

45. Det fremgår af fast retspraksis vedrørende retlig interesse, at der altid består en interesse i at deltage i en appelsag, når sagens udfald kan tilføre den part, der indgiver svarskriftet, en fordel¹⁴. Denne fordel behøver ikke at være af retlig karakter. Deltagelsen i appelsagen kan også alt efter omstændighederne begrundes i en økonomisk eller ideel interesse.

46. I det foreliggende tilfælde har Weichert i modsætning til, hvad Kommissionen synes at antage, en klar interesse i udfaldet af de to appeller i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P. I begge retssager har det således store retlige og økonomiske følger for Weichert, om de hovedappeller, der er iværksat af Del Monte (sag C-293/13 P) og Kommissionen (sag C-294/13 P), og den kontraappel, der er iværksat af Del Monte (sag C-293/13 P), tages til følge eller ej.

47. Weichert kan i princippet ikke længere stille spørgsmålstejn ved sin egen deltagelse i overtrædelsen og sin forpligtelse til at betale en bøde, da selskabet ikke har begæret den omtvistede beslutning annulleret i tide, og denne beslutning derfor er blevet endelig i forhold til selskabet. Alle de påstande og argumenter, som Weichert har fremført i sine svarskrifter og mundtlige indlæg med det formål at få annulleret den omtvistede beslutning, kan således ikke antages til realitetsbehandling.

48. Afhængig af Domstolens afgørelse i sag C-293/13 P vil Weichert dog enten skulle betale den fastsatte bøde selv eller solidarisk sammen med Del Monte, og Weichert vil i det sidstnævnte tilfælde kunne gøre regres mod Del Monte internt for hele eller en del af denne bøde. Størrelsen af den bøde, som Weichert hæfter solidarisk for, vil desuden afhænge af Domstolens afgørelse i sag C-294/13 P. Weichert har en legitim interesse i ytre sig om alle de retsspørgsmål, der opstår i denne forbindelse, og har derfor ret til at deltage i sagen for Domstolen.

49. Weichert havde derfor beføjelse til at indgive svarskrift i begge retssager i henhold til procesreglementets artikel 172 og til at deltage i appelsagerne for så vidt angår de spørgsmål, der er nævnt i punkt 48.

2. Weicherts beføjelse til at iværksætte kontraappel

50. For Weicherts to kontraappeller i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P er situationen en anden.

51. I henhold til artikel 172, sammenholdt med artikel 176, stk. 1, i Domstolens procesreglement, er en kontraappel også betinget af, at kontraappellanten var part i den pågældende sag for Retten og har en »interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes«.

14 — Domme Rendo m.fl. mod Kommissionen (C-19/93 P, EU:C:1995:339, præmis 13), Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommission (C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 23) og Frankrig mod People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, præmis 43).

52. Herudover fremgår det af artikel 56, stk. 2, andet punktum, i statuttens for Domstolen, at ikke-privilegerede intervenienter i første instans kun kan iværksætte appel, såfremt den appellerede afgørelse fra Retten »berører dem umiddelbart«. Denne bestemmelse i statuttens, der er forankret i den primære ret og dermed går forud for procesreglementet, ville miste sit indhold, hvis den uden videre blev tillagt samme betydning som kravet om en »interesse i, at appellen tages til følge, eller at den afvises eller forkastes«, som allerede er fastsat i procesreglementets artikel 172.

53. Ikke-privilegerede intervenienter i første instans skal med andre ord opfylde en yderligere formel betingelse, når de selv vil appellere Rettens dom¹⁵. Denne skærpelse skyldes appellants processuelle stilling, idet appellanten reelt kan påvirke sagens genstand ved Domstolen med de retlige anbringender og argumenter, som denne gør gældende. De øvrige parter, som kun fremsætter bemærkninger til en appelsag, der allerede er anlagt, har ikke en sådan mulighed.

54. Ikke-privilegerede intervenienter i første instans, der ønsker at iværksætte *kontraappel*, skal tilsvarende også være umiddelbart berørt af den appellerede afgørelse fra Retten. Det kan for det første ikke udledes af procesreglementet, at de formelle betingelser, der anvendes for kontraappeller, er mindre strenge, og for det andet gælder statuttens artikel 56, stk. 2, andet punktum, uden forskel for alle former for appeller – dvs. på samme måde for hovedappeller som for kontraappeller.

55. En kontraappel er ganske vist accessorisk i forhold til hovedappellen¹⁶, men gør det muligt for kontraappellanten – i lighed med hovedappellanten – at påvirke sagens genstand for Domstolen med sine egne anbringender og argumenter, eftersom de argumenter, han fremfører i sin kontraappel, skal være forskellige fra de anbringender og argumenter, han gør gældende i sit svarskrift (procesreglementets artikel 178, stk. 3). Det er derfor også berettiget at kræve, at appellanten i tilfælde af kontraappel skal være »umiddelbart berørt«, som en yderligere formel betingelse, der rækker ud over kravet om, at han skal have en interesse i sagens udfald (procesreglementets artikel 172, sammenholdt med artikel 176, stk. 1).

56. Men hvad indebærer denne formelle betingelse konkret?

57. Appellanten eller kontraappellanten er *umiddelbart berørt* som omhandlet i statuttens artikel 56, stk. 2, andet punktum, hvis den appellerede dom medfører en ændring i negativ retning af hans egen retsstilling eller hans egne økonomiske eller ideelle interesser. Dommen skal altså være til *ulempe* for ham *i materiel henseende*.

58. Det er imidlertid ikke tilfældet for Weichert her.

59. Den appellerede dom resulterede i en betydelig nedsættelse af den bøde, som Del Monte og Weichert var blevet pålagt in solidum. Dette var til langt større fordel end ulempe for Weichert.

60. Dommen var selvfølgelig til ulempe for Weichert, for så vidt som det blev fastslået, at selskabet deltog i en overtrædelse af artikel 81 EF, og selskabet blev afkrævet en bøde, der ganske vist var betydeligt lavere. Denne ulempe for Weichert følger dog *ikke umiddelbart* af den appellerede dom, men af den omtvistede beslutning.

61. Det er imidlertid alene Del Montes ansvar for overtrædelsen, der er genstand for de foreliggende sager. Del Monte nedlagde i sagen for Retten kun påstand om, at den omtvistede beslutnings artikel 1-4 annulleres, *i den udstrækning de vedrører sagsøgeren* (dvs. Del Monte)¹⁷. Den appellerede dom vedrører derfor også kun Del Montes ansvar. Retten forholdt sig kun til Weicherts adfærd, i det omfang det var relevant for bedømmelsen af Del Montes ansvar.

15 — I samme retning dom Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 55).

16 — Jf. procesreglementets artikel 183.

17 — Den appellerede doms præmis 46.

62. Hvis Weichert havde valgt at bestride sit eget ansvar for overtrædelsen over for Retten, ville selskabet som adressat for den omtvistede beslutning – i modsætning til intervenienterne i de sager, som Domstolen hidtil har behandlet i forbindelse med denne problematik¹⁸ – uden tvivl have været berettiget til selv at anlægge annulationssøgsmål ved Retten (jf. artikel 263, stk. 4, første led, TEUF). Weichert udnyttede imidlertid ikke sin søgsmålsret i tide, og den omtvistede beslutning blev derfor endelig i forhold til selskabet. Weichert kan som tidligere nævnt¹⁹ ikke omgå dette ved at iværksætte kontraappeller i sager, der er anlagt af andre adressater for den omtvistede beslutning vedrørende deres ansvar.

63. Ikke-privilegerede intervenienters mulighed for at deltage i sagen i første instans og deres ret til selv at iværksætte appel til prøvelse af Rettens afgørelse i første instans må ikke misbruges til at kompensere for, at de pågældende ikke har udnyttet muligheden for selv at anlægge annulationssøgsmål. Gratister bør ikke gives adgang til kontraappel.

64. Den foreliggende sag giver Domstolen en sjælden mulighed for at præcisere denne processuelle detalje, der kan få principiel betydning for fremtidige konkurrencesager og for appelsager i almindelighed.

65. Da den appellerede dom ikke berører Weichert umiddelbart i processuel henseende, opfylder selskabets to kontraappeller i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P ikke de formelle krav i statuttens artikel 56, stk. 2, andet punktum. Disse kontraappeller må derfor afvises.

3. Foreløbig konklusion

66. Det må sammenfattende konkluderes, at Weichert kun har ret til at deltage i sagen for så vidt angår de svarskrifter, som selskabet har afgivet i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P med henblik på at beskytte dets legitime interesser i forbindelse med det solidariske ansvar sammen med Del Monte. Da Weichert ikke er umiddelbart berørt som omhandlet i statuttens artikel 56, stk. 2, andet punktum, har selskabet ikke ret til at fremsætte sine egne anbringender i forbindelse med kontraappeller mod den appellerede dom, som ligger uden for rammerne for de to hovedappeller i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P.

B – Del Montes hovedappel i sag C-293/13 P

67. Del Montes appel i sag C-293/13 P, der støttes på hele fem anbringender, vedrører i det væsentlige forholdet mellem Del Monte og Weichert. Det vil være hensigtsmæssigt at gennemgå de enkelte appelanbringender i en lidt anden rækkefølge.

4. Det første, tredje og fjerde appelanbringende: manglende økonomisk enhed mellem Del Monte og Weichert, bevisbyrde og uskyldsformodning

68. Del Monte foreholder Retten, at den fejlagtigt antog, at Del Monte var solidarisk medansvarlig for den overtrædelse af kartelreglerne, som Weichert havde gjort sig skyldig i. Dette klagepunkt fremsættes i forbindelse med det første appelanbringende om tilsidesættelse af artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) og artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003²⁰. Det tredje og fjerde appelanbringende i

18 — Domme Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 55-58) og International Power m.fl. mod NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P og C-180/01 P, EU:C:2003:534, præmis 51-53).

19 — Jf. punkt 47 i dette forslag til afgørelse.

20 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

sag C-293/13 P omhandler også denne problematik, men her anskues Del Montes medansvar i forhold til bevisbyrden (det tredje appelanbringende) og uskyldsformodningen – *in dubio pro reo*-princippet (det fjerde appelanbringende). Da disse tre appelanbringender er delvis sammenfaldende, vil jeg i det følgende behandle dem under ét.

a) Det første appelanbringende: kriterierne for, at der er tale om en økonomisk enhed

69. Med det første appelanbringende har Del Monte gjort gældende, at Retten fejlagtigt antog, at Del Monte og Weichert udgør en økonomisk enhed. Del Monte har herved i første række støttet sig på en række argumenter, som har med de konkrete omstændigheder i sagen at gøre, og som i det væsentlige vedrører Weicherts struktur som tysk kommanditselskab, distributionsaftalen mellem Del Monte og Weichert og drøftelserne mellem Weichert og Del Monte samt Weicherts prispolitik.

i) Formaliteten

70. Både Kommissionen og (pudsigt nok) Weichert har afvist denne argumentation, som efter deres opfattelse rejser tvivl om Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviserne, hvilket ikke er tilladt.

71. Det første appelanbringende, som Del Monte har fremført, bygger således på en hårfin balance mellem på den ene side spørgsmålet om bedømmelsen af de faktiske omstændigheder og beviserne og på den anden side problemet med den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder. Domstolen kan ganske vist ikke bedømme de faktiske omstændigheder og beviserne som led i en appelsag, medmindre det påstås, at disse er gengivet urigtigt, men har kompetence til at kontrollere den retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder som led i en sådan sag²¹. Domstolen har således ret til at efterprøve, om Retten har anvendt de korrekte retlige kriterier ved vurderingen af den omtvistede beslutnings lovlighed, og om den har draget de korrekte retlige konklusioner af de faktiske omstændigheder, der er fastlagt²².

72. Del Montes første appelanbringende kan som følge heraf kun antages til realitetsbehandling, for så vidt som det gøres gældende, at Retten ikke anvendte de retlige kriterier, der ifølge de europæiske konkurrenceregler skal lægges til grund, når det afgøres, om to eller flere selskaber udgør en økonomisk enhed. Ved vurderingen af Del Montes argumentation bør Domstolen imidlertid afholde sig fra at sætte sin egen bedømmelse af de faktiske omstændigheder eller beviserne i stedet for Rettens, hvilket den ikke har kompetence til. Hvis Domstolen vil undgå, at appelsager skifter fokus fra retsspørgsmål til faktiske omstændigheder, er den derfor nødt til kun at basere sig på de faktiske omstændigheder, Retten har fastlagt.

21 — Domme Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl. (C-136/92 P, EU:C:1994:211, præmis 49), Rådet mod Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group (C-337/09 P, EU:C:2012:471, præmis 55) og Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 74).

22 — Domme Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 40), Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 117), Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686, præmis 51) og Kommissionen mod Stichting Administratiekantoort Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, præmis 59).

ii) Realiteten

73. Efter fast retspraksis kan et datterselskabs overtrædelse af konkurrencereglerne tilregnes moderselskabet, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, navnlig under hensyn til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to juridiske enheder²³.

74. Moderselskabet kan med andre ord pålægges et medansvar for sit datterselskabs overtrædelse af kartelreglerne, hvis moderselskabet øvede afgørende indflydelse på datterselskabet på det tidspunkt, hvor overtrædelsen fandt sted²⁴. Det er i den forbindelse mindre vigtigt, om moderselskabet øvede denne indflydelse på datterselskabet alene eller sammen med andre selskaber.

75. Forholdet mellem Del Monte og Weichert kan ikke betegnes som et klassisk moder-/datterselskabsforhold og minder mere om et partnerskab mellem Del Monte og familien W.²⁵. De nævnte kriterier kan imidlertid uden problemer overføres på et sådant partnerskab. Det var samtlige parter enige om, og Retten antog også med rette det samme²⁶.

76. Eftersom Del Monte ikke ejede hele eller næsten hele kapitalen i Weichert, kunne der i det foreliggende tilfælde ikke foreligge en simpel formodning om, at Del Monte øvede afgørende indflydelse på Weichert²⁷. Dette skulle i stedet godtgøres af Kommissionen²⁸.

77. I den appellerede dom antog Retten efter en grundig gennemgang af bevismaterialet, at Kommissionen havde formået at godtgøre dette²⁹. Retten støttede sig herved på følgende faktiske omstændigheder i sagen:

- koblingen mellem Del Monte og familien W., som byggede på et tysk kommanditselskab, hvor Del Monte ganske vist blot optrådte som kommanditist, men ejede 80% af selskabskapitalen og havde visse vetorettigheder
- distributionsaftalen mellem Del Monte og Weichert, som i praksis gjorde Del Monte til eneleverandør af bananer til Weichert og Weichert til enedistributør af Del Montes bananer i Nordeuropa
- kontakten mellem Weichert og Del Monte, hvor Weichert holdt Del Monte løbende og grundigt orienteret om sin daglige drift, og
- drøftelserne om prispolitikken og forsyningen af Weichert, hvor Del Monte og Weichert førte lange og undertiden ophedede diskussioner om Weicherts markedsføring og prissætning af bananer.

23 — Jf. herved først og fremmest domme Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, præmis 132-135), Geigy mod Kommissionen (52/69, EU:C:1972:73, præmis 44) samt Europemballage og Continental Can mod Kommissionen (6/72, EU:C:1973:22, præmis 15); jf. senest bl.a. domme ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775, præmis 39, sammenholdt med præmis 49), Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 58), Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479, præmis 43) og Areva mod Kommissionen (C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 30).

24 — I denne retning domme Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60 og 61), Elf Aquitaine mod Kommissionen (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 56, 63 og 95), Kommissionen mod Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, navnlig præmis 40 og 41) og Areva mod Kommissionen (C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 32 og 33).

25 — Den appellerede doms præmis 72 samt 382. og 383. betragtning til den omtvistede beslutning.

26 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 50-56, 87 og 88.

27 — Jf. den retspraksis, der er nævnt i fodnote 24 ovenfor, vedrørende den simple formodning om, at der faktisk blev øvet afgørende indflydelse.

28 — Jf. herved bl.a. dom Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479, præmis 102, 104 og 105); jf. i samme retning, men i en anden sammenhæng, dom AceaElectrabel Produzione mod Kommissionen (C-480/09 P, EU:C:2010:787, præmis 46 ff.).

29 — Den appellerede doms præmis 276.

78. Det vil som allerede nævnt være i klar modstrid med appelsagens formål, hvis Domstolen gransker hele bevismaterialet på ny og sætter sin egen bedømmelse af dette materiale i stedet for Rettens. Det kan under appelsagen kun efterprøves, om Retten i betragtning af de faktiske omstændigheder, som den fastlagde i den appellerede dom, *i retlig henseende* anvendte de korrekte kriterier.

79. Det skal påpeges, at forekomsten af en økonomisk enhed kan udledes af en række sammenfaldende omstændigheder, selv om ingen af disse omstændigheder isoleret betragtet er tilstrækkelig til at fastslå, at der er tale om en sådan enhed³⁰. Der skal derfor tages hensyn til alle de relevante omstændigheder i den pågældende sag og til de konklusioner, som Retten har draget heraf, og ikke kun fokuseres på nogle af disse omstændigheder, sådan som Del Monte gør.

80. Da de nærmere omstændigheder aldrig er ens, er det heller ikke afgørende, om Domstolen eller Retten tidligere har behandlet sager, der var af samme eller lignende art som den foreliggende.

81. På denne baggrund vil jeg nu se på de to klagepunkter, som Del Monte har fremsat, og hvormed selskabet har bestridt, dels at det øvede afgørende indflydelse på Weichert, dels at det lykkedes for det at øve en sådan indflydelse.

– Del Montes indflydelse på Weichert (det første appelanbringendes andet led)

82. Del Monte har kategorisk afvist, at selskabet øvede afgørende indflydelse på Weichert. Ifølge Del Monte opfyldte de omstændigheder, hvoraf Kommissionen i enighed med Retten konkluderede, at der havde foreligget en afgørende indflydelse, ikke de retlige krav vedrørende selskabers medansvar for andre selskabers overtrædelse af kartelreglerne. Del Monte har herved foreholdt Retten, at den »fortolkede kriterierne om moderselskabets ansvar forkert«.

83. De argumenter, som Del Monte har støttet denne indvending på, vedrører især to problemstillinger, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt Del Monte havde mulighed for at øve afgørende indflydelse, og spørgsmålet om, hvorvidt der faktisk forelå en sådan indflydelse.

84. Hvad angår *muligheden for at øve afgørende indflydelse* har Del Monte henvist til, at selskabet i partnerskabet med familien W., der byggede på et tysk kommanditselskab, blot optrådte som kommanditist, ikke deltog i ledelsen og i øvrigt kun havde begrænset medindflydelse. Del Monte har i den henseende citeret den tyske handelslovgivning (Handelsgesetzbuch) og den partnerskabsaftale, der var indgået med Weichert.

85. Det kan i retlig forstand ikke bedømmes alene ud fra den relevante selskabsret (lovbestemmelser og bestemmelser i partnerskabsaftaler), om et selskab kan bestemme sin markedsadfærd selvstændigt eller er udsat for et andet selskabs afgørende indflydelse. Det skal bestemt tages i betragtning, hvilke beføjelser de pågældende organer og selskabsdeltagere råder over, men det er de økonomiske realiteter, der i sidste ende er udslagsgivende. Konkurrenceretten har nemlig ikke formalia for øje, men virksomhedernes faktiske adfærd³¹.

86. En kommanditist, der ikke deltager i ledelsen, befinder sig ikke i en sådan position i selskabsretlig henseende, at det i sig selv giver anledning til at antage, at der kan øves afgørende indflydelse. Det kan dog sagtens tænkes, at der foreligger andre økonomiske, organisatoriske og juridiske omstændigheder, som giver en helt almindelig kommanditist så meget magt, at denne rent faktisk kan øve afgørende indflydelse på det pågældende selskab.

30 — Dom Knauf Gips mod Kommissionen (C-407/08 P, EU:C:2010:389, præmis 65).

31 — Jf. herved senest dom Kommissionen mod Stichting Administratiekantoort Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, navnlig præmis 66-68) og mit forslag til afgørelse i denne sag (EU:C:2012:763, punkt 71 og 72).

87. Retten fastslog netop, at der forelå sådanne omstændigheder i det foreliggende tilfælde.

88. Retten henviste for det første til de vetorettigheder, som Del Monte havde inden for Weicherts selskabsstruktur. Rent juridisk gav disse vetorettigheder ikke i sig selv Del Monte eksklusiv kontrol over Weichert. Det kan dog ikke udelukkes, at de i kombination med andre omstændigheder rent faktisk resulterede i en sådan eksklusiv kontrol³². De peger i hvert fald i retning af, at Del Monte og familien W. udøvede en fælles kontrol, hvilket i henhold til nyere retspraksis er tilstrækkeligt til, at der kan fastlægges et ansvar i en kartelsag³³.

89. Det kræves i øvrigt ikke efter de gældende regler, at sådanne vetorettigheder vedrører foranstaltninger i forbindelse med den daglige ledelse eller selskabets konkrete markedsadfærd. Det er tilstrækkeligt, at disse vetorettigheder generelt giver den pågældende selskabsdeltager en tilstrækkelig indflydelse på selskabets handelspolitik i bred forstand³⁴.

90. Ifølge Retten havde Del Monte bl.a. vetoet, når generalforsamlingen traf vigtige beslutninger om budgettet samt om planer for investeringer og ansættelse af personale³⁵. Sådanne vetorettigheder giver normalt selskabsdeltageren en betydelig faktisk indflydelse på handelspolitikken, selv om de ikke rent juridisk giver den pågældende medindflydelse på den daglige drift.

91. For det andet påpegede Retten, at Del Monte i sin egenskab af kommanditist ejede 80% af selskabskapitalen i Weichert. Retten udledte heraf, at Del Monte havde et væsentligt økonomisk incitament til at øve indflydelse på Weichert³⁶.

92. Retten tog for det tredje hensyn til distributionsaftalen mellem Del Monte og Weichert, som i praksis gjorde Del Monte til eneleverandør af bananer til Weichert og Weichert til enedistributør af Del Montes bananer i Nordeuropa³⁷.

93. Et sådant eksklusivitetsforhold vil, især når den pågældende handelsvirksomhed samtidig er langt den største anpartshaver, ofte kunne føre til økonomisk og organisatorisk afhængighed og gøre det muligt at øve afgørende indflydelse på handelspolitikken.

94. Spørgsmålet om, hvorvidt der reelt forelå en sådan afhængighed mellem Del Monte og Weichert i det foreliggende tilfælde, er af rent faktisk karakter og kan derfor kun afgøres af Retten. I retlig henseende var der i hvert fald intet til hinder for Rettens antagelse om, at Del Monte som følge af alle de økonomiske og selskabsretlige bånd med Weichert, der blev fastslået i første instans, var i stand til at øve afgørende indflydelse på dette selskab, selv om Del Monte kun var kommanditist.

95. Det er imidlertid underordnet, om Del Monte retligt set havde tilstrækkelige muligheder for at øve afgørende indflydelse på Weichert, og om Del Monte ikke rent juridisk havde eksklusiv kontrol over Weichert eller var nødt til at dele denne kontrol med familien W., når det er godtgjort, at Del Monte rent faktisk øvede afgørende indflydelse³⁸.

32 — I denne retning domme Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479, præmis 102-105) og Sasol m.fl. mod Kommissionen (T-541/08, EU:T:2014:628, præmis 53 og 54).

33 — Domme Dow Chemical mod Kommissionen (C-179/12 P, EU:C:2013:605), El du Pont de Nemours mod Kommissionen (C-172/12 P, EU:C:2013:601) og Avebe mod Kommissionen (T-314/01, EU:T:2006:266).

34 — Jf. herved dom Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 73 og 74), mit forslag til afgørelse i denne sag (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 89-93) og dom Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, navnlig præmis 112).

35 — Den appellerede doms præmis 99 og 387. betragtning til den omtvistede beslutning.

36 — Den appellerede doms præmis 122, 125 og 130 samt 387. og 404. betragtning til den omtvistede beslutning.

37 — Den appellerede doms præmis 135 og 383. betragtning til den omtvistede beslutning.

38 — Jf. herved mit forslag til afgørelse Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:11, punkt 144, 145 og 154).

96. Hvad angår den *faktiske udøvelse af afgørende indflydelse* fremgår det af Rettens bemærkninger, at Del Monte blev holdt løbende og grundigt orienteret om Weicherts daglige forretninger på bananmarkedet, og at denne orientering langt oversteg, hvad Del Monte havde ret til ifølge partnerskabsaftalen og distributionsaftalen³⁹. Ifølge Rettens bemærkninger⁴⁰ kom Del Monte dog i flere tilfælde med udtrykkelige og direkte instrukser om markedsføringen og prissætningen af de bananer, som Weichert distribuerede under varemærket Del Monte⁴¹.

97. Retten var således i besiddelse af en række beviser, ud fra hvilke den med god grund kunne konkludere, at Del Monte faktisk øvede afgørende indflydelse på Weicherts handelspolitik og endda blandede sig direkte i Weicherts adfærd på markedet. Retten måtte i den forbindelse se Del Montes konkrete instrukser om markedsføringen af selskabets bananer og den relevante prispolitik som et meget klart tegn på, at Del Monte øvede afgørende indflydelse på Weichert⁴².

98. Det er muligt, at man kunne have fortolket bevismaterialet anderledes, end Retten gjorde det. Det tilkommer imidlertid ikke Domstolen at erstatte Rettens suveræne og retligt velfunderede bedømmelse af beviserne med sin egen under en appelsag.

– Weicherts påståede manglende efterlevelse af instrukser (det første appelanbringendes første led)

99. Del Monte har desuden bestridt, at det lykkedes for selskabet at øve indflydelse på Weichert. Del Monte har i det væsentlige gjort gældende, at Weichert i praksis ikke fulgte alle Del Montes instrukser og endda havde været inddraget i retslige og udenretslige tvister med Del Monte. Under disse omstændigheder burde Retten efter Del Montes opfattelse ikke have lagt til grund, at Del Monte og Weichert udgjorde en økonomisk enhed, eller antaget, at Del Monte øvede afgørende indflydelse på Weichert.

100. Der kan som nævnt kun antages, at to selskaber udgør en økonomisk enhed, når det ene selskab ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra det andet selskab⁴³.

101. Dette kriterium må dog ikke forstås således, at det ene selskab uden undtagelse skal følge *alle* instrukser fra det andet selskab, og at der ikke må være meningsforskelle mellem dem. Det er tilstrækkeligt, at de nævnte instrukser følges *på de vigtigste punkter*. Det ene selskab behøver heller ikke at nedkæmpe enhver protest mod dets indflydelse og enhver retlig indsigelse fra det andet selskabs side for at vise, hvilken indflydelse det har, og at der foreligger en økonomisk enhed.

102. Interne meningsforskelle er heller ikke noget særsyn i klassiske koncernstrukturer. Det sker af og til, at moderselskabers instrukser til deres helejede eller næsten helejede datterselskaber ikke følges, og at selv meget vigtige instrukser tilsidesættes. Det er almindeligt, at moderselskaberne indfører efterlevelseshandlingsprogrammer, hvori de fastsætter instruktioner, som alle deres datterselskaber skal følge for ikke at gøre sig skyldige i konkurrencebegrænsende handelspraksis. Eventuelle tilsidesættelser af sådanne efterlevelseshandlingsinstruktioner – der ubestridt har stor betydning for forretningslivet, men også for konkurrenceretten – er ifølge retspraksis ikke til hinder for, at det ene selskab holdes ansvarligt for det andet selskabs overtrædelser af kartelreglerne⁴⁴.

39 — Den appellerede doms præmis 156-158 samt 388. og 393. betragtning til den omtvistede beslutning.

40 — Den appellerede doms præmis 204 og 220 tillige med præmis 171, 175, 176 og 185 samt 389. og 390. betragtning til den omtvistede beslutning.

41 — Spørgsmålet om, hvorvidt Weichert fulgte disse instrukser i tilstrækkeligt omfang, og det derfor »lykkedes« for Del Monte at øve indflydelse, er genstand for et særligt led i dette appelanbringende, som jeg vil se på i det følgende (jf. punkt 99-110 i dette forslag til afgørelse).

42 — Jf. mit forslag til afgørelse Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 89).

43 — Jf. herved endnu en gang den retspraksis, der er nævnt i fodnote 23 ovenfor.

44 — Dom Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, navnlig præmis 144).

103. I det foreliggende tilfælde kunne Retten derfor med rette antage, at Del Monte og Weichert udgjorde en økonomisk enhed, selv om Weichert ikke fulgte alle Del Montes instrukser og i øvrigt havde gjort visse retlige indsigelser gældende over for Del Monte.

104. Der kan imidlertid ikke være tale om nogen afgørende indflydelse eller økonomisk enhed, hvis der er klare indikationer for, at de instrukser, som det ene selskab gav det andet selskab, som regel ikke blev fulgt, og at det sidstnævnte selskab derfor handlede uafhængigt på markedet.

105. Det var derfor med føje, at Retten i det foreliggende tilfælde gennemgik bevismaterialet for at se, om Weichert *generelt ikke fulgte* Del Montes instrukser og handlede uafhængigt på markedet⁴⁵. Retten fokuserede i denne sammenhæng på Del Montes argumenter om, at Weichert for det første førte en anden prispolitik end den, Del Monte ønskede, ved at rette sig efter Doles prisniveau, og at Weichert for det andet ikke havde iværksat Del Montes nye markedsføringsstrategi, som angiveligt skulle placere Del Montes bananer i det øverste segment for at opnå priser, der ligger tæt på Chiquitas.

106. Hvis dette skulle vise sig at være korrekt, peger det klart i retning af, at det ikke lykkedes for Del Monte at øve afgørende indflydelse på Weichert, og at de to selskaber derfor ikke udgjorde en økonomisk enhed.

107. Del Monte har således i den foreliggende appelsag konsekvent – både i sine skriftlige og mundtlige bemærkninger – forsøgt at give indtryk af, at det var en kendsgerning, at Weichert ikke fulgte Del Montes prisinstrukser og nye markedsføringsstrategi i perioden fra 2000 til 2002, hvor overtrædelsen fandt sted.

108. Hvis man ikke kun ser på den præmis, som Del Monte har henvist til⁴⁶, men på hele den del af den appellerede dom, der vedrører dette spørgsmål⁴⁷, viser det sig dog, at Retten slet ikke godtog Del Montes forklaring. Retten påpegede således, at Del Monte »ikke [havde] fremlagt bevis for, at denne klart gav udtryk for sine forventninger over for Weichert«⁴⁸. Retten fastslog desuden, at de forklaringer fra andre importører, som Del Monte forsøgte at støtte sig på, i realiteten modsagde selskabets egne forklaringer⁴⁹.

109. Ifølge Rettens faktiske konstateringer, som – med forbehold for urigtig gengivelse⁵⁰ – er de eneste, der er relevante for vurderingen af det første appelanbringende, byggede appellantens forklaring om Weicherts angiveligt selvstændige prispolitik og Weicherts manglende iværksættelse af Del Montes nye markedsføringsstrategi således på rene påstande⁵¹, som Retten ikke fandt overbevisende i lyset af de øvrige beviser.

110. Det kan på dette grundlag ikke gøres gældende, at Retten foretog en retligt ukorrekt kvalificering af de faktiske omstændigheder på dette punkt. Retten var i betragtning af de faktiske konstateringer, som den foretog i første instans, på ingen måde retligt forpligtet til at antage, at Del Monte og Weichert ikke udgjorde en økonomisk enhed.

45 — Den appellerede doms præmis 208.

46 — Del Monte har flere gange henvist til den appellerede doms præmis 208.

47 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 208-215.

48 — Den appellerede doms præmis 210.

49 — Den appellerede doms præmis 211.

50 — Hvad angår Del Montes klagepunkt om urigtig gengivelse af beviser henviser jeg til mine betragtninger om det andet appelanbringende i punkt 122-165 i dette forslag til afgørelse.

51 — Del Monte var på min direkte forespørgsel under retsmødet for Domstolen ikke i stand til at oplyse, hvilken faktisk konstatering i den appellerede dom der underbyggede selskabets påstand, eller hvilket bevis Retten i denne henseende undlod at tage hensyn til.

b) Det tredje og fjerde appelanbringende: bevisbyrden og uskyldsformodningen

111. Med det tredje appelanbringende har Del Monte foreholdt Retten, at den vendte bevisbyrden om, hvorimod det fjerde appelanbringende vedrører uskyldsformodningen (in dubio pro reo-princippet). Disse to appelanbringender bygger begge på påstanden om, at det ikke kan udledes af bevisstillingen i den foreliggende sag, at Del Monte havde afgørende indflydelse på Weichert, og at det derfor ikke kan antages, at Del Monte var medansvarligt for Weicherts overtrædelse af kartelreglerne.

112. For mig at se er formålet med denne argumentation at få Domstolen til at bedømme de faktiske omstændigheder og beviserne på ny under dække af retlige klagepunkter, hvilket Domstolen ikke kompetence til under en appelsag. Disse to appelanbringender bør som følge heraf afvises⁵².

113. Det skal for fuldstændighedens skyld tilføjes, at de argumenter, som Del Monte har fremført, heller ikke virker overbevisende i materiel henseende.

i) Det tredje appelanbringende: bevisbyrden

114. Del Monte har i forbindelse med det tredje appelanbringende gjort gældende, at Retten fejlagtigt vendte bevisbyrden om, idet den antog, at nogle af de beviser, som Del Monte havde fremlagt, ikke godtgjorde Weicherts uafhængighed i forhold til Del Monte.

115. Det drejer sig nærmere bestemt om vetorettigheder i selskabet Weichert⁵³, Weicherts prisfastsættelse⁵⁴, Weicherts bemærkninger i en sag ved en national ret⁵⁵ og den manglende konsolidering af Del Montes og Weicherts resultater⁵⁶.

116. Retten fastslog ganske rigtigt, at Del Montes argumentation for, at Weichert var uafhængig i forhold til Del Monte, ikke kunne tiltrædes. Del Monte har imidlertid ikke ret i, at dette førte til en omvendt bevisbyrde. Retten antog derimod med føje, at det påhvilede Kommissionen at bevise, at Del Monte var medansvarlig for overtrædelsen⁵⁷.

117. Retten undersøgte værdien af alle de fremlagte beviser ud fra denne fordeling af bevisbyrden. Den konkluderede dels, at der var tilstrækkelige beviser for, at Del Monte øvede afgørende indflydelse på Weichert, dels at Del Montes modargumenter ikke rokkede ved Kommissionens argumentation. Denne fremgangsmåde kan ikke kritiseres ud fra en retlig betragtning⁵⁸. Den indebærer ingen omvendt bevisbyrde, men er baseret på, at parterne normalt skiftes til at fremlægge beviser, indtil spørgsmålet om den objektive bevisbyrde bliver aktuelt⁵⁹.

52 — Domme Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 23), Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 75 og 76) og FLSmidth mod Kommissionen (C-238/12 P, EU:C:2014:284, præmis 31).

53 — Den appellerede doms præmis 113.

54 — Den appellerede doms præmis 208.

55 — Den appellerede doms præmis 237 og 238.

56 — Den appellerede doms præmis 259 og 260.

57 — Den appellerede doms præmis 104 og 221.

58 — Jf. også dom Knauf Gips mod Kommissionen (C-407/08 P, EU:C:2010:389, præmis 80).

59 — I denne retning dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 79 og 132) og – vedrørende EØF-traktatens artikel 86 – dom Lucazeau m.fl. (110/88, 241/88 og 242/88, EU:C:1989:326, præmis 25). Jf. vedrørende skiftevis fremlæggelse af beviser i meget forskellige sammenhænge også mine forslag til afgørelse Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen (C-105/04 P, EU:C:2005:751, punkt 73), T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 89), Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 74) og Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:11, punkt 170).

ii) Det fjerde appelanbringende: uskyldsformodningen

118. Del Monte har i forbindelse med det fjerde appelanbringende gjort gældende, at Retten tilsidesatte uskyldsformodningen (*in dubio pro reo*-princippet)⁶⁰, idet den trods tvivlsomme indicier fastslog, at Del Monte var medansvarlig for Weicherts overtrædelse af kartelreglerne.

119. Det fjerde appelanbringende kan i materiel henseende ikke vurderes anderledes end det første. Som jeg tidligere har forklaret⁶¹, kunne Retten med føje udlede af det samlede bevismateriale, der var fremlagt for den, at Del Monte i det tidsrum, hvor overtrædelsen fandt sted, øvede afgørende indflydelse på Weichert, og at de to selskaber derfor udgjorde en økonomisk enhed på dette tidspunkt.

120. Når der foreligger tilstrækkelige beviser til, at der kan fastslås et medansvar, kan der ikke være tale om en tilsidesættelse af uskyldsformodningen.

iii) Foreløbig konklusion

121. Det tredje appelanbringende er som følge heraf lige så grundløst som det fjerde.

5. Det andet appelanbringende: urigtig gengivelse af beviser

122. Eftersom hverken det første appelanbringende eller det tredje og fjerde appelanbringende som nævnt kan tages til følge, vil jeg nu se på det andet appelanbringende, der kun er fremført subsidiært. Del Monte har med dette anbringende gjort gældende, at Retten foretog urigtig gengivelse af beviser, der alle vedrørte Del Montes muligheder for at påvirke Weichert.

a) De enkelte indvendinger om urigtig gengivelse

123. Det kan efter fast retspraksis kun antages, at der foreligger urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder eller beviser, hvis en række strenge betingelser er opfyldt. Der foreligger kun en sådan urigtig gengivelse af beviserne, hvis det uden fremlæggelse af nye beviser fremgår åbenbart, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtig⁶². Det skal med det samme siges, at ingen af de indvendinger om urigtig gengivelse, som Del Monte er kommet med, tilnærmelsesvis opfylder disse høje krav.

124. Jeg er enig med Kommissionen og Weichert i, at Del Monte blot er utilfreds med Rettens bedømmelse af beviserne og prøver at få Domstolen til at anlægge en anden vurdering af bevismaterialet, hvilket der imidlertid ikke er nogen grund til.

i) Indvendingen om urigtig gengivelse af partnerskabsaftalen

125. Del Monte har indledningsvis fremsat en række indvendinger om urigtig gengivelse af den partnerskabsaftale, som Weichert indgik i forbindelse med stiftelsen af det tyske kommanditselskab.

60 — Del Monte har i denne sammenhæng påberåbt sig artikel 48 i chartret om grundlæggende rettigheder og artikel 6, stk. 2, i den europæiske menneskerettighedskonvention.

61 — Jf. herved punkt 82-110 i dette forslag til afgørelse.

62 — Domme PKK og KNK mod Rådet (C-229/05 P, EU:C:2007:32, præmis 37), Sniace mod Kommissionen (C-260/05 P, EU:C:2007:700, præmis 37) og Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 17).

– Kommanditistens vetorettigheder

126. Del Monte har for det første henvist til partnerskabsaftalens artikel 7, stk. 3, hvori det var bestemt, at komplementarerne for visse beslutningers vedkommende skulle anmode om forudgående skriftligt samtykke fra samtlige selskabsdeltagere. Efter Del Montes opfattelse gengav Retten denne bestemmelse urigtigt, da den i den appellerede doms præmis 101 antog, at »en række væsentlige beslutninger, som uundgåeligt ville have indvirkning på ledelsen af Weichert, om så kun indirekte«, ikke kunne »træffes uden kommanditistens samtykke«.

127. Denne indvending er grundløs.

128. De beslutninger, der ifølge partnerskabsaftalens artikel 7, stk. 3, skulle træffes med samtykke fra samtlige selskabsdeltagere, drejede sig om køb og salg af enhver form for fast ejendom og af enhver andel af kapitalen eller anden form for engagement i andre virksomheder, investeringer på over 100 000 DEM, lån til ansatte på over 10 000 DEM, lån til Weichert, som ikke var omfattet af den almindelige erhvervsmæssige virksomhed, sikkerhedsstillelse foretaget af dette selskab, enhver form for vederlag til den administrerende selskabsdeltager samt enhver aftale indgået af den/de administrerende selskabsdeltagere, der forpligtede Weichert til regelmæssige betalinger af beløb på over 10 000 DEM pr. måned, bortset fra arbejdskontrakter, for så vidt som der i sådanne var fastsat et årligt vederlag på under 60 000 DEM.

129. Det er nærliggende – og i hvert fald ikke åbenbart forkert – at betragte sådanne transaktioner som »en række væsentlige beslutninger« og at antage, at Del Montes veto i denne forbindelse »uundgåeligt ville have indvirkning på *ledelsen* af Weichert, om så kun indirekte«⁶³. I modsætning til, hvad Del Monte har anført, tales der i den nævnte præmis i dommen ikke om den specifikke indvirkning på Weicherts *adfærd på markedet*. Ifølge retspraksis er det i øvrigt heller ikke nødvendigt at fastslå en sådan indvirkning⁶⁴.

– Komplementarens vetorettigheder

130. For det andet har Del Monte baseret sig på den appellerede doms præmis 114, hvori Retten bemærkede, at det »ikke [fremgår] af bestemmelserne i partnerskabsaftalen«, at »komplementaren [...] havde vetoet med hensyn til »alle« selskabets beslutninger«. Del Monte mener imidlertid ikke, at Del Monte kunne have gennemtvunget nogen som helst beslutninger i selskabet, hvis komplementaren havde nedlagt veto.

131. De omtvistede bemærkninger fra Retten, der skal ses i sammenhæng med de umiddelbart forudgående præmisser i den appellerede dom, er rettet mod et argument fra Del Monte vedrørende partnerskabsaftalens artikel 9, stk. 2, andet punktum⁶⁵. Denne bestemmelse vedrører kun visse beslutninger *truffet af generalforsamlingen*, der er angivet i denne aftales artikel 9, stk. 4. Ifølge den nævnte bestemmelse gjaldt kravet om komplementarens samtykke kun for de deri angivne beslutninger.

132. Rettens konklusion om, at det ikke fremgår af bestemmelserne i partnerskabsaftalen, at komplementaren havde »vetoet med hensyn til »alle« selskabets beslutninger«, er som følge heraf fuldstændig korrekt og kan under ingen omstændigheder anses for åbenbart urigtig.

63 — Den appellerede doms præmis 101 (min fremhævelse).

64 — Jf. herved endnu en gang dom Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 73 og 74), mit forslag til afgørelse i denne sag (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 89-93) og dom Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, navnlig præmis 112).

65 — Jf. den appellerede doms præmis 111-114.

133. Hertil kommer, at en eventuel urigtig gengivelse af beviserne kun fører til ophævelse af den appellerede dom, hvis den kan have påvirket dommens konklusion⁶⁶. Der skal i denne sammenhæng præciseres, at selv om komplementaren måtte have en generel vetoret »med hensyn til »alle« selskabets beslutninger«, siger det ikke i sig selv noget om, hvilke retlige og faktiske indflydelsesmuligheder kommanditisten har inden for selskabet. Del Monte har intet fremført, der kan have fået Retten til at konkludere, at komplementaren i selskabet kunne handle helt *på egen hånd* og mod kommanditistens vilje.

134. Kommanditistens medansvar for selskabets overtrædelse af kartelreglerne forudsætter – som allerede nævnt – ikke nødvendigvis, at kommanditisten udøvede eksklusiv kontrol. Kommanditisten kan også holdes medansvarlig for denne overtrædelse, hvis der er udøvet kontrol i fællesskab med komplementaren eller komplementarerne⁶⁷.

– Udnævnelse og udskiftning af ledelsen

135. Appellanten har for det tredje henvist til den appellerede doms præmis 117, hvori Retten afviste Del Montes argument om, at selskabet ikke havde de nødvendige beføjelser til at udnævne, udskifte eller endog nedlægge veto mod udnævnelsen af ledelsen af Weichert. Del Monte mener, at Retten gengav beviserne urigtigt ved at afvise selskabets argument.

136. Det skal hertil siges, at det påhviler en appellant, der gør gældende, at Retten har gengivet beviserne forkert, præcist at angive, hvilke beviser der er blevet forkert gengivet af Retten, og at påvise de fejl i dens undersøgelse, der efter appellants opfattelse har foranlediget Retten til denne forkerte gengivelse⁶⁸.

137. Del Monte undlod helt at præcisere dette i det foreliggende tilfælde. Del Monte henviste ikke til konkrete akter og forklarede ikke, hvordan Retten skulle have gengivet disse akter urigtigt. Dette led i det andet appelanbringende bør derfor afvises.

138. Det kan i øvrigt kun formodes, at Del Monte sigter til urigtig gengivelse af partnerskabsaftalens artikel 9, stk. 3, eftersom det er denne bestemmelse, der er tale om i den omtvistede passage i dommen. Det krav, der stilles i denne bestemmelse i aftalen, gengav Retten imidlertid ordret i den appellerede doms præmis 117, hvoraf det fremgår, at enhver ændring af partnerskabsaftalen krævede enstemmighed blandt selskabsdeltagerne.

139. Eftersom den personligt ansvarlige selskabsdeltagers ledende stilling fremgik udtrykkeligt af partnerskabsaftalens artikel 7, stk. 1, kunne denne stilling kun tildeles eller ændres ved ændring af denne aftale og ikke uden Del Montes samtykke. Del Montes argument om, at selskabet ikke en gang havde vetoret med hensyn til udnævnelse eller udskiftning af ledelsen, er derfor i hvert fald overordnet set forkert.

140. Der kan således ikke være tale om urigtig gengivelse af beviser. Det ser efter min opfattelse ud til, at Del Monte blot forsøger at få Domstolen til at bedømme de faktiske omstændigheder på ny under dække af den påståede urigtige gengivelse, hvilket ikke er tilladt i en appelsag⁶⁹.

66 — Domme P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (C-442/03 P og C-471/03 P, EU:C:2006:356, præmis 67-69), Sison mod Rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75, præmis 70-72) samt Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, præmis 112).

67 — Jf. herved punkt 88 i dette forslag til afgørelse.

68 — Domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 50 og 159), Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 16) og Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen (C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, EU:C:2011:368, præmis 152).

69 — Domme Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 23), Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 75 og 76) og FLSmidth mod Kommissionen (C-238/12 P, EU:C:2014:284, præmis 31).

– Voldgiftsproceduren

141. Del Monte har for det fjerde gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af partnerskabsaftalens artikel 9, stk. 5, hvorefter der kan nedsættes et voldgiftsråd for at håndtere fastlåste situationer på generalforsamlingen⁷⁰.

142. Del Monte har nærmere bestemt anfægtet de følgende to udsagn, som Retten kom med i den appellerede doms præmis 116:

- Retten fastslog for det første, at »der ikke [var] grundlag for påstanden om, at rådets beslutninger blev truffet med simpelt flertal og følgelig nødvendigvis var fordelagtige for [familien W.]«.
- For det andet bemærkede Retten, at »rækkevidden af den pågældende fordel [under alle omstændigheder måtte] sættes i forhold til de specifikke beføjelser, [generalforsamlingen] var tillagt«.

143. Efter en gennemgang af partnerskabsaftalens artikel 9, stk. 5, mener jeg ikke, at nogen af disse to udsagn fra Retten var åbenbart urigtigt. Det forholder sig snarere omvendt:

- Til det første udsagn vil jeg bemærke, at det ikke præciseres i partnerskabsaftalens artikel 9, stk. 5, med hvilket flertal voldgiftsrådets beslutninger skulle træffes. Det kan muligvis udledes af andre bestemmelser i partnerskabsaftalen, at beslutningerne skulle træffes med simpelt flertal. Del Monte har imidlertid ikke gjort gældende, at disse bestemmelser er gengivet urigtigt. I øvrigt vedrører Rettens udsagn det flertal, som voldgiftsrådets beslutninger faktisk *blev truffet* med. Det siger sig selv, at en bestemmelse i partnerskabsaftalen ikke i sig selv fortæller, hvordan denne bestemmelse anvendes i praksis i forbindelse med selskabets aktiviteter.
- Med hensyn til det andet udsagn fremgår det blot heraf, at Retten undersøgte rækkevidden af de fordele, som voldgiftsproceduren indebar for familien W., i generel sammenhæng med partnerskabsaftalen og holdt dem op mod denne aftale. Jeg har vanskeligt ved at forstå, hvordan det kan anses for åbenbart urigtigt at tage hensyn til den generelle sammenhæng, som beviserne indgår i, og appellanten har heller ikke underbygget dette.

144. Jeg vil gerne tilføje, at den omstændighed, at der findes en voldgiftsprocedure, som er baseret på et voldgiftsråd, på ingen måde støtter Del Montes påstand om, »at familien [W.] i virkeligheden selv bestemte, hvordan Weichert skulle drives«. Selv om Del Montes bemærkning om, at familien W. havde tre ud af seks stemmer i dette voldgiftsråd, er korrekt, havde familien jo netop *ikke* noget flertal – og heller ikke noget simpelt flertal.

ii) Indvendingen om urigtig gengivelse af visse andre dokumenter

145. Ud over partnerskabsaftalen gav Retten efter Del Montes opfattelse også betydningen af visse andre dokumenter, der findes i sagsakterne, urigtigt. Disse dokumenter vil jeg gennemgå kort i det følgende.

70 — Det fremgår af den appellerede doms præmis 115, hvordan denne voldgiftsprocedure fungerer.

– »Magtbalancen«

146. Del Monte har for det første gjort gældende, at Retten foretog en »åbenbart urigtig gengivelse« af de forklaringer, som selskabet selv havde givet i stævningen i første instans⁷¹, og hvori det talte om en »magtbalance« mellem kommanditister og komplementarer. Appellanten har anført, at Retten i den appellerede doms præmis 118 fejlagtigt konkluderede af Del Montes bemærkninger om »magtbalancen«, at familien W. og Del Monte udøvede fælles kontrol med Weichert, og så det som et indicium for, at Del Monte kunne øve afgørende indflydelse på Weichert.

147. Det fremgår af retspraksis vedrørende urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder og beviser, at den argumentation, der blev fremført af parterne i første instans, kan anses for at være gengivet urigtigt af Retten, hvis det er åbenbart, at Retten misforstod denne argumentation eller fremstillede den på en forkert måde⁷².

148. Det var der ikke tale om i det foreliggende tilfælde. I den appellerede doms præmis 118 kom Retten ganske vist ind på den »magtbalance«, som Del Monte havde talt om, men materielt set gengav den overhovedet ikke Del Montes argumentation i denne præmis. Retten henviste i stedet til sine foranstående bemærkninger om visse bestemmelser i partnerskabsaftalen⁷³ og fastslog på dette grundlag, at Del Monte kunne øve afgørende indflydelse på Weichert.

– Andre importørers forklaringer om prisdannelsen

149. Del Monte har for det andet foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 211-215 antog, at tilpasningen af Weicherts referencepriser til Doles »også opfyldte Del Montes forventninger«, ud fra de svar, som andre importører (Chiquita og Dole) havde afgivet efter anmodning fra Kommissionen. Del Monte har anført, at Retten derved gengav importørernes forklaringer urigtigt.

150. Denne indvending beror på en forkert eller ligefrem meningsforstyrrende fortolkning af den appellerede dom. Det er således hverken nævnt eller antydning i den pågældende del af dommen, at tilpasningen af Weicherts referencepriser til Doles »også opfyldte Del Montes forventninger«. Del Monte har altså tillagt Retten et udsagn, som den slet ikke fremsatte i denne form, og knyttet dette sammen med den alvorlige indvending om urigtig gengivelse af beviser.

151. I den pågældende del af dommen gennemgik Retten i virkeligheden Del Montes påstande om, at Weichert nød fuld uafhængighed, at Del Monte selv ønskede referencepriser, der var tæt på Chiquitas, og at Del Monte klart havde givet udtryk for sine forventninger over for Weichert⁷⁴. Retten *fastslog på dette trin* kun, at de forklaringer fra Chiquita og Dole, som Del Monte havde citeret, modsagde Del Montes egne påstande⁷⁵. Retten drog *ikke* nogen *endelig* konklusion om Weicherts uafhængighed i forhold til Del Monte i den appellerede doms præmis 211-215.

152. Det skal desuden påpeges, at de omhandlede forklaringer fra Chiquita og Dole ikke var helt så entydige, som Del Monte påstår. De var tværtimod åbne for fortolkning. Det gælder især for Doles forklaring om, at Del Monte var »utilfreds med resultaterne af Weicherts markedsføring« og »tilsyneladende afbrød sine forbindelser med Weichert med henblik på at følge sin egen aggressive markedsføringsstrategi«⁷⁶.

71 — Der er tale om punkt 63 i stævningen i første instans.

72 — Jf. herved mine forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (C-110/10 P, EU:C:2011:257, punkt 126 og 131) og Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:21, punkt 134).

73 — Jf. den appellerede doms præmis 118, in initio: »Det følger af ovenstående betragtninger, at partnerskabsaftalen [...] var udtryk for [...]«

74 — Jf. den appellerede doms præmis 209 og 210.

75 — Den appellerede doms præmis 211.

76 — Den appellerede doms præmis 214.

153. For det første fremgår det – som ovenfor nævnt⁷⁷ – *ikke* klart af disse forklaringer, om Dole kun var utilfreds med Weichert i økonomisk henseende, eller om det også gjaldt for markedsføringsstrategien. Det fremgår for det andet heller ikke af det nævnte bevismateriale, om og hvornår ledelsen af Weichert i det hele taget blev underrettet om gennemførelsen af Del Montes nye markedsføringsstrategi. Det er for det tredje uklart, om denne markedsføringsstrategi faktisk stødte på modstand fra Weicherts ledelse eller ganske enkelt ikke kunne gennemføres på markedet som anført af Weichert. Det fremgår heller ikke entydigt af det bevismateriale, som Retten efter Del Montes opfattelse gengav urigtigt, hvornår Del Monte egentlig havde udviklet sin »egen aggressive markedsføringsstrategi«, som selskabet efterfølgende forsøgte at føre ud i livet, dvs. om det skete i tidsrummet fra 2000 til 2002, hvor overtrædelsen fandt sted, eller først i 2003, hvor overtrædelsen var bragt til ophør.

154. Hvis beviserne giver mulighed for forskellige vurderinger, og Retten har anlagt en af disse vurderinger, kan den reelt ikke kritiseres for at have gengivet beviserne urigtigt. Sådan forholder det sig med de beviser, der er nævnt i den appellerede doms præmis 211-215.

– Skrivelsen fra en ekstern advokat til Del Monte

155. Del Monte har for det tredje gjort gældende, at der foreligger urigtig gengivelse af beviser med hensyn til den skrivelse, som en ekstern advokat sendte til Del Monte i 1997. Selv om Retten i den appellerede doms præmis 236 gav indtryk af, at denne skrivelse var blevet sendt på foranledning af *en af selskabsdeltagerne* i Weichert, var det i virkeligheden *selskabet* selv, der havde bedt om den.

156. Jeg vil med det samme bemærke, at Retten slet ikke tog stilling til, hvem der stod bag den nævnte skrivelse, i denne præmis i den appellerede dom. Den nøjedes med at anstille generelle betragtninger om, hvorvidt der ud fra den omstændighed, at en selskabsdeltager henvender sig til en advokat, kan drages konklusioner om den anden selskabsdeltagers kontrol over selskabet. Jeg mener derfor, at Del Montes indvending om urigtig gengivelse er temmelig søgt.

157. Hvis man nærlæser den nævnte skrivelse, viser det sig desuden, at den – i modsætning til, hvad Del Monte hævder – er formuleret meget uklart, og at det ikke fremgår, på hvis vegne og hvis mandat de indeholdte udsagn om forskellige spørgsmål fremsættes. Det fremgår af indledningen, at skrivelsen indeholder en udtalelse til selskabet⁷⁸. De øvrige bemærkninger fremsættes imidlertid også til dels på vegne af W. og – udtrykkeligt – til dels på vegne af både W. og selskabet⁷⁹.

158. Der er således også her tale om et bevis, som kan fortolkes vidt forskelligt. Det kan under disse omstændigheder ikke påstås, at Retten gengav et bevis urigtigt, da den i den appellerede doms præmis 236 anførte, »at en selskabsdeltager henvender sig til en advokat for at skaffe sig klarhed over sine rettigheder og forsvare sig imod en person, som han mistænker for ikke at respektere dem«.

159. Det skal desuden påpeges, at Del Monte på ingen måde har forklaret, i hvilket omfang den påståede urigtige gengivelse af den nævnte skrivelser betydning har påvirket Rettens dom. En eventuel urigtig gengivelse af beviserne kan imidlertid kun føre til ophævelse af den appellerede dom, hvis den kan have påvirket dommens konklusion⁸⁰. Det er der ikke konkrete holdepunkter for i det foreliggende tilfælde.

77 — Jf. punkt 107-109 i dette forslag til afgørelse.

78 — Det første afsnit i skrivelsen har følgende ordlyd: »We were retained by Interfrucht as legal counsel [...] Interfrucht wishes to stress the following [...]«, hvor betegnelsen »Interfrucht« dækkede over Weicherts firmanavne.

79 — Jf. formuleringer som »Mr. [W.] instructed us«, »Mr. [W.] never consented«, »Mr. [W.] further wishes to remind you« samt »Mr. [W.] and Interfrucht« og »he and Interfrucht«.

80 — Domme P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (C-442/03 P og C-471/03 P, EU:C:2006:356, præmis 67-69), Sison mod Rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75, præmis 70-72) samt Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mod Parlamentet og Rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625, præmis 112).

– Det skriftlige indlæg fra en national retssag

160. For det fjerde mener Del Monte, at Retten for så vidt angår den appellerede doms præmis 237 og 238 vurderede bevisværdien af et skriftligt indlæg fra en national retssag forkert. I dette indlæg gør Weichert gældende over for Del Monte, at hele den økonomiske værditilvækst i Weichert, dvs. erhvervelser, markedsføring og logistik, udelukkende kunne tilskrives komplementarerne, og at Del Montes rolle i selskabet kun var et finansielt engagement.

161. Retten bemærkede hertil – fuldstændig korrekt – at søgsmålet var blevet indbragt af Del Monte og ikke af Weichert, at det vedrørte opsigelsen af distributionsaftalen, og at den omstændighed, at Del Monte anlagde en sag om den økonomiske værdi af virksomheden, ikke udelukker, at Del Monte øvede afgørende indflydelse⁸¹.

162. Jeg kan ikke se, hvordan Retten skulle have gengivet det nævnte indlæg urigtigt med disse udtalelser. Retten placerede blot det skriftlige indlæg i dets processuelle og økonomiske sammenhæng, hvorefter den drog en række meget fornuftige og i hvert fald ikke åbenbart urigtige konklusioner om dets bevisværdi i den foreliggende kartelsag.

– Den manglende konsolidering af økonomiske resultater

163. For det femte har Del Monte med hensyn til den appellerede doms præmis 259 gjort gældende, at Retten fejlagtigt anså den manglende konsolidering af Del Montes og Weicherts resultater for at være »irrelevant«. Del Monte opfatter dette som urigtig gengivelse af beviser.

164. Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Del Monte kan mene, at de konklusioner, som Retten drog af den manglende konsolidering, var retligt fejlagtige, og at den tilsidesatte den retspraksis, der er udviklet på området. Dette har imidlertid intet med urigtig gengivelse af beviser at gøre.

iii) Foreløbig konklusion

165. Det må sammenfattende fastslås, at Del Montes konkrete indvendinger om urigtig gengivelse af beviser på ingen måde kan tages til følge.

b) Rettens forpligtelse til at foretage en tilstrækkelig bedømmelse af beviserne

166. I forbindelse med det andet appelanbringende har Del Monte afslutningsvis gjort gældende, at Rettens bedømmelse af de fremlagte beviser var utilstrækkelig. Retten gengav efter Del Montes opfattelse bevismaterialet urigtigt, fordi den kun tog stilling til de enkelte beviser uden at overveje, om bevismaterialet samlet set afkræftede antagelsen om, at Del Monte øvede afgørende indflydelse på Weichert, eller – subsidiært – om bevisstillingen var uklar på dette punkt (non liquet).

167. Denne indvending beror efter min mening også på en meget snæver fortolkning af den appellerede dom. Det fremgår umiddelbart af dommens præmis 266, at Retten fandt, at de dokumentbeviser, Del Monte havde fremlagt, »hverken hver for sig eller samlet« kunne anfægte konklusionen om, at Del Monte skulle holdes ansvarlig for Weicherts overtrædelse af kartelreglerne. Retten undlod således på ingen måde at foretage en helhedsvurdering af bevismaterialet.

81 — Den appellerede doms præmis 238.

168. Del Montes indvending må således – selv om den fremstilles som et klagepunkt om urigtig gengivelse – reelt anses for et klagepunkt om fejlagtig retlig kvalificering af faktiske omstændigheder. Del Monte mener, at Retten ud fra det samlede bevismateriale, der var fremlagt, drog forkerte retlige konklusioner om, hvorvidt Del Monte og Weichert udgjorde en økonomisk enhed. Det sidste klagepunkt, der er fremsat i forbindelse med det andet appelanbringende, svarer i denne henseende til det første appelanbringende. Det bør derfor forkastes på samme grundlag⁸².

6. Det femte appelanbringende: samlet og vedvarende overtrædelse

169. Med det femte og sidste appelanbringende har Del Monte gjort gældende, at Retten burde have annulleret den omtvistede beslutning, idet det heri fastslås, at Dole, Chiquita og Del Monte/Weichert deltog i en samlet og vedvarende overtrædelse, selv om Weichert tydeligvis ikke var bekendt med, at der blev udvekslet oplysninger mellem Dole og Chiquita.

170. Del Monte foreholder Retten, at den fejlagtigt kun betragtede Weicherts manglende kendskab til udvekslingen af oplysninger mellem Dole og Chiquita som en formildende omstændighed og på denne måde tilsidesatte Domstolens praksis på området.

171. Efter min opfattelse bygger dette appelanbringende på en forkert fortolkning af både den appellerede dom og Domstolens praksis.

172. Antagelsen om en enkelt vedvarende overtrædelse gør det muligt at drage alle karteldeltagere til ansvar for de andre karteldeltageres deltagelse – som medgerningsmænd – også når de ikke selv aktivt har deltaget i hver enkelt del af det samlede kartel⁸³.

173. For at den pågældende virksomhed kan drages til ansvar, skal der imidlertid være ført bevis for, at den var bekendt med de øvrige deltageres ulovlige adfærd eller med rimelighed kunne forudse den, og at den var indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko⁸⁴.

174. Udtrykt anderledes kan der være gensidigt ansvar for deltagelse, når den pågældende karteldeltager vidste eller burde have vidst, at den ved sin egen deltagelse tog del i en samlet aftale og ved sin adfærd bidrog til opnåelsen af de af alle karteldeltagerne i fællesskab forfulgte konkurrencebegrænsende formål⁸⁵.

175. Hvis det derimod ikke er godtgjort, at en karteldeltager var eller burde have været bekendt med visse aspekter af en samlet og vedvarende overtrædelse, kan denne karteldeltager ikke pålægges ansvar for så vidt angår disse aspekter⁸⁶.

82 — Jf. endnu en gang punkt 82-110 i dette forslag til afgørelse.

83 — Jf. mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punkt 34).

84 — Domme Kommissionen mod Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 83, 87 og 203), Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 83) og Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 43 og 44); jf. også 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 143), hvori der tales om »stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ«, som fører til »medvirken« og »en form for passiv deltagelse i overtrædelsen«.

85 — Jf. mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punkt 36); i samme retning dom Kommissionen mod Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 87).

86 — I denne retning dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 44).

176. Selv om en karteldeltager ikke var eller burde have været bekendt med alle aspekter, ændrer det intet ved den omstændighed, at der *objektivt foreligger* en samlet og vedvarende overtrædelse. Dette må i hvert fald ikke føre til, at virksomheden fritages for ansvaret for den adfærd, i forhold til hvilken det er ubestridt, at den har deltaget heri, eller i forhold til hvilken den faktisk kan holdes ansvarlig⁸⁷. Der er blot tale om gradsforskelle, som ikke ændrer ved den omstændighed, at den pågældende virksomhed har tilsidesat artikel 81 EF, selv om virksomheden ikke kan holdes ansvarlig for alle dele af den enkelte vedvarende overtrædelse⁸⁸.

177. Det må således konkluderes, at der ved bødeudmålingen skal tages individuelt hensyn til omfanget og grovheden af den enkeltes deltagelse i forhold til det samlede kartel⁸⁹.

178. Retten gjorde sig ikke skyldig i urigtig anvendelse af disse regler i det foreliggende tilfælde.

179. Retten bemærkede, at Weichert ikke var bekendt med udvekslingen af oplysninger mellem Dole og Chiquita og heller ikke burde have været det. Retten undlod med føje at rejse tvivl om, hvorvidt der i det hele taget forelå en samlet og vedvarende overtrædelse, på dette grundlag. Den appellerede dom fokuserede med rette kun på retsvirkningerne for Weichert, og det blev fastslået, at Weichert – til forskel fra Dole og Chiquita – *ikke* kunne holdes ansvarlig for den samlede overtrædelse, og at Weichert derfor skulle pålægges en lavere bøde⁹⁰.

180. Det virker lidt mærkeligt, at Retten i denne sammenhæng taler om »formildende omstændigheder« for Weichert, selv om det formentlig skyldes Kommissionens ordvalg i den omtvistede beslutning. I virkeligheden var det kun Weicherts begrænsede deltagelse i overtrædelsen, der gav anledning til den mildere sanktion. Det var netop derfor, Retten bemærkede, at bødens grundbeløb var lavere for Weichert, fordi virksomheden ikke havde haft kendskab til kommunikationen forud for prisfastsættelsen mellem Dole og Chiquita eller med rimelighed havde kunnet forudse den.

181. Det femte appelanbringende bør som følge heraf forkastes.

C – Weicherts kontraappel i sag C-293/13 P

182. Weicherts kontraappel i sag C-293/13 P bør, som jeg allerede har nævnt⁹¹, afvises, fordi den ikke opfylder kravene i artikel 56, stk. 2, andet punktum, i statutten for Domstolen. Jeg vil derfor kun subsidiært tage stilling til, om Weichert bør gives medhold, i det følgende.

1. Det første appelanbringende: forekomsten af en samordnet praksis

183. Weichert har med sin kontraappel i sag C-293/13 P for det første bestridt Rettens konklusion om, at der forelå en samordnet praksis mellem Weichert og Dole. Der kan efter Weicherts opfattelse ikke være tale om en samordnet praksis mellem disse to virksomheder, fordi Weichert blot optrådte som medløber ved altid at rette sig efter Doles referencepriser.

184. Weichert har i denne forbindelse fremsat tre klagepunkter mod den appellerede dom, som jeg vil behandle hver for sig i det følgende.

87 — Dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 45).

88 — I denne retning mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:317, punkt 33).

89 — Domme Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 90), Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 86) og Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 45).

90 — Den appellerede doms præmis 646 og 649 samt 258. og 476. betragtning til den omtvistede beslutning.

91 — Jf. punkt 50-65 i dette forslag til afgørelse.

a) Klagepunktet om en selvmodsigende begrundelse for dommen

185. Weichert mener for det første, at begrundelsen for den appellerede dom er selvmodsigende, eftersom det på den ene side fremgår af præmis 580, at der ikke er tegn på, at Weichert var medløber, og det på den anden side fremgår af præmis 847, at Weichert måske havde udvist medløberadfærd.

186. Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsen for en dom afsagt af Retten er selvmodsigende eller utilstrækkelig, er et retsspørgsmål, der som sådan kan rejses under en appelsag⁹².

187. I det foreliggende tilfælde fastslog Retten i den appellerede doms præmis 580, sidste punktum, at en nærmere angivet forklaring, som Chiquita kom med under den administrative procedure, ikke var tilstrækkeligt grundlag for påstanden om, »at Weichert hver uge ventede, til denne kendte Doles pris, før Weichert fastsatte sin egen referencepris på samme niveau«.

188. Til gengæld bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 847, at Chiquitas forklaring »ligeledes [kunne] give det indtryk, at Weichert kun havde udvist medløberadfærd i forhold til Doles prispolitik«.

189. Det ser umiddelbart ud til, at disse to præmisser i den appellerede dom står i modsætning til hinanden, men ved nærmere betragtning er forskellen ikke så stor. Retten så i begge præmisser – om end i vidt forskellige sammenhænge – på bevisværdien af den samme forklaring, som Chiquita afgav under den administrative procedure. Og i begge tilfælde nåede Retten frem til, at denne forklaring havde en ret svag beviskraft i sig selv.

190. Det var den svage beviskraft, der var årsag til, at Retten ikke lagde større vægt på den pågældende forklaring fra Chiquita ved vurderingen af, om der forelå en samordnet praksis mellem Dole og Weichert eller ej. Retten afviste således i den appellerede doms præmis 580 og 581, at Chiquitas forklaring kunne betragtes som et *diskulperende bevis* i den forstand, at Weichert kun havde været medløber i forhold til Dole. I den appellerede doms præmis 847-853 gik Retten dog heller ikke ud fra, at den nævnte forklaring kunne tjene som *belastende bevis* ved at godtgøre, at de bilaterale kontakter mellem Weichert og Dole havde haft konkurrencebegrænsende karakter.

191. Det fremgår således ikke, at Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt i henhold til artikel 36, sammenholdt med artikel 53, stk. 1, i statuten for Domstolen.

192. Det må under alle omstændigheder fastslås, at det ikke så meget er behandlingen af de enkelte beviser, Retten skal begrunde, som det er *dommen*. Selv om det – til trods for det ovenfor anførte – antages, at der er visse uoverensstemmelser mellem den appellerede doms præmis 580 og 847, er Rettens afgørelse i den sag, der verserede for denne, begrundet på en klar og entydig måde for så vidt angår konklusionen om, at der forelå en samordnet praksis, der havde til formål at begrænse konkurrencen, og at Weichert havde deltaget heri⁹³.

193. Weicherts klagepunkt om, at dommen er mangelfuldt begrundet, kan derfor ikke tiltrædes.

92 — Domme FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen (C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 90), Masdar (UK) mod Kommissionen (C-47/07 P, EU:C:2008:726, præmis 76) og Melli Bank mod Rådet (C-380/09 P, EU:C:2012:137, præmis 41); i samme retning allerede dom Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 190 og 202).

93 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 583-585 og 788.

b) Klagepunktet om urigtig gengivelse af beviser

194. Weichert har for det andet gjort gældende, at Retten gengav beviser urigtigt. Bemærkningen i den appellerede doms præmis 580 om, at Chiquitas forklaring ikke var tilstrækkelig til at godtgøre, at Weichert kun havde optrådt som medløber, var efter Weicherts opfattelse udtryk for urigtig gengivelse af klare beviser. Dette må ifølge Weichert konkluderes, når denne præmis sammenholdes med den appellerede doms præmis 847, hvori Retten som nævnt bemærkede, at Chiquitas forklaring »ligeledes [kunne] give det indtryk, at Weichert kun havde udvist medløberadfærd i forhold til Doles prispolitik«.

195. Det kan som tidligere nævnt kun antages, at der foreligger urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder eller beviser, hvis en række strenge betingelser er opfyldt. Der foreligger kun en sådan urigtig gengivelse af beviserne, hvis det uden fremlæggelse af nye beviser fremgår åbenbart, at gengivelsen af de foreliggende beviser er urigtig⁹⁴. Hvis de faktiske omstændigheder og beviserne giver mulighed for forskellige vurderinger, og Retten har anlagt en af disse vurderinger, er beviserne derimod ikke gengivet urigtigt.

196. Det er den sidstnævnte situation, der gør sig gældende her. Det fremgik ikke klart af den omhandlede forklaring, som Chiquita kom med under den administrative procedure, om Weichert blot optrådte som medløber ved altid at rette sig efter Doles referencepriser, eller om Weichert sammen med Dole havde været impliceret i en samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål. Retten konkluderede, at Chiquitas forklaring ikke støttede påstanden om Weicherts rolle som medløber⁹⁵. Denne konklusion var berettiget, fordi den pågældende forklaring havde en svag beviskraft med hensyn til forholdet mellem Weichert og Dole, og den var i hvert fald ikke *åbenbart urigtig*.

197. Indvendingen om urigtig gengivelse af beviser er derfor grundløs.

c) Klagepunktet om manglende udveksling af oplysninger om den fremtidige adfærd

198. Weichert påstår endelig, at det aldrig er fastslået, at Dole og Weichert i det foreliggende tilfælde havde udvekslet oplysninger om deres egen *fremtidige* markedsadfærd. Weichert mener derfor heller ikke, at det kan antages, at der forelå en samordnet konkurrencebegrænsende praksis mellem de to virksomheder.

199. Der skal i den forbindelse mindes om, at det alene er Retten, der har kompetence til at bedømme de faktiske omstændigheder og beviserne, og at Domstolen ikke kan foretage en sådan bedømmelse som led i en appelsag, medmindre det påstås, at de faktiske omstændigheder er gengivet urigtigt⁹⁶. Weicherts argumentation sigter mod at få Domstolen til at bedømme de faktiske omstændigheder på ny og må derfor afvises.

200. Det skal for fuldstændighedens skyld tilføjes, at det i modsætning til, hvad Weichert har anført, flere steder i den appellerede dom fastslås, at Dole og Weichert rent faktisk udvekslede oplysninger om deres fremtidige markedsadfærd⁹⁷.

94 — Domme PKK og KNK mod Rådet (C-229/05 P, EU:C:2007:32, præmis 37), Sniace mod Kommissionen (C-260/05 P, EU:C:2007:700, præmis 37) og Lafarge mod Kommissionen (C-413/08 P, EU:C:2010:346, præmis 17).

95 — Den appellerede doms præmis 850 og 851.

96 — Kendelse San Marco mod Kommissionen (C-19/95 P, EU:C:1996:331, præmis 39 og 40) og domme Kommissionen mod Schneider Electric (C-440/07 P, EU:C:2009:459, præmis 103) samt Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 84); jf. i samme retning dom MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 60).

97 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 583-585 og 362.

201. Det er i øvrigt uden betydning, om blot en enkelt virksomhed ensidigt informerer sine konkurrenter om sin påtænkte adfærd på markedet, eller om alle deltagende virksomheder informerer hinanden om deres respektive overvejelser og hensigter. Så snart blot en enkelt virksomhed lader paraderne falde og røber fortrolige informationer om sin fremtidige forretningspolitik over for sine konkurrenter, formindsker det nemlig usikkerheden om markedets fremtidige funktion for alle deltagere, og der opstår risiko for konkurrencebegrænsning og et hemmeligt samarbejde mellem dem⁹⁸.

202. Det er derfor underordnet, om Dole og Weichert udvekslede oplysninger om hinandens fremtidige markedsadfærd inden for rammerne af deres kommunikation forud for prisfastsættelsen, eller om det kun var Dole, der røbede disse oplysninger over for Weichert, og ikke omvendt. Det ændrer intet ved spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål, der er forbudt i henhold til artikel 81 EF (artikel 101 TEUF).

d) Foreløbig konklusion

203. Det følger i det hele heraf, at Weicherts første appelanbringende i forbindelse med kontraappellen i sag C-293/13 P savner grundlag.

2. Det andet appelanbringende: konkurrencebegrænsende formål

204. Weichert har med sin kontraappel i sag C-293/13 P for det andet gjort gældende, at Retten i det foreliggende tilfælde fejlagtigt antog, at der forelå et konkurrencebegrænsende formål. Efter Weicherts opfattelse fremsatte Retten blot en »påstand« om, at kommunikationen forud for prisfastsættelsen i sagens natur var skadelig for konkurrencen, uden at vurdere, om denne kommunikation i praksis kunne begrænse konkurrencen i den givne retlige og økonomiske sammenhæng.

205. Man kunne umiddelbart tro, at Weichert havde til hensigt at få Domstolen til at sætte sin egen vurdering i stedet for Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviserne, hvilket ikke er tilladt i en appelsag. I virkeligheden skal Domstolen dog undersøge, om Retten har lagt de rigtige kriterier og parametre til grund for sin bedømmelse af de faktiske omstændigheder og beviserne. Der er tale om et retsspørgsmål, som er underlagt Domstolens prøvelse i forbindelse med en appelsag⁹⁹, og som er særlig interessant i lyset af den nye dom i sagen CB mod Kommissionen¹⁰⁰.

206. Jeg vil med det samme bemærke, at Retten i dette tilfælde gennemgik markedsforholdene og de dertil knyttede argumenter meget grundigt og forklarede indgående, hvorfor udvekslingen af oplysninger mellem de deltagende virksomheder i sagens natur måtte betragtes som skadelig for de normale konkurrencevilkår. Den foreliggende sag adskiller sig i den henseende markant fra sagen CB mod Kommissionen.

a) De relevante retlige kriterier

207. Inden for anvendelsesområdet for artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) kan en virksomheds adfærd være konkurrencebegrænsende både i kraft af sine virkninger og i kraft af sit formål. Dette gælder, uanset om der er tale om en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis¹⁰¹.

98 — Jf. mit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 54).

99 — Domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 125), Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 117) og Kommissionen mod Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, præmis 59).

100 — C-67/13 P, EU:C:2014:2204.

101 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 24).

208. Det er ikke alle former for udveksling af oplysninger mellem konkurrenter, der nødvendigvis har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked i artikel 81, stk. 1, EF's forstand¹⁰².

209. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan udveksling af oplysninger i sagens natur er så skadelig for konkurrencen, at den må anses for at have et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, skal afgøres ud fra genstanden for denne udveksling, de formål, den tilsigter at opfylde, og den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den indgår¹⁰³. I forbindelse med vurderingen af denne sammenhæng skal der også tages hensyn til, hvilke produkter eller tjenesteydelser der er tale om, og hvordan de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer¹⁰⁴. Selv om parternes hensigt ikke er afgørende for vurderingen, er der dog intet til hinder for, at den tages i betragtning¹⁰⁵.

210. Hvis det ved hjælp af ovennævnte kriterier konstateres, at en informationsudveksling mellem konkurrenter i sagens natur kan betragtes som skadelig for de normale konkurrencevilkår – eller at den med andre ord i sig selv er tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen – er det ikke nødvendigt at undersøge og tage hensyn til dens konkrete virkninger for konkurrencen¹⁰⁶. Det er i så fald tilstrækkeligt, at informationsudvekslingen konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked¹⁰⁷.

211. Efter Domstolens praksis foreligger der desuden en simpel formodning om, at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet. Det påhviler de berørte virksomheder at modbevise dette¹⁰⁸.

b) Anvendelsen af de relevante retlige kriterier i det konkrete tilfælde

212. Jeg deler ikke Weichert opfattelse om, at det må formodes, at Retten anvendte de nævnte retlige kriterier forkert i det foreliggende tilfælde, eller at dens prøvelse af dem var for overfladisk.

213. Jeg mener generelt ikke, at Weichert sonderer tilstrækkeligt mellem de betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan være tale om et konkurrencebegrænsende formål eller en konkurrencebegrænsende virkning, når selskabet – som det allerede skete i første instans – gør gældende, at Retten burde have taget hensyn til »den påtalte adfærds økonomiske indvirkning på bananmarkedet i Europa«. Dette er nemlig kun nødvendigt ved vurderingen af en adfærds virkning(er) og ikke ved vurderingen af dens formål inden for rammerne af artikel 81 EF (artikel 101 TEUF)¹⁰⁹.

102 — Jf. herved mit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 37).

103 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27); i samme retning domme Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53).

104 — Domme Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 36) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 53).

105 — Domme T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 27), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 37) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 54).

106 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 29 og 30); i samme retning domme Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 135), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49-52 og præmis 57 in fine).

107 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 31 og 43); i samme retning dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 38).

108 — Domme Kommissionen mod Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 121 og 126), Hüls mod Kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 162 og 167) og T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 51) samt mit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 75).

109 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 29 og 30); i samme retning domme Football Association Premier League m.fl. (C-403/08 og C-429/08, EU:C:2011:631, præmis 135), Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 34) og CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 49-52 og præmis 57 in fine).

– Informationsudvekslingens art og formål

214. Weichert påstår indledningsvis, at det ikke kan anses for konkurrencebegrænsende som sådan, at der blev udvekslet oplysninger om referencepriser.

215. Det skal hertil siges, at en informationsudveksling godt kan have et konkurrencebegrænsende formål, selv om den ikke er direkte forbundet med de priser, som de deltagende virksomheder benytter på markedet. Domstolen har således allerede fastslået, at artikel 81 EF (artikel 101 TEUF) beskytter strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan¹¹⁰. Konstateringen af, at en samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål, er som følge heraf ikke betinget af, at der foreligger en direkte forbindelse mellem denne og detailpriserne¹¹¹. Der behøver heller ikke at være nogen direkte forbindelse mellem de udvekslede oplysninger og engrospriserne. Der må antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål, så snart konkurrenterne udveksler oplysninger om faktorer, der er relevante for deres individuelle prispolitik eller – mere generelt – for deres markedsadfærd¹¹².

216. Det er netop den situation, der foreligger her.

217. Ifølge Rettens meget udførlige redegørelse, som Weichert ikke har kritiseret for at være gengivet urigtigt, havde de deltagende virksomheder kommunikeret bilateralt forud for prisfastsættelsen. I den forbindelse drøftede de deres individuelle referencepriser og visse pristendenser¹¹³. Weicherts fuldstændig udokumenterede påstand om, at der kun blev udvekslet oplysninger om de gældende markedsvilkår og ikke om de deltagende virksomheders individuelle prisforestillinger, stemmer ikke overens med de faktiske omstændigheder, som Retten fastlagde, og kan derfor ikke tages i betragtning i den foreliggende appelsag, når der ikke er fremsat noget klagepunkt om urigtig gengivelse.

218. Det fremgår ligeledes af Rettens redegørelse, der i øvrigt også var baseret på Weicherts egne forklaringer, at referencepriserne var relevante for det omhandlede marked¹¹⁴. Bananimportørernes referencepriser fungerede i det foreliggende tilfælde i det mindste som markedssignaler, -tendenser og/eller -indikationer om den forventede udvikling i bananpriserne. For visse transaktioner var priserne desuden direkte knyttet til referencepriserne på grund af aftalte prisformler¹¹⁵.

219. Det skal indskydes, at det ud fra et forretningsmæssigt synspunkt ikke ville give meget mening at fastsætte referencepriser og drøfte den videre udvikling i disse priser med konkurrenterne, hvis de enkelte virksomheders referencepriser og de oplysninger, der blev tilvejebragt om konkurrenternes referencepriser, ikke kom til at påvirke de pågældende virksomheders fremtidige markedsadfærd og de priser, som de faktisk anvendte.

220. Retten konkluderede derfor med føje – efter en meget grundig analyse af de konkrete markedsforhold og de argumenter, som Weichert havde fremført – at udvekslingen af oplysninger mellem de deltagende virksomheder havde et konkurrencebegrænsende formål¹¹⁶.

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

111 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 36-39).

112 — I denne retning domme Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 173), Deere mod Kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 86) og T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 32).

113 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 17-20, 583-585 og 788 samt 51.-57. betragtning til den omtvistede beslutning.

114 — Den appellerede doms præmis 450-562; jf. desuden denne doms præmis 850-852, hvori der henvises til Weicherts egne forklaringer.

115 — Den appellerede doms præmis 21, 553 og 583 samt 115. betragtning til den omtvistede beslutning.

116 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 585.

221. En sådan udveksling af oplysninger mellem konkurrenter om forhold, der har indflydelse på prisen, er således i klar modstrid med det krav om uafhængighed, der karakteriserer virksomheders adfærd i et system med effektiv konkurrence¹¹⁷. Den er som følge heraf – uden at det kræver nærmere forklaring – i sig selv tilstrækkeligt skadelig for konkurrencen og kan i sagens natur betragtes som skadelig for de normale konkurrencevilkår¹¹⁸.

222. Den foreliggende sag adskiller sig i denne henseende markant fra Asnef-Equifax-sagen¹¹⁹, som Weichert har påberåbt sig, og som vedrørte det spanske system til udveksling af kreditoplysninger. Asnef-Equifax-sagen drejede sig således om udveksling af oplysninger om låntagernes kreditværdighed, hvilket primært har til formål at forbedre markedets funktion og at skabe lige konkurrencevilkår for alle långivere, uden at markedsaktørerne på nogen måde afslører over for deres konkurrenter, hvilke vilkår de har til hensigt at tilbyde deres kunder. Den informationsudveksling, som der er tale om i den foreliggende sag, og som i det væsentlige vedrører faktorer i fastsættelsen af de forventede referencepriser og pristendenser, bevirker det stik modsatte: I forbindelse med denne udveksling fortæller de deltagende virksomheder – i hvert fald i en vis udstrækning – deres konkurrenter, hvordan de har tænkt sig at agere på markedet, og giver dem følsomme oplysninger om deres forestillinger om de fremtidige priser. Dette vil naturligvis kunne fjerne usikkerhedsmomenter med hensyn til de berørte virksomheders påtænkte adfærd og resultere i konkurrencevilkår, der ikke svarer til de normale vilkår på det pågældende marked.

223. Weicherts kritik vedrørende informationsudvekslingens art og formål må på dette grundlag forkastes.

– Informationsudvekslingens hyppighed og regelmæssighed

224. Weichert har endvidere fremsat en indvending om hyppigheden og regelmæssigheden af virksomhedens informationsudveksling med Dole. Weichert har understreget, at virksomheden »kun« kommunikerede med Dole ca. 20-25 gange om året, hvorimod referencepriserne blev fastsat hver uge. Det var desuden »sjældent«, at der blev talt om »den potentielle fremtidige udvikling i referencepriserne generelt«.

225. Selv om der efter min opfattelse næppe kan være tvivl om, at en informationsudveksling, der finder sted 20-25 gange om året, er meget regelmæssig og hyppig, er den foreliggende appelsag, der alene vedrører retsspørgsmål, ikke det rette forum for diskussioner om tal, som i sidste ende vil føre til fornyet bedømmelse af de faktiske omstændigheder.

226. I denne sammenhæng er Weicherts argument om, at der ganske vist blev fastsat referencepriser hver uge, men at der ikke blev udvekslet oplysninger om prisrelaterede forhold hver uge, heller ikke særlig holdbart. Selv om der måske ikke blev fastsat referencepriser i helt samme takt, som der blev udvekslet oplysninger, ændrer det således intet ved den omstændighed, at der blev udvekslet oplysninger med konkurrencebegrænsende formål.

117 — Jf. vedrørende kravet om uafhængighed bl.a. domme Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 173), Deere mod Kommissionen (C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 86 og 87) og T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 32 og 33).

118 — Jf. vedrørende disse kriterier senest dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, navnlig præmis 50 og 57).

119 — Dom Asnef-Equifax og Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734).

227. I modsætning til, hvad Weichert synes at mene, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt en informationsudveksling har til formål at begrænse konkurrencen, således ikke af, om det godtgøres, at de deltagende virksomheder har udvekslet oplysninger hyppigt eller regelmæssigt – eller endda ugentligt. En enkelt informationsudveksling er ifølge retspraksis tilstrækkelig til, at der kan påvises en overtrædelse og pålægges en bøde, når de berørte virksomheder stadig er aktive på markedet efter denne udveksling¹²⁰.

228. Weicherts kritik af Rettens manglende undersøgelse af, hvor hyppigt og regelmæssigt virksomheden udvekslede oplysninger med Dole, er derfor ikke relevant.

c) Foreløbig konklusion

229. Det må sammenfattende konkluderes, at Weicherts argumentation ikke kan rejse tvivl om Rettens retlige kvalificering af den omtvistede informationsudveksling som en samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål, der er forbudt i henhold til artikel 81 EF. Det andet kontraappellanbringende i sag C-293/13 P bør derfor også forkastes.

3. Sammenfatning vedrørende kontraappellen i sag C-293/13 P

230. Da ingen af de appellanbringender, Weichert har fremført, kan tages til følge, bør kontraappellen i sag C-293/13 P forkastes.

D – Kommissionens hovedappel i sag C-294/13 P

231. Kommissionen var tydeligvis heller ikke tilfreds med den appellerede dom. Dens appel i sag C-294/13 P vedrører spørgsmålet om, under hvilke betingelser det er retligt påkrævet at tage hensyn til, at en virksomhed har samarbejdet med Kommissionen under den administrative procedure, som formildende omstændighed ved bødeudmålingen.

1. Det første appellanbringende: nedsættelse af bøden på grund af efterkommelse af Kommissionens anmodning om oplysninger

232. Med det første appellanbringende har Kommissionen anfægtet den appellerede doms præmis 840-853. Retten fandt det i denne del af dommen – bl.a. i henhold til samarbejdsmeddelelsen fra 2002 – nødvendigt at nedsætte den bøde, som Del Monte og Weichert var blevet pålagt in solidum, fordi Weichert havde fremlagt oplysninger frivilligt under den administrative procedure¹²¹. Kommissionen anser denne fremgangsmåde for at være retligt forkert og har i det væsentlige argumenteret for, at Weichert alene opfyldte sin forpligtelse til at efterkomme anmodninger om oplysninger. Del Monte og Weichert har hertil anført, at der ikke fandtes en sådan forpligtelse, og at Weichert fremlagde oplysningerne frivilligt.

233. Det ser ud til, at den bitre strid mellem parterne inden for rammerne af det første appellanbringende til dels skyldes en vis forvirring om betydningen af begreberne *frivillighed*, *samarbejde* og retten til *ikke at inkriminere sig selv* i forbindelse med afgivelse af oplysninger under den administrative procedure. Denne forvirring kom allerede til udtryk i den appellerede dom og gør sig også gældende i Kommissionens appel.

120 — Dom T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 58 og 59); jf. også domme Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 121) og Hüls mod Kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 162); jf. endvidere mit forslag til afgørelse T-Mobile Netherlands m.fl. (C-8/08, EU:C:2009:110, punkt 97-107).

121 — Jf. bl.a. den appellerede doms præmis 853.

234. Det er klart, at Kommissionen har beføjelse til at anmode virksomheder og virksomhedssammenslutninger om at stille alle de oplysninger til rådighed, der er nødvendige for at fastslå, om der foreligger en overtrædelse af kartelreglerne. Kommissionen kan til dette formål vælge, om den blot vil fremsætte en anmodning om oplysninger eller vedtage en formel beslutning (artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 1/2003).

235. Virksomhederne er kun forpligtet til at afgive oplysninger, der afkræves ved en formel beslutning, hvorimod det er frivilligt at efterkomme anmodninger om oplysninger¹²². Dette bekræftes, hvis man ser på sanktionerne for manglende fremlæggelse af oplysninger: Der pålægges kun sanktioner i forbindelse med oplysninger, som afkræves ved en formel beslutning, og ikke i forbindelse med anmodninger om oplysninger¹²³, og der pålægges i begge tilfælde kun bøder, hvis der gives urigtige eller forvanskede oplysninger¹²⁴. Forordning nr. 1/2003 sikrer på denne måde den vanskelige balance mellem behovet for effektivitet i Kommissionens undersøgelser og passende beskyttelse af de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder.

236. Det er helt ubestridt, at Weichert i det foreliggende tilfælde ikke blev pålagt at afgive oplysninger ved en formel beslutning som omhandlet i artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, men at Kommissionen uformelt bad selskabet om dette ved en anmodning om oplysninger i henhold til denne forordnings artikel 18, stk. 2¹²⁵. I modsætning til, hvad Kommissionen synes at mene, ligger det således fast, at Weichert ikke opfyldte nogen retlig forpligtelse ved at efterkomme anmodningen om oplysninger under den administrative procedure, men fremlagde samtlige oplysninger *frivilligt*.

237. Den omstændighed, at disse oplysninger blev fremlagt frivilligt, indebærer dog ikke nødvendigvis og automatisk, at samarbejdsmeddelelsen fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

238. Selv om det antages, at de oplysninger, Weichert gav – som bemærket af Retten – ikke bare var frivillige, men også var af særlig betydning for den administrative procedure¹²⁶ og gjorde det lettere for Kommissionen at fastslå, at der forelå en overtrædelse¹²⁷, fremgår det dog ikke heraf, om der var tale om et virkeligt *samarbejde* med Kommissionen, som Weichert burde belønnes for med en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

239. Det skal tværtimod påpeges, at en bødenedsættelse på grundlag af samarbejdsmeddelelsen kun er berettiget, såfremt de fremlagte oplysninger og den pågældende virksomheds adfærd i almindelighed kan betragtes som udtryk for et virkeligt samarbejde med Kommissionen. Den berørte virksomheds adfærd under den administrative procedure skal med andre ord vidne om en virkelig samarbejdsånd¹²⁸.

122 — Dom Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 279).

123 — Artikel 23, stk. 1, litra b), og artikel 24, stk. 1, litra d), i forordning nr. 1/2003.

124 — Artikel 23, stk. 1, litra a) og b), i forordning nr. 1/2003.

125 — Den appellerede doms præmis 838 og 46. betragtning til den omtvistede beslutning.

126 — Den appellerede doms præmis 852.

127 — Den appellerede doms præmis 855.

128 — Domme 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 395 og 396) og Schenker m.fl. (C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 48).

240. Det ville være forkert at tale om en sådan samarbejdsånd, hver gang en virksomhed efterkommer alle Kommissionens anmodninger om oplysninger korrekt. Når en virksomhed efterkommer Kommissionens konkrete begæringer, uanset om der blot er tale om anmodninger om oplysninger, som ikke er retligt forpligtende, gør den således blot det, som den under alle omstændigheder forventes at gøre under den administrative procedure, og som må anses for en fornuftig parts normale adfærd¹²⁹.

241. En virksomhed bør imidlertid ikke belønnes for ikke at lægge hindringer i vejen for den administrative procedure. Virksomheden forhindrer således kun, at der indtræffer skærpende omstændigheder, som i givet fald kan resultere i, at bøden til denne virksomhed forhøjes¹³⁰. Det kan imidlertid ikke konkluderes, at der foreligger formildende omstændigheder, alene fordi der ikke foreligger skærpende omstændigheder. En part, der ønsker at påberåbe sig formildende omstændigheder, kan ikke nøjes med at udvise den normale adfærd, der med rimelighed kan forventes af en hvilken som helst part. Den pågældende part skal selv tage initiativ til at klarlægge sagen.

242. Som Kommissionen ganske rigtigt har påpeget, stemmer det heller ikke overens med formålet med en samarbejdsordning som den, der er fastsat i samarbejdsmeddelelsen, at indrømme alle karteldeltagere en bødenedsættelse uden videre, så snart de har efterkommet Kommissionens anmodning om bevismateriale eller andre oplysninger, der kan være nyttige for at fastslå en overtrædelse.

243. I modsat fald ville samarbejdsordningen, som ifølge retspraksis udtrykkeligt skal anvendes undtagelsesvis¹³¹, blive reglen, og der ville ske en voldsom stigning i antallet af bødenedsættelser.

244. Hvis en virksomhed, der tilbageholder oplysninger og beviser, indtil Kommissionen fremsætter en konkret begæring om disse oplysninger og beviser, også kunne opnå bødenedsættelse, ville det i øvrigt begrænse samarbejdsordningens tilskyndende virkning markant. Det ville i så fald være processtrategisk og ikke mindst økonomisk fordelagtigt for virksomhederne at forholde sig afventende eller helt passivt i stedet for at følge loven og selv tage initiativ til at fremlægge oplysninger om de faktiske omstændigheder og bevismateriale for Kommissionen så hurtigt og omfattende som muligt. Det ville ikke være til gavn for den effektive gennemførelse af de europæiske konkurrenceregler, som der lægges stor vægt på i traktaterne¹³².

245. Det fremgår også af retningslinjerne fra 2006, hvori der stilles krav om et *effektivt* samarbejde med Kommissionen, at en virksomhed ikke bør indrømmes formidlende omstændigheder, hvis den udviser en rent afventende og passiv adfærd under den administrative procedure¹³³. Der er intet, der tyder på, at de kvalitetskrav, der gælder for virksomheders samarbejde med Kommissionen som led i den samarbejdsordning, der er fastsat i samarbejdsmeddelelsen, skulle være mere lempelige end dem, der gælder efter de almindelige regler om bødeudmåling, der er indeholdt i retningslinjerne fra 2006.

129 — I denne retning også dom AOI mod Kommissionen (C-668/11 P, EU:C:2013:614, præmis 78), hvori der dog – efter min opfattelse med urette – henvises til den af Retten fastslåede *retlige forpligtelse* til at efterkomme anmodninger om oplysninger (jf. dom Agroexpansión mod Kommissionen, T-38/05, EU:T:2011:585, præmis 268).

130 — Jf. vedrørende denne skærpende omstændighed punkt 28, andet led, i retningslinjerne 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«).

131 — I denne retning dom Schenker m.fl. (C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 49), der imidlertid vedrører bødefritagelse eller bødefrafald.

132 — Jf. vedrørende konkurrencereglernes betydning for det indre markeds funktion dom Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, præmis 36) og vedrørende retsstillingen efter Lissabontraktatens ikrafttræden domme TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 20) og Kommissionen mod Italien (C-496/09, EU:C:2011:740, præmis 60). Behovet for effektiv gennemførelse af artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) er senest blevet påpeget i domme X BV (C-429/07, EU:C:2009:359, præmis 33-35), VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739, præmis 59), Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, præmis 19) og Schenker m.fl. (C-681/11, EU:C:2013:404, præmis 46).

133 — Punkt 29, fjerde led, i retningslinjerne fra 2006.

246. En bødenedsættelse som den, der foreskrives i samarbejdsmeddelelsen, er som følge heraf kun berettiget, når en virksomhed forsyner Kommissionen med oplysninger uden at være blevet bedt om det. Samarbejdet med Kommissionen skal med andre ord være *ikke bare frivilligt, men også spontant*¹³⁴.

247. Retten gjorde sig derfor skyldig i urigtig retsanvendelse, da den i den appellerede doms præmis 840-853 fandt, at frivillig efterkommelse af anmodninger om oplysninger i henhold til artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 berettiger til en nedsættelse af bøden som omhandlet i punkt 20-23 i samarbejdsmeddelelsen fra 2002.

248. I øvrigt ses den utilstrækkelige samarbejdsånd mellem Kommissionen og Weichert i det foreliggende tilfælde ikke kun af de manglende spontane oplysninger til Kommissionen, men også af Rettens bemærkning om, at Weichert under den administrative procedure til stadighed benægtede, at der forelå nogen overtrædelse¹³⁵. Disse to aspekter – dels den manglende fremlæggelse af spontane oplysninger, dels den stædige benægtelse af, at der forelå en overtrædelse – udelukker kategorisk, at punkt 20-23 i samarbejdsmeddelelsen fra 2002 bringes i anvendelse.

249. Selv om Retten støttede sin konklusion om, at bøden til Del Monte og Weichert skulle nedsættes, på en fejlagtig fortolkning af samarbejdsmeddelelsen, betyder det dog ikke nødvendigvis, at den appellerede dom skal ophæves¹³⁶. Det er således vigtigt at påpege, at denne meddelelse blot beskrev Kommissionens daværende administrative praksis som konkurrencemyndighed. Med offentliggørelsen af denne meddelelse pålagde Kommissionen sig selv at følge denne praksis, uden at meddelelsen derved fik karakter af en retsakt¹³⁷. Der er intet til hinder for, at Retten ved udøvelsen af sin fulde prøvelsesret (artikel 261 TEUF, sammenholdt med artikel 31 i forordning nr. 1/2003) anvender andre kriterier og i givet fald fastsætter større nedsættelser¹³⁸.

134 — Det skal for fuldstændighedens skyld nævnes, at der også kan fremlægges spontane oplysninger som svar på Kommissionens begæringer om oplysninger, når oplysningerne ligger uden for rammerne af de deri stillede spørgsmål eller de deri krævede dokumenter.

135 — Den appellerede doms præmis 855.

136 — I denne retning domme Lestelle mod Kommissionen (C-30/91 P, EU:C:1992:252, præmis 28), FIAMM m.fl. mod Rådet og Kommissionen (C-120/06 P og C-121/06 P, EU:C:2008:476, præmis 187) og MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 170).

137 — Domme 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 209-211), KME m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810, præmis 100) og Ziegler mod Kommissionen (C-439/11 P, EU:C:2013:513, præmis 60).

138 — Dom ThyssenKrupp mod Kommissionen (C-65/02 P og C-73/02 P, EU:C:2005:454, præmis 51 og 54) kan fortolkes således, at en bødenedsættelse er mulig, når den pågældende virksomhed blot har afstået fra at benægte Kommissionens principale påstande om de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for dens klagepunkter. Det skal dog understreges, at Domstolen i denne sag kun tog stilling til fortolkningen af en ordning, der gik forud for samarbejdsmeddelelsen fra 2002, og ikke udtalte sig om, hvad der er passende i forbindelse med Domstolens udøvelse af den fulde prøvelsesret i henhold til artikel 261 TEUF.

250. Domstolen undersøger kun, om Retten har begået åbenbare fejl ved udøvelsen af denne beføjelse i henhold til artikel 261 TEUF¹³⁹. Der antages at foreligge sådanne fejl, hvis Retten 1) ikke har taget hensyn til omfanget af sine beføjelser i henhold til artikel 261 TEUF¹⁴⁰, 2) ikke i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle relevante forhold¹⁴¹ og 3) har lagt urigtige retlige kriterier til grund¹⁴², navnlig med hensyn til ligebehandlingsprincippet¹⁴³ og proportionalitetsprincippet¹⁴⁴.

251. Det foreliggende tilfælde kan henføres til den anden af disse kategorier, eftersom Retten ikke i tilstrækkelig grad tog stilling til alle relevante forhold ved udøvelsen af sin beføjelse i henhold til artikel 261 TEUF. For det første sondrede den som tidligere nævnt ikke mellem frivilligt samarbejde og spontant samarbejde¹⁴⁵. For det andet undersøgte den ikke, hvilke negative virkninger Unionens retsinstansers praksis med at nedsætte bøder på grund af frivilligt, men ikke spontant samarbejde kan have for samarbejdsordningens funktion og – mere generelt – for den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne¹⁴⁶.

252. Kommissionens første appelanbringende bør derfor tages til følge.

2. Det andet appelanbringende: økonomisk enhed som betingelse for, at formildende omstændigheder kan overføres fra datter- til moderselskabet

253. Kommissionen har kun fremført sit andet appelanbringende subsidiært for det tilfælde, at den ikke får medhold i sit første appelanbringende. Selv om jeg netop har foreslået, at det første appelanbringende tages til følge¹⁴⁷, vil jeg for fuldstændighedens skyld gennemgå det andet anbringende i korte træk i det følgende.

254. Kommissionen har gjort gældende, at Retten begik en retlig og begrundelsesmæssig fejl ved også at lade den bødenedsættelse, som Weichert blev indrømmet på grund af samarbejdet under den administrative procedure, komme Del Monte til gode uden at undersøge, om Del Monte og Weichert stadig var del af én og samme virksomhed.

a) Formaliteten

255. Del Monte mener, at Kommissionens andet appelanbringende bør afvises, fordi Kommissionen hverken i den omtvistede beslutning eller under sagen ved første instans har argumenteret for, at Del Monte og Weichert skal behandles særskilt med hensyn til bødens størrelse.

256. Denne indsigelse bør tages til følge.

139 — Dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 365).

140 — Jf. herved mine forslag til afgørelse Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen (C-105/04 P, EU:C:2005:751, punkt 137) og Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:248, punkt 190); i samme retning domme Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, præmis 155 og 156) og Kone m.fl. mod Kommissionen (C-510/11 P, EU:C:2013:696, præmis 40 og 42).

141 — Domme Baustahlgewebe mod Kommissionen (C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 128), Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-13/02 P, EU:C:2005:408, præmis 244 og 303) og Papierfabrik August Köhler m.fl. mod Kommissionen (C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P, EU:C:2009:500, præmis 125).

142 — Domme Baustahlgewebe mod Kommissionen (C-185/95 P, EU:C:1998:608, præmis 128), Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-13/02 P, EU:C:2005:408, præmis 244 og 303) og Papierfabrik August Köhler m.fl. mod Kommissionen (C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P, EU:C:2009:500, præmis 125).

143 — Domme Weig mod Kommissionen (C-280/98 P, EU:C:2000:627, præmis 63 og 68) og Sarrió mod Kommissionen (C-291/98 P, EU:C:2000:631, præmis 97 og 99).

144 — Domme E.ON Energie mod Kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738, præmis 126) og Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, præmis 165).

145 — Jf. punkt 237-241 og punkt 246 i dette forslag til afgørelse.

146 — Jf. punkt 242-245 i dette forslag til afgørelse.

147 — Jf. punkt 252 i dette forslag til afgørelse.

257. Det kan ganske vist ikke lægges Kommission til last, at det omhandlede spørgsmål ikke blev berørt i den omtvistede beslutning, eftersom Kommissionen kun nedsatte bøderne for de begivenheder, der fandt sted i perioden fra 2000 til 2002, i denne beslutning. Problemet med forskellige bøder til de to selskaber forelå ikke, eftersom Kommissionen stadig betragtede Del Monte og Weichert som én virksomhed for så vidt angår denne periode.

258. Kommissionen kunne og skulle imidlertid have fremført sit argument senest under sagen ved første instans. Del Monte havde i denne sag nedlagt påstand om nedsættelse af bøden, fordi Weichert samarbejdede med Kommissionen under den administrative procedure. Kommissionen kunne til dette anbringende have anført, at Del Monte og Weichert ikke siden 2002 – og ikke mindst under den administrative procedure – havde udgjort én virksomhed, og at Del Monte derfor ikke skulle belønnes for Weicherts eventuelle samarbejde med Kommissionen.

259. Under disse omstændigheder er det således vanskeligt at argumentere for, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har fremsat et appelanbringende, der er afledt af selve den appellerede dom og derfor nødvendigvis må kunne realitetsbehandles¹⁴⁸. Hertil kommer, at Retten efter fast retspraksis¹⁴⁹ ikke ved udøvelsen af sin fulde prøvelsesret (artikel 261 TEUF, sammenholdt med artikel 31 i forordning nr. 1/2003) er forpligtet til af egen drift at foretage en ny og fuldstændig undersøgelse af sagen og i den forbindelse behandle problemer som det, Kommissionen har peget på her.

260. Hvis Kommissionen fik adgang til først at rejse det pågældende problem under appelsagen, ville det være ensbetydende med, at den kunne forelægge Domstolen en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Dette er ikke tilladt i en appelsag¹⁵⁰.

b) Realiteten

261. Såfremt Domstolen alligevel vælger at antage det andet appelanbringende til realitetsbehandling, skal det tilføjes, at Kommissionens klagepunkt er materielt korrekt.

262. Som Domstolen for nylig har fastslået, kan en bødenedsættelse, der indrømmes en karteldeltager for dennes samarbejde med Kommissionen under den administrative procedure, ikke udvides til at omfatte et selskab, som under hele eller en del af overtrædelsesperioden havde været en del af den økonomiske enhed, der udgjordes af den første virksomhed, men som var trådt ud af denne enhed på det tidspunkt, hvor nævnte virksomhed samarbejdede med Kommissionen¹⁵¹.

263. I modsætning til, hvad Del Monte og Weichert synes at mene, kan moderselskabets solidariske ansvar for overtrædelser af kartelreglerne begået af et datterselskab, som det øver afgørende indflydelse på, ikke reduceres til et rent accessorisk forhold som det, der f.eks. foreligger ved kaution. I denne forbindelse har Domstolen dog betegnet moderselskabets ansvar som »afledt og accessorisk«, for så vidt som det afhænger af, om der foreligger en overtrædelse, og af overtrædelsens varighed¹⁵². Der findes i øvrigt intet almindeligt EU-retligt princip om, at moderselskabet aldrig vil kunne tilpligtes at betale en højere bøde end datterselskabet¹⁵³.

148 — Jf. herved domme Kommissionen mod Siemens Österreich m.fl. (C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 100-102) og FLS Plast mod Kommissionen (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, præmis 48).

149 — Domme Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 66), Kone m.fl. mod Kommissionen (C-510/11 P, EU:C:2013:696, præmis 32) samt Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 55).

150 — Domme 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 165), Sverige mod API og Kommissionen (C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, EU:C:2010:541, præmis 126) samt Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 99).

151 — Dom FLS Plast mod Kommissionen (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, præmis 85); i samme retning allerede dom FLSmidth mod Kommissionen (C-238/12 P, EU:C:2014:284, præmis 85).

152 — Dom Kommissionen mod Tomkins (C-286/11 P, EU:C:2013:29, præmis 38 og 39).

153 — Dom FLS Plast mod Kommissionen (C-243/12 P, EU:C:2014:2006, præmis 107).

3. Sammenfatning vedrørende hovedappellen i sag C-294/13 P

264. Det må således konkluderes, at Kommissionens appel i sag C-294/13 P for så vidt angår det første appelanbringende bør tages til følge i sin helhed, og at punkt 1 i den appellerede doms konklusion derfor bør ophæves (artikel 61, stk. 1, første punktum, i statuten for Domstolen). Det er under disse omstændigheder ikke nødvendigt at tage stilling til det andet appelanbringende, der ganske vist bygger på et materielt korrekt grundlag, men ikke opfylder de formelle krav.

E – Weicherts og Del Montes kontraappeller i sag C-294/13 P: omfanget af retten til ikke at inkriminere sig selv

265. Weicherts og Del Montes kontraappeller i sag C-294/13 P er rettet mod den appellerede doms præmis 839 og vedrører det samme retlige problem. De har anført, at Retten gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse ved ikke at undersøge, om de begæringer om oplysninger, som Kommissionen rettede til Weichert, var forenelige med retten til ikke at inkriminere sig selv (nemo tenetur se ipsum accusare)¹⁵⁴.

266. De to kontraappellanter har kun fremsat dette klagepunkt i tilfælde af, at Domstolen tilslutter sig den antagelse, som Kommissionen har anlagt i hovedappellen, og går ud fra, at Weichert er retligt forpligtet til at efterkomme anmodninger om oplysninger som omhandlet i artikel 18, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

267. Som jeg tidligere har nævnt¹⁵⁵, var Weicherts adfærd under den administrative procedure ikke af en sådan karakter, at den kunne anses for en formildende omstændighed og begrunde en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen. Weichert efterkom ikke desto mindre Kommissionens anmodninger om oplysninger *frivilligt*, og når der ikke var vedtaget en beslutning i medfør af artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 1/2003, var Weichert *ikke forpligtet* til at give Kommissionen de oplysninger, som den havde bedt om. Kommissionens anmodninger om oplysninger kunne af samme grund ikke umiddelbart forpligte Weichert til at inkriminere sig selv¹⁵⁶.

268. De to kontraappeller i sag C-294/13 P er som følge heraf uden genstand, og det er ufornuddent at træffe afgørelse herom.

V – Fornytt fastsættelse af bøden

269. Det følger af det ovenfor anførte, at det kun er Kommissionens appel i sag C-294/13 P, der kan tages til følge. Da jeg i forbindelse med denne appel har foreslået, at punkt 1 i den appellerede doms konklusion ophæves¹⁵⁷, skal størrelsen af den bøde, som Del Monte og Weichert blev pålagt in solidum i den omtvistede beslutnings artikel 2, litra c), vurderes på ny.

270. Parterne havde mulighed for at drøfte alle relevante aspekter både under sagen for Retten og under den foreliggende appelsag. De faktiske omstændigheder kræver ingen yderligere opklaring. Sagen er dermed moden til påkendelse (artikel 61, stk. 1, andet punktum, i statuten for Domstolen).

154 — Domme Orkem mod Kommissionen (374/87, EU:C:1989:387, præmis 28-35), Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 62-65) og Kommissionen mod SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:432, præmis 40-49).

155 — Jf. herved min gennemgang af Kommissionens første appelanbringende i sag C-294/13 P (punkt 232-252 i dette forslag til afgørelse).

156 — Jf. i denne retning domme Dalmine mod Kommissionen (C-407/04 P, EU:C:2007:53, præmis 34 og 35) og Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen (C-125/07 P, C-133/07 P og C-137/07 P, EU:C:2009:576, præmis 271 og 272).

157 — Jf. punkt 264 i dette forslag til afgørelse.

271. Domstolen har inden for rammerne af sin ret til selv at træffe endelig afgørelse fuld prøvelsesret som fastsat i artikel 261 TEUF, sammenholdt med artikel 31 i forordning nr. 1/2003. Domstolen kan således også frit fastsætte bøden på ny¹⁵⁸.

272. Den urigtige retsanvendelse, der har fundet sted i den appellerede dom, bør udbedres, ved at den af Retten indrømmede nedsættelse af bøden med 10% på grund af Weicherts samarbejde under den administrative procedure ophæves¹⁵⁹.

273. Eftersom Weichert under den administrative procedure stædigt benægtede, at der forelå en overtrædelse¹⁶⁰, vil det desuden være muligt at forhøje bøden. Den fulde prøvelsesret indbefatter i princippet også denne mulighed¹⁶¹, og der foreligger intet forbud mod reformatio in peius under sagen for Retten eller appellsagen. Unionens retsinstanser er heller ikke bundet af parternes påstande vedrørende bødens størrelse, såfremt de holder sig inden for rammerne af annulationssøgsmålets eller appellsagens genstand.

274. Jeg vil dog alligevel fraråde, at bøden forhøjes i den foreliggende sag. Selv om Weichert stædigt benægtede, at der forelå en overtrædelse, efterkom selskabet til stadighed alle Kommissionens anmodninger om oplysninger korrekt. Sanktionen kan ikke skærpes, alene fordi virksomheden benægter, at den adfærd, der lægges den til last, er ulovlig, hvilket enhver part har ret til som følge af uskyldsformodningen og retten til forsvar.

275. Parterne tilsluttede sig også dette synspunkt under retsmødet for Domstolen, hvor alle de nævnte aspekter blev drøftet. Kommissionen afviste bl.a., at benægtelsen af overtrædelsen i sig selv kunne anses for en skærpende omstændighed.

276. Når der ses bort fra de ovenfor nævnte spørgsmål om passende vurdering af virksomheders adfærd under den administrative procedure, kan jeg i det foreliggende tilfælde ikke få øje på nogen omstændigheder, der kunne tyde på, at den bøde, Del Monte og Weichert er blevet pålagt, er beregnet forkert, er uforholdsmæssig eller blot urimelig.

277. Under en fornyet afvejning af alle sagens omstændigheder og navnlig af overtrædelsens karakter, grovhed og varighed forekommer en bøde på 9,8 mio. EUR at være passende, henset til gerning og skyld, og Del Monte og Weichert bør fortsat hæfte solidarisk for denne bøde.

VI – Sagens omkostninger

278. Såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagens omkostninger (procesreglementets artikel 184, stk. 2).

279. Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, sammenholdt med artikel 184, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Del Monte og Weichert ikke har fået medhold i deres påstande – hverken i deres egne appeller eller kontraappeller eller i forbindelse med andre parters appeller – bør de tilpligtes at bære deres egne omkostninger i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P samt at betale alle Kommissionens omkostninger i de to sager in solidum¹⁶².

158 — Jf. herved domme Kommissionen mod Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 218) og Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 79).

159 — Den appellerede doms præmis 856.

160 — Den appellerede doms præmis 855.

161 — Dom Groupe Danone mod Kommissionen (C-3/06 P, EU:C:2007:88, præmis 61).

162 — I denne retning dom D og Sverige mod Rådet (C-122/99 P og C-125/99 P, EU:C:2001:304, præmis 65). I denne sag havde D og Kongeriget Sverige også anlagt to særskilte retssager og blev dømt til at betale sagens omkostninger in solidum.

VII – Forslag til afgørelse

280. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) Punkt 1 i konklusionen i dom Fresh Del Monte Produce mod Kommissionen (T-587/08, EU:T:2013:129) ophæves.
- 2) Den bøde, som Europa-Kommissionen pålagde den 15. oktober 2008 i artikel 2, litra c), i beslutning K(2008) 5955 endelig, fastsættes til 9 800 000 EUR.
- 3) Appellen og kontraappellen i sag C-293/13 P forkastes.
- 4) Det er uforholdsmæssigt at træffe afgørelse om de to kontraappeller i sag C-294/13 P.
- 5) Fresh Del Monte Produce, Inc. og Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG bærer deres egne omkostninger i sagerne C-293/13 P og C-294/13 P. Disse selskaber betaler i øvrigt alle Kommissionens omkostninger i begge sager in solidum.«