FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 29. oktober 1998 *

Indhold

I — Indledning I-1373

II — Retlige og faktiske omstændigheder I-1373

A — Den anfægtede beslutning I-1373

B — 1986-forordningen I-1376

III — Oversigt over appellen I-1378

IV — Kollektiv dominerende stilling I-1378

A — Indledning I-1378

B — Appellanternes argumenter I-1379

C — Indholdet af begrebet kollektiv dominans I-1380

D — Tilstrækkelig begrundelse I-1386

E — Konklusion I-1390

V — Cewal's misbrug I-1390

A — Ogefrem-misbruget I-1390

i) Baggrund I-1390

ii) Oversigt over indlæg i appellen I-1393

iii) Gennemgang af appellanternes klagepunkter I-1394

a) Retten til en retfærdig rettergang I-1394

b) Opfordring til en regering til at handle I-1394

— Indledning I-1394

— »Act of State«-doktrinens relevans I-1395

— Ogefrem-aftalens egentlige karakter I-1399

c) Den formodede modsigelse i den appellerede dom I-1401

d) Ogefrem-adfærdens tilladelighed efter artikel 86 ..... I-1401

B — Anvendelse af »fighting ships« I-1401

i) Indledning I-1401

ii) Anbringender vedrørende proceduren I-1402

a) Baggrund I-1402

* Originalsprog: engelsk.

b) Den appellerede dom I-1405

c) Argumenterne i den foreliggende appel I-1405

d) Analyse I-1406

iii) Misbruget i den omtvistede praksis I-1409

a) De relevante spørgsmål I-1409

b) Analyse I-1411

— Misbrugets multilaterale karakter I-1411

— Hensigten om at udelukke konkurrence I-1412

— Afvigelse fra konferencetariffen I-1413

— Fordeling af indtægtstab I-1413

— Retspraksis om »underbuds-priser« I-1414

— Hvorvidt praksis med »fighting ships« har karakter af misbrug ... I-1417

C — Pålæggelsen af 100%'s loyalitetsaftaler I-1421

i) Indledning I-1421

ii) Indholdet I-1422

iii) Første led: fejlfortolkning af 1986-forordningen — »påtvingelse« af loyalitet I-1423

a) Første subsidiære punkt — fob-salg I-1424

b) Andet subsidiære punkt — sortlistning I-1425

iv) Andet led: Kommissionen kan ikke pålægge bøder, før den har trukket fritagelsen tilbage I-1428

VI — Bøderne I-1431

A — Indledning I-1431

B — Domstolens kompetence I-1431

C — Appellanternes anbringender I-1432

D — Analyse I-1433

i) Tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang I-1433

ii) Andre anbringender I-1437

iii) Renten I-1438

E — Opsummering af anbefalinger I-1439

VII — EMK I-1440

VIII — Sagens omkostninger I-1440

IX — Forslag til afgørelse I-1441

I — Indledning

1. Denne appelsag giver Domstolen mulighed for for første gang at overveje anvendelsen af traktatens konkurrencebestemmelser på linjekonferencer. Den vedrører konstateringen af et misbrug af en kollektiv dominerende stilling fra medlemmer af en linjekonference, Central and West African Conference (herefter »Cewal«), der driver linjefart mellem Zaire og visse havne i Nordeuropa. Appellanterne anfægter en antagelse vedrørende den kollektive karakter af den af Kommissionen konstaterede dominerende stilling. Appellen rejser ligeledes spørgsmål vedrørende et anbringende om tilskyndelse til statsstøtte, de fremgangsmåder, der skal følges i henhold til den gældende forordning, der implementerer konkurrencereglerne i søtransportsektoren, og anvendelsen af traktatens artikel 86 på prisfastsættelse i form af den såkaldte »fighting ships«-adfærd. Appellanterne gør ligeledes flere procedurerelaterede anbringender gældende vedrørende Kommissionens og Rettens behandling af sagen.

II — Retlige og faktiske omstændigheder

A — *Den anfægtede beslutning*

2. Artikel 1, stk. 3, litra b), i Rådets forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22. december 1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport (herefter »1986-forordningen«)[1] definerer en linjekonference som »en gruppe på to eller flere linjerederier, som driver international linjefart med godsbefordring i en eller flere bestemte ruter inden for et fastsat geografisk område, og som har en aftale eller en ordning, hvorefter virksomheden drives i henhold til ensartede eller fælles fragtrater og andre aftalte vilkår for sådan rutefart«.

3. Kommissionens beslutning 93/82/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal, Cowax, Ukwal) og EØF-traktatens artikel 86 (IV/32.448 og IV 32.440: Cewal) (herefter »beslutningen«)[2] er genstand for nærværende appel. Beslutningen blev vedtaget i henhold til 1986-forordningen. Heri beskriver Kommissionen Cewal som en linjekonference, hvis medlemmer driver »linjefart mellem havne i Zaire[3] og Angola og havne på Nordsøkysten (undtagen britiske havne«)[4]. På baggrund af klager modtaget i juli 1987 undersøgte Kommissionen forskellige påstande om konkurrenceskadelig adfærd fra medlemmerne af Cewal og andre linjekonferencer, der driver linjefart mellem Europa og Vest- og Centralafrika. I beslutningen konkluderede Kommissionen, at tre linjekonferencer havde overtrådt artikel 85, og at medlemmerne af Cewal-konferencen havde mis-

1 — EFT L 378, s. 4

2 — EFT 1993 L 34, s. 20.

3 — Nu Den Demokratisk Republik Congo.

4 — Første punkt i beslutningens betragtninger. Der er i alt 119 punkter i denne præambel, som i det følgende for nemhedens skyld blot benævnes som »punkter« i beslutningen.

brugt en kollektiv dominerende stilling i strid med artikel 86. Fire af medlemmerne af Cewal-konferencen (nemlig Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien og Nedlloyd Lijnen) blev pålagt bøder, hvor Compagnie maritime belge (herefter »CMB«) fik den højeste bøde (9,6 mio. ECU eller 95% af det samlede bødebeløb).

4. Disse fire medlemmer af Cewal-konferencen (herefter, i forbindelse med sagen for Retten i Første Instans, »sagsøgerne«) har i henhold til EF-traktatens artikel 173 anlagt annullationssøgsmål til prøvelse af beslutningen ved Retten i Første Instans. Ved dom af 8. oktober 1996 (herefter »den appellerede dom«) frifandt Retten, idet den dog nedsatte de fire pålagte bøder med 10% hver [5], imidlertid Kommissionen [6]. Selv om annullationssøgsmålene omfattede Kommissionens konstatering af en overtrædelse af såvel traktatens artikel 85 som artikel 86, har CMB og Dafra-Lines (herefter »Dafra«) begrænset nærværende appel til Domstolen til de dele af den appellerede dom, som opretholdt Kommissionens konstatering af misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 86, og som i det væsentlige opretholdt de af Kommissionen i denne henseende pålagte bøder [7].

5. I overensstemmelse med en adfærdskodeks for linjekonferencer, som er fastsat af De Forenede Nationers Konference om Handel og Udvikling (herefter »UNCTAD-kodeksen«) er fordelingen af den last, der transporteres af en linjekonference, underlagt en 40: 40: 20-regel (herefter »UNCTAD's 40: 40: 20-regel«), hvilket indebærer, at der tilkommer de nationale rederier i hver ende af en given rute mellem to lande 40% af den transporterede last, mens de resterende 20% tilkommer tredjelandsrederier, der er medlemmer af konferencen. Visse afrikanske lande hævdede, hvilket vil blive nærmere behandlet senere, at UNCTAD-reglen fandt anvendelse på al last og ikke kun på konferencelast. Med hensyn til søvejene mellem Nordeuropa og Zaire, blev fordelingen af fragt i henhold til UNCTAD-reglen gennemført fra midten til slutningen af 1980'erne ved hjælp af forskellige foranstaltninger, hvoraf den vigtigste for denne appelsag er indgåelsen i 1985 af en samarbejdsaftale (herefter »Ogefrem-aftalen«) mellem det zairske Office de gestion du fret maritime (herefter »Ogefrem«) og Cewal. I henhold til artikel 1, stk. 1, i Ogefrem-aftalen er Cewal og Ogefrem forpligtet til at sikre, at »alt gods, som transporteres inden for Cewal's forretningsområde, tildeles rederier, der er medlemmer af denne konference«, mens denne regel i henhold til stk. 2 kun kan fraviges »med begge parters samtykke«. Til trods for disse bestemmelser besluttede Ogefrem i 1986 ensidigt, at et konkurrerende rederi, Grimaldi og Cobelfret (herefter »G & C«), kunne varetage ca. 2% af transporten til og fra Zaire, en procentdel, som synes at have været stigende i de følgende år, men endnu

5 — CMB's bøde blev nedsat med 960 000 ECU og de øvrige bøder med 20 000 ECU for så vidt angik Dafra-Lines og Deutsche Afrika-Linien og med 10 000 ECU for så vidt angik Nedlloyd Lijnen.

6 — Jf. dom af 8.10.1996, forenede sager T-24/93 — T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1201.

7 — Herefter vedrører alle henvisninger til »artikel 85 og 85« artikel 85 og 86 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab.

ikke i en sådan grad, at Cewal's dominerende stilling blev påvirket[8].

6. Udelukkende Kommissionens konstateringer vedrørende artikel 86 og de pålagte bøder har relevans for den af CMB og Dafra (herefter »appellanterne«, men som forklaret i punkt 4 ovenfor »sagsøgerne«) iværksatte appel[9]. Kommissionen fastslog, at »alle søruterne mellem Zaire og de nordeuropæiske havne, som Cewal-medlemmerne benytter, udgør et særskilt marked«[10]. Kommissionen henviste ligeledes til de fordele, Cewal har opnået ved Ogefrem-aftalen, det rutenet og den flådekapacitet, Cewal råder over, og den afgangsfrekvens, konferencen kan tilbyde, samt de erfaringer, Cewal har indhøstet i en trafik, som den har drevet i en lang årrække. Kommissionen konkluderede, at medlemmerne af Cewal kollektivt har en væsentlig dominerende stilling på dette marked, såvel på grund af dens store markedsandel som andre faktorer.

7. Kommissionen fandt, at »Cewal har misbrugt sin dominerende stilling ved på tre forskellige måder [...] at have forsøgt at eliminere sin vigtigste konkurrent (G & C)«[11]. Disse måder, som fremgår af beslutningens artikel 2, er følgende:

— »ved at have deltaget i iværksættelsen af samarbejdsaftalen med Ogefrem og gentagne gange at have krævet denne aftale strengt overholdt«

— »ved at ændre sine takster til at afvige fra de gældende takster, med henblik på at tilbyde takster, der var identiske med eller lavere end taksterne fra den principale udenforstående konkurrent på samme afgangsdag eller tilstødende dage (en praksis benævnt 'fighting ships')«

og

— »ved at have udarbejdet loyalitetsaftaler, som blev gennemtvunget 100% (herunder for varer, solgt fob)[12], og som var mere vidtgående end i artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF)

8 — I punkt 14 i den offentliggjorte version af beslutningen (op.cit, fodnote 2 ovenfor) undlod Kommissionen, i henhold til artikel 24, stk. 2, i 1986-forordningen om ikke at afsløre forretningshemmeligheder, at offentliggøre tallene for Cewal's markedsandel i henholdsvis 1989 og 1992. I appelskriftet henviser appellanterne selv, uden at det bestrides, til de udeladte oplysninger.

9 — Det skal imidlertid bemærkes, at i beslutningens artikel 1 fastslog Kommissionen, at aftaler om opdeling af markedet for trafikken mellem Vestafrika og Nordeuropa, der involverede tre linjekonferencer, nemlig Cewal, Cowac og Ukwal, hvorved disse har aftalt at handle på særskilte markeder, var udtryk for en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke kunne undtages hverken i henhold til artikel 85, stk. 3, eller i henhold til artikel 3 i 1986-forordningen.

10 — Beslutningens punkt 56.

11 — Beslutningens punkt 62.

12 — Ved fob-salg er sælger udelukkende ansvarlig for udgifter i forbindelse med at varerne lastes på skibet.

nr. 4056/86, med anvendelse af den i nærværende beslutning omhandlede 'sortlistning' af illoyale afskibere« [13].

Ved artikel 3, andet punktum, pålagde Kommissionen medlemmerne af Cewal at bringe de i artikel 2 nævnte overtrædelser til ophør, mens den i artikel 5 »henstiller« til Cewal's medlemmer, at bestemmelserne i deres loyalitetsaftaler bringes »i overensstemmelse med artikel 5, nr. 2, i forordning (EØF) nr. 4056/86«. I artikel 6 pålægges de bøder, der allerede er omtalt (jf. punkt 3 ovenfor).

B — *1986-forordningen*

8. Rådets forordning nr. 17/62 [14] finder ikke anvendelse på transportsektoren. I 1986-forordningen er der således fastlagt »de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport« [15]. Som det fremgår af 16. betragtning, fastsætter den »de procedurer samt beslutnings- og sanktionsbeføjelser, der er nødvendige for at sikre overholdelsen af de i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 fastsatte forbud samt af betingelserne for anvendelse af artikel 85, stk. 3«.

9. Artikel 3 i 1986-forordningen indeholder bestemmelse om »fritagelse for så vidt angår aftaler mellem linjerederier« (herefter »fritagelsen«), som har følgende ordlyd:

»Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis mellem alle eller nogle af en eller flere linjekonferencers medlemmer om fastsættelse af priser og transportbetingelser, hvorved der tilstræbes et eller flere af følgende mål:

a) at samordne fartplaner eller tidspunkter for afsejling eller anløb

b) at bestemme hyppigheden af afsejlinger eller anløb

c) at samordne eller fordele afsejlingerne eller anløbene mellem konferencens medlemmer

d) at regulere den transportkapacitet, der tilbydes af hvert enkelt medlem

e) at fordele godsmængderne eller indtægterne mellem medlemmerne

fritages fra forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, på de i denne forordnings artikel 4 fastsatte vilkår.«

13 — Dvs. lister over afskibere som, selv lejlighedsvist, anvendte alternativ transport fra G & C; jf. navnlig beslutningens punkt 29 samt anden fodnote til dette punkt i beslutningen.

14 — Rådets forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

15 — Artikel 1, stk. 1.

Anvendelsen af fritagelsen er, i henhold til artikel 4, udtrykkeligt afhængig af den »betingelse«, at aftalen eller anden således fritaget adfærd »ikke inden for Fællesskabet påfører bestemte havne, transportbrugere eller transportvirksomheder ved for transport af samme slags gods inden for det af aftalen [...] omfattede område at anvende forskellige transportrater og -vilkår, fastsat under hensyn til godsets oprindelses- eller bestemmelsesland eller indskibnings- eller udskibningshavn, medmindre der er en økonomisk begrundelse for disse transportrater og -vilkår«. I tilfælde af overtrædelse af denne betingelse har aftalen eller enhver udskillelig del af en aftale, som ikke er i overensstemmelse med betingelsen, »efter traktatens artikel 85, stk. 2, ingen retsvirkning«.

10. På den anden side knytter artikel 5 en række »forpligtelser« til anvendelsen af fritagelsen. Hvad angår »loyalitetsaftaler« fastsættes det i artikel 5, stk. 2, at en konferences medlemslinjer »har ret til at indgå og opretholde loyalitetsaftaler med transportbrugere. Aftalernes form og indhold skal gøres til genstand for konsultationer mellem konferencen og transportbrugerens organisationer«. Loyalitetsaftalerne skal imidlertid opfylde forskellige betingelser, herunder i henhold til artikel 5, stk. 2, litra b), nr. i), kravet om at »100% loyalitetsaftaler må tilbydes, men må ikke påtvinges ensidigt«. I henhold til artikel 5, stk. 4, der har overskriften »Adgang til tariffer«, skal tariffer mod »et rimeligt gebyr stilles til rådighed for transportbrugeren, eller de skal være fremlagt til gennemsyn på linjernes kontorer og hos deres agenter«.

11. Artikel 7 vedrører virkningen af tilsidesættelse af »en forpligtelse, der i henhold til artikel 5 er knyttet til den i artikel 3 hjemlede fritagelse [...]«. Artikel 7, stk. 1, giver Kommissionen ret til, i overensstemmelse med procedurereglerne i afsnit II i 1986-forordningen, at:

»— rette henstillinger til de pågældende parter

— dersom sådanne henstillinger ikke efterkommes, og afhængig af hvor alvorlige de begåede overtrædelser er, vedtage en beslutning, hvorved det enten forbydes dem at foretage eller pålægges dem at foretage bestemte handlinger, eller hvorved der, idet den gruppefritagelse, de havde opnået, trækkes tilbage, meddeles dem en individuel fritagelse i henhold til artikel 11, stk. 4, eller hvorved den gruppefritagelse, de havde opnået, fratages dem«.

12. Endelig har artikel 8 i 1986-forordningen overskriften »Virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86«. I henhold til artikel 8, stk. 1, »[forbydes] misbrug af dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86, [...] uden at forudgående afgørelse herom er påkrævet«. Artikel 8, stk. 2, vedrører specifikke sager, hvor Kommissionen konstaterer, at »konferencers praksis, der er fritaget i henhold til artikel 3, i et givet tilfælde alligevel har

virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86 [...]«. Det bestemmes, at Kommissionen kan »tilbagekalde gruppefritagelsen og [...] træffe alle passende foranstaltninger med henblik på at bringe overtrædelsen af artikel 86 til ophør«.

III — Oversigt over appellen

13. Den foreliggende appelsag er begrænset til en bestridelse af, for det første, den påståede kollektive karakter af den dominerende stilling, som det antages, at medlemmerne af Cewal indtager, for det andet hver af de tre konstateringer af misbrug af denne dominerende stilling, og for det tredje de pålagte bøder. Appellanterne hævder, at bøderne bør nedsættes, og at den af Kommissionen anvendte bødepålæggelsesprocedure er af strafferetlig karakter og, i givet fald, udgør en tilsidesættelse af artikel 6, stk. 3 og 7, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention (herefter »EMK«). Endelig påstås det ligeledes, at Retten i Første Instans, ved at have omformuleret nogle af de i beslutningen nævnte former for misbrug, har tilsidesat EMK's artikel 7, stk. 1.

14. Kommissionen, som støttes af intervenienten G & C, påstår appellen forkastet i det hele. For så vidt som G & C ligeledes hævder, at visse dele af appellen ikke kan antages til realitetsbehandling, må deres intervention, i forsøget på at gå videre end Kommissionens påstand, efter min opfattelse afvises, i henhold til artikel 93, stk. 5, litra a), i Domstolens procesreglement.

IV — Kollektiv dominerende stilling

A — *Indledning*

15. Kommissionen konkluderede, at medlemmerne af Cewal samlet indtog en dominerende stilling »som omhandlet i artikel 86 inden for den gruppe søruter, konferencen opererer på mellem Nordeuropa og Zaire« (beslutningens punkt 61). Da jeg ikke ser nogen væsentlig forskel mellem »samlet« og »kollektiv« i denne kontekst, anvendes sidstnævnte term, eftersom denne sædvanligvis anvendes af Domstolen. Hverken definitionen af det relevante marked eller fastsættelsen af markedsandele er genstand for denne appelsag. Appellanterne bestrider blot den kollektive karakter af deres markedsposition.

B — *Appellanternes argumenter*

16. Ifølge appellanterne er de tre betingelser for, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling hos uafhængige virksomheder følgende:

— De pågældende virksomheder skal være forbundet med tilstrækkelig tætte økonomiske bånd.

— Disse bånd skal være af en sådan karakter, at virksomhederne fører samme markedspolitiske linje.

— Kollektivt må virksomhederne have en stærk økonomisk stilling, der gør det muligt at hindre opretholdelse af effektiv konkurrence på markedet.

Hertil tilføjer appellanterne, at de påståede økonomiske forbindelser ikke kan godtgøres på grundlag af faktiske omstændigheder, som udgør en overtrædelse af artikel 85.

17. Appellanterne gør i det væsentlige gældende, at:

— Beslutningen og den appellerede dom fejlagtigt var baseret på en samordnet praksis mellem Cewal's medlemmer, som ville kunne henføres til artikel 85, men som ikke blot kan »genbruges« som grundlag for at konstatere, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling ifølge artikel 86.

— Beslutningen indeholdt ikke tilstrækkelig begrundelse for en anvendelse af artikel 86 på Cewal's medlemmer som helhed, og Retten i Første Instans overskred sine beføjelser ved at supplere Kommissionens utilstrækkelige begrundelse.

18. Appellanterne har anført, at Retten i Første Instans ikke besvarede det første af disse punkter. Det er korrekt, at den appellerede dom, som (i præmis 54) nævner appellanternes påstand om, at Kommissionen »blot (har) 'genbrugt' de omstændigheder, som udgør en overtrædelse af artikel 85, men som er fritaget i henhold til forordning nr. 4056/86, som grundlag for at fastslå, at sagsøgerne har overtrådt artikel 86«, ikke udtrykkeligt tager stilling til dette anbringende i dens diskussion (præmis 59-68) af kollektiv dominerende stilling. Det skal dog bemærkes, at Retten i Første Instans diskuterede og med føje forkastede appellanternes hovedanbringende, nemlig »at begrebet kollektiv domi-

nerende stilling alene omfatter kollektivt misbrug, begået af virksomheder, som *hver især* har en dominerende stilling« (præmis 60, min fremhævelse). Dette anfægtes ikke i appelsagen.

C — *Indholdet af begrebet kollektiv dominans*

19. Det eneste væsentlige problem under denne overskrift, som blev rejst i appelsagen, er, hvorvidt det er tilladeligt at henvise til adfærd, der udgør samordnet eller koordineret praksis, og således i strid med artikel 85 (medmindre den er fritaget) med henblik på at fastslå, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling efter artikel 86. Appellanterne hævder, at Kommissionen og Retten i Første Instans i strid med retspraksis blot har »genbrugt« visse aftaler eller samordnet praksis mellem Cewal's medlemmer, mens de økonomiske forbindelser, som kræves for at fastslå, at der er tale om en kollektiv dominerende stilling, skal være af en »anden karakter«. Kommissionen gør på den anden side gældende, at i princippet kan den samme virksomheds adfærd både være udtryk for en samordnet praksis i artikel 85's forstand og et misbrug af en dominerende stilling i artikel 86's forstand. Det egentlige spørgsmål på dette trin er imidlertid ikke misbruget, men hvorvidt der foreligger en kollektiv dominerende stilling.

20. Spørgsmålet om det såkaldte »genbrug« kan ikke løses uden at tage hensyn til arten af den kollektive eller fælles dominerende stilling, sådan som den har udviklet sig i retspraksis. Det rejser på sin side spørgsmålet om sondringen mellem artikel 85 og 86 og i hvilket omfang, som Domstolen har udtrykt det, de »på forskellige planer [behandler] samme genstand, nemlig opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet« [16].

21. Artikel 85 vedrører samordnet praksis mellem økonomisk uafhængige virksomheder og finder potentielt anvendelse på samtlige markeder inklusive markeder med almindelige konkurrencevilkår. Artikel 86 vedrører derimod kun de markeder, hvor konkurrencevilkårene ikke er normale på grund af en eller flere virksomheders dominerende stilling. Den adfærd, der efter artikel 86 forbydes under betegnelsen »misbrug«, er i hovedsagen ensidig [17].

22. Disse artikler, som hver især har direkte virkning [18], forfølger Ikke desto mindre det samme mål om at sikre »at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes« [19]. Der er ikke vandtætte skodder mellem artikel 85 og 86. Som Domstolen

16 — Dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215 (herefter »Continental Can-dommen«), præmis 25.

17 — Dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461 (herefter »Hoffmann-La Roche-dommen«), præmis 39.

18 — Helt tilbage i 1974 fastslog Domstolen i den første BRT-sag, dom af 30.1.1974, sag 127/73, Sml. s. 51, præmis 16, at »da forbuddene i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 ifølge selve deres natur er egnede til at skabe umiddelbare virkninger i forholdet mellem private, fremkalder de nævnte artikler umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte«.

19 — Traktatens artikel 3, litra g).

udtalte i Ahmed Saeed-sagen, »kan artikel 85 og 86 fuldt ud anvendes samtidigt« [20]. Domstolen fastslog således, at hvor et dominerende luftfartsselskab, som følge af sin økonomiske situation var i stand til at få andre virksomheder til at anvende aftalte priser, fandt både artikel 86 og 85 anvendelse, i det mindste i den forstand, at deltagelse i en aftale, som ifølge artikel 85 er forbudt, samtidig udgør et misbrug i strid med artikel 86.

23. Det er endvidere interessant at bemærke, at generaladvokat Lenz i sit forslag til afgørelse i Ahmed Saeed-sagen, idet han gav udtryk for, at det følger af ordlyden af artikel 86, at en dominerende stilling kan indehaves af »flere virksomheder i fællig«, fortsatte med at forslå, at »medlemmerne af et kartel eller deltagerne i fællesskabsretsstridige aftaler som omhandlet i EØF-traktatens artikel 85 sammen [kan] indtage en dominerende stilling« [21]. Artikel 86 sigter imidlertid ikke udtrykkeligt på en eller flere virksomheders dominerende stilling, men på »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling [...]«. Ordlyden er derfor næppe afgørende [22]. Generaladvokat Lenz foreslog naturligvis ikke, at et enkelt kartel med en stor markedsandel var tilstrækkelig til at fastslå, at der var tale om en kollektiv dominerende stilling. I dommen i sagen SIV mod Kommissionen [23] afviste Retten i Første Instans et argument, fremsat af Kommissionens befuldmægtigede under retsmødet, hvorefter det var tilstrækkeligt »at 'genbruge' de faktiske omstændigheder, der udgør gerningsindholdet for en overtrædelse af artikel 85, og på grundlag heraf fastslå, at deltagerne i en aftale eller i en ulovlig praksis tilsammen har en stor markedsandel, og at de alene af denne grund indtager en kollektivt dominerende stilling [...]« [24]. Dette resulterede i udtrykket »genbrug«. Det er derfor klart, at konstateringen af en kollektiv dominerende stilling mellem uafhængige virksomheder må støttes på mere end blot en kartellignende aftale, der går ud på at fastsætte priser eller anden samordnet markedsadfærd. Planglas-sagen udgør det første udtrykkelige forsøg på at fastslå bestanddelene i en kollektiv dominerende stilling blandt uafhængige virksomheder.

24. I den anden ende af skalaen finder man aftaler eller samordnet praksis inden for en koncern. En sådan adfærd under kontrol af et moderselskab er normalt ikke omfattet af artikel 85. Flere enheder vil snarere blive behandlet som en enkelt virksomhed, »[...] dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje, og dersom disse aftaler eller den samord-

20 — Dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m.fl. Sml. s. 803, præmis 37, herefter »Ahmed Saeed-dommen«.

21 — Loc.cit., punkt 27 i forslaget til afgørelse.

22 — Jf. leder af professor Arnull i 23 *E.L. Rev.*, juni 1998, s. 199.

23 — Dom af 10.3.1992, forenede sager T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl., Sml. II, s. 1403, herefter »Planglas-dommen«.

24 — Ibidem, præmis 360.

nede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne« [25]. Denne sondring har imidlertid ikke altid været klar. Domstolen har citeret Bodson-sagen [26] som præjudikat vedrørende kollektiv dominans, skønt udtrykket ikke optræder i dommen. I Bodson-sagen blev den omstændighed, at indehaverne af en enekoncession på bedemandsvirksomhed tilhørte samme koncern, ikke anset for afgørende for at fastslå, hvorvidt der forelå en kollektiv dominerende stilling. Der skal tages hensyn til »karakteren af forbindelserne mellem virksomhederne inden for den pågældende koncern« og navnlig til, hvorvidt de »følger samme markedspolitiske linje som fastlagt af moderselskabet« [27].

25. De to ingredienser, forbindelse og samme markedspolitiske linje, som citeret i denne passus, indgår til stadighed i retspraksis vedrørende definitionen af en kollektiv dominerende stilling. Så langt tilbage som 1975 tog Domstolen i Suiker Unie-sagen [28], hensyn til »personlige eller finansielle bånd« mellem bestemte sukkerproducenter og den største sukkerproducent på det belgiske marked sammen med den omstændighed, at de fulgte en »salgspolitik fastsat af« denne producent, ved konklusionen af, at markedsandelene for samtlige producenter skulle lægges sammen ved fastslåelsen af omfanget af den største producents dominerende stilling.

26. Dommen i sagen Almelo m.fl. [29] indeholder imidlertid den til dato tydeligste udtalelse om kollektiv dominans. Domstolen fastslog, at »en [...] dominerende stilling forudsætter [...], at koncernvirksomhederne har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje« [30]. I såvel Centro Servizi Spediporto og DIP-dommene bemærkede Domstolen ligeledes, at manglen på konkurrence mellem de påståede kollektivt dominerende virksomheder ville være et springende punkt [31]. Mere nylig i dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen tog Domstolen stilling til, om en foreslået fusion kunne medføre en kollektiv dominerende stilling på fællesskabsmarkedet for kali og stensalt-produkter til landbruget [32]. Den af Domstolen anvendte test var, hvorvidt fusionen førte

25 — Dom af 31.10.1974, sag 15/74, Centrafarm mod Sterling Drug, Sml. s. 1147, præmis 41. I dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho Europe mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457, ved kun at henvise (præmis 16) til spørgsmålet om hvorvidt datterselskaber »har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet« afviste Domstolen indirekte det synspunkt, som visse steder i teorien er fremført i lyset af Centrafarm-sagen, hvorefter begge de i denne doms præmis 41 anførte kriterier skal være opfyldt, for at en gruppe af virksomheder kan anses for at udgøre en enkelt virksomhed.

26 — Dom af 4.5.1988, sag 30/87, Sml. s. 2479.

27 — Ibidem, præmis 20.

28 — Dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Sml. s. 1663, herefter »Suiker Unie-dommen«, præmis 377 og 378.

29 — Dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Sml. I, s. 1477, præmis 41 og 42.

30 — Ibidem, præmis 42. Dette er blevet gentaget i dom af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Sml. I, s. 2883, præmis 33, og i dom af 17.10.1995, forenede sager C-140/94 til C-142/94, DIP m.fl., Sml. I, s. 3257 (herefter »DIP-dommen«), præmis 26.

31 — Jf. henholdsvis præmis 34 og 27. Som jeg fik mulighed for at bemærke i mit forslag til afgørelse i DIP-sagen (punkt 65), var der ikke i de indlæg, der blev afgivet til Domstolen, oplysninger, der tydede på, at et vist antal eller samtlige af de formodede kollektiv dominerende virksomheder »udover en virksomhed eller kommercielt er således organiseret på deres respektive markeder, således at de under alle omstændigheder over for deres leverandører, konkurrenter eller kunder virkelig kan optræde som en enkelt økonomisk enhed«.

32 — Dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og 30/95, Sml. I, s. 1375.

»til en situation, hvor den effektive konkurrence på det relevante marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen, og en eller flere udenforstående virksomheder, som, bl.a. *på grund af bestående indbyrdes relationer*, tilsammen kan følge samme markedsstrategi og i vidt omfang handle uafhængigt af de øvrige konkurrenter, af deres kunder og, i sidste instans, af forbrugerne« [33]. På baggrund af denne test fandt Domstolen, at nogle af sagsøgernes kritikpunkter af den påståede »vifte af strukturelle relationer« [34], som indrømmet af Kommissionen, var velbegrundede.

27. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at samtlige Domstolens nylige udtalelser i det væsentlige støtter Retten i Første Instans' udtalelse i Planglas-sagen, hvorefter:

»Der er i princippet intet til hinder for, at to eller flere uafhængige økonomiske enheder på et bestemt marked er forbundet med sådanne økonomiske bånd, at de tilsammen indtager en dominerende stilling i forhold til de øvrige virksomheder på samme marked [35].«

Sætningen »forbundet med sådanne økonomiske bånd« i denne passus skal imidlertid nu forstås i lyset af formuleringen i dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen [36] om »bestående indbyrdes relationer«, som ikke efter min mening er forskellig fra »økonomiske bånd«.

28. Appellanterne påstår imidlertid, at med henblik på at fastslå eksistensen af de »økonomiske bånd«, der kræves for at opfylde denne test, er det ikke muligt at basere sig på faktiske omstændigheder, som ligeledes indebærer aftaler eller samordnet praksis efter artikel 85. Jeg er ikke enig heri. Efter min mening er den dobbelte test — eksistensen af tilstrækkelige økonomiske bånd, der medfører, at der foreligger en effektiv samlet markedsenhed — i realiteten én test, hvor sidstnævnte element er det vigtigste. Det skal bevises, at der er en enkelt dominerende stilling, f.eks. at flere virksomheder handler som en enkelt enhed og således ensidigt på markedet. Det er ikke nødvendigt udtømmende, om overhovedet, at specificere karakteren af forbindelsen eller de økonomiske bånd. De kan bestå i anvendelsen af standardvilkår for levering, udarbejdet af en fælles brancheforening (Almelo-sagen), krydsejerskab, fælles medlemmer af ledelsen eller selv familiebånd med økonomiske følger. De kan ligeledes bestå i forfølgelse af en fælles markeds- eller salgspolitisk linje (Bodson- og Suiker Unie-sagerne). De skal kun defineres under

33 — Ibidem, præmis 221, min fremhævelse. [Resten af denne fodnote har ingen relevans for den danske version af dette forslag til afgørelse.]

34 — Præmis 232.

35 — Anført i fodnote 23, præmis 358.

36 — Anført i fodnote 32.

henvisning til deres resultat, nemlig etableringen af en situation, hvor en gruppe af uafhængige virksomheder handler som en enkelt enhed.

29. Endvidere skal det gentages, at et svagt bevis for samordnet praksis ikke kan løses ved at ty til artikel 86. Jeg har allerede erklæret mig enig i, at samordnet praksis alene ikke opfylder testen for kollektiv dominans. Jeg kan imidlertid ikke acceptere, at det af traktaten eller af noget retligt eller logisk princip kan udledes, at det er udelukket at støtte sig på et sådant bevis.

30. En nærlæsning af Almelo-dommen synes at støtte dette synspunkt. De regionale el-forsyningsvirksomheder i Nederlandene, hvis forbindelser udgjorde sagens genstand, var knyttet til lokale elforsyningsvirksomheder ved samme type vertikale eksklusive købsaftaler, som alle blev påstået at være i strid med artikel 85. Generaladvokat Darmon rettede opmærksomheden på disse aftaler med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der »mellem de pågældende virksomheder består tilstrækkelig snævre bånd til at sikre, at de indtager en kollektivt dominerende stilling på markedet« [37]. Mens både generaladvokat Darmon og Domstolen var omhyggelige med at lade det være op til den nationale ret at træffe den endelige afgørelse i sagen, synes Domstolen implicit at have accepteret generaladvokatens opfattelse af den mulige relevans af økonomiske bånd opstået ved sådanne aftaler.

37 — Anført i fodnote 29, punkt 117 og 118 i forslaget til afgørelse.

31. I den foreliggende sag har Retten i Første Instans, allerede fra starten af dens vurdering af Cewal's medlemmers kollektivt dominerende stilling, med føje stillet sig selv den test, at »vedkommende virksomheder har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje« (præmis 62). Den appellerede dom opregnede derefter (præmis 63, 64 og 65) de begrundelser »i lyset af beslutningen som helhed«, som førte til den konklusion, at »den stilling, Cewal's medlemmer indtog på det relevante marked, måtte vurderes samlet« (præmis 66). Præmis 63, 64 og 65 har følgende ordlyd:

»63 I den beslutning, der foreligger til efterprøvelse ved Retten, har Kommissionen udtrykkeligt henvist til forordning nr. 4056/86. [Retten citerede derefter definitionen af 'linjekonferencer' fra 1986-forordningen, som jeg har anført under punkt 2 ovenfor]. Retten lægger til grund, at sagsøgerne, der flere gange har påberåbt sig forordning nr. 4056/86, ikke bestrider, at Cewal er en linjekonference i henhold til den nævnte bestemmelse.

64 Det bemærkes endvidere, at traktatens artikel 86 ifølge artikel 8 i forordning nr. 4056/86 fortsat vil kunne finde anvendelse. På grund af den tætte forbindelse, der er mellem rederierne i en linjekonference, vil de på det relevante marked i fællesskab kunne gen-

nemføre en praksis på en sådan måde, at den udgør en ensidig adfærd. En sådan adfærd kan være i strid med artikel 86, hvis de øvrige betingelser i denne bestemmelse i øvrigt er opfyldt.

65 På grundlag af oplysningerne i den anfægtede beslutning finder Retten, at rederierne har udgjort en fælles enhed, linjekonferencen Cewal. Det fremgår af beslutningen, at denne enhed var ramme om forskellige komitéer, hvori konferencens medlemmer indgik, bl.a. Zaïre Pool Committee og Special Fighting Committee, som er nævnt flere gange i beslutningen, bl.a. i 26., 29., 31., og 32. betragtning, og Zaïre Action Committee, som er nævnt i 74. betragtning. Således som det fremgår af artikel 1 i forordning nr. 4056/86 har denne fælles enhed efter sin karakter til formål at fastlægge og anvende ensartede fragtrater og andre aftalte vilkår, således som Kommissionen udtrykkeligt har anført i 61. betragtning. Herved fremtræder Cewal på fællesmarkedet som én enhed. Der skal ikke på nuværende tidspunkt tages nærmere stilling til kvalifikationen af den adfærd, der er anfægtet over for Cewal's medlemmer, og som er beskrevet i beslutningen, men det bemærkes, at denne adfærd har givet sig udslag i en vilje til at fastlægge en fælles markedspolitisk linje for samlet at imødegå en udvikling, som man anså for uheldig, i konkurrencesituationen på det marked, hvor de var aktive. Denne adfærd, der er præcist beskrevet i beslutningen, udgjorde en samlet strategi, og for at gennemføre denne måtte Cewal's medlemmer samarbejde.«

32. Efter min opfattelse *kan* hvert element citeret i disse præmisser udgøre et »økonomisk bånd«. Navnlig var det med rette, at Retten i Første Instans henviste til definitionen af en linjekonference med henblik på at vurdere den »samlede strategi« og Cewal's medlemmers hensigt og, gentagne gange, at insistere på etableringen af en »fælles enhed«. Idet det antages, at Retten i Første Instans retligt set var beføjet til at anse disse forhold for økonomiske bånd, er dens konklusion angående sidstnævnte ikke, efter min mening med rette, blev anfægtet under denne appel. En sådan konstatering er resultatet af Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder, og kan, når der ikke foreligger en fejl bestående i en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, ikke anfægtes ved Domstolen.

33. Endvidere er appellanternes forsøg på at anfægte kollektiv dominans-begrebet som anvendt på linjekonferencer præget af en vis grad af uvirkelighed. De har gentagne gange, som begrundelse for den formodede ikke-misbrugende karakter af deres loyalitetsrabatter, anført, at linjekonferencer normalt indtager en dominerende stilling.

34. Endelig påstod appellanterne, at den appellerede dom og beslutningen skulle annulleres på grund af antagelsen af kollektiv dominans, eftersom hverken Retten i Første Instans eller Kommissionen i beslutningen havde påvist mangel på intern konkurrence på andet end prisen mellem Cewal's medlemmer. Et sådant anbringende, som for første gang blev fremført under den mundtlige forhandling, kan naturligvis ikke antages til realitetsbehandling henset til såvel artikel 42, stk. 2, som artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Selv om det tydeligt fremgår af ovennævnte retspraksis, navnlig Centro Servizi Spediporto-, DIP- og Frankrig mod Kommissionen-sagerne, at den manglende konkurrence mellem en række kollektivt dominerende virksomheder under alle omstændigheder udgør et væsentligt kendetegn ved kollektiv dominans, er det ikke efter min mening tilstrækkeligt, at sådanne virksomheder, som svar på Kommissionens påstand om, at de har vedtaget en fælles markedspolitisk linje hvad angår priskonkurrence, at hævde, at forekomsten af andre former for konkurrence mellem dem, såsom konkurrence på servicekvalitet, kan ændre konklusionen om, at der er tale om kollektiv dominans baseret på bånd, der er skabt vedrørende deres fælles prisstrategi, medmindre omfanget og intensiteten af de alternative konkurrenceformer var af en sådan karakter, at de kunne udelukke rimeligheden i at støtte sig på deres fælles prispolitik som grundlag for at etablere en fælles markedsenhed. Eftersom medlemmerne af gruppen højst sandsynligt selv ville have let adgang til de oplysninger, der kan støtte en sådan påstand, må de fremlægge bevis med henblik på at modbevise konklusionen om dominans baseret på deres fælles prispolitik. Der forelå intet bevis for Retten i Første Instans, eller på nuværende tidspunkt for Domstolen, der kunne dokumentere, at Cewal's medlemmer aktivt konkurrerede med hinanden med hensyn til kvaliteten af serviceydelserne til afskibere.

35. Jeg vil derfor forkaste det argument, at Kommissionen eller Retten i Første Instans ved at henvise til forhold, som ligeledes kan udgøre samordnet praksis efter artikel 85, baserede sig på bevismateriale, som ikke kunne anvendes *pro tanto* med henblik på at bevise en fælles dominerende stilling efter artikel 86. Det er imidlertid stadig nødvendigt at vurdere tilstrækkeligheden af beslutningens begrundelse og det anbringende, at Retten i Første Instans uretmæssigt supplerede den.

D — *Tilstrækkelig begrundelse*

36. Appellanterne har ikke over for Retten i Første Instans udtrykkeligt henvist til spørgsmålet om tilstrækkelig begrundelse, hverken under henvisning til traktatens artikel 190 eller på anden måde. De har derimod gjort gældende, at begrundelserne indeholdt i beslutningen, som i realiteten var begrænset til, hvorvidt der forelå en linjekonferenceaftale, var utilstrækkelig til at støtte en konklusion om kollektiv dominans. På grundlag heraf tilskrev Retten i Første Instans sagsøgerne et anbringende om, at »beslutningen ikke er tilstrækkelig begrundet« (præmis 59).

37. Appellanternes klagepunkt under appelsagen er, at Retten i Første Instans ikke besvarede deres argumentation, men supplerede Kommissionens begrundelse, dvs. begrundede konklusionen om kollektiv dominans med andre grunde end de af Kommissionen anførte. De klager navnlig over, at Retten i Første Instans baserede sig på »beslutningen som helhed« (præmis 66) og over Rettens konklusion om »at der ud over aftalerne mellem rederierne om oprettelse af Cewal [...] var et så tæt samarbejde mellem dem, at de kunne føre samme markedspolitiske adfærd« (præmis 67).

38. Kommissionen påstår, at Retten i Første Instans ikke baserede sig på noget, som ikke findes i beslutningen, og at anvendelsen af udtrykket »ud over« betyder, at linjekonferenceaftalerne var af en sådan art, at Cewal-medlemmernes adfærd skulle undersøges samlet, og der ikke kunne indvendes noget mod, at Retten i Første Instans inddrog andre dele af beslutningen med henblik på at vise, at andre faktiske oplysninger fremlagt af Kommissionen forstærkede den konklusion, den havde nået.

39. Det er hensigtsmæssigt kort at beskrive strukturen af de dele af beslutningen, der vedrører kollektiv dominans, før jeg henviser til den for sagen relevante praksis. Punkt 49, 50 og 51 henviser til anvendelsen af artikel 86 på linjekonferencer. Punkt 49 er affattet således:

»Artikel 8 i forordning (EØF) nr. 4056/86 omhandler linjekonferencers misbrug af dominerende stilling. De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans har i øvrigt nævnt linjekonferencer som eksempel på aftaler mellem økonomisk uafhængige enheder, der åbner mulighed for sådanne økonomiske forbindelser, at de pågældende enheder i forening kan komme til at indtage en dominerende stilling i forhold til andre, der opererer på samme marked[38]. Aftalen mellem Cewal-medlemmerne er en sådan aftale.«

Af punkt 52 fremgår, at linjetransportydelser (idet der henvises til beslutningens punkt 8 og 12) »er det relevante marked«. I punkt 53-56 diskuteres det geografiske marked, hvori det konkluderes, at »alle søruterne mellem Zaire og de nordeuropæiske havne, som Cewal-medlemmerne benytter, udgør et særskilt marked«. I punkt 57-60 diskuteres Cewal's dominerende stilling under henvisning til dets markedsandel. Af punkt 61 fremgår følgende:

»Kommissionen må på grundlag af disse omstændigheder drage den konklusion, at

38 — Beslutningen citerer den ovennævnte Planglas-sag.

Cewal har en dominerende stilling som omhandlet i artikel 86 inden for den gruppe søruter, konferencen opererer på mellem Nordeuropa og Zaire. Denne dominerende stilling indtages af Cewal's medlemmer i forening, idet de er bundet af konferenceaftalen, der har etableret meget snævre økonomiske bånd mellem dem indbyrdes, således som det bl.a. fremgår af, at der findes en fælles fragttarif.«

40. Det er således udelukkende punkt 61 (og i en vis grad punkt 49), der udtrykkeligt diskuterer den fælles eller kollektive karakter af Cewal's dominerende stilling, en konklusionen, der er nået på grundlag af, at Cewal's medlemmer er »bundet af konferenceaftalen [...]«.

41. Isoleret set er denne begrundelse til støtte for konklusionen om en kollektiv dominerende stilling lakonisk. Den inddrager ikke udtrykkeligt de elementer, som Retten i Første Instans har nævnt i præmis 67 i den appellerede dom, og hævder ikke, at Cewal's medlemmer optrådte som en enkel eller en fælles enhed på markedet. Det fremgår derimod tydeligt af beslutningens punkter om markedsanalysen, at Cewal betragtes som en sådan, f.eks. at Cewal er i stand til »at handle uafhængigt i forhold til konkurrenterne og kunderne [...]« [39]. Det supplerende materiale, hvortil Retten i Første Instans henviser, er hovedsageligt fra de sidste dele af beslutningen (punkt 63 ff.), som indeholder konklusionerne om misbrug.

39 — Beslutningens punkt 60.

42. Det skal overvejes, om det er tilladeligt at supplere konklusionen om en kollektiv dominerende stilling under henvisning til materiale, som er indeholdt i samme beslutning, og ved at henvise til konklusionen om, at denne stilling er misbrugt. Jeg kan herved kun sige, at det ville have været nyttigt, hvis Kommissionen selv havde udtrykt sig tydeligere om spørgsmålet økonomiske bånd i forbindelse med konstateringen af, at der forelå en fælles eller en enkel markedsenhed.

43. Den klassiske udtalelse om fællesskabsinstitutionernes forpligtelse til at begrunde deres beslutninger med en redegørelse for faktiske og retlige forhold, hvorpå de støtter sig, fremgår af dommen i sagen Remia mod Kommissionen [40]:

»[...] selv om Kommissionen i henhold til traktatens artikel 190 har pligt til at anføre de faktiske momenter, som ligger til grund for en beslutning, og de retlige betragtninger, som har foranlediget den til at træffe den, kræver bestemmelsen ikke, at Kommissionen behandler alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure. Begrundelsen til en beslutning, der indeholder et klagepunkt, skal gøre det muligt for Domstolen at udøve sin legalitetskontrol og give den berørte de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om beslutningen er lovlig«.

40 — Dom af 11.7.1985, sag 42/84, Sml. s. 2545, præmis 26. Jf. diskussionen i mit forslag til afgørelse i dom af 29.2.1996, sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 723, punkt 107, 108 og 109.

44. En gennemgang af retspraksis viser, at argumenterne om utilstrækkelig begrundelse af beslutninger, som ofte fremsættes, sjældent er holdbare [41]. Hvor det er tilfældet, går kritikken af begrundelsen ofte på, at beslutningen materielt er mangelfuld. Et eksempel på et tilfælde, hvor argumentet er fremført med held, findes i Leeuwardersagen [42], hvor Domstolen fandt begrundelserne alvorligt mangelfulde for så vidt angår markedsanalysen.

45. Begrundelseskravets funktion er forklaret i anden sætning i citatet fra Remiadommen. Det er et formålsbestemt og ikke et »rent formelt« krav [43]. Det skal sikre, at de berørte parter, og i forlængelse heraf, at Domstolen, er tilstrækkeligt informeret om det faktiske og retlige grundlag for den anfægtede beslutning, således at de er i stand til at forsvare deres egne interesser. I dommen i sagen Belgien mod Kommissionen fastslog Domstolen f.eks., at en faktisk omstændighed, som var udeladt af Kommissionens beslutning, der var under undersøgelse, var blevet dækket såvel i Domstolens dom som i generaladvokatens forslag til afgørelse i et annullationssøgsmål vedrørende en tidligere kommissionsbeslutning om samme emne, samt i Kommissionens meddelelse om genoptagelse af den administrative procedure. På grundlag heraf konkluderede Domstolen, at »de berørte parter har haft lejlighed til at skaffe sig kendskab hertil og til at gøre deres opfattelse herom gældende for Domstolen« [44]. Domstolen kan acceptere, at en berørt parts interesser er tilstrækkelig beskyttet, såfremt han på anden vis har kendskab til de oplysninger, hvorpå Kommissionen har baseret sig [45], herunder f.eks. gennem deltagelse i den administrative procedure [46].

46. Selv om Kommissionens beslutning ikke måtte overleve en streng logisk test, vedrører det grundlæggende spørgsmål ret og rimelighed. Appellanterne kan ikke realistisk set påstå at have lidt skade ved, at Retten i Første Instans har baseret sig på oplysninger indeholdt i beslutningen, hvad angår misbrug med henblik på at opretholde konklusionen om kollektiv domi-

41 — Jf. f.eks. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461 (herefter Michelin), præmis 14, af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 19, af 22.1.1986, sag 250/84, Eridania m.fl., Sml. s. 117, præmis 17, og af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy m.fl., Sml. s. 219, præmis 71.

42 — Dom af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Sml. s. 809, præmis 19-26 og navnlig præmis 24, hvor Domstolen fastslog, at hvad angår kravet om at vise, at den pågældende statsstøtte påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne, indeholdt Kommissionens beslutning i den pågældende sag ikke »den mindste angivelse vedrørende situationen på det omhandlede marked«.

43 — Dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. s. 131.

44 — Sag C-56/93 anført i fodnote 40, præmis 89. Jf. i samme henseende mit forslag til afgørelse i samme sag, punkt 109.

45 — Dom af 28.10.1981, forenede sager 275/80 og 24/81, Krupp mod Kommissionen, Sml. s. 2489, navnlig præmis 13.

46 — Dom af 4.7.1996, sag C-50/94, Grækenland mod Kommissionen, Sml. I, s. 3331, præmis 9.

nans, når al det pågældende materiale fremgår af beslutningen og under alle omstændigheder blev diskuteret under den administrative procedure[47].

E — *Konklusion*

47. Jeg vil derfor afvise appelanbringendet vedrører konstatering af kollektiv dominans.

V — **Cewal's misbrug**

48. Jeg vil nu i rækkefølge behandle appellanternes argumenter om Cewal- medlemmernes påståede misbrug.

A — *Ogefrem-misbruget*

i) *Baggrund*

49. I beslutningens artikel 2 fandt Kommissionen, at Cewal bl.a. havde misbrugt deres kollektive dominerende stilling ved, med henblik på at eliminere deres konkurrent, »at have deltaget i iværksættelsen af samarbejdsaftalen med Ogefrem og gentagne gange[48] at have krævet denne aftale strengt overholdt«. Denne konklusion skal læses i lyset af beslutningens punkt 20-27 og 63-72, hvoraf fremgår, at Kommissionen anså Cewal's adfærd, hvad angår Ogefrem-aftalen, for at have til formål at hindre og/eller svække konkurrencen på markedet for fragt mellem Zaire og Nordeuropa. For det første påberåber Kommissionen sig i beslutningens punkt 63 princippet om, at virksomheder med dominerende stilling ikke må lægge hindringer i vejen for opretholdelsen af den konkurrence, der endnu er tilbage på markedet, eller udviklingen af denne konkurrence[49]. For det andet giver den i punkt 64 udtryk for den holdning, som gentages i beslutningens artikel 2, at Cewal har misbrugt sin stilling ved aktivt at have deltaget i iværksættelsen af Ogefrem-aftalen og ved gentagne gange at have krævet, at Ogefrem overholdte denne afta-

47 — Denne sag vil derfor slet ikke falde ind under den kategori, som generaladvokat Léger diskuterer i forslaget til afgørelse i sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, hvori der blev afsagt dom den 6.4.1998, Sml. I, s. 865 (herefter »British Gypsum-dommen«), hvis ræsonnement inter alia blev vedtaget af Domstolen (jf. præmis 11). Denne sag vedrørte de tilfælde, hvor faktiske omstændigheder er »bekræftet« af »forklaringer« fra Kommissionen under den skriftlige og mundtlige forhandling for Domstolen. Generaladvokaten udtrykte den holdning, at »'forklaringen' af et punkt forudsætter naturligvis, at dette punkt er *indeholdt* i beslutningen, hvilket netop er tilfældet i den foreliggende sag« (punkt 24 i forslaget til afgørelse).

48 — Fodnoten vedrører den engelske version af forslaget til afgørelse.

49 — Her henvises til Hoffmann-La Roche-dommen, anført i fodnote 17.

les artikel 1, for derved at sikre »at eliminere sin eneste konkurrent i den pågældende trafik«. Under henvisning til, at Cewal's dominerende stilling blev »styrket« ved Ogefrem-aftalen (punkt 65), fastslog Kommissionen i punkt 66, at Cewal »uophørligt pressede på over for Ogefrem for at få denne til at overholde den indgåede aftale, således at Cewal's største konkurrent kunne blive elimineret«.

50. Kommissionen afviste Cewal's forsvar, som var baseret på, at Cewal var forpligtet til at udøve denne adfærd som følge af forpligtelser pålagt af de offentlige myndigheder. Den afviste ligeledes Cewal's forsvar, hvorefter den anfægtede adfærd faldt uden for artikel 86, eftersom Ogefrem-aftalen skulle anses for at omfatte forpligtelser pålagt af en offentlig myndighed eller rettere ved en statslig foranstaltning; efter dens opfattelse udgjorde aftalen en konsensuel aftale »med hensyn til kontrollen af den omhandlede trafik«, som kan opsiges af begge parter »med et nærmere fastsat varsel« (punkt 70). Endelig understregede den, at »heller ikke gældende lovgivning i Zaire pålægger konferencerederierne pligt til at indføre ordninger, der skal sikre deres egne skibe lasterne på bekostning af uafhængige rederier«, og konkluderede derefter, at »indgåelsen af aftalen og Cewal's gentagne opfordringer til at overholde den ikke var et resultat af forpligtelser pålagt af offentlige myndigheder« (punkt 71 og 72).

51. I stævningen for Retten i Første Instans gjorde sagsøgerne gældende, at den adfærd, som de af Kommissionen beskyldes for at have udvist, ikke kunne udgøre en tilsidesættelse af traktatens artikel 86. De gjorde bl.a. gældende, at Ogefrem-aftalen var en koncessionsaftale, ifølge hvilken de zairske myndigheder havde tildelt dem en eneret, at traktatens artikel 86 ikke var til hinder for, at de sikrede denne ret, og under alle omstændigheder at den blotte opfordring til indgriben fra regeringens side ikke kunne udgøre et misbrug i henhold til artikel 86. De gjorde ligeledes i deres replik gældende, at beslutningen tilsidesatte deres ret til en retfærdig rettergang, eftersom Kommissionen oprindeligt, i dens meddelelse af klagepunkter, beskyldte dem for at have misbrugt deres dominerende stilling gennem indgåelsen af Ogefrem-aftalen for at opnå de pågældende enerettigheder, en beskyldning, som ikke blev opretholdt i beslutningen.

52. I sit svarskrift for Retten i Første Instans anførte Kommissionen, at Ogefrem-aftalen var gensidig forpligtende, dvs. konsensuel, og understregede, at det eneste misbrug, som Cewal efter dens mening var skyld i, bestod i dens egenhændige bestræbelser på at opretholde de enerettigheder, som den i henhold til denne aftale var blevet tildelt. I duplikken gjorde Kommissionen gældende, at sagsøgernes argumenter vedrørende den påståede tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang ikke kunne antages til realitetsbehandling, idet der var tale om en ny påstand jf. artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, og at disse endvidere var

ubegrundede, eftersom der ikke var nogen væsentlig forskel mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen, da sagsøgerne i sidstnævnte kun var fundet skyldige i en del af påstanden, der var fremført i førstnævnte.

53. I den appellerede dom udtalte Retten i Første Instans indledningsvist, at sagen vedrørte Cewal's medlemmers påståede misbrug af en dominerende stilling, og at »da sagen alene [drejede] sig om en ensidig adfærd, der er udvist af Cewal, [var] den nøjagtige karakter af den aftale, der blev indgået mellem konferencen og Ogefrem, ikke afgørende for, om traktatens artikel 86 [fandt] anvendelse« (præmis 103). Under henvisning til Bodson-sagen [50] fastslog Retten, at selv om Ogefrem-aftalen måtte kunne anses for at give Cewal en koncession, er »dette ikke tilstrækkeligt til at udelukke, at der foreligger et misbrug fra konferencens side«. Dette skyldes, at Retten fandt, at Cewal under henvisning til første og anden artikel i Ogefrem-aftalen kunne have indvilliget i fravigelser fra den i aftalen tildelte eneret. Så selv om en sådan aftale måtte kunne anses for en offentligretlig koncession, var der, eftersom den »åbner mulighed for konkurrence« således at Cewal's medlemmer kunne »[gennemføre den] på en måde, der var tilpasset kravene i traktatens artikel 86«, ingen konflikt »mellem denne og traktaten« (præmis 104).

54. Derfor fastslog Retten i Første Instans, at »der i beslutningen med rette foretages en gennemgang af Cewal's holdning i forbindelse med gennemførelsen af aftalen« (præmis 105). Idet den bemærkede, at der ikke var indvendinger mod den konklusion, at de forsøgte »over for Ogefrem at opnå, at G & C blev udelukket fra markedet«, fortsatte Retten sin vurdering af, hvorledes denne adfærd skulle karakteriseres. Først henviste den til den »særlige forpligtelse«, som en dominerende virksomhed har »til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet« [51], inden den bemærkede, at selv om sådanne virksomheder »i rimeligt omfang [...] [kan] beskytte [deres] interesser, [når disse trues]« [52], må de ikke forsøge at styrke deres dominerende stilling. Ved at anvende disse principper på Cewal's adfærd fastslog Retten i Første Instans, at »en virksomhed, der har en dominerende stilling og en eneret, som dog kan fraviges med virksomhedens samtykke, skal indskrænke sig til kun i rimeligt omfang at bruge den af aftalen følgende ret til at nedlægge veto mod, at andre virksomheder kommer ind på markedet«; på grundlag af de faktiske omstændigheder fandt den det bevist, at »det ikke var tilfældet for så vidt angår Cewal's medlemmer« (præmis 108). Retten i Første Instans fastslog således, at »Kommissionen med rette fastslog, at Cewal's medlemmer har tilsidesat traktatens artikel 86 ved aktivt at deltage i gennemførelsen af aftalen med Ogefrem og ved konsekvent at kræve aftalen nøje overholdt med henblik på at fortrænge det eneste uafhængige rederi, som med Ogefrem's accept kunne komme ind på markedet« (præmis 109). Retten i Første Instans forkastede ligeledes som værende irrelevant sagsøgernes argument om, at en opfordring til en regering til at handle, ikke kan udgøre et misbrug »idet nærværende sag ikke vedrører en sådan adfærd« (præmis 110). Ende-

50 — Anført i fodnote 26.

51 — Præmis 106, idet den henviser til dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 114.

52 — Præmis 107, idet den henviser til British Gypsom-dommen, anført i fodnote 47, præmis 69.

lig afviste Retten sagsøgernes anbringende om uoverensstemmelsen mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen vedrørende den formodede karakter af misbrug ved indgåelsen af Ogefrem-aftalen, idet den dog ligeledes tilkendegav, at den pågældende uoverensstemmelse ikke kunne have påvirket sagsøgernes rettigheder (præmis 113).

dominerende stilling for irrelevant. For det tredje gør appellanterne gældende, at da Retten fandt, at det ikke var gjort gældende som et klagepunkt over for Cewal's medlemmer, at de ikke havde opsagt Ogefrem-aftalen, eller at de havde opfordret en regering til at handle, kunne den ikke uden derved at modsige sig selv fastslå, at Kommissionen med rette havde lagt til grund, at deres aktive deltagelse i gennemførelsen af aftalen udgjorde et misbrug. For det fjerde gør appellanterne gældende, at det ikke kan anses for misbrug i henhold til artikel 86, at de ikke gav afkald på at udøve deres eneret.

ii) *Oversigt over indlæg i appellen*

55. Under denne appelgrund fremsætter appellanterne fire hovedanbringender. For det første gør de navnlig gældende, at Retten i Første Instans tilsidesatte deres ret til en retfærdig rettergang ved at erstatte klagepunktet vedrørende Ogefrem, som er indeholdt i beslutningen, med et nyt klagepunkt gående ud på, at de ikke har anvendt deres vetoret på en rimelig måde. Ifølge appellanterne er der en afgørende forskel mellem at anmode en offentlig myndighed om at handle og udtrykkeligt at nedlægge »veto« over for en handling fra denne myndighed side, idet vetoretten angår en situation, hvor den person, der har den pågældende ret, kan blokere en handling. For det andet gør appellanterne gældende, at denne omformulering af klagen gjorde det muligt for Retten i Første Instans både at se bort fra den dobbelte karakter af dette klagepunkt, som oprindeligt blev fremsat i meddelelsen af klagepunkter og opretholdt i beslutningen (dog i andre vendinger), og fejlagtigt at anse deres påstand om, at den blotte opfordring til indgriben fra en regerings side ikke kan udgøre et misbrug af en

56. Kommissionen bestrider, at der er sket nogen tilsidesættelse af appellanternes ret til en retfærdig rettergang. Den gør gældende, at Retten i Første Instans' henvisning til »brugen af veto« blot udgør en anden forklaring på konklusionen i beslutningen om, at misbruget bestod i Cewal-medlemmernes bestræbelser på at sikre Ogefrem's overholdelse af Ogefrem-aftalen. Kommissionen gør gældende, at hverken indgåelsen af aftalen eller Cewal's manglende ophævelse heraf udgjorde dele af det påståede misbrug. »Act of State«-doktrinen, som appellanterne støttede sig til, var ikke relevant, eftersom aftalen, som Retten i Første Instans fastslog, gjorde det muligt for Cewal's medlemmer at overholde Fællesskabets konkurrenceregler, mens »Noerr-Pennington-doktrinen«[53] ligeledes var uden relevans, eftersom der ikke var nogen påstand om indblanding fra regeringens side.

53 — Endnu en amerikansk doktrin, der beskytter informationsgivning til offentlige myndigheder med henblik på at påvirke den lovgivende eller udøvende magts adfærd.

iii) *Gennemgang af appellanternes klagepunkter*

a) Retten til en retfærdig rettergang

57. Jeg mener, at appellanterne har misfortolket den appellerede dom som fremførende et nyt anbringende gående ud på, at de ikke havde anvendt deres vetoret på en rimelig måde. I præmis 109 (citeret i punkt 54 ovenfor) opretholdt Retten i Første Instans udtrykkeligt Kommissionens konklusioner om misbrug i forbindelse med Ogefrem-aftalen. I løbet af den foregående undersøgelse, navnlig i præmis 105, opsummerede Retten i Første Instans Cewal's adfærd ved indgåelsen af Ogefrem-aftalen som indeholdt i beslutningen og gentog de uomtvistelige principper, som skulle kontrollere dominerende virksomheders adfærd.

58. Retten i Første Instans' henvisning til en »vetoret« er uden betydning for kvalificeringen af misbruget, der bestod i, at Cewal vedholdende krævede konferencens eneret nøje overholdt. Retten i Første Instans var imidlertid rede til at antage, uden dog udtrykkeligt at gøre det, at Ogefrem-aftalen udgjorde en offentligretlig koncession og, i lyset af denne antagelse at gøre opmærksom på, at den indeholdt en mekanisme, der kunne løse enhver konflikt mellem traktaten og aftalen, der ansås for at være en offentligretlig koncession. Henvisningen til vetoretten har således ikke til formål at beskrive et misbrug, men snarere at imødegå appellanternes argumentation om, at deres adfærd var pålagt dem som følge af den formodede offentligretlige koncession.

59. Jeg vil derfor afvise appellanternes første argument, dvs. at Retten i Første Instans hindrede dem i at få en retfærdig rettergang ved at påstå, at de ikke har anvendt deres vetoret på en rimelig måde.

b) Opfordring til en regering til at handle

— Indledning

60. Det blotte faktum, at der ikke er sket nogen tilsidesættelse af appellanternes ret til retfærdig rettergang, er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at forkaste appellen, eftersom appellanterne ligeledes har gjort gældende, at karakteriseringen af deres adfærd som et misbrug er retligt ukorrekt. Retten i Første Instans' behandling, for så vidt angår dette andet punkt, stiller spørgsmålstegn ved, hvorvidt det var korrekt at antage, at aftalens egentlig karakter var uden relevans, og derfor hvorvidt det var korrekt at afvise, at den påståede adfærd

blot havde karakter af lobbyisme fra Cewal i forhold til regeringen.

61. Den appellerede dom distancerer sig helt fra Ogefrem-aftalens karakter. Retten i Første Instans fandt, at Cewal's medlemmer, uanset aftalens præcise retlige natur, var i besiddelse af en vis skønsbeføjelse og selvstændighed, for så vidt angår dens gennemførelse.

62. Det er fast praksis, at dominerende virksomheder, eftersom deres blotte eksistens på markedet fører til en svækkelse af konkurrencen, ikke må udvise en adfærd, som, såfremt den blev udvist af virksomheder, der ikke var dominerende, ikke var anfægtelig [54]. Dette gælder så meget desto mere hvor, som i den foreliggende sag, appellanterne har et kvasimonopol [55]. Ikke desto mindre skal det egentlige omfang af det særlige ansvar »vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen« [56].

54 — Hoffmann-La Roche-dommen, anført i fodnote 17, præmis 120, og Michelin-sagen, anført i fodnote 41, præmis 57.

55 — Hoffmann-La Roche-dommen, anført i fodnote 17, præmis 39.

56 — Dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 5951, (herefter »Tetra Pak II-dommen«), præmis 24.

— »Act of State«-doktrinens relevans

63. Appellanterne gør gældende, at deres adfærd bør karakteriseres som et blot og bart forsøg på at udøve lobbyisme over for de zairske myndigheder med henblik på at opnå en offentligretlig koncession. Under den mundtlige forhandling anfægtede Kommissionen ikke, at en adfærd, der blot består i at anmode en regering i et land uden for Fællesskabet om at handle på en bestemt måde, ikke kan anses for et misbrug af en dominerende stilling. Under retsmødet insisterede Kommissionen imidlertid på, at appellanterne i denne sag var parter i en handelsaftale, der indebar gensidige forpligtelser og rettigheder, og at en forpligtelse til at overholde den gik videre end ren lobbyisme.

64. Retten i Første Instans fastslog i den appellerede doms præmis 110, at:

»Det er uden betydning, at en opfordring til en regering til at handle ifølge sagsøgerne ikke kan udgøre et misbrug, idet nærværende sag ikke vedrører en sådan adfærd.«

Jeg mener ikke, at spørgsmålet kan løses så let. Det misbrug, hvori Cewal blev fundet

skyldig, bestod i forsøg på at håndhæve Ogefrem-aftalen. Appellanterne (tidligere sagsøgere) svarede, at disse forsøg ikke kan udgøre et misbrug, eftersom de blot består i en opfordring til myndigheden om at handle. At Kommissionen ikke har karakteriseret den som en sådan opfordring kan ikke være afgørende for dens materielle karakter.

65. Følgelig foreslår jeg, i det omfang det er nødvendigt, at behandle appellanternes klage om, at Retten i Første Instans ikke behandlede deres anbringende om, at Ogefrem-aftalen, jævnfør Kommissionens ordvalg, var en gensidig forpligtende aftale. De væsentlige konklusioner fremgår af beslutningens punkt 70, 71 og 72, som har følgende ordlyd:

»(70) Den under nr. 24 omhandlede aftale mellem Ogefrem og Cewal kan ikke betragtes som en national regulering, der pålægger Cewal's medlemmer pligt til at handle, som de har gjort. Tværtimod er aftalen, således som det fremgår af dens betegnelse og dens indhold, ikke som sådan nogen statslig foranstaltning, der er derimod tale om en aftale, der pålægger de to aftaleparter visse forpligtelser med hensyn til kontrollen af den omhandlede trafik, og som kan opsiges af begge parter med et nærmere fastsat varsel. Under alle omstændigheder accepterede Cewal af egen fri vilje denne aftale, og Cewal lagde desuden pres på Ogefrem for at få denne til at overholde den med det formål at få elimineret Cewal's største konkurrent.

(71) Det må i øvrigt understreges, at heller ikke gældende lovgivning i Zaire pålægger konferencerederierne pligt til at indføre ordninger, der skal sikre deres egne skibe lasterne på bekostning af uafhængige rederier.

(72) Heraf følger, at indgåelsen af aftalen og Cewal's gentagne opfordringer til at overholde den ikke var et resultat af forpligtelser pålagt af offentlige myndigheder.«

66. Appellanterne baserer sig navnlig på visse principper fra amerikansk konkurrenceretlig retspraksis. De accepterer, at der ikke af fællesskabsretten kan udledes sådanne principper. I det væsentlige afhænger denne del af appellanternes argument af deres evne til at vise, at Ogefrem-aftalen er udtryk for en myndighedsakt fra den zairske regering.

67. For Retten i Første Instans gjorde appellanterne gældende, at det forhold, at

en regering opfordres til at handle, ikke kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling. Under en »Act of State«-doktrin, sammenholdt med respekten for andre staters ære, har de amerikanske domstole fastslået, at opfordringer eller overtalelser (selv ulovlige) fra en anden stat falder uden for anvendelsesområdet for anti-trustreglerne [57]. Henset til mit syn på Ogefrem-aftalen er det ikke nødvendigt at fortsætte diskussionen om denne doktrin. Det er naturligvis klart, at det forhold, at en medlemsstat indrømmer en virksomhed eksklusive rettigheder, ikke er uforeneligt med artikel 86 [58]. Det er utvivlsomt en naturlig følge heraf, at handlinger, der tager sigte på at overtale en medlemsstat til at skabe et sådant monopol, ligeledes falder uden for artikel 86. Domstolen har imidlertid ligeledes gjort det klart, at sådanne virksomheder er omfattet af »traktatens konkurrenceregler, navnlig reglerne i artikel 86« [59]. Man må antage, at disse principper, i forlængelse, ligeledes kan finde anvendelse på udenlandske regeringers etablering af lovlige monopoler. Artikel 9 i 1986-forordningen kan således være relevant med henblik på at løse enhver konflikt med Fællesskabets konkurrenceregler.

68. Act of State-princippet finder imidlertid ikke anvendelse, såfremt Ogefrem-aftalen ikke er en ensidig handling fra en myndighed, men, som Kommissionen fastslog, indholdsmæssigt og i realiteten er en konsensuel aftale. I den henseende har det efter min mening ingen betydning, at Ogefrem, som appellanterne utvivlsomt med rette påstod, ikke er en virksomhed i henhold til artikel 85 og 86. For det første består det påståede misbrug i opfordringer til at gennemføre den ved i aftalen tildelte eneret og ikke i aftalens indgåelse. For det andet afhænger anvendelsen af artikel 86 på en virksomhed i en stilling som Cewal's ikke af, om Ogefrem-aftalen er en aftale i henhold til artikel 85.

69. I det lys skal jeg opsummere appellanternes sag hvad angår Act of State-karakteren af aftalen, som den blev fremsat i omfattende indlæg for Retten i Første Instans og for Domstolen.

70. For det første lægger appellanterne stor vægt på UNCTAD-kodeksen af 1974, som trådte i kraft i 1983, hvortil jeg har henvist i punkt 5 ovenfor. Rådets forordning (EØF) nr. 954/79 [60] vedrører medlemsstaternes ratificering heraf. Det bestemmes i kodeksens artikel 2, at fordelingen af den last, der transporteres af en linjekonference mellem to lande, skal fordeles i forholdet 40: 40:

57 — De citerede f.eks. sagen American Banana mod United Fruit Co 213 US, 347, 358 (1909) og en afgørelse fra Federal Court of California i sagen Occidental Petrolium Corp. mod Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971), bekræftet per curiam, 461 F.2d1261 (9. CIR) certiorari afvist, 409 US 950 (1972).

58 — Jf. bl.a. dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM (herefter »télémarketing-dommen«), Sml. s. 3261, præmis 17, og af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 40.

59 — Télémarketing-dommen, anført i fodnote 58, præmis 17.

60 — Rådets forordning af 15.5.1979 om medlemsstaternes ratifikation eller tiltrædelse af De Forenede Nationers konvention om en kodeks for linjekonferencer (EFT L 121, s. 1).

20. Denne regel indebærer, at der tilkommer de nationale rederier i hver ende af en given rute mellem to lande 40% af den transporterede last, mens de resterende 20% tilkommer tredjelandsrederier, der er medlemmer af konferencen. Det er velkendt, at der fra første færd var meget forskellige opfattelser, hvad angår den korrekte fortolkning af kodeksen mellem de stater, der underskrev OECD-aftalen, og en række afrikanske stater, bl.a. Zaire. Førstnævnte fastholdt, at såvel kodeksens klare ordlyd som dens indhold viser, at den udelukkende finder anvendelse på handel i forbindelse med linjekonferencer. Sidstnævnte gør gældende, at denne omfatter al linjetrafik.

71. Appellanterne har gentagne gange opregnet de skridt, som en række afrikanske stater, herunder Zaire, har truffet for at gennemtvinge deres fortolkning med henblik på at beskytte deres nationale søtransport. Zaire oprettede Ogefrem som et offentligretligt organ i 1980. Den blev operationel i 1983 som følge af »Ordonnance Presidentielle n° 80-256«. Dens opgaver omfattede kontrol med fragt og forhandling af fragtrater, beskyttelse af rentabiliteten hos det nationale rederi, Compagnie maritime zaïroise (herefter »CMZ«), og beskyttelse af zairske shipping-interesser.

72. En yderligere retsakt, »arrêté d'exécution« n° 001-83 af 17. januar 1983 anvendte UNCTAD 40: 40: 20-reglen på distribution af al fragt. Cewal og andre europæiske rederi-interesser, medlemsstaterne og Kommissionen tog store politiske og andre tiltag for at sikre en ændring af denne politik, men uden held.

73. Fra 1984 pålagde Ogefrem Cewal en række yderligere økonomiske og administrative byrder, deriblandt at hvert medlem skulle betale et depositum på 10 000 USD til Ogefrem og en 3%'s kommission på fragtraten, antageligt for at beskytte CMZ's deltagelse i 40% af fragten.

74. Under disse omstændigheder hævder Cewal, at Ogefrem-aftalen var »pålagt« den. Den citerer betingelserne i aftalen navnlig med henblik på at dokumentere, at den *bl.a.* »skyldes« »Ordonnance 80-256«, og gør gældende, at den ikke kunne modsætte sig, at en regering, hvis politik var af vital betydning for dens handel, pålagde den en aftale, hvorved denne politik blev gennemført.

75. Kommissionen, som ikke anfægter de fleste af de nævnte faktiske oplysninger, gør fortsat gældende, at Ogefrem-aftalen ikke

har karakter af en pålagt »Act of State«, men udgør en aftale, der indeholder gensidige forpligtelser og rettigheder.

— Ogefrem-aftalens egentlige karakter

76. For det første anfører Kommissionen, at appellanterne har begået en grundlæggende logisk fejl hvad angår kodeksen. Den præciserer, at anvendelsen af UNCTAD 40: 40: 20-reglen på al søtransport og omfanget af søtransport varetaget af linjekonferencer er to helt separate emner, således at der ikke er nogen logisk forbindelse mellem deltagelsen i de afrikanske nationale linjer i deres fulde andel af markedet og en eneret for linjekonferencer. En garanteret andel på 40% af al fragt til disse linjer betyder kort sagt ikke, at samtlige de resterende 60% bør tildeles medlemmer af linjekonferencen.

78. Det er korrekt, at den zairske regerings politik, i fællesskab med adskillige andre afrikanske staters regeringer, var at anvende UNCTAD 40: 40: 20-reglen, om nødvendigt ved lov, på al fragt og ikke blot på konferencefragt. Med henblik herpå oprettede det Ogefrem med udvidede beføjelser til at regulere og overvåge søtransport til og fra Zaire. Jeg er imidlertid enig med Kommissionen i, at Zaires tilgang til UNCTAD 40: 40: 20-reglen ikke begrunder Cewal's forsøg på at udelukke søtransport, som ikke var omfattet af linjekonferencer. Appellanternes argument i så henseende er højst inkonsekvent. De insisterer på, at den zairske regering har begået en fejl ved at anvende reglen på al søtransport. Og samtidig insisterer de på at gøre denne fortolkning gældende til deres egen fordel. De forsøgte, på deres side, at udelukke rederier, som ikke var medlemmer af en konference, fra det zairske marked.

77. Hvad angår betingelserne i Ogefrem-aftalen henviser Kommissionen til bestemmelsen om ensidig opsigelse fra en af parterne med et års frist, voldgiftbestemmelsen og Cewal's åbenbare held til at forhandle kommissionsraten ned fra 3% til 0,5%. Endvidere afviser Kommissionen beskrivelsen af aftalen som en offentligretlig koncession. Det ville forudsætte en lovgivning om tildeling af enerettigheder og for tildelingen gennem en administrativ procedure.

79. De af appellanterne beskrevne vanskeligheder i forbindelse med Ogefrem-aftalen rækker heller ikke videre end til at dokumentere en vis ulighed i forhandlingsstyrke. På trods af de mange vanskeligheder ønskede Cewal at fortsætte den linjekonference, hvorpå den havde et *de facto*

monopol, hvilket den erkender. Den har allerede, om end modvilligt, overdraget 40% af transporten til CMZ, som blev medlem af Cewal konferencen.

80. Dernæst er det nødvendigt at betragte ordlyden af Ogefrem-aftalen, som er affattet på fransk. Jeg er ikke enig i, at aftalens indledende opregning af adskillige zairske retsakter og foranstaltninger er tilstrækkelige til at give aftalen karakter af en myndighedsakt udstedt af staten Zaire. Der nævnes f.eks. en resolution fra Ministerial Conference of Central and West Africa, der opfordrer rederier fra medlemsstaterne i den konference til at føre samordnet praksis med søkonferencen i Central- og Vestafrika med henblik på at stabilisere fragtrater og tilpasse deres vedtægter til Code of Conduct for Maritime Conferences. Opregningen af Ogefrem's egne hovedformål begrænser heller ikke karakteren af aftalen. I indledningen nævnes Ogefrem's status og mål. Heraf kan ikke udledes, at indholdet af »samarbejds«-aftalen er en »Act of State« i form af en retsakt, hvorved der tildeles en monopolret.

81. Ogefrem's aftalebestemmelser viser, at der blot er tale om en aftale. Bestemmelsen om eneret i artikel 1 udgør sagens kerne. Den indebærer ingen udøvelse af nogen juridisk eller administrativ beføjelse. Jeg er enig med Kommissionen i, at aftalen ikke identificerer noget særligt grundlag for tildeling, i form af en statskoncession, af nogen juridisk rettighed. Det fremgår faktisk af den blotte ordlyd af en fælles eller gensidig forpligtelse. I aftalens øvrige bestemmelser pålægges almindelige forpligtelser vedrørende opretholdelse og udveksling af statistikker (artikel 6), fratrækning af en aftalt procentdel af fragten til betaling til Ogefrem (artikel 7), regnskabsførelse (artikel 8 og 9) og overholdelse af de rater, der er forhandlet om (artikel 10). Ved artikel 11 blev aftalen indgået for et år, men automatisk fornyet, såfremt ingen af parterne med et års varsel har opsagt aftalen. Endelig indeholder artikel 12 bestemmelser om, at tvister skal løses ved en voldgiftsret bestående af tre personer, hvor hver part vælger en person, og den tredje vælges af de to således valgte personer.

82. Efter min mening giver ingen af bestemmelserne i Ogefrem-aftalen, den juridiske baggrund, som appellanterne har redegjort for, eller omstændighederne ved aftalens indgåelse den nogen karakter af en myndighedsakt, der tildeler nogen form for statskoncession, som appellanterne har påstået. Det er derfor i forbindelse med denne appel unødvendigt at afgøre den rolle, som en State-Aid-doktrin kan tildeles i henhold til fællesskabsretten.

83. Følgelig vil jeg forkaste det andet appelanbringende vedrørende Ogefrem-aftalen.

c) Den formodede modsigelse i den appellerede dom

84. Appellanternes tredje og fjerde argument slår nødvendigvis fejl som følge af mit syn på karakteren af Ogefrem-aftalen. Appellanterne beskylder Retten i Første Instans for en modsigende begrundelse for så vidt som den samtidig påstår, at Cewal ikke beskyldes for at opfordre en regering til at handle (dommens præmis 110), og at Kommissionen »med rette fastslog, at Cewal's medlemmer har tilsidesat traktatens artikel 86 ved aktivt at deltage i gennemførelsen af aftalen med Ogefrem og ved konsekvent at kræve aftalen nøje overholdt [...]« (dommens præmis 109). Dommen indeholder ingen modsigelser. Retten i Første Instans behandlede, i sidstnævnte præmis, ikke Cewal's ekskluderende adfærd som »en opfordring til en regering til at handle« i den betydning, som anført af appellanterne. Endvidere viser min egen analyse af Ogefrem-aftalens art, at den ikke har karakter af en statslig handling, hvormed enhver hypotetisk uoverensstemmelse fjernes.

d) Ogefrem-adfærdens tilladelighed efter artikel 86

85. En lignende skæbne må ramme appellanternes fjerde argument, nemlig at artikel 86 ikke hindrer en virksomhed, som på lovlig vis er blevet tildelt en eneret, i at insistere på, at denne overholdes. Appellanterne støtter sig på Domstolens faste praksis, hvorefter »det forhold, at en virksomhed besidder en monopolstilling som følge af, at en medlemsstat har indrømmet den eksklusive rettigheder, jf. traktatens artikel 90, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86« [61]. Eftersom denne sag ikke drejer sig om en sådan monopolstilling, opstår spørgsmålet overhovedet ikke. Endvidere er det her hensigtsmæssigt at henvise til Retten i Første Instans' opfattelse (præmis 104 og 108), hvorefter Cewal medlemmerne ifølge bestemmelserne i Ogefrem-aftalen kan åbne mulighed for konkurrence. De valgte at insistere på ikke at benytte denne mulighed.

86. Følgelig vil jeg ligeledes forkaste det fjerde argument og således hele appelanbringendet for appellen vedrørende konklusionen om misbrug som følge af Ogefrem-aftalen.

B — *Anvendelse af »fighting ships«*

i) Indledning

87. Appellen mod Kommissionens konstatering af misbruget med »fighting

61 — Télémarketing-dommen, nævnt i fodnote 58, præmis 17. Appellanterne henviser ligeledes til dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409.

ships« vedrører både proceduren og realiteten.

88. Klagepunktet vedrørende proceduren indeholder to elementer. Appellanterne gør for det første gældende, at deres ret til en retfærdig rettergang blev tilsidesat under den administrative procedure, eftersom Kommissionen i dens beslutning medtog en konklusion om prispolitikken med »fighting ships«, som afveg fra den i meddelelsen af klagepunkter indeholdte, og at Retten i Første Instans begik en retlig fejl ved ikke at acceptere denne indsigelse.

89. Kommissionen svarer, at dette klagepunkt ikke kan og ikke kunne antages til realitetsbehandling, eftersom det ikke blev gjort gældende i den oprindelige stævning for Retten i Første Instans, men kun i appellanternes replik.

90. Appellanternes svar herpå er, idet de påberåber sig undtagelsen i artikel 48, stk. 2, første afsnit, i Retten i Første Instans' procesreglement, at det først var i Kommissionens svarskrift til Retten i Første Instans, at det blev gjort klart, at der *var* tale om en væsentlig forskel mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen. Det skete således i løbet af retsforhandlingerne.

91. Retten i Første Instans fastslog imidlertid (i præmis 140), at svarskriftet ikke indeholdt nye elementer og var i nøje overensstemmelse med beslutningen.

92. Subsidiært gør appellanterne gældende, at Retten i Første Instans har tilsidesat deres ret til en retfærdig rettergang, da Retten ved at fastslå, at der ikke var nogen uoverensstemmelse mellem beslutningen og Kommissionens svarskrift inddrog et nyt element i klagen, som ikke var medtaget i meddelelsen af klagepunkter. De gør således gældende, at de med rette rejste indsigelsen for første gang i deres replik.

ii) Anbringender vedrørende proceduren

a) *Baggrund*

93. I punkt 12 i meddelelsen af klagepunkter beskrev Kommissionen den praksis med »fighting ships«, der tilskrives Cewal, og som formodes vedtaget i foråret 1988 med

det formål at eliminere konkurrencen fra uafhængige selskaber (f.eks. G & C) på de relevante søruter. De væsentligste kendetegn ved den således beskrevne praksis er:

— Cewal's sekretariat oplyste Cewal's medlemmer om G & C's kommende afsejlingstidspunkter.

— Ca. hveranden måned afholdtes der møder i en særlig »Fighting Ship Committee« både for at fastsætte konferencemedlemmernes afsejlingstidspunkter, som skulle være identiske med eller så tæt på G & C's afsejlingstidspunkter, og for at fastsætte de aktionspriser, der skulle tilbydes i stedet for de normale tariffer, som konferencen anvendte på disse ruter, idet disse tariffer skulle fastsættes på grundlag af G & C's tariffer.

— Tabene som følge af anvendelsen af sådanne tariffer fordeltes mellem konferencemedlemmerne.

I punkt 23 i meddelelsen af klagepunkter henviste Kommissionen til anvendelsen af en praksis med »fighting ships«, som indebar, at Cewal's afsejlingstidspunkter var afstemt efter G & C's afsejlingstidspunkter, etablering af en rotationsordning for at sikre »en dækning af indtægtstabet i forbindelse med aktionen« [62], og gjorde gældende, at »aktionspriserne« ikke var fastsat ud fra økonomiske kriterier (f.eks. i forhold til omkostningerne), men udelukkende ud fra ønsket om at de skulle være *lavere* end G & C's priser, og beskrev denne adfærd som »fastsættelse af underbudspriser med henblik på at fortrænge en konkurrent fra markedet« [63].

94. I punkt 73 i beslutningen fastslår Kommissionen, at Cewal benyttede sig af »fighting ships« med det formål at eliminere dens største konkurrent på de relevante søruter. Den konkrete fremgangsmåde bestod i:

»[...] at man udpegede de Cewal-skibe, hvis afgangstider lå tættest op ad G & C-skibenes, til at fungere som aktionsskibe ('fighting ships'), og fastsatte særlige 'aktionspriser' for disse skibe. Disse fælles fastsatte 'aktionspriser' afveg fra Cewal's normaltarif og var ikke fastsat ud fra økonomiske kriterier (dvs. i forhold til omkostningerne), men udelukkende ud fra ønsket om at holde dem på et sådant niveau, at de *svarede til eller var lavere* end G & C's priser, idet *indtægtstabet* i forhold til konferencetariffen blev dækket af alle Cewal-medlemmerne i forening. Det blev helt klart accepteret af Cewal's medlemmer, at brugen af 'fighting ships' i

62 — Beskrivelsen i den originale franske sprogversion lyder således: »un partage des pertes liées à l'opération«.

63 — Beskrivelsen i den originale franske sprogversion lyder således: »fixation des prix prédatories en vue d'éliminer un concurrent du marché«.

princippet kunne føre til *et indtægtstab*, som skulle bæres af dem« (min fremhævelse).

I beslutningens punkt 74 henvises der til den førende teoretiske definition af »fighting ships«, som bl.a. henviser til det forhold, at disse skibes afgangstider er identiske med konkurrerende rederiers afgangstider. Kommissionen bemærker imidlertid, at i den konkrete sag kunne Cewal i kraft af det store antal afgange, konferencen rådede over, udpege »fighting ships« uden at ændre fartplanerne.

95. Kommissionen taler derfor ikke om »underbuds«-priser [64] og skelner mellem den pågældende adfærd og en ensidig fastsættelse af »urimelig lave priser«. Denne formulering fremgår ligeledes af den formelle konklusion i artikel 2, hvorefter Cewal havde ændret »sine takster til at afvige fra de gældende takster, med henblik på at tilbyde takster, der var identiske med eller lavere end taksterne fra den primære udenforstående konkurrent på samme afgangsdag eller tilstødende dage (en praksis benævnt 'fighting ships') [...]«.

64 — I beslutningen henvises der til dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, herefter »AKZO-dommen«.

96. I sagsøgernes replik for Retten i Første Instans gjorde de oprindeligt gældende, at der ikke var nogen forskel mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen, men gjorde gældende, at Kommissionen i sit svarskrift omdefinerede deres påståede misbrugende adfærd, for så vidt angår »udpegningen« snarere end »planlægningen« af »fighting ships«-sejladser, ved at bevæge sig fra »tab« til »indkomsttab« og ved ikke at anvende det velkendte udtryk »underbudspriser«. De fremsatte to retlige argumenter i forbindelse med disse formodede forskelle. For det første gjorde de gældende, at hvis beslutningen var baseret på det, som de anser for at være den »nye« definition af »fighting ships«, skal beslutningens relevante dele annulleres, idet der pålægges Cewal's medlemmer sanktioner for en praksis, som ikke var gjort gældende over for dem i meddelelsen af klagepunkter. Subsidiært blev det gjort gældende, at hvis beslutningen skulle fortolkes således, at den bygger på den »nye« definition, skulle den stadig annulleres, eftersom kravet om begrundelse i traktatens artikel 190 var tilsidesat.

97. I sin duplik bestrider Kommissionen for det første, at anbringendet om den påståede uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen kan antages til realitetsbehandling (i strid med artikel 48 i Retten i Første Instans' procesreglement), da det først blev gjort gældende i replikken. Endvidere er planlægningen af særlige afgange, således at de er sammenfaldende med en »outsider«, samt at anvendelsen af lavere priser og indtægtstab tydelige tegn på enten en praksis med »fighting ships« eller en adfærd, der udgør et misbrug og således er i strid med

traktatens artikel 86. Hvad angår en manglende overensstemmelse mellem adfærden med »fighting ships« og den i AKZO-sagen pådømte prisfastsættelse henviser Kommissionen til beslutningens punkt 80, hvor den udtrykkeligt sondrer mellem den foreliggende sag og sagen i den pågældende dom.

b) Den appellerede dom

98. Retten i Første Instans analyserede ordlyden af beslutningen og Kommissionens svarskrift (præmis 138-140) og fastslog, at disse forhold »[...] på ingen måde indebærer en ny definition af fremgangsmåden med aktionsskibe i forhold til beslutningen, men at de derimod er i nøje overensstemmelse hermed« (præmis 140). Den konkluderede herefter, at »da sagsøgernes argumentation er baseret på en urigtig forudsætning, må *begge* anbringender vedrørende begrebet aktionsskibe forkastes« (præmis 140, min fremhævelse).

c) Argumenterne i den foreliggende appel

99. Det første appelanbringende for Domstolen vedrører en påstået forskel mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen. Derfor er det nødvendigt først at overveje, hvorvidt dette appelanbringende kan antages til realitetsbehandling.

100. I sit svarskrift anfører Kommissionen, som støttes af intervenienten, at Retten i Første Instans klart afviste sagsøgernes udtrykkelige anbringende om, at definitionen af den påståede adfærd, som den gjorde gældende i sit svarskrift for Retten, var forskellig fra den i beslutningen indeholdte. Kommissionen bestrider derefter, at noget klagepunkt om en uoverensstemmelse mellem beslutningen og meddelelsen af klagepunkter i den foreliggende sag kunne antages til realitetsbehandling ved Retten i Første Instans og dermed under den foreliggende appel. Den gør gældende, at der i lyset af artikel 48, stk. 2, i Retten i Første Instans' procesreglement ikke var noget grundlag for at fremføre et sådant klagepunkt i replikken for Retten, eftersom det næppe kan gøres gældende, at en påstået uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen først kom frem under retsforhandlingerne ved Retten. Følgelig gør Kommissionen gældende, at i henhold til artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement, hvorefter »der [ikke] i appelskriftet [må] foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for Retten«, kan punkterne heller ikke antages til realitetsbehandling for Domstolen.

101. Appellanterne gør gældende, *at det først var ved gennemlæsningen af Kommissionens svarskrift for Retten i Første Instans, at det blev klart for dem, at Kommissionen havde ændret den oprindelige påstand om underbudspriser fremsat i meddelelsen af klagepunkter.* Det vil senere

fremgå, hvorfor jeg fremhæver dette argument. De henviser først til deres oprindelige stævning for Retten, hvor de med henblik på at dokumentere, at de ikke havde lidt tab, hævdede, at Kommissionen i beslutningen havde frafaldet påstanden i punkt 23 i meddelelsen af klagepunkter, hvorefter Cewal-medlemmerne havde lidt tab. De henviser ligeledes til det subsidiære argument i deres replik til Retten i Første Instans, hvorefter beslutningen, såfremt den skulle fortolkes således, at den var baseret på den »nye« definition, skulle annulleres på de relevante punkter, som følge af at den pålagde Cewal-medlemmerne sanktioner for en praksis, som ikke var gjort gældende over for dem i meddelelsen af klagepunkter. Følgelig gør de gældende, at eftersom deres subsidiære indsigelse drejede sig om Kommissionens påståede tilsidesættelse af en væsentlig procedureforskrift, skulle det have været rejst *ex officio* af Retten i Første Instans som en sag i offentlighedens interesse [65]. De påstår, at Retten imidlertid end ikke tog stilling til, hvorvidt denne indsigelse kunne antages til realitetsbehandling.

d) Analyse

102. Jeg mener, at man først må betragte klagepunktet vedrørende Retten i Første Instans' afvisning af sagsøgernes principale formalitetsindsigelse vedrørende den formodede genfortolkning af beslutningen, som de påstår blev fremført af Kommissionen i dennes svarskrift. Kort sagt hvorvidt det forhold, at der i beslutningen tales om »indtægtstab« og i meddelelsen af klagepunkter om »tab«, er tilstrækkeligt til i væsentlig grad at skade sagsøgernes interesser.

103. Efter min opfattelse fortolkede Retten i Første Instans i præmis 141 i den appellerede dom med rette beslutningen som værende baseret på indkomsttab snarere end nettotab. Dette fremgår af beslutningens punkt 73 og 74, hvori Kommissionen henviser til henholdsvis »indtægtstab« og til accepten af sandsynlige »financial losses of the 'fighting vessel'«. Kommissionen havde i sit svarskrift for Retten ret til at afvise, at beslutningen var baseret på de pågældende aktionspriser, der medførte egentlige tab.

104. Appellanterne klager imidlertid nu over, at der er en væsentlig uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og svarskriftet, som udgjorde deres subsidiære indsigelse for Retten i Første Instans, mens de oprindeligt påstod, at der ikke var nogen sådan uoverensstemmelse. Jeg er enig i Kommissionens synspunkt i dens duplik for Retten, som gentages i indlægget for Domstolen, hvorefter dette anbringende, for så vidt sagsøgerne i deres duplik for Retten gjorde gældende, at en formodet uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og svarskriftet har skadet

65 — Appellanterne citerer bl.a. dom af 20.2.1997, sag C-166/95 P, Kommissionen mod Daffix, Sml. I, s. 983.

deres ret til en retfærdig rettergang, var »nyt« og i henhold til artikel 48, stk. 2 i Rettens procesreglement således »[...] ikke [må] fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne«. Følgelig er jeg enig med Kommissionen i, at anbringendet heller ikke kan antages til realitetsbehandling for Domstolen i henhold til artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Men eftersom Retten ikke, på trods af artikel 48, stk. 2, tredje afsnit, i Retten i Første Instans' procesreglement, der bestemmer, at »afgørelsen om, hvorvidt fremsættelsen af det nye anbringende kan tillades, træffes først ved den dom, hvorved sagens behandling afsluttes«, har undersøgt, hvorvidt dette anbringende kan antages til realitetsbehandling, skal Domstolen efter min mening forklare, hvorfor anbringendet ikke kan antages til realitetsbehandling.

105. Jeg er ligeledes enig med Kommissionen i, at sagsøgerne ikke kan gøre gældende, at den formodede uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepukter og beslutningen først blev klar for dem ved gennemlæsningen af Kommissionens svarskrift for Retten i Første Instans.

106. Det påhviler imidlertid Domstolen at vurdere, hvorvidt nogle »retlige eller faktiske omstændigheder [...] kommet frem under retsforhandlingerne«, kunne have begrundet, at appellanterne kun påberåbte sig den pågældende uoverensstemmelse i deres replik for Retten. Jeg mener ikke, at det var tilfældet. Det fremgår klart af beslutningens punkt 80, at Kommissionen baserede beslutningen på en retlig vurdering af sagsøgernes adfærd, som adskilte sig fra situationen i AKZO-sagen for Domstolen. Sagsøgerne var i deres fulde ret til, i deres oprindelige stævning for Retten, at anfægte denne beslutning samt gøre gældende, at deres ret til en retfærdig rettergang under den administrative procedure for Kommissionen var tilsidesat.

107. Efter min opfattelse er sagsøgernes argumenter ikke overbevisende og logisk set mangelfulde. Argumenterne vedrørende tilsidesættelse af retten til forsvar optræder for første gang i deres replik for Retten og kan således umiddelbart ikke antages til realitetsbehandling. Hertil svarer de, at de først blev bekendt med karakteren af det misbrug, hvori de blev fundet skyldig, ved gennemlæsningen af Kommissionens svarskrift, på grund af uoverensstemmelserne mellem dette svarskrift og beslutningen. Retten fandt, at der ikke forelå en sådan uoverensstemmelse, hvilket jeg er enig i. Appellanterne kan derfor ikke fortsætte med at påberåbe sig en påstået uoverensstemmelse med henblik på at begrunde den sene fremførelse af anbringendet, som for første gang fremsattes i replikken, hvorefter der ikke var uoverensstemmelse mellem beslutningen og svarskriftet, som de havde gjort gældende, men mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen. Det er klart,

at dette anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling.

108. Som svar på Kommissionens påstand om, at deres anbringende om at en eventuel uoverensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen ikke kan antages til realitetsbehandling, gør appellanterne for Domstolen gældende, at et anbringende om en påstået tilsidesættelse af retten til retfærdig rettergang som følge af en utilstrækkelig meddelelse af klagepunkter, »[...] udgør en sag i offentlighedens interesse, som ikke blot kan, men skal tages under påkendelse ex officio af Fællesskabets retsinstanser« [66]. Domstolen har endvidere fastslået, at »en prøvelse af sådanne anbringender kan finde sted på et hvilket som helst stadium af sagen, da sagsøgeren ikke fortaber retten til at gøre dem gældende, blot fordi de ikke er blevet gjort gældende i klagen« [67].

109. I den foreliggende sag skyldes den skade, som appellanterne påstår at have lidt under den administrative procedure, på den anden side den omstændighed, at beslutningen ikke var baseret på den fortolkning, som de anser for at være den eneste juridisk korrekte fortolkning af begrebet »underbudspriser«, et udtryk, som anvendes i meddelelsen af klagepunkter. I bedste fald kan skaden henføres til den omstændighed, at appellanterne mente, at udtrykket »underbudspriser« i meddelelsen af klagepunkter udelukkende henviste til anvendelsen af priser, som var lavere end kostprisen, og at de i udarbejdelsen af deres svar til dette dokument udelukkende fremførte juridiske argumenter baseret på, at deres »aktionspriser« ikke var lavere end kostpriserne. Det gøres imidlertid ikke gældende, at Kommissionen inddrog noget nyt materiale til skade for appellanterne, som de ikke kunne forsvare sig imod. Tværtimod udgør samtlige de påberåbte forskelligheder (udpegning i stedet for planlægning, priser lig med eller lavere og ikke blot lavere; indtægtstab og ikke tab; undladelse af udtrykket »underbuds-«) en mildere grad af påstået misbrugsadfærd. På grundlag heraf gjorde appellanterne i den administrative procedure gældende, at de ikke kunne findes skyldig i et misbrug. Den omstændighed, at Kommissionen ikke desto mindre fandt dem skyldige, medfører ikke en tilsidesættelse af retten til forsvar. Faktum er, at appellanterne ikke har godtgjort, at de har lidt skade i forbindelse med fremførelsen af deres materielle forsvar på detaljeret vis for såvel Retten som Domstolen, hvorefter deres adfærd ikke kunne betegnes som værende udtryk for et misbrug, da de ikke har anvendt priser, som var lavere end kostpriserne.

110. Under disse omstændigheder er der intet, der kan begrunde, at Domstolen af egen drift skulle behandle anbringendet om den påståede skade, som brugen af udtrykket »underbudspriser« kan have medført for appellanterne under udarbejdelsen af deres oprindelige svar på Kommissionens meddelelse af klagepunkter.

66 — Daffix-dommen, anført i fodnote 65, præmis 24.
67 — Ibidem, præmis 25.

iii) *Misbruget i den omtvistede praksis*

a) De relevante spørgsmål

111. Ifølge den appellerede dom (præmis 139) har »Kommissionen [...] fastslået, at den fremgangsmåde med såkaldte aktionsskibe, som Cewal's medlemmer anvendte med henblik på at fortrænge konkurrenten G & C, bestod i tre forhold: Man udpegede de Cewal-skibe, hvis afgangstider lå tættest op ad G & C-skibenes, til at fungere som aktionsskibe uden ændring af afgangstidspunkterne. Der fastsattes fælles 'aktionspriser' som afveg fra Cewal's normaltarif, og som svarede til eller var lavere end G & C's priser. Det heraf følgende indtægtstab blev båret af Cewal's medlemmer«.

112. Det kan fremføres, at det vigtigste spørgsmål i denne appel vedrører rigtigheden af Kommissionens synspunkt, der blev opretholdt af Retten, hvorefter den af Cewal-medlemmerne anvendte praksis med aktionsskibe, selv om den ikke medførte nettotab, stadig udgjorde et misbrug i strid med traktatens artikel 86, og ikke, som appellanterne påstod, vedrører en dominerende virksomheds rimelige reaktion i forbindelse med en ny konkurrents indtræden på markedet. Kommissionen baserede ikke sin beslutning (jf. punkt 72 og 73) på tab, men på indtægtstab som følge af Cewal-medlemmernes omtvistede adfærd. Kernen i appellanternes sag er, idet jeg baserer mig på det faktum, at i modsætning til salg til priser lavere end kostprisen, som Domstolen undersøgte i AKZO-sagen, er de af Cewal anvendte aktionspriser højere end omkostningerne, men medfører et »indtægtstab« for medlemmerne af konferencen [68].

113. De relevante præmisser i den appellerede dom omfatter præmis 146-148:

»146 Som det allerede er nævnt, følger det af fast retspraksis, at selv om eksistensen af en dominerende stilling ikke afskærer en virksomhed, der har denne stilling, fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om denne virksomhed har ret til i rimeligt omfang at udføre de handlinger, den skønner fornødne med henblik på at beskytte sine interesser, kan man dog ikke anerkende sådanne former for adfærd, når de har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (ovennævnte dom i sagen BPB Industries og Bristish Gypsum mod Kommissionen, præmis 69) [69].

68 — Jf. præmis 139 i den appellerede dom.

69 — Retten i Første Instans henviste til sin egen dom i den nævnte British Gypsum-sag, jf. fodnote 47 ovenfor.

147 Det bemærkes i denne forbindelse, at når henses til bl.a. referaterne af møderne i Special Fighting Committee, der er nævnt i fodnote 2 til 32. betragtning til beslutningen, navnlig referatet af mødet den 18. maj 1989, hvori man taler om at 'skaffe sig af med' det uafhængige rederi, har Kommissionen ført tilstrækkeligt bevis for, at denne praksis havde til formål at fortrænge Cewal's eneste konkurrent på det relevante marked. Endvidere finder Retten, at selv om betegnelsen for den praksis, Cewal's medlemmer fulgte, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at den kan anses for at være i strid med artikel 86, fastslog Kommissionen med rette, at det forhold, at erhvervsdrivende inden for international søtransport anvendte en i branchen velkendt betegnelse og inden for konferencens rammer oprettede en Special Fighting Committee, viser, at de havde til hensigt at gennemføre en praksis med henblik på at forvride konkurrencen.

148 Da den omhandlede praksis havde til formål at fortrænge den eneste konkurrent, finder Retten, at sagsøgerne ikke kan gøre gældende, at de alene imødegik en krænkelse fra G & C's side af Cewal's lovbestemte monopol, forsøgte at skabe modvægt mod den forskelsbehandling, de blev udsat for fra Ogefrem's side, at de fulgte en priskrig, som var indledt af konkurrenten, eller imødegik et angreb på deres kundekreds. Selv om det lægges til grund, at det forholder sig således, er det ikke tilstrækkeligt til, at Cewal's medlemmers modtræk kan anses for rimeligt og afpasset efter omstændighederne.«

114. Appellanterne gør i det væsentlige gældende, at Retten i Første Instans har begået en retlig fejl ved ikke at anerkende, at en dominerende virksomhed, som reaktion på priskonkurrence fra en ny virksomhed på markedet, kan udarbejde en plan med henblik på at eliminere denne virksomhed ved at anvende selektive prisnedsættelser, når de priser, som den tilbyder, ikke er udtryk for misbrug i den forstand, hvori Domstolen har defineret dette i AKZO-dommen. Ifølge appellanterne har Retten med urette opretholdt beslutningen ved udelukkende at basere sig på belastende dokumenter, fundet af Kommissionen, som viser, at Cewal-medlemmerne ønskede at eliminere deres konkurrent, hvilket ikke i sig selv er konkurrenceskadeligt.

115. Kommissionen er af den opfattelse, at praksis med »fighting ships«, som den har fastslået, at appellanterne har anvendt, adskiller sig fra den »klassiske« praksis med underbudspriser, et udtryk, som Domstolen faktisk ikke har anvendt, som ifølge Kommissionen medfører, at den pågældende virksomhed har lidt tab, som i AKZO-sagen. Kommissionen siger faktisk, at en dominerende virksomhed, der fraviger sine offentliggjorte tariffer ved selektivt at nedsætte disse som del af en strategi med henblik på at eliminere en konkurrent fra markedet, ikke konkurrerer på normal vis. Den omstændighed, at Cewal's aktionspriser blot var en reaktion på priskonkurrence fra en ny konkurrent, er ikke en tilstrækkelig begrundelse, navnlig ikke når en dominerende virksomhed som Cewal stort set har monopol på markedet. Ifølge Kommissionen ville en normal priskonkurrence fra Cewal-medlemmernes side have bestået i en systematisk nedsættelse af deres offentliggjorte konferencetariffer.

b) Analyse

— Misbrugets multilaterale karakter

116. I beslutningens punkt 80 fastslog Kommissionen, at det »er den multilaterale og forsætlige karakter af en handlemåde gående ud på at fastsætte en usædvanlig, samordnet pris med det formål at eliminere en konkurrent, der viser, at der er tale om misbrug«. I den foreliggende sag er relevansen af den samordnede praksis imidlertid begrænset til dens rolle i etableringen af den kollektivt dominerende stilling, der gør det muligt for Cewal at handle ensidigt. Den »multilaterale« karakter af den pågældende prisadfærd har ingen betydning for misbruget. Efter min mening følger det heraf, at Retten i Første Instans med rette så bort fra Kommissionens henvisning i beslutningens punkt 80.

117. Nærværende appel indeholder visse nye aspekter for så vidt angår konkurrencereglerne. Det er første gang Domstolen anmodes om at analysere praksis med »fighting ships«, og navnlig også, under hvilke omstændigheder en prisstrategi, som ikke medfører priser, der er lavere end kostprisen, ikke desto mindre kan anses for at udgøre et misbrug af en dominerende stilling. Sidstnævnte problem skal naturligvis behandles med forsigtighed. Konkurrence på prisen udgør et af de væsentlige elementer af en fri og åben konkurrence, som Fællesskabet ønsker at opnå på fællesmarkedet. En sådan favoriserer de mest effektive virksomheder og er derfor en fordel for forbrugerne på både kort og lang sigt. Dominerende virksomheder ikke blot kan, men skal tilskyndes til at konkurrere på prisen. Sædvanligvis er deres markedsstyrke medvirkende til, at de kan opretholde priser, der ligger over priserne på et konkurrencepræget marked. Det er derfor nødvendigt først at undersøge de omstændigheder, der har fået Kommissionen til at konkludere, at der er tale om et misbrug, og dernæst at undersøge anvendelsen af de relevante juridiske principper.

118. Det er nødvendigt at foretage en omhyggelig undersøgelse af det særlige markeds struktur og retlige og økonomiske kendetegn, mens man naturligvis skal huske på, at konstateringen vedrørende den dominerende stilling ikke i sig selv er sagens genstand. Som Kommissionens befuldmægtigede gjorde gældende under retsmødet, drejer det sig her om en linjekonference, hvor fastsættelse af priser mellem forskellige selskaber, yderst undtagelsesvist, er blevet indrømmet en gruppefritagelse (indeholdt i en rådsforordning) fra forbuddet i artikel 85, stk. 1. Linjekonferencer indebærer pr. definition en grad af koordinering mellem en række rederier. Kommissionen kunne således henvise til møder i komitéer, som var nedsat af konferencen, med henblik på at dokumentere formålet med en bestemt type adfærd, eller en ordning med en samlet indtægtspulje med henblik på at bevise, at der skete krydssubsidiering mellem fragtrater. På den anden side henviser appellanterne til den sædvanligvis accepterede stabiliserende virkning, fra afskibernes synspunkt, ved forekomsten af linjekonferencer i internati-

onal søtransport og behovet for at tage højde for de ulemper, de er underlagt i konkurrence med rederier, der ikke er medlem af en konference, såsom kravet om regelmæssige afgange. Jeg skal nu behandle elementerne i praksisen med »fighting ships«, som beskrevet af Kommissionen og kort beskrevet af Retten. De faktiske omstændigheder bestrides ikke — kun den retlige konklusion.

— Hensigten om at udelukke konkurrence

119. Det misbrug, som Kommissionen har fastslået, at Cewal-medlemmerne udøver, består i det væsentlige i en strategi om en selektiv og målrettet anvendelse af lavere tariffer som svar på den nye trussel, som konkurrencen fra G & C udgjorde, og *som udtrykkeligt havde til formål at fjerne denne konkurrent*. Selv om appellanterne kritiserer såvel beslutningen som den appellerede dom for at basere konklusionen vedrørende intentionen om at hindre konkurrence på beskrivelsen af Cewal-medlemmernes adfærd under adskillige møder i »Special Fighting Committee«, som skulle overvåge iværksættelsen af Cewal's praksis med »fighting ships«, har de ikke søgt at anfægte påstanden om, at deres intention var at udelukke konkurrencen. Dette ville også være i uoverensstemmelse med deres påståede ret til at basere sig på Ogefrem-aftalen for at nå dette mål, der består i at udelukke konkurrencen. De gør i stedet for gældende, at eftersom de ikke anvender underbudspriser, som defineret i AKZO-dommen, kan en sådan intention ikke anses for tilstrækkelig til at udgøre et misbrug af en dominerende stilling, men snarere som værende en normal konkurrencemæssig reaktion på en priskrig påbegyndt af en ny konkurrent.

120. Appellanterne kritiserer præmis 147 i den appellerede dom for at konkludere, at referaterne fra møderne i Special Fighting Committee af 8. maj 1989, hvortil beslutningen henviser, og hvori der tales om at »skaffe sig af med« G & C, sammenholdt med den blotte anvendelse af udtrykket »fighting ships«, et velkendt udtryk i den internationale søtransportsektor, var tilstrækkeligt til at begrunde Kommissionens konklusion om, at det var Cewal-medlemmernes hensigt at eliminere G & C. Det kan kun konkluderes, at der foreligger et misbrug, såfremt de faktiske omstændigheder er behørigt bevist [70]. Men hverken den appellerede dom eller beslutningen, som danner grundlag for sagen, var baseret udelukkende på betegnelsen af den pågældende adfærd. Som Retten fastslog, har appellanterne ikke bestridt de tre kriterier, som Kommissionen har anvendt i beslutningen som bevis for udøvelsen af en praksis med »fighting ships« — nemlig betegnelsen »fighting ships«, fastsættelsen af aktionspriser, som var lavere end Cewal's normale tariffer, og fordelingen mellem medlemmerne af det indtægtstab, som

70 — Sagsøgerne henviser til dom af 5.12.1963, forenede sager 23/63, 24/63 og 52/63, Usines Émile Henricot m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 437, org. ref.: Rec. s. 439, og til den i fodnote 28 nævnte Suiker Uniedom, præmis 203, 482 og 541.

denne praksis medførte. Følgelig er appellanternes indsigelse mod konklusionen i den appellerede doms præmis 147 om, at »de havde til hensigt at gennemføre en praksis med henblik på at forvride konkurrencen«, ubegrundet.

— Afvigelse fra konferencetariffen

121. Selektiviteten i prisnedsættelserne udgør et vigtigt element i konstateringen af misbrug. Sammenholdt med Cewal's hensigt om udelukkelse bestod den i at anvende nedsættelser *udelukkende* på de afgange, der skulle konkurrere med G & C's afgange. I beslutningens punkt 81 har Kommissionen ganske vist, ved at tale om misbrug, når dominerende virksomheder »tager andre midler i brug end dem, der benyttes i en normal konkurrence«, anført, at »dette er tilfældet med de såkaldte «fighting ships», så meget desto mere som Cewal's medlemmer er bundet af konferencens fælles tarif«. På trods af den forpligtelse, som i medfør af artikel 5, stk. 4, i 1986-forordningen påhvilede Cewal, har den undladt at offentliggøre sine tariffer. Under henvisning hertil gentog Kommissionen imidlertid blot et væsentligt element i den adfærd, den anså for at udgøre et misbrug, nemlig den selektive og ikke generelle karakter af prisnedsættelserne. Såfremt der var vedtaget en generel — og ikke selektiv — prisnedsættelse, ville det have været langt vanskeligere at fastslå, at der var tale om et misbrug, idet det antages, at de nedsatte tariffer ikke var lavere end kostprisen. Den dominerende virksomheds plan eller hensigt ville så have været forbundet med nedsatte priser, som ikke var under kostprisen, og der havde ikke været brug for en særlig ordning med fordeling af indtægtstab. I mangel af yderligere elementer, såsom høje adgangsbarrierer til markedet, ville det ikke tydeligt fremgå, hvorfor en sådan reaktion på en ny konkurrents adgang til markedet skulle behandles anderledes end en normal konkurrence på ydelserne.

— Fordeling af indtægtstab

122. Kommissionens konklusion, hvorefter brugen af »fighting ships« i princippet kunne »føre til et indtægtstab, som skulle bæres af [Cewal-medlemmerne]« (punkt 73 i beslutningen), blev ikke anfægtet af sagsøgerne, der blot erkendte, at en sådan fordeling af risici var dækket af fritagelsen. Der er naturligvis ingen fritagelse, der dækker en omkostningsdeling i forbindelse med en adfærd, der er udtryk for misbrug. Ifølge Kommissionen skyldes Cewal-medlemmernes misbrug ikke blot hensigten om at eliminere konkurrencen fra G & C, men snarere den omstændighed, at Cewal-medlemmerne var i stand til at subsidiere »omkostningerne ved at anvende 'fighting rates' gennem de normale fragtrater, som konferencerederierne benyttede på de andre afgange«, og at en sådan konkurrencehindrende adfærd, selv om G & C var lige så effektiv som Cewal, kunne eliminere »konkurrencen fra en virksomhed, der måske er lige så effektiv som den dominerende

konference, men som grundet sin ringere finansielle styrke ikke er i stand til at modstå den samordnede, illoyale konkurrence fra en stærk rederigruppe, der er sluttet sammen i en linjekonference« [71].

— Retspraksis om »underbuds-priser«

123. Selv om Kommissionen har forsøgt helt at sondre mellem denne sag og de klassiske sager om »underbuds-priser«, som AKZO-sagen, er det nødvendigt at vurdere, om Retten med rette opretholdt Kommissionens konklusion om, at praksis med »fighting ships« var udtryk for et misbrug, selv om der ikke var tale om priser, der lå under kostprisen. Det sædvanligvis anvendte udtryk »underbudspriser« har naturligvis ingen særlig retlig status. Det eneste kriterium, der med rette kan udledes af artikel 86, er en undersøgelse af, hvorvidt der foreligger et misbrug.

124. Udgangspunktet i forbindelse med misbrug af en dominerende stilling er Domstolens afgørelse i Hoffmann-La Roche-sagen [72]:

»Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som [...] bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence [...]«

125. I AKZO-sagen [73] gjorde Kommissionen gældende, at artikel 86 ikke »tillægger [...] omkostningerne betydning som det afgørende kriterium ved afgørelsen af, om der foreligger misbrug, når en dominerende virksomhed foretager prisreduktioner«, eftersom der ligeledes skal tages hensyn til »behovet for at værne mod en forringelse af en effektiv konkurrencestruktur inden for fællesmarkedet« [74]. En prisnedsættelse ville have konkurrencebegrænsende formål »uanset om den angribende part fastsætter sine priser til et niveau, der ligger over eller under virksomhedens egne omkostninger, hvorledes disse så end skal forstås« [75]. Ifølge Kommissionen ville »en detaljeret analyse af den dominerende virksomheds omkostninger [...] alene være af 'stor betydning' når det var mindre klart, at denne prispolitik havde til formål at udelukke konkurrencen« [76].

126. Som appellanterne fremhæver, er det af betydning, at Domstolen i AKZO-dommen ikke tilsluttede sig Kommissionens opfattelse; den har imidlertid heller ikke udtrykkeligt afvist den. Under henvisning

71 — Jf. beslutningens punkt 82.

72 — Dommen er nævnt i fodnote 17 (præmis 91).

73 — Kommissionens beslutning 85/609/EØF af 14.12.1985 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/30.698 — ECS/AKZO) (EFT L 374, s. 1).

74 — Jf. punkt 77 i beslutning 85/609 og præmis 64 i AKZO-dommen.

75 — Jf. punkt 79 i beslutning 85/609 og præmis 64 i AKZO-dommen.

76 — Jf. punkt 80 i beslutning 85/609 og præmis 65 i AKZO-dommen.

til Hoffmann-La Roche-sagen fastslog Domstolen, at artikel 86 forbyder en dominerende virksomhed at eliminere en konkurrent for herigennem at styrke sin stilling ved hjælp af andre midler end en konkurrence på ydelser. »Herved kan dog ikke enhver form for priskonkurrence anses for lovlig« [77]. I de følgende to præmisser (præmis 71 og 72) opregner Domstolen følgende principper hvad angår en dominerende virksomheds anvendelse af underbudspriser:

»71 Priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger (dvs. omkostninger, der ændres i forhold til den producerede mængde), og som en dominerende virksomhed bruger i et forsøg på at eliminere en konkurrent, må betragtes som misbrug. En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab, nemlig samtlige faste omkostninger (dvs. omkostninger, der er konstante uanset den producerede mængde) og i det mindste en del af de variable omkostninger pr. produceret enhed.

72 Priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, dvs. de faste plus de variable omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, må anses for misbrug, når de fastsættes som led i en plan om at eliminere en konkurrent. Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke.«

127. Priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable (eller på kort sigt marginale, AKZO-dommen, præmis 70) omkostninger, formodes således tilsyneladende at være udtryk for misbrug. Mens det sædvanligvis er fornuftigt at sælge til priser, der ligger over de variable omkostninger, eftersom det sikrer et vist kapitalafkast, når markedet ikke gør det muligt at sælge til en højere pris, er det normalt ikke fornuftigt at sælge til priser, der ligger under de gennemsnitlige variable omkostninger. Det er ikke nødvendigt at afholde marginale omkostninger, og en erhvervsdrivende har ikke nogen interesse i at afholde dem og således lide tab. En dominerende virksomhed har imidlertid ret til at afkræfte denne formodning ved at godtgøre, at en sådan prisfastsættelse ikke var del af en plan om at eliminere en konkurrent.

128. Selv priser, der er højere end de gennemsnitlige variable omkostninger (men stadig lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger eller de marginale omkostninger på lang sigt, jf. AKZO-dommen, præmis 17), og selv om de ikke formodes at være underbudspriser, »må« endvidere anses for at være udtryk for et misbrug, når det fastslås, at de udgør en del

77 — Præmis 70.

af en plan om at eliminere en konkurrent. I lyset heraf fandt Domstolen, senere i dommen, at den omstændighed, at priserne var blevet nedsat mere end nødvendigt for at opnå ordrer, og at disse nedsættelser var anvendt selektivt på konkurrentens kunder, hvilket gjorde det muligt at kompensere salg med tab med rentable salg, dokumenterede den påkrævede hensigt [78]. Selv om det er tilladt en dominerende virksomhed at imødegå konkurrence ved at »foretage defensive pristilpasninger, [også] i forhold til [konkurrentens] priser, for at bevare selskabets faste kundekreds« [79], må den ikke, gennem en selektiv prisnedsættelse, forsøge at beholde de kunder, som den har taget fra konkurrenterne, ved at tilbyde priser, der er lavere end kostprisen, »uden [...] at lade denne gælde til fordel for sin egne kunder« [80].

129. I Tetra Pak II-dommen stadfæstede Domstolen afgørelsen fra Retten i Første Instans, hvori fremgangsmåden fra AKZO-dommen blev anvendt under omstændigheder, hvor misbrugene ikke havde fundet sted på et marked, hvor Tetra Pak var dominerende, men på et marked, hvor virksomheden var markedsførende [81]. Appellanterne i den pågældende sag anfægtede — primært under henvisning til retspraksis fra USA's højesteret [82] — Retten i Første Instans' afslag på at kræve, at Kommissionen påviste, »[...] at Tetra Pak med rimelighed kunne forvente at få genoprettet de tab, selskabet havde lidt« [83]. Domstolen opretholdt konklusionen om, at appellanterne havde deltaget i salg til underbudspriser, men fastslog, at »*under de i sagen foreliggende omstændigheder* findes det ikke påkrævet endvidere at kræve som yderligere bevis, at det påvises, at Tetra Pak havde en reel chance for at genindvinde sine tab« [84]. I det følgende (punkt 136 nedenfor) skal jeg vende tilbage til betydningen af dette udtryk i forbindelse med den foreliggende appel.

130. Kategorierne af misbrug i forbindelse med fastsættelse af priser med henblik på at hindre konkurrencen er ikke blevet udtømmende defineret i AKZO-dommen. I den pågældende dom udelukkede Domstolen ikke definitivt anvendelsen af artikel 86 på sager, hvor en dominerende virksomhed anvender selektive prisnedsættelser, samtidig med at den bibeholder sine priser på et niveau, der ligger over dens samlede omkostninger. Jeg er enig med generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i dennes forslag til afgørelse i Tetra Pak II-sagen, hvorefter Domstolen i AKZO-sagen »antog [...] at en priskonkurrence ikke altid er lovlig, og anførte i tilslutning hertil *to tilfælde* af eliminerende priser, der strider mod artikel 86« [85]. Forud for dens afgørelse i AKZO-sagen har den således, f.eks. i

78 — AKZO-dommen, præmis 102 og 115.

79 — AKZO-dommen, præmis 156.

80 — AKZO-dommen, præmis 155.

81 — Tetra Pak II-dommen, anført i fodnote 56.

82 — Brooke Group mod Brown & Williamson Tobacco 509 U.S. 209, 1993.

83 — Tetra Pak II-dommen, nævnt ovenfor, præmis 39.

84 — Tetra Pak II-dommen, præmis 44, min fremhævelse. Domstolen ville ikke gå så langt som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, som foreslog (punkt 78 i forslaget til afgørelse), at Domstolen ikke skulle »fastslå, at forventningen om, at tabene kan genindvindes, er endnu en betingelse, der skal være opfyldt for, at der foreligger eliminerede priser i strid med artikel 86«, bl.a. fordi, efter hans mening, »den dominerende virksomhed tilstræber en genindvinding af tabene, men underbudspriserne udgør i sig selv en konkurrencebegrænsende adfærd, uanset om formålet hermed nås«.

85 — Punkt 73 i forslaget til afgørelse, min fremhævelse.

Ahmed Saeed-sagen, fastslået, at den omstændighed, at et luftfartsselskab, som er dominerende på en rute, pålægger andre luftfartsselskaber på den pågældende rute »billetpriser, [der] er fastsat *overdrevent* højt eller *lavt* for at udelukke virksomheder, som ikke er deltagere i [prisfastsættelses]aftalen, fra markedet«, udgør et misbrug af en dominerende stilling [86]. Blandt de kriterier, der nævnes med henblik på at bedømme, hvorvidt den anvendte sats er fastsat overdrevent højt eller lavt, er, hvorvidt priserne står »[...] i et rimeligt forhold til luftfartsselskabets totale omkostninger på længere sigt, idet der herved skal tages hensyn til forbrugernes behov, behovet for et tilfredsstillende kapitalafkast, konkurrencesituationen på markedet, herunder priserne hos de andre luftfartsselskaber, der beflyver ruten, og nødvendigheden af at forhindre dumping« [87]. Kommissionen har i denne sag (navnlig i beslutningens punkt 73) udtrykkeligt gjort gældende, at Cewal's aktionspriser ikke blev fastsat i forhold til omkostningerne, men udelukkende i forhold G & C's priser. Det er følgelig nødvendigt at undersøge, hvorvidt omstændighederne i den foreliggende sag — hvor der ikke er tale om salg til priser under kostprisen, og hvor de selektivt nedsatte tariffer endvidere (bortset fra et tilfælde) var fastsat således, at de var identiske, men ikke lavere, end konkurrentens — med rette kan føre til en konstatering af misbrug.

— Hvorvidt praksis med »fighting ships« har karakter af misbrug

131. Det er tydeligt, at det misbrug, som appellanterne er fundet skyldig i, ikke fremgår af den ikke-udtømmende liste i artikel 86, litra a)-d) [88]. I Continental Can-dommen fastslog Domstolen (i forbindelse med opkøb af en konkurrent), at den adfærd, der forbydes af artikel 86, ikke blot omhandler adfærd, »som medfører skade for [forbrugerne] ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur«, men også den adfærd, der bevirker, at en dominerende virksomhed styrker sin stilling, »således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurrencen, dvs. kun lader virksomheder, der er afhængige af den dominerende, bestå« [89]. I AKZO-dommen udtalte Domstolen (præmis 70), at »[...] ikke enhver form for priskonkurrence [kan] anses for lovlig«, henset til dominerende virksomheders særlige forpligtelser. Imidlertid vil gennemførelsen af målet i traktatens artikel 3, litra g), om gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, blive væsentligt hindret, såfremt Domstolen skulle anse en tærskelværdi som de samlede gennemsnitlige (eller langsigtede marginale) omkostninger for en absolut målestok, i forhold til hvilken enhver prispolitik, der måtte være udtryk for et misbrug eller en udelukkelse af konkurrencen, skal vurderes. I Tetra Pak II-dommen tilsluttede Domstolen sig Retten i Første Instans' synspunkt, hvorefter »det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser,

86 — Dommen er anført i fodnote 20, præmis 43, min fremhævelse.

87 — Ibidem, præmis 43. I Ahmed Saeed-sagen kunne Domstolen imidlertid finde støtte i denne henseende i Rådets direktiv 87/601/EØF af 14.12.1987 om billetpriser for ruteflyvning mellem medlemsstaterne (EFT L 374, s. 12). Der findes ingen sammenlignelig lovgivning hvad angår anvendte tariffer i international sotransport.

88 — Continental Can-dommen, nævnt i fodnote 16, præmis 26.

89 — Ibidem.

der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der viser en svækkelse af konkurrencen« [90].

132. Jeg kan på den anden side tilslutte mig, at en dominerende virksomheds prisnedsættelser, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som ikke medfører salg til priser, der ligger under kostprisen, normalt ikke bør anses for konkurrenceskadelige tiltag [91]. For det første, selv om de kun er gældende for en kort tid, er de til fordel for forbrugerne, og for det andet, hvis den dominerende virksomheds konkurrenter er lige så eller mere effektive end denne, burde de være i stand til at konkurrere på de samme betingelser. Fællesskabets konkurrenceregler skal således ikke beskytte mindre effektive virksomheder mod en stærk konkurrence, selv om denne kommer fra dominerende virksomheder [92]. Andre overvejelser kan imidlertid gøre sig gældende, når en virksomhed, der har en dominerende stilling og stort set et monopol, navnlig på et marked, hvor der kan anvendes prisnedsættelser uafhængigt af omkostningerne, iværksætter en selektiv prisnedsættelsespolitik med det udtrykte formål at udelukke enhver konkurrence. Såfremt man under disse omstændigheder accepterede, at samtlige priser over kostprisen automatisk var tilladt, ville de sætte den pågældende virksomhed i stand til at hindre enhver konkurrence ved at anvende en selektiv prispolitik, som i det lange løb ville gøre det muligt for den at øge sine priser og afskrække eventuelle fremtidige virksomheder på markedet af frygt for at blive udsat for den samme målrettede behandling [93].

90 — Dommen er anført i fodnote 56, præmis 24.

91 — Spørgsmålet om, hvorvidt underbudspriser nødvendigvis er lavere end omkostningerne, er i vidt omfang blevet drøftet i teorien; et sammendrag af mange af disse synspunkter findes i Mastromanolis, »Predatory Prising Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform« (1998), E.C.L.R. 211; jf. navnlig s. 216, 217 og 218. F.eks. udtrykte Areeda & Turner, »Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act« (1975), 88 Harv. L. Rev. 697, i en artikel, som udløste en omfattende teoretisk debat og påvirkede udviklingen af retspraksis i USA, at »fortrængning gennem prissætning svarende til de gennemsnitlige omkostninger udgør også normal konkurrence — kun de konkurrenter som ikke kan overleve ved et effektivitetsrelateret prisniveau, udelukkes fra markedet«, s. 706. Dette synspunkt er for nylig blevet gentaget i Areeda & Hovenkamp, Antitrust Law, Vol. III, § 748, »selv store prisnedsættelser, der ikke når niveauet for grove underbudspriser, er under ingen omstændigheder ulovlige«, s. 462. Dette synspunkt er kritiseret; jf. navnlig Sherer, »Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment« (1976), 89 Harv. L. Rev. 868, som argumenterede for, at »priser der ligger over omkostningerne, som imidlertid er for lave til at muliggøre mindre konkurrenters ekspansion af markedet og derved opnå stordriftsfordele, bør betragtes som potentielt markedsfortrængende«, s. 880 og 881. I Det Forenede Kongerige har Monopolies and Mergers Commission indtaget det synspunkt, at hvor en dominerende virksomhed er i stand til »[...] med relativt få omkostninger gennem selektiv prisnedsættelse at hindre nye konkurrenters indtrængen på markedet og medfølgende priskonkurrence, illustrerer dette, hvorledes store selektive prisnedsættelser kan anvendes af etablerede virksomheder som et middel til at bevare deres dominerende stilling«, og efter dens mening kan en sådan adfærd være en »adgangsbarriere« i strid med offentlighedens interesse; jf. Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles (1981 -1982) H.C., stk. 10.57.

92 — Korah, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, London, 1994, 5. udgave, s. 106, der advarer mod at anvende konkurrencereglerne til »[...] at beskytte mindre eller mellemstore virksomheder til skade for effektive eller større virksomheder«.

93 — Jf. i denne henseende diskussionen af farerne ved selektive prisnedsættelser i Andrews »Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach«, 1998, E.C.L.R, 49.

133. Visse markeder, såsom markedet for søtransport, har særlige kendetegn, hvor omkostningerne kan udgøre en upålidelig kilde med henblik på at vurdere, om en dominerende virksomheds konkurrencestrategi er hensigtsmæssig. For det første, når først et skib er blevet udpeget til at sejle en bestemt dag, kan omkostningerne ved at fragte en yderligere container, som fragtes som følge af en tilbudt nedsat pris, forudsat at der er kapacitet til rådighed, være så godt som nul [94]. Mere generelt vil fragttariffer i vidt omfang ikke blive fastsat ud fra rederiets marginale omkostning i forbindelse med ydelsen, men ud fra priselasticiteten af efterspørgsel for det produkt, der fragtes [95].

134. Det væsentlige spørgsmål i den foreliggende sag er, hvorvidt de eventuelle negative virkninger af Cewal-medlemmernes adfærd, som reaktion på den trussel, som G & C's indtræden på markedet havde på konkurrencestrukturen på det pågældende marked, henset til omfanget af medlemmernes kollektive markedsstyrke, på det relevante tidspunkt var af en sådan karakter, at det var tilstrækkeligt til at udgøre et misbrug.

135. Det er hensigtsmæssigt at erindre om visse af de særlige kendetegn ved den pågældende praksis med »fighting ships« og dens anvendelse i den foreliggende sag. Cewal havde ikke blot en dominerende stilling, men, som den selv siger, et de facto monopol. Denne adfærd skyldes Cewal's ubegrundede krav om at opretholde et monopol på det relevante marked, som den forsøgte at opretholde gennem Ogefrem-aftalen, der utvivlsomt var beregnet til ikke blot at overvinde konkurrencen, men at eliminere konkurrenten. Samtidig var Cewal i stand til at udarbejde en plan om selektive afgange til nedsatte priser. Det deraf følgende indtægtstab blev fordelt mellem konferencemedlemmerne. Både på grund af det selektive element i nedsættelserne og deres store markedsandel kunne medlemmerne sprede og udligne indtægts-

94 — Temple Lang, »European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries« i (1996) Fordham Corporate Law Institute 519, har fremhævet, at »såfremt intet tilføjes AKZO-kriteriet, vil den dominerende virksomhed, der sælger produkter eller tjenester i relation til hvilke de variable omkostninger er næsten lig nul, hvilket er relativt almindeligt i højteknologiske sektorer, have betydelig mulighed for at presse konkurrenterne ud af markedet ved hjælp af hvad der i almindelighed vil blive betegnet som grove underbudspriser«; jf. fodnote 117 på s. 575. Han foreslår følgende test: »I sektorer hvor marginalomkostningerne ved yderligere produktion er næsten lig nul, foreslås det, at den test, der bør anvendes, er, hvorvidt en virksomhed fastsætter en pris for varer eller tjenester, som uanset at de overstiger de gennemsnitlige variable omkostninger forbundet med levering af varerne eller tjenesterne, for hvilke den pågældende pris betales, er så lav, at den samlede indtjening for samtlige de pågældende varer og tjenester ville være lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger forbundet med leveringen heraf, såfremt virksomheden vedvarende solgte den samme andel af sin produktion til den samme pris, selv hvor der ikke er fort bevis for, at hensigten var at fortrænge en konkurrent.«

95 — Jf. f.eks. Rakovsky »Sea Transport under EEC Competition Law«, 1992, Fordham Corp. Law Institute 845, 847, og Pirrong »An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets«, 1992, 35 J. Law & Econ. 89, 107.

tabet. Endvidere, som Kommissionen foreslår (punkt 82 i beslutningen), kan den omstændighed, at Cewal kunne sætte aktionspriserne til samme niveau som eller over omkostningerne i sig selv være udtryk for, at de normale fragtrater lå langt over omkostningerne, eller at de marginale omkostninger under alle omstændigheder var meget lave.

136. Fordelingen af indtægtstab får mig til kort at vende tilbage til det eventuelle behov for at bevise en hensigt om eller en mulighed for genindvinding. At fordele indtægtstabet udgør i det væsentlige en form for skadesløs genvinding. Det strategiske formål med aktionspriser medfører, uden at det siges udtrykkeligt, at priserne ikke nedsættes for samtlige afgange, aktuelle eller fremtidige, når det ikke henset til konkurrencen er nødvendigt. Endvidere, når konkurrenten først er elimineret, er det åbenlyst, at nedsættelserne ikke længere kan begrundes. I det omfang det således er nødvendigt, mener jeg, at den foreliggende sag opfylder kriterierne om genindvinding. Samtidig mener jeg, at et sådant krav bør indgå i de i kriterier, der anvendes med henblik på at undersøge, om en dominerende virksomhed anvender misbrugende lave priser. Dette krav fremgår af første afsnit i citatet fra AKZO-dommen (jf. punkt 126 ovenfor). Det følger naturligt af Hoffmann-La Roche-testen (jf. punkt 124 ovenfor). Grunden til at forhindre dominerende virksomheder i at forsøge at hindre konkurrencen ved navnlig at eliminere en konkurrent er, at de således kan anvende *høje* priser, hvilket udgør et misbrug. Der ville derved blive genskabt et ineffektivt monopol, og forbrugerne ville kun drage fordel på kort sigt. Såfremt dette resultat ikke er en del af en dominerende virksomheds strategi, er der formodentlig tale om normal konkurrence.

137. Under alle disse omstændigheder har Retten i Første Instans ikke begået nogen retlig fejl, da den fandt, at Cewal-medlemmernes reaktion på G & C's indtræden på markedet ikke var »rimelig og afpasset efter omstændighederne«[96]. Efter min mening kan artikel 86 ikke fortolkes således, at den giver monopolister eller quasi-monopolister mulighed for at udnytte den betydelige markedsstyrke, som deres dominerende stilling giver dem, med henblik på at hindre en ny eller yderligere konkurrent i at komme ind på markedet. Når en virksomhed eller en gruppe af virksomheder, hvis adfærd skal vurderes samlet, har så stærk en dominerende stilling, at det minder om et monopol, der kan sammenlignes med det, som eksisterede i den foreliggende sag, da G & C trådte ind på det relevante marked, hindrer den særlige og tunge forpligtelse, som påhviler en sådan dominerende virksomhed, til ikke at skade den allerede svage konkurrencestruktur, denne virksomhed i at reagere, selv i en aggressiv priskonkurrence fra en virksomhed, der kommer ind på markedet, ved at vedtage en politik om selektive og målrettede nedsatte priser, der har til formål at eliminere denne konkurrent. I modsætning til appellanternes påstand mener jeg ikke, at den blotte omstændighed, at sådanne priser ikke er fastsat på et niveau, som faktisk er (eller kan bevises at være) lavere end de samlede gennemsnitlige (eller langsigtede

96 — Præmis 148 i den appellerede dom.

marginale) omkostninger, bevirker, at anvendelsen af en sådan prispolitik er lovlig.

svarede til de af konferencen offentliggjorte tariffer.

139. Følgelig foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen i sin helhed, for så vidt den angår Retten i Første Instans' beslutning om at opretholde Kommissionens konklusion, hvorefter Cewal-medlemmernes praksis med »fighting ships« er udtryk for et misbrug.

138. I den foreliggende sag har Retten i Første Instans efter min mening med rette opretholdt Kommissionens konklusion, hvorefter Cewal-medlemmerne iværksatte en strategi med det ene formål at eliminere G & C, deres eneste konkurrent. Kommissionen har godtgjort, at appellanterne ved at tilbyde afsejlingstidspunkter, der svarede til G & C's, til aktionspriser, der var lig med eller lavere end G & C's tariffer, forsøgte at skade denne mest muligt, mens de minimerede deres indtægtstab som følge af deres ordning med at fordele disse tab. Efter min mening havde Kommissionen ret i at vurdere, at selv om G & C er et lige så effektivt rederi som Cewal-medlemmerne, kan det ikke forventes, at det »kunne modstå« den »samordnede, illoyale konkurrence fra en stræk rederigruppe, der er sluttet sammen i en linjekonference« (punkt 82). Med andre ord var formålet med »fighting ships«-praksisen at trænge G & C ud af markedet med så få omkostninger for Cewal-medlemmerne som muligt, således at sidstnævnte fik genetableret deres tidligere monopol-situation og følgelig muligheden for på ny at fastsætte det prisniveau, der

C — *Pålæggelsen af 100%'s loyalitetsaftaler*

i) *Indledning*

140. Appellanternes argumentation mod Retten i Første Instans' beslutning om at opretholde Kommissionens konklusion vedrørende denne tredje form for misbrug indeholder to led. For det første gør appellanterne gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den ved at fastslå, at loyalitetsaftalerne var påtvunget, fejlfortolkede artikel 5, stk. 2, i 1986-forordningen, der fritager sådanne aftaler. For det andet gør de gældende, at Kommissionen i henhold til 1986-forordningen, navnlig artikel 8, ikke kunne pålægge bøder for misbrug uden først at trække fritagelsen tilbage.

ii) *Indholdet*

141. Før disse anbringender undersøges i detaljer, er det nødvendigt at henlede opmærksomheden på de relevante dele i Kommissionens beslutning.

142. I beslutningens artikel 2 fastslås det, at Cewal-medlemmerne har »misbrugt deres kollektive dominerende stilling ved [...] at have udarbejdet loyalitetsaftaler, som blev gennemtvunget 100% (herunder for varer solgt fob), og som var mere vidtgående end i artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4056/86, med anvendelse af den i nærværende beslutning omhandlede 'sortlistning' af illoyale afskibere«. Hertil skal der knyttes to vigtige generelle bemærkninger. For det første er Cewal-medlemmerne ikke anklaget for at have begået tre uafhængige former for misbrug; de forskellige nævnte elementer, der består i »etablering« af aftaler, herunder også varer solgt fob, og brugen af »blacklistning« betragtes dermed som en »ensidig påtvingelse af en loyalitetsaftale« (beslutningens punkt 85). For det andet, hvilket er endnu vigtigere, består det væsentligste element i det konstaterede misbrug i, at det, som de to øvrige punkter, har til »formål at eliminere den principale udenforstående konkurrent i den pågældende trafik« (artikel 2). De faktiske omstændigheder og overvejelserne, der ligger til grund for denne konklusion, fremgår af beslutningens punkt 28, 29 og 84-88.

143. Ifølge beslutningen kunne afskibere af varer mellem Europa og Zaire kun lejlighedsvis anvende rederier, som ikke var medlem af konferencen. Eftersom de ikke havde noget andet valg end at benytte Cewal til hovedparten af deres trafik, var den omstændighed, at der kun kunne opnås rabatter ved en 100%'s loyalitet (som endda også omfattede varer leveret fob), ensbetydende med at påtvinge disse kontrakter (beslutningens punkt 84, 85 og 86). Kommissionen fastslog ligeledes, at Cewal forstærkede virkningerne af de pålagte vilkår ved at anvende »sortlistning« med det formål at pålægge afskiberne sanktioner »i form af ændringer i den tilbudte service eller dens kvalitet« (punkt 86). I denne henseende påberåbte Kommissionen sig uddrag af referater fra Zaïre Pool Committee, der viste, at Cewal anvendte »sortlistning« som del af en defensiv strategi for at sikre, at afskibere, der benytter sig af den eneste konkurrent, fortaber de fordele, der er forbundet med loyalitetsaftalerne, ligesom de heller ikke kan regne med en normal betjening fra Cewal's side (punkt 29). Kommissionen fandt, at Cewal's samlede adfærd må betragtes som et misbrug, og at Cewal ikke kunne påberåbe sig en fritagelse jævnfør 1986-forordningen, da der »intet [er] til hinder for, at traktatens artikel 86 kan finde anvendelse [...]« (punkt 87).

144. Retten i Første Instans forklarede, at Kommissionen fandt, at misbruget bestod i »at rederierne krævede loyalitetsaftalerne overholdt fuldt ud, at de omfattede varer solgt fob, og at der blev anvendt 'sortlistning' af illoyale afskibere med henblik på, at der kunne pålægges dem en sanktion« [97]. Retten i Første Instans var enig med

97 — Præmis 173.

Kommissionen i, at »da medlemmerne af Cewal, som på det relevante tidspunkt havde mere end 90% af markedet [...] alene tilbød afskiberne aftaler om 100%'s loyalitet, havde de kun valget mellem at få en rabat — hvis afskiberne accepterede at lade alle deres varer transportere med Cewal — eller ikke at få nogen rabat — i alle andre tilfælde — og dette indebærer, at kontrakterne blev påtvunget« [98]. Retten fastslog således, at Cewal's adfærd ikke kunne anses for at være fritaget for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, eftersom artikel 5, stk. 2, litra b), nr. i), i 1986-forordningen tillader, at der kan tilbydes 100%'s loyalitetsaftaler, men at de ikke må påtvinges. Den fastholdt ligeledes Kommissionens konklusion om, at aftalebestemmelserne omfattede fob-salg med den følge, »at sælgeren har en loyalitetsforpligtelse, selv om han ikke har ansvaret for forsendelsen af varerne« [99]. Endelig fandt Retten, at Cewal havde en »sortlistning« af illoyale afskibere, som »ikke blot blev anvendt til statistiske formål«, og at udarbejdelsen af sådanne lister ikke kan antages at være omfattet »af nogen af bestemmelserne om fritagelse i forordning nr. 4056/86« [100]. Følgelig fandt den, under henvisning til Domstolens dom i Hoffmann-La Roche-sagen, at Kommissionen med føje kunne fastslå, »at denne praksis set under ét indebar en begrænsning af brugernes frihed og dermed påvirkede konkurrencesituationen for Cewal's eneste konkurrent på markedet« [101].

98 — Præmis 183.
99 — Præmis 184.
100 — Præmis 185.
101 — Præmis 186.

iii) *Første led: fejlfortolkning af 1986-forordningen — »påtvingelse« af loyalitet*

145. Ifølge appellanternes fortolkning af den appellerede dom konkluderes det i denne, at loyalitetsaftalerne, i mangel af bevis om trusler eller anden lignende adfærd over for afskibere, kun var påtvunget på grund af Cewal-medlemmernes kollektive dominerende stilling. Eftersom linjekonferencer uvægerligt har en dominerende stilling, bør 1986-forordningen fortolkes således, at den muliggør og fremmer brugen af 100%'s loyalitetsaftaler under de særlige omstændigheder, som kendetegner branchen for søtransport, selv i en sådan grad, at virksomhederne må straffe en tilsidesættelse af disse kontrakter, som det anføres i tiende betragtning til 1986-forordningen, der nødvendiggør informationsudveksling, dvs. »sortlistning«, af afskibere. Endvidere bestrider de, at disse vilkår er blevet påtvunget i forbindelse med fob-salg.

146. Jeg mener ikke, at det vil være til nogen hjælp at undersøge dette argument i detaljer. Efter min mening er det baseret på en grundlæggende urigtig fortolkning af Kommissionens beslutning og den appellerede dom. I argumentet tages der ikke højde for de to væsentlige elementer i beslutningen, som jeg har behandlet i punkt 142 ovenfor. Til ingen nytte fremhæver appellanterne, at en bogstavelig, teologisk og systematisk fortolkning af artikel 5, stk. 2, i 1986-forordningen viser, at 100%'s loyalitetsaftaler er tilladt, selv i

tilfælde med en dominerende linjekonference, men herom er der ingen tvivl. Konklusionen om, at aftalen blev påtvunget — hvilket Retten bekræftede i den passus af dens afgørelse, som er citeret ovenfor i punkt 144 — skyldes ikke, som appellanterne hævder, Cewal's dominerende stilling. Det væsentlige punkt er ikke den dominerende stilling, men tilbuddet om 100%'s loyalitetsrabatter *uden noget alternativ*, således at denne afskiber mister den samlede rabat på grund af »illoyal adfærd«. Appellanterne har ikke underbygget denne del af ræsonnementet. Denne fejlfortolkning af den appellerede dom er tilstrækkelig til at forkaste det første led i appelanbringendet; et appelanbringende baseret på en urigtig fortolkning af den appellerede dom bør forkastes. Jeg vil imidlertid analysere de to subsidiære punkter i forbindelse med dette led.

a) Første subsidiære punkt — fob-salg

147. Som det første subsidiære argument mod konklusionen om, at aftalerne var påtvunget, anfægter appellanterne Rettens konklusion (præmis 184) om, at sælgeren har en loyalitetsforpligtelse, selv om han ikke har ansvaret for forsendelsen af varerne. De gør gældende, at når varer leveres fob, er afskiberen hverken sælger eller eksportør, men importør, og at de ikke havde forstået, at den omstændighed, at aftalerne også omfattede fob-salg, ligeledes var et punkt i Kommissionens klage mod dem. Dette argument må forkastes af flere grunde.

148. For det første blev det ikke blot, som appellanterne hævder, nævnt én gang i punkt 85, men tre gange i beslutningen, herunder også i dennes artikel 2, at varer leveret fob ligeledes var omfattet. Endvidere må appellanterne (oprindeligt sagsøgerne) have forstået sætningen »derfor ikke foregår under eksportørens kontrol« således, at formålet med også at omfatte fob-salget var at forhindre afskiberne i at opnå rabatter, medmindre de sørgede for, at importørerne ligeledes var loyale mod konferencen. Ikke desto mindre bestod deres argumentation for Retten i, at sådanne aftaler var uundgåelige, og ikke i, at de ikke fandtes. Som Kommissionen understreger, kan dette argument følgelig ikke antages til realitetsbehandling, eftersom det for første gang anføres under appellen. For det andet tager dette argument ikke højde for det væsentligste element i Kommissionens konklusion, som opretholdes af Retten i Første Instans. Det drejer sig ikke om

et selvstændigt misbrug, således som appellanterne gør gældende. Det er en del af den generelle konklusion om, at loyalitetsaftaler blev påtvunget, og endvidere at konklusionen »set under ét« (den appellerede doms præmis 186) indebar en begrænsning af brugernes frihed og påvirkede Cewal's eneste konkurrent. For det tredje er Rettens konklusioner baseret på de konkurrencemæssige virkninger af en sådan praksis på markedet, og ikke på, hvorvidt en særlig fortolkning af loyalitetsaftalerne, retligt set, kan håndhæves. Følgelig er Rettens konklusion i princippet en konklusion om faktiske, og ikke retlige, forhold, og kan derfor ikke behandles under denne appel. På baggrund heraf finder jeg ikke, at dette argument kan antages til realitetsbehandling.

b) Andet subsidiære punkt — sortlistning

149. Som et andet subsidiært argument anfægter appellanterne Rettens konklusioner om, at Cewal's opretholdelse af sortlistning af illoyale afskibere ikke omfattes af fritagelsen i 1986-forordningen.

150. Appellanterne gør ligeledes gældende, at Retten så bort fra argumentet om, at alle kunder, som havde indgået 100%'s loyalitetsaftaler med Cewal, men som havde sendt fragt med G & C, alligevel fik rabatterne. Dette var en reaktion på Kommissionens synspunkt om, at opretholdelsen af sortlistning (beslutningens punkt 88) var direkte i strid med Cewal's udtalelse. I sit svarskrift gør Kommissionen gældende, at Retten i Første Instans ved i præmis 185 i den appellerede dom at henvise til referatet fra mødet i Zaïre Pool Committee, hvorefter »sortlistningen fungerer«, faktisk bekræftede Kommissionens synspunkt i beslutningen. Jeg er enig i denne fortolkning af den appellerede dom. Jeg er overbevist om, at Retten ikke blot tænkte på den modsigelse, som Kommissionen nævnte i beslutningens punkt 88, men ligeledes på Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder indeholdt i beslutningens punkt 29 og, henset til ovenstående referater, at afskibere, som sendte gods med G & C, »ikke længere kunne drage fordel af loyalitetsaftalerne« eller »kunne regne med en normal betjening fra Cewal's side«. Efter min mening bekræftes dette af den følgende sætning i den appellerede doms præmis 185, hvori Retten fastslog, at sortlistning ikke blot blev anvendt til »statistiske formål«. Dette er en konstatering af faktiske forhold. Endvidere har det ingen betydning, at Cewal i sidste ende indrømmede rabatter til samtlige de afskibere, som anvendte G & C, når det først er bevist, at sortlistningen er en del af strategien om at afholde dem fra at gøre dette.

151. Appellanterne gør ligeledes gældende, at anvendelsen af sådanne lister ikke kan

anses for et misbrug. De henviser til tiende betragtning til 1986-forordningen, som udtrykkeligt giver konferencen »ret til at skride ind over for dem, der på urimelig vis unddrager sig den loyalitetsforpligtelse, som er forudsætningen for de rabatter [...]«. Efter deres mening er der tale om en sådan urimelig unddragelse, når en afskiber indgår en 100%'s loyalitetsaftale med et selskab i konferencen med henblik på at opnå rabat og samtidig anvender andre uafhængige rederier. Følgelig udgør kontrollen med, at forpligtelsen til 100%'s loyalitet overholdes, ikke noget misbrug. Efter min mening tages der i dette anbringende ikke højde for de væsentligste kendetegn ved sortlistning, som nævnes i såvel beslutningen som i den appellerede dom. I beslutningens punkt 86 fastslog Kommissionen tydeligt, at den faktiske virkning af at kræve en 100%'s loyalitet fra afskibere »ydermere forstærker virkningerne af de vilkår, afskiberne får pålagt i loyalitetsaftalerne, idet de dermed også får pålagt sanktioner i form af ændringer i den tilbudte service eller dens kvalitet«. Kommissionen fremsætter i en fodnote til punkt 29 i beslutningen beviser for, at anvendelsen af sortlistning medfører en direkte udelukkelse af konkurrencen. Retten i Første Instans opretholdt klart Kommissionens konklusion (opsummeret i præmis 182 i den appellerede dom), endda i en sådan grad, at den citerede fodnoten (præmis 185).

152. Appellanterne gør gældende, at Retten i Første Instans med urette (i præmis 185 i den appellerede dom) udtalte, at udarbejdelsen af sådanne lister »ikke [kan] antages at være omfattet af nogen af bestemmelserne om fritagelse i [1986-forordningen]«. Men som Kommissionen med rette har påpeget i sit svar, kan udarbejdelsen af lister over illoyale afskibere højst anses for at være omfattet af fritagelsen af 100%'s loyalitetsaftaler under 1986-forordningen, såfremt sådanne aftaler ikke, efter ordlyden af tiende betragtning »ensidigt begrænser brugernes frihed og således konkurrencen inden for transportsektoren«. Eftersom jeg er enig med Kommissionen, der støttes af Retten i Første Instans, i, at Cewal's loyalitetsaftaler faktisk blev påtvunget afskibere, mener jeg ikke, at Retten begik nogen retlig fejl ved at fastslå, at udarbejdelsen af sådanne lister ikke var fritaget efter nogen bestemmelse i 1986-forordningen. Efter min mening er det tydeligt, at virkningerne af en linjekonferences påtvingelse af loyalitetsaftaler kan forstærkes ved anvendelsen af sortlistning af illoyale afskibere, eftersom disse, såfremt listerne ikke fandtes, havde et faktisk hvis ikke retligt valg hvad angår en, i det mindste lejlighedsvis, anvendelse af uafhængige rederier. Jeg mener således, at Kommissionen og Retten i Første Instans med rette fandt, at den samlede virkning af anvendelsen af sortlistning bidrog til det misbrug, der skyldes, at Cewal-medlemmerne påtvang deres kunder indgåelsen af loyalitetsaftaler.

153. Endelig, for så vidt som appellanterne for første gang i deres svarskrift for Dom-

stolen gør gældende, at Kommissionen har tilsidesat deres ret til en retfærdig rettergang, hvad angår sortlistningens eventuelle rolle, der består i at lette anvendelsen af ikke-økonomiske sanktioner, da denne mulighed ikke var nævnt i meddelelsen af klagepunkter, kan anbringendet ikke antages til realitetsbehandling i henhold til artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesreglement, eftersom der tydeligvist er tale om et nyt anbringende, der burde have været påberåbt for Retten.

154. Derfor foreslår jeg Domstolen at stadfæste Rettens dom, for så vidt den fastslår, at de 100%'s loyalitetsaftaler var påtvunget (præmis 183). Jeg mener ligeledes, at såvel Kommissionen som Retten havde ret i at betragte denne praksis »under ét« (præmis 186), når de fastslog, at den ikke kunne fritages »for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85« (præmis 183).

155. Det er her vigtigt at sondre mellem de forskellige tilsidesættelser af »forpligtelsen« forbundet med gruppefritagelsen, som var genstand for Kommissionens anbefaling (beslutningens artikel 5) i henhold til artikel 7 i 1986-forordningen, som blev bekræftet af Retten i Første Instans, og som ikke blev anfægtet i den foreliggende appel.

156. Som Kommissionen fandt i beslutningens artikel 2, går påtvingelsen af 100%'s loyalitetsaftaler videre end artikel 5, stk. 2, i 1986-forordningen. Loyalitetsaftaler tillades i forbindelse med en ordning med umiddelbare eller differentierede rabatter. Som det fremgår af tiende betragtning til 1986-forordningen, kan de kun »tillades efter retningslinjer, som ikke ensidigt begrænser brugernes frihed og således konkurrencen inden for transportsektoren«. For så vidt samme betragtning indeholder mulighed for at »skride ind over for dem, der på urimelig vis unddrager sig den loyalitetsforpligtelse«, er det klart, at denne forpligtelse udgør modydelsen for »rabatter, nedsatte fragtrater eller provisionsbeløb, som konferencen har indrømmet dem«. Det er således tydeligvis forbudt at anvende rabatterne med henblik på at udelukke konkurrenter fra markedet, et formål, der, som allerede nævnt, er kernen i de tre former for misbrug, som Kommissionen har konstateret. At Cewal forfølger dette mål, fremgår tydeligt af møderefera-terne fra Zaïre Pool Committee, som nævnes i fodnoten til beslutningens punkt 29, hvorefter »[...] den defensive strategi, [som] gik ud på at afskrække kunderne ved at føre lister over illoyale afskibere/modtagere, hvis øvrige fragt nordpå med skibe fra linjekonferencen ikke længere ville kunne regne med en normal betjening fra linjekonferencens side«. Påtvingelsen af loyalitetsaftaler kan således ikke være omfattet af nogen fritagelse i henhold til 1986-forordningen.

iv) *Andet led: Kommissionen kan ikke pålægge bøder, før den har trukket fritagelsen tilbage*

157. Appellanterne gør gældende, at såfremt deres loyalitetsaftaler blev »påtvunget« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 5, stk. 2, litra b), nr. i), i 1986-forordningen, ville denne adfærd kun have udgjort en tilsidesættelse af en »forpligtelse [...] forbundet med fritagelsen indeholdt i artikel 3«. I det tilfælde skulle Kommissionen følge fremgangsmåden i artikel 7, stk. 1. Den skulle således have trukket gruppefritagelsen i artikel 3 tilbage, før den pålagde bøder. Ifølge appellanterne har Retten i Første Instans ikke sondret mellem tilsidesættelse af en »betingelse«, som automatisk ophæver gruppefritagelsen, og tilsidesættelse af en »forpligtelse«. De gør gældende, at 1986-forordningen udgør en foranstaltning, som er truffet i henhold til traktatens artikel 87, stk. 2, litra c), med henblik på at definere anvendelsesområdet for både artikel 85 og 86 i søtransportsektoren, og at de to typer af misbrug rent faktisk anerkendes: misbrug, som skyldes en adfærd, hvorefter linjekonferencer drager fordel af en gruppefritagelse, og andre misbrug. I det første tilfælde skal Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 2, i 1986-forordningen trække fritagelsen tilbage, før den pålægger bøder.

158. Kommissionen gør gældende, at artikel 8, stk. 1, i 1986-forordningen forbyder »misbrug af dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86 [...] uden at forudgående afgørelse herom er påkrævet«. Det følger heraf, at artikel 8, stk. 2, i 1986-forordningen skal fortolkes således, at den giver Kommissionen en skønsbeføjelse, for så vidt angår de foranstaltninger, der skal træffes, når en adfærd, der i princippet er fritaget, viser sig at være udtryk for et misbrug [102]. Subsidiært gentager Kommissionen dens synspunkt udtrykt i beslutningens punkt 87, at selv om Cewal-medlemmernes adfærd, for så vidt angår loyalitetsaftalerne, skulle være »omfattet af gruppefritagelsen i artikel 6 i [1986-forordningen]« [103], og uanset tilsidesættelsen af adskillige »forpligtelser«, som pålægges i henhold til 1986-forordningens artikel 5, stk. 2, kan denne forordning ikke være »til hinder for, at traktatens artikel 86 kan finde anvendelse på aftaler og handlemåder, der er godkendt ved en gruppefritagelsesforordning« og »unddrage sig anvendelsen af artikel 86«. Den påberåber sig derfor det faste princip, som bekræftes af Retten i Første Instans, hvorefter der ikke kan findes en fritagelse, der samtidig angår artikel 85 og 86.

159. Retten i Første Instans' synspunkt, hvorefter 1986-forordningen ikke kan anses for at foreskrive en fritagelse fra praksis, der var i strid med traktatens artikel 86 eller artikel 8, stk. 1, i 1986-

102 — I denne henseende understregede Kommissionens repræsentant under retsmødet, at denne anså en inddragelse af fritagelsen som atomløsningen og pålæggelsen af bøder for en mindre alvorlig foranstaltning.

103 — I indlæg for såvel Retten som Domstolen har appellanterne, uanset Kommissionens henvisning til »gruppefritagelsen i *artikel 6* i forordning (EØF) nr. 4056/86« (min fremhævelse) formodet, at der ikke skulle sondres mellem fritagelsen i artikel 3 og fritagelsen i forordningens artikel 6, for så vidt angår de beføjelser, som Kommissionen er tillagt i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2.

forordningen, er tydeligvis korrekt. Domstolen fastslog i Ahmed Saeed-sagen, at »for så vidt angår misbrug af en dominerende stilling, kan der derimod ikke meddeles nogen som helst fritagelse [...]« [104]. Som Kommissionen med rette har påpeget i sit svarskrift, er dette princip for nylig blevet entydigt bekræftet i British Gypsum-sagen [105], hvor Domstolen antog generaladvokatens synspunkt, hvorefter en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, ikke »har samtidig virkning som en fritagelse for forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling«; så selv om Cewal's loyalitetsaftaler var omfattet af en gruppefritagelse, ville de ikke være umiddelbart beskyttet mod en anvendelse af traktatens artikel 86 [106].

160. For så vidt som appellanterne gør gældende, at det forhold, at den pågældende fritagelse er tildelt ved en rådsforordning, som er vedtaget i henhold til traktatens artikel 87, stk. 2, litra c), kan påvirke anvendelsen af førnævnte princip, er dette udtryk for en misforståelse. 1986-forordningen er baseret på både traktatens artikel 84, stk. 2, og artikel 87. Hvad angår førstnævnte bestemmelse fastslog Domstolen i sagen i Kommissionen mod Frankrig [107], at selv om sø- og lufttransporten ikke er udelukket fra traktatens anvendelsesområde, er den eneste virkning af artikel 84, stk. 2, at de særlige traktatbestemmelser om transport ikke automatisk finder anvendelse på disse, og at de derfor »på samme måde som andre transportgrene [er] underkastet traktatens almindelige regler« [108], hvilket naturligvis bl.a. omfattede konkurrencereglerne [109]. Det fremgår klart af Domstolens dom i Ahmed Saeed-sagen — hvori Domstolen fastslog, på trods af manglende regler vedtaget på grundlag af artikel 87, »at forbuddet i traktatens artikel 86 gælder uindskrænket for hele luftfartssektoren« [110] — at artikel 87, og navnlig den beføjelse, som Rådet i henhold til stk. 2, litra c), er tildelt med hensyn til »i påkommende tilfælde at træffe nærmere bestemmelse om anvendelsesområdet for bestemmelserne i art. 85 og 86 inden for de forskellige erhvervsgrene«, har til formål at gøre det muligt for Rådet ikke at fastslå det materielle anvendelsesområde for artikel 86, men snarere at fastsætte anvendelsesmåden for disse konkurrenceregler. Efter min mening fremgår det tydeligt af en grundig gennemlæsning af 1986-forordningen, at det netop er de mål, som Rådet har forfulgt.

161. Jeg vil nu undersøge, hvorvidt Kommissionen, som appellanterne gør gældende, ikke kunne pålægge bøder for mis-

104 — Dommen er anført i fodnote 20, præmis 32.

105 — Dommen er anført i fodnote 47.

106 — Jf. punkt 67 i generaladvokat Léger's forslag til afgørelse, som Domstolen bl.a. udtrykkeligt har gengivet i dommens præmis 11. Generaladvokaten baserede sig på præmis 25 i Rettens dom af 10.7.1990, sag T-51/89, Tetra Pak Rausing mod Kommissionen, Sml. II, s. 309, herefter »Tetra Pak I-dommen«.

107 — Dom af 4.4.1974, sag 167/73, Sml. s. 359.

108 — Ibidem, præmis 32. Domstolen bekræftede senere denne stillingtagen i dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., herefter »Nouvelles Frontières-dommen«, Sml. s. 1425, navnlig præmis 42.

109 — Den i fodnote 108 anførte Nouvelle Frontières-dom, præmis 45.

110 — Dommen er anført i fodnote 20, præmis 33.

brug af en dominerende stilling uden først at tilbagekalde den fritagelse, som Cewal drog fordel af i henhold til artikel 3.

162. Det er væsentligt at erindre om karakteren af det misbrug, som appellanterne beskyldes for, nemlig pålæggelsen af 100%'s loyalitetsrabatter (som også blev anvendt på fob-salg), hvor der ikke var andet alternativ end de 100%, som blev gennemført ved anvendelsen af sortlistning »for at eliminere Cewal's *største uafhængige konkurrent*« (min fremhævelse).

163. Efter min opfattelse hverken kunne eller burde denne adfærd fritages for anvendelsesområdet for artikel 86. Endvidere, for så vidt det har relevans, kan det ikke anses for en tilsidesættelse af en simpel forpligtelse efter forordningens artikel 5, en tilsidesættelse, som vil være at sammenligne med dem, der er nævnt i den appellerede doms præmis 178. Det vil være for snævert at anføre, at forbuddet mod en ensidig påtvingelse af 100%'s loyalitetsaftaler beskrives som en forpligtelse. Ifølge artikel 5, stk. 2, litra b), nr. i), er dette ikke muligt.

164. Imidlertid giver artikel 8, som følge af dens direkte og klare formulering samt opbygning, svar på appellanternes påstand. Artikel 8, stk. 1, er så tydelig, når den nævner, at misbrug af en dominerende stilling er forbudt, »uden at forudgående afgørelse herom er påkrævet«, og det vil således kræve en yderst præcist formuleret bestemmelse, såfremt dette skal modbevises. Ydermere er denne klare formulering fuldt ud i overensstemmelse med principperne vedrørende den effektive virkning af traktatens artikel 86 og med, at der ikke kan meddeles en fritagelse.

165. Artikel 8, stk. 2, i 1986-forordningen modsiger på ingen måde artikel 8, stk. 1, og begrænser heller ikke dens rækkevidde. Den gør det muligt for Kommissionen »enten ex officio eller på begæring af en medlemsstat eller af fysiske eller juridiske personer [...]« at tilbagekalde en fritagelse, som udtrykkeligt er fastsat i artikel 3. Den begrænser ikke Kommissionens beføjelser til at pålægge bøder under omstændigheder som de i artikel 19, stk. 2, i 1986-forordningen nævnte. Det misbrug, som appellanterne er fundet skyldige i, vedrører en *påtvingelse* af 100%'s loyalitetsaftaler og ikke fritagelsen tildelt i artikel 3. Jeg ser derfor ingen grund til at konkludere, at fordømmelsen af den første bør afhænge af, at den anden tilbagetrækkes.

166. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste anbringendet om påtvingelse af 100%'s loyalitetsaftaler i dets helhed.

VI — Bøderne

A — *Indledning*

167. Appellanterne påberåber sig, under forskellige overskrifter, en række subsidiære anbringender vedrørende Rettens afgørelse om i det væsentlige at opretholde de pålagte bøder. Eftersom langt den største bøde blev pålagt CMB (jf. punkt 3 og 4 ovenfor), er ikke alle de af CMB påberåbte anbringender også blevet påberåbt af Dafra.

B — *Domstolens kompetence*

168. Appellanterne gør gældende, at i forbindelse med en ophævelse af den appellerede dom har Domstolen, i henhold til dens beføjelse efter EF-statuttens artikel 54, stk. 1, til at »træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse [...]«, for så vidt angår de pågældende bøder, en ubegrænset kompetence i henhold til traktatens artikel 172 og 1986-forordningens artikel 21. Selv hvis Domstolen følger mit råd og forkaster samtlige anbringender vedrørende misbrug, mener jeg, at den desuagtet bør annullere bøden i sin helhed på baggrund af et af de anbringender, der er gjort gældende.

169. Hvad angår appellanternes subsidiære anbringender angående bøderne, bør det først understreges, at det er Retten i Første Instans, der har den i traktatens artikel 172 fastsatte »fulde prøvelsesret«, som oprindeligt blev tildelt Domstolen ved artikel 21 i 1986-forordningen, hvad angår bøder pålagt i henhold til denne forordning. Denne beføjelse blev tildelt Retten i henhold til traktatens artikel 168 A og artikel 3, stk. 1, litra c), i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans [111]. Dernæst skal det erindres, at traktatens artikel 168 A og artikel 51 i EF-statutten for Domstolen begge klart begrænser Domstolens kompetence til at prøve afgørelser truffet af Retten i Første Instans: Den vedrører udelukkende retlige fejl, som Retten eventuelt har begået, når den har opretholdt eller annulleret kommissionsbeslutninger om bøder. Således fastslog Domstolen i dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen, som svar på et anbringende om, at en bøde pålagt i den pågældende sag var ukorrekt, at det ikke tilkommer den, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål, »af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for

111 — EFT L 319, s. 1.

overtrædelse af fællesskabsretten« [112]. Den fastslog endvidere, at dens kompetence begrænsede sig til »at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden« [113].

170. I tilfælde hvor Domstolen derimod fastslår, at der er begået en retlig fejl, som kun delvis påvirker den appellerede dom, opstår et supplerende spørgsmål om omfanget og arten af Domstolens residualkompetence. I henhold til EF-statuttens artikel 54, stk. 1, skal Domstolen, når den fastslår, at en appel er begrundet, ophæve Rettens afgørelse, men den kan endvidere »selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse«. Efter min mening følger det heraf, at under sådanne omstændigheder bliver den i traktatens artikel 172 tildelte fulde prøvelsesret, hvad angår bøder, som oprindeligt blev tildelt Domstolen, men dernæst videregivet til Retten, igen gældende. Hvis Retten således begår en retlig fejl under udøvelsen af den i henhold til traktatens artikel 172 tildelte kompetence, er det væsentligt, ud fra såvel procesøkonomiske hensyn som hensynet til appellanterne, at Domstolen, når den finder det nødvendigt selv at træffe endelig afgørelse, har fuld kompetence hvad angår bøder.

112 — Dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Sml. I, s. 4411, præmis 31, herefter »Ferriere Nord-dommen«.

113 — Ibidem.

C — *Appellanternes anbringender*

171. Appellanterne gør samlet følgende anbringender gældende:

i) at arten (eller grovheden) af overtrædelserne ikke er af en sådan karakter, at de kan betegnes som alvorlige eller forsætlige

ii) at Kommissionen ved at pålægge dem og ikke Cewal bøderne tilsidesatte deres ret til en retfærdig rettergang

iii) at bøderne er baseret på en fejlagtig vurdering af, i hvor høj en grad de var involveret i handelen på Cewal-ruterne

iv) at der ikke blev taget hensyn til deres samarbejde med Kommissionen som en formildende omstændighed

v) at der ikke i tilstrækkeligt omfang er taget hensyn til det relativt korte tidsrum, hvori overtrædelserne fandt sted efter meddelelsen af beslutningen, er urimelig høj.

D — *Analyse*

vi) at i modsætning til Kommissionens opfattelse har den omstridte praksis ikke gjort det muligt for dem at opretholde en høj markedsandel

172. Eftersom jeg er enig med Kommissionen i, at mange af appellanternes argumenter vedrørende bøderne i det væsentlige enten sigter på en ny undersøgelse af Rettens konstatering af faktiske forhold eller er åbenlyst ubegrundede, vil jeg ikke i detaljer analysere samtlige disse punkter.

vii) at Kommissionen ikke som en formildende omstændighed i tilstrækkelig grad har taget hensyn til, at der var tale om nye former for overtrædelser

i) Tilsidesættelse af retten til en retfærdig rettergang

viii) at der skulle have været taget hensyn til Ogefrem's lovgivningsmæssige sammenhæng.

173. Appellanterne gør gældende, at Retten i Første Instans begik en retlig fejl ved at bekræfte, at Kommissionen med rette pålagde dem bøder, uanset at der i meddelelsen af klagepunkter kun blev truet med at pålægge Cewal og ikke dets medlemmer bøder. I præmis 232 fastslog Retten følgende:

Endvidere gør CMB gældende, at de bøder, den blev pålagt, var for høje, og at de var pålagt med henblik på at opnå en politisk ligevægt med bøderne pålagt et andet medlem af en konference i en anden kommissionsbeslutning. Endelig gør appellanterne gældende, som et selvstændigt anbringende, at renten (13,25%) pålagt i beslutningens artikel 7 i tilfælde af, at bøderne ikke betales inden tre måneder

»For det andet finder Retten med hensyn til udmålingen af bøden, at da konferencen ikke er en juridisk person, kunne Kommissionen pålægge Cewal's medlemmer en bøde i stedet for konferencen. Det bemærkes i denne forbindelse, at meddelelsen af klagepunkter ud over til Cewal var stilet til hvert enkelt medlem. Under disse omstæn-

digheder og når henses til, at Cewal ikke er en juridisk person, finder Retten, at selv om der i beslutningen kun nævnes muligheden af at pålægge Cewal en bøde for det foreliggende misbrug, kunne sagsøgerne ikke være udvidende om, at der var en risiko for, at der blev pålagt dem en bøde i stedet for konferencen.«

174. Appellanterne gør gældende, at hvis Kommissionen ikke havde til hensigt at pålægge Cewal bøder, eftersom den ikke var en juridisk person, burde Kommissionen have gjort dem opmærksom på, at de ville blive pålagt bøder. De påpeger følgende skade, som efter deres mening skyldes denne undladelse:

— Såfremt bøden var blevet pålagt Cewal, kunne den kun have været baseret på Cewal's omsætning og ikke på medlemmernes; førstnævnte, idet den kun vedrørte Zaire-ruten, var lavere end sidstnævnte.

— Selv om bøderne i sidste ende skulle betales af de enkelte Cewal-medlemmer, ville deres bidrag være i overensstemmelse med deres andel i fordelingen [114].

— CMB var ikke klar over, at den blev pålagt en uforholdsmæssig andel af bøden på grund af dets særlig aktive rolle i misbrugene.

Appellanterne konkluderer, at Kommissionen ikke overholdt det grundlæggende krav i en meddelelse af klagepunkter om at informere parterne om de klager, der rettes mod dem, og navnlig om, hvilke af dem der pålægges den økonomiske byrde som følge af den pålagte bøde [115].

175. Kommissionen gør ikke gældende, at Cewal's medlemmer var blevet informeret om bøderne, men gør gældende, at det burde være klart for appellanterne, at »i denne meddelelse skulle 'Cewal' referere til den gruppe af virksomheder, som indgik i konferencen«, eftersom en liste over dens medlemmer var vedlagt meddelelsen af klagepunkter. Den gør ligeledes gældende, at Retten i Første Instans med rette fastslog, at det ville være ulogisk at pålægge Cewal en bøde, da den ikke var nogen juridisk person. Kommissionen gør gældende, at det er meget »usandsynligt«, at de »har haft så lidt fantasi, at de er blevet overraskede over at være blevet pålagt en bøde«. Endvidere gør Kommissionen gældende, at eftersom

114 — I sin appel nævner CMB, at den bøde, som den blev pålagt, således ikke kunne svare til 95% af det samlede beløb.

115 — De citerer bl.a. dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92, CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, og af 28.4.1994, sag T-38/92, AWS Benelux mod Kommissionen, Sml. II, s. 211.

det var hensigten, at bøderne skulle pålægges Cewal's medlemmer som følge af overtrædelser af artikel 85 som påstået i meddelelsen af klagepunkter, blev Cewal's medlemmer informeret om, at de ville blive pålagt individuelle bøder.

176. Efter min mening antog Retten med urette, at Kommissionen havde ret til at pålægge Cewal's medlemmer bøder, fordi Cewal ikke var en juridisk person, og fordi beslutningen var rettet til alle medlemmerne. Denne retlige fejl skyldes, at den fejlagtigt formodede, at appellanterne må have været klar over, at de risikerede at blive pålagt bøder.

177. Det er ubestridt, at en kopi af meddelelsen af klagepunkter blev tilsendt appellanterne, skønt det skete tre måneder efter, at den var sendt til Cewal. Det egentlige spørgsmål er imidlertid, om appellanterne ved kopien af meddelelsen af klagepunkter, som de sluttelig modtog med et følgebrev, som intet føjede til indholdet af denne meddelelse, er blevet korrekt informeret om, at de kunne pålægges bøder individuelt, som meddelelsen udtrykkeligt havde til hensigt kun at pålægge Cewal, med alle de følger, det kan få for beregningen af bøderne.

178. For det første finder jeg det ikke acceptabelt, at Kommissionen kun har formodninger om så væsentligt et spørgsmål. Ifølge Domstolens faste praksis skal »meddelelsen af klagepunkter klart angive alle de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren« [116]. Den vigtigste procesmæssige garanti ved meddelelsen af klagepunkter er »det grundlæggende princip i fællesskabsretten (om), at der skal indrømmes ret til kontradiktion i enhver — også administrativ — procedure« [117]. Selv om bøderne ikke er af strafferetlig karakter [118], udgør de en sanktion. Det følger heraf, at Kommissionen er strengt forpligtet til tydeligt at informere virksomhederne om, at de kan pålægges bøder.

179. For det andet skal det erindres, at artikel 19, stk. 2, i 1986-forordningen, ligesom den tilsvarende artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, bemyndiger Kommissionen til at pålægge såvel virksomheder som »sammenslutninger af virksomheder« bøder. En linjekonference som Cewal udgør klart en sådan sammenslutning. Det er ligeledes klart og tydeligt, at traktatens konkurrencebestemmelser i almindelighed finder anvendelse på sammenslutninger af virksomheder [119], og at disse udtrykkeligt er underlagt Kommissionens kontrolbefø-

116 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 14.

117 — Ibidem, præmis 10.

118 — Jf. i denne henseende artikel 19, stk. 4, i 1986-forordningen.

119 — Jf. f.eks. dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 20.

jelser, herunder bødepålæggelse [120]. Et af de forhold, der begrunder, at Cewal's medlemmer pålægges bøder, er ifølge Kommissionen, at Cewal ikke er en juridisk person. Hverken Kommissionen eller Retten har anført, at bøder ikke kan pålægges sammenslutninger, der ikke har selskabsform, hvilket de naturligvis kan [121]. Hvad angår Cewal's medlemmer er det tilstrækkeligt at sige, at der ikke var nogen grund til ikke at tage meddelelsen af klagepunkter efter pålydende, hvad angår hensigten om at pålægge Cewal en bøde, og jeg ser ingen grund til at fritage Kommissionen for hvad jeg anser for en streng forpligtelse. I AWS Benelux-sagen annullerede Retten i Første Instans bøderne, hvor »Kommissionen [i forbindelse med den administrative procedure] ikke, til trods for de indsigelser [...] tog stilling til spørgsmålet om, hvem ansvaret for den påståede overtrædelse skulle pålægges« [122], selv om dens afgørelse var baseret på en utilstrækkelig begrundelse af beslutningen snarere end en tilsidesættelse af retten til forsvar.

180. For det tredje udgør den omstændighed, at Kommissionen ikke informerede de forskellige medlemmer af Cewal om, at de kunne blive pålagt bøder, ikke kun en simpel formfejl. Navnlig CMB kan påberåbe sig en konkret skade. Appellanterne har i replikken påpeget, uden at Kommissionen har modsagt dem på dette punkt, at såfremt Cewal's medlemmers omsætning på de pågældende ruter (22,171 mia. ECU i 1991) var grundlaget for beregningen af den højeste bøde (10%), der i henhold til i artikel 19, stk. 2, i 1986-forordningen kan pålægges, ville den samlede bøde have været meget lavere. Den ville ikke have udgjort en fjerdedel af den aktuelle bøde. For så vidt Kommissionen havde til hensigt at pålægge bøder på grundlag af individuelt ansvar, burde disse virksomheder i det mindste have været informeret om, at de som uafhængige virksomheder af Cewal-konferencen kunne blive pålagt bøder.

181. Eftersom Kommissionen har tilsidesat et grundlæggende krav, foreslår jeg Domstolen at annullere Rettens afgørelse, der opretholder beslutningen, for så vidt angår de bøder, der er pålagt appellanterne, og

120 — Jf. artikel 18, stk. 1, i 1986-forordningen og f.eks. dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/95, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, præmis 253 og 254. Jf. i denne henseende ligeledes den nylige kommissionsmeddelelse benævnt »Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten« [EFT 1998 C 9, s. 3, navnlig punkt 5, litra c)].

121 — I IAZ-dommen (anført i fodnote 119) udtalte Domstolen, at en sammenslutning uden vinding for øje (ANSEAU), som omfattede 31 belgiske vandværker, og som havde til formål at »varetage disse værkers fælles interesser« (Sml. s. 3374), faktisk kunne blive pålagt en bøde hvad angår sammenslutningens henstillinger, der havde til formål at sikre, at medlemmerne kun tilsluttede »godkendte« opvaskemaskiner til vandforsyningsnettet. Faktisk blev den primære bøde pålagt sammenslutningen. I dom af 11.7.1989, sag 246/86, Belasco m.fl. mod Kommissionen, blev Belasco, som er en belgisk sammenslutning af producenter af asfaltpap, og syv af dens medlemmer pålagt bøder for at have gennemført en aftale om prislister og salgsbetingelser. Belasco blev pålagt en bøde på 15 000 ECU under henvisning til dens årlige omsætning; jf. præmis 65 og 66.

122 — Dommen er anført i fodnote 115, præmis 27.

endvidere annullere beslutningen hvad angår disse bøder.

ii) Andre anbringender

182. Bortset fra ovenstående har appellanterne under forskellige hovedgrupper fremsat en række anbringender vedrørende de pålagte bøder. Det drejer sig for størstedelens vedkommende om en gentagelse af de for Retten fremførte argumenter samt detaljerede argumenter vedrørende faktiske omstændigheder. At behandle samtlige disse punkter udtømmende vil gøre dette allerede lange forslag til afgørelse endnu længere. Da jeg har accepteret appellanternes argumenter i den anden hovedgruppe, mener jeg at kunne nøjes med en punkt for punkt-forklaring af hver de øvrige punkter, navnlig eftersom jeg, efter at have undersøgt dem, ikke mener, at de er begrundede.

183. Den korrekte fremgangsmåde er efter min mening at undersøge enhver identificerbar retlig fejl i den appellerede dom. Ellers skal Domstolen anvende det i Ferriere Nord-sagen fastlagte kriterium [123]. Det er ikke nødvendigt i detaljer at gentage undersøgelsen af alle deres argumenter.

123 — Dommen er anført i fodnote 112.

184. Domstolen bør vurdere, om Retten har udøvet den fulde prøvelsesret, som den er tildelt ved traktaten, og på hensigtsmæssig måde har undersøgt samtlige faktiske og retlige punkter ved anfægtelsen af bøderne. Ved en gennemgang af præmis 208-251 i den appellerede dom synes det klart, at Retten i Første Instans omhyggeligt har udøvet sin kontrol hvad angår pålæggelsen, størrelsen og fordelingen af bøderne. Jeg vil kun kort behandle to spørgsmål vedrørende alvoren og nyhedsmomentet, to faktorer, som anerkendes at have haft en skærpende og formildende virkning ved bødepålæggelsen. Hvad angår de øvrige argumenter vedrører de stort set den skønsmæssige pålæggelse af bøder baseret på vurderingen af de faktiske omstændigheder (f.eks. en påstået forskelsbehandling ved tildeling af bøder til individuelle Cewal-medlemmer).

185. For det første bestrider appellanterne, at tilsidesættelserne er af særlig alvorlig karakter. Den appellerede dom afviser med rette dette argument (præmis 231) på grundlag af, at den pågældende »praksis blev gennemført med henblik på at fortrænge den eneste konkurrent på markedet«. Appellanterne bestrider ikke, at deres adfærd har været bevidst, men påberåber sig endnu en gang den formodede ikkemisbrugende karakter af presset på Ogefrem, fighting ships-praksisen og loyalitetsrabatter. Efter min mening er dette anbringende ikke begrundet.

186. For det andet gør appellanterne gældende, at Retten i Første Instans ikke lagde

tilstrækkelig vægt på det formodede nyhedselement i hver af misbrugsformerne, som støttes af faktiske argumenter under hver hovedgruppe. Disse omfatter navnlig: Misbruget i forbindelse med Ogefrem er det første tilfælde af misbrug i form af pres på en fremmed regering; misbruget forbundet med fighting ships, som omfatter begrebet underbudspriser; loyalitetsrabatter, som rejser et nyt fortolkningsproblem vedrørende 1986-forordningen.

187. Hvad angår spørgsmålet om nyhedselementet understreger Retten med rette, at »formålet med de anfægtede former for praksis, nemlig at fortrænge den eneste konkurrent fra markedet, ikke er et nyt forhold inden for konkurrenceretten« (præmis 248). Det er ikke bevist, at denne konklusion er juridisk ukorrekt. Jeg mener, at Retten i Første Instans, idet den understregede at have udøvet sin »fulde prøvelsesret«, besvarede argumenterne på tilstrækkelig vis. Endvidere mener jeg, at Retten med rette afviste at tage højde for nyhedselementerne vedrørende de forskellige former for misbrug, eftersom denne praksis åbenlyst havde til formål at udelukke konkurrencen [124].

124 — Baggrunden herfor er primært Tetra-Pak-II-dommen, anført i fodnote 56. Den vedrørte anvendelsen af artikel 86 på misbrug begået af en dominerende virksomhed på et tilstødende marked, hvorpå den havde en ledende, men ikke dominerende stilling. Tetra Pak gjorde gældende, at nyheden i denne anvendelse udgjorde en faktor, der begrundede en nedsættelse af bøden. Domstolen opretholdt imidlertid Rettens afvisning af dette argument, eftersom sidstnævnte med rette havde baseret sig på det forhold, at Tetra Pak »måtte [...] være vidende om, at den pågældende adfærd var i strid med traktatens regler«, og eftersom »de konkurrencebegrænsende virkninger af misbruget havde været så åbenbare og usædvanligt grove«, Tetra Pak II-dommen, præmis 48.

188. Jeg har været i nogen tvivl om Rettens videre konklusion (præmis 248), hvorefter begrebet kollektivt dominerende stilling på ingen måde er et nyt forhold. Kommissionens beslutning i »Planglas-sagen« [125], som nævnes med henblik på at afvise nyhedselementet i dette begreb, er offentliggjort langt efter den periode, hvor størstedelen af den misbrugende praksis fandt sted. På den anden side kan den omstændighed, at en gruppe virksomheder, der har vedtaget en underbuds-adfærd med det formål at udelukke konkurrencen, håbede på eller formodede, at fællesskabsretten ikke fandt anvendelse på dem kollektivt, kun tillægges ringe vægt i forhold til den ekstreme karakter af den pågældende misbrugende handling. Følgelig mener jeg ikke, at Retten i Første Instans begik en retlig fejl i denne henseende, og vil derfor forkaste dette anbringende.

iii) Renten

189. Appellanterne anfægter Rettens afvisning af deres anbringende om, at Kommissionen har begået en fejl ved i beslutningens artikel 7 at fastsætte den rente, der skal betales ved for sen betaling af de i beslutningen pålagte bøder under henvisning til den »sats, Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde anvender til sine ecutransaktioner den første hverdag i den

125 — Kommissionens beslutning 89/93/EØF af 7.12.1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/31.906, Planglas) (EFT 1989 L 33, s. 44).

måned, nærværende beslutning er vedtaget, med tillæg af tre og et halvt procentpoints, dvs. 13,25%«. Efter deres opfattelse er denne sats alt for høj. De gjorde for Retten i Første Instans gældende, at henset til den rente (formentlig for indlån), der kan opnås i ecu på det pågældende tidspunkt, ville den af Domstolen anvendte rente have været mere passende. Retten udtalte (i præmis 250), at »sagsøgerne imidlertid intet [har] fremført, der viser, at Kommissionen begik en fejl [...]«.

190. Jeg mener ikke, at denne fremgangsmåde på tilstrækkelig juridisk vis besvarede appellanternes argumenter for så vidt angår tillægget på tre og en halv procentpoints. Kommissionen har naturligvis en skønsmargen, når den fastsætter den passende rentesats. En passende rente sikrer, at virksomheder ikke forsøger at unddrage sig betalingen. På den anden side må den fastsatte rente ikke være så høj, at den forpligter virksomhederne til at betale bøderne, selv om de skønner, at de har god juridisk grund til at anfægte gyldigheden af Kommissionens beslutning [126]. Jeg mener, at Kommissionen, når den fastsætter morarenter, har ret til at basere sig på et referencepunkt, som er højere end den gennemsnitlige lånerente på markedet, for så vidt det er nødvendigt for at hindre unddragende adfærd. Imidlertid er et tillæg på tre og en halv procentpoints, uden yderligere forklaring, i forhold til en allerede høj rente ikke acceptabel.

191. Ved at opretholde Kommissionens beslutning på dette punkt, uden at undersøge, hvorvidt sidstnævnte havde en lovlig eller anden grund til at anvende denne yderligere sats, mener jeg, at Retten i Første Instans har begået en retlig fejl, og at dens afgørelse i denne henseende bør ophæves.

E — *Opsummering af anbefalinger*

192. På baggrund af ovenstående diskussion (punkt 173-181) mener jeg, at de bøder, som er blevet pålagt CMB og Dafra ved beslutningens artikel 6, skal annulleres, eftersom Retten i Første Instans ikke burde have forkastet anbringendet om, at Kommissionen havde tilsidesat appellanternes ret til en retfærdig rettergang hvad angår pålæggelsen af disse bøder. Endvidere, selv om jeg forkaster samtlige øvrige anbringender vedrørende bøderne, finder jeg, at Retten begik en retlig fejl ved at opretholde renteniveauet pålagt ved beslutningens artikel 7 i forbindelse med for sen betaling af de pålagte bøder.

126 — I dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 141, afviste Domstolen sagsøgerens argument, hvorefter »foranstaltninger, hvorved denne fordel [ved at forhale betalingen af en bøde] neutraliseres, ikke er lovlige i henhold til fællesskabsretten« og fastslog, at disse renter var nødvendige for at undgå »åbenbart grundløse søgsmål, der alene havde til formål at forhale betalingen af bøden«. Jf. ligeledes CB og Europay-dommen, anført i fodnote 115, præmis 48 og 49.

VII — EMK

193. Appellanterne gør ligeledes gældende under påberåbelse af to selvstændige anbringender, at de »mange usikkerheder og ændringer i anklagen« mod dem, som Retten og Kommissionen er ansvarlige for, og den omstændighed, at Retten har baseret sig på det, som de beskriver som nye misbrug, bevirker, at Retten har tilsidesat principperne i artikel 6, stk. 3, og artikel 7, stk, 1, i EMK [127].

194. Henset til de allerede i afsnit V og VI ovenfor angivne grunde, der afviser de forskellige tilsidesættelser af retten til en retfærdig rettergang påberåbt af appellanterne, mener jeg ikke (bortset fra at Kommissionen ikke oplyste om dens hensigt om at pålægge Cewal's medlemmer bøder), at hverken Kommissionen eller Retten i Første Instans har tilsidesat forpligtelsen — der efter min opfattelse i lige så høj grad følger af almindelige fællesskabsretlige principper som artikel 6, stk. 3, i EMK — om, at en part, der beskyldes for en adfærd der, om end ikke af strafferetlig karakter, eventuelt kan medføre en straf for denne, tydeligt må have oplysning om arten af anklagerne mod ham.

195. Hvad angår princippet om »nullum crimen, nulla poena sine lege«, mener jeg, af de i afsnit VI anførte grunde for at afvise appellanternes påstande om, at den misbrugende karakter af deres adfærd var ny og derfor ikke med rimelighed kunne have været forudset, at der ikke er sket nogen tilsidesættelse af dette princip og følgelig af artikel 7, stk. 1, i EMK fra Retten i Første Instans' side.

VIII — Sagens omkostninger

196. I den foreliggende sag, eftersom appellanternes påstande vedrørende rigtigheden af Rettens beslutning om at opretholde beslutningen samt størstedelen af anbringenderne om bøderne efter min mening bør forkastes, vil jeg under hensyn til artikel 69 og 122 i Domstolens procesreglement anse dem for den tabende part og følgelig anbefale Domstolen, at de pålægges at betale såvel indstævntes som intervenientens omkostninger.

127 — Artikel 6, stk. 3, foreskriver bl.a., at »enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse«, har ret til »at blive underrettet snarest muligt [...] om indholdet af og årsagen til den sigtelse, der er rejst mod ham«, mens artikel 7, stk. 1, foreskriver, at »ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, der ikke udgjorde en forbrydelse efter national eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået«.

IX — Forslag til afgørelse

197. I lyset af ovenstående foreslår jeg Domstolen, at:

— ophæve Retten i Første Instans' dom, for så vidt den opretholder de på appellanterne pålagte bøder samt de pålagte morarenter

— annullere artikel 6 og 7 i Kommissionens beslutning 93/82/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) og EØF-traktatens artikel 86 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal) for så vidt disse artikler vedrører appellanterne.

I øvrigt foreslår jeg Domstolen at:

— forkaste appellerne i det hele

— pålægge appellanterne at betale indstævntes samt intervenienten Grimaldi & Cobelfret's omkostninger.