FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS FREMSAT DEN 1. FEBRUAR 1984 [1]

Høje Domstol.

Ved beslutning af 14. december 1982 [2] fastlog Domstolen, at fem virksomheder, der fremstiller valseværksprodukter og zinklegeringer, havde gjort sig skyldige i forskellige overtrædelser af traktatens artikel 85. To af disse virksomheder, Compagnie royale asturienne des mines (herefter benævnt CRAM) og selskabet Rheinzink GmbH, der er blandt de vigtigste producenter af zink i Fællesskabet, har anlagt sag til prøvelse af denne beslutning, idet de påstår den delvis annulleret. Sagerne drejer sig navnlig om to former for overtrædelser, som Kommissionen hævder, de to virksomheder har begået:

1. For det første markedsbeskyttende foranstaltninger bestående i:

   a) en samordnet praksis mellem de to virksomheder med henblik på at beskytte det tyske marked [3], for hvilken Kommissionen har pålagt hver af deltagerne en bøde;

   b) indføjelsen i aftaler, indgået dels mellem CRAM og en belgisk importør, Gebr. Schiltz NV, dels mellem selskabet Rheinzink og det nævnte firma, af en bestemmelse om, at leverede varer skulle videresælges i et bestemt land [4];

2. For det andet den aftale om gensidige leverancer, der blev indgået mellem CRAM, Rheinzink og Vieille Montagne, et andet selskab, der fremstiller valseværksprodukter af zink [5].

Før jeg går over til en undersøgelse af disse to former for overtrædelser, bemærker jeg, at sagsøgerne Rheinzink indledningsvis har gjort gældende, at man ikke kan tilregne virksomheden den adfærd, der er udøvet af firmaet »Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.«, hvis retssuccessor Rheinzink blev ved en virksomhedsdannelse den 1. oktober 1981. Da Kommissionens beslutning imidlertid kun indebærer et indgreb i sagsøgerens rettigheder i det omfang, det må anses for godtgjort, at de af Kommissionen anførte overtrædelser er sket, og den pålagte bøde derfor må stå ved magt, forekommer det mig mere logisk kun at drøfte dette anbringende, såfremt dette er det resultat, man må nå frem til, så meget mere som CRAM berøres af og har nedlagt påstand om annullation af en del af den anfægtede beslutning.

I — Markedsbeskyttende foranstaltninger

1. Da de faktiske omstændigheder må antages at have afgørende betydning for den retlige bedømmelse af de omhandlede virksomheders påståede konkurrencestridige adfærd, forekommer det mig nødvendigt nøje at redegøre for disse.

CRAM og Rheinzink anvender de samme priser på markedet for valseværksprodukter og zinklegeringer i ét

1 — Oversat fra fransk.

2 — Beslutning 82/866/EØF, EFT L 362 af 23. 12. 1982, s. 40.

3 — Artikel 1, stk. 1, i Kommissionens beslutning.

4 — Artikel 1, stk. 2.

5 — Artikel 3 i den nævnte beslutning 82/866.

land, men disses højde afhænger af hvilken stat, der er tale om. Dette kan medføre en vis spekulation bestående i, at der på et marked, hvor priserne er høje (navnlig Frankrig og Tyskland), videresælges zink, der er indkøbt til en lavere pris i andre medlemsstater (f.eks. Belgien).

Firmaet Kestermann, en virksomhed, der er specialiseret inden for handel med og forædling af valseværksprodukter, søgte gennem en mellemand, selskabet Gebr. Schiltz NV, at drage fordel af disse prisforskelle.

Efter et første forgæves forsøg lykkedes det sidstnævnte selskab hos CRAM og Rheinzink at skaffe sig valsede plader, der ifølge selskabets egne oplysninger skulle reeksporteres til Mellemøsten, navnlig Egypten. På denne betingelse forpligtede de to virksomheder sig til i løbet af 1976 at levere selskabet henholdsvis 2 000 og 1 252 tons til priser, der lå 15 til 20 % under dem, der anvendtes i Forbundsrepublikken Tyskland.

Efter at have leveret halvdelen af den omhandlede mængde, accepterede CRAM tre nye ordrer, først en ordre den 8. september 1976 på 240 tons til levering i oktober, og derefter to andre ordrer den 11. oktober om levering af henholdsvis 631 og 44 tons plader i slutningen af november.

2. I Kommissionens beslutning fastslås følgende:

— Den 21. oktober standsede CRAM sine leverancer, idet den sidste blev udført dagen i forvejen. På dette tidspunkt var 220 af de 240 tons blevet leveret.

— Samme dag, den 21. oktober, beskyldte Rheinzink Schiltz for ikke at have overholdt betingelsen om, at varerne skulle eksporteres.

— Den 26. oktober gav Rheinzink ved telex CRAM meddelelse om en nedsættelse af priserne med omkring 3 % på det tyske marked.

— Efter at have fået bekræftelse på, at Schiltz havde omdirigeret varerne, standsede Rheinzink den 29. oktober sine leverancer og stillede alle de udestående ordrer i bero.

— Den 8. november stillede CRAM krav til Schiltz om afregning af visse ubetalte fakturaer.

— Den 12. november stillede CRAM ved telex påkrav til Schiltz om afregning af 11 ubetalte fakturaer og anmodede firmaet om at godtgøre, at de 240 tons, der var blevet leveret, var eksporteret til Egypten, idet der henvistes til oplysninger om, at disse varer var blevet genudført til Tyskland.

3. Kommissionen drager to slutninger af disse udviklinger i forholdet mellem CRAM, Rheinzink og Schiltz:

a) Kun en samordnet praksis mellem CRAM og Rheinzink kan forklare:

— hvorfor CRAM standsede enhver leverance til Schiltz den samme dag (den 21. oktober), som Rheinzink for første gang beskyldte firmaet for at have omdirigeret varerne;

— hvorfor Rheinzink gav en konkurrent meddelelse om en nedsættelse af priserne med 3 % (telex af 26. oktober);

— hvorfor CRAM endelig afventede resultaterne af Rheinzink's undersøgelse vedrørende Schiltz's adfærd, før man rykkede firmaet for betaling af de beløb, man havde til gode (8. november).

Alle disse forhold er udtryk for en parallel optræden over for Schiltz; den samordnede praksis havde til formål at beskytte priserne på det tyske marked ved at forhindre genindførsel til Tyskland af plader med oprindelse dér.

b) Betingelsen om, at Schiltz skulle eksportere til et bestemt land, der er angivet i ordrerne og gentaget af CRAM og Rheinzink, udgør også en begrænsning i konkurrencen, for så vidt den fratager videreforhandleren hans frihed til at afsætte varen, hvor han vil, og gør det muligt for de to leverandører at beskytte de ens priser, de anvender på henholdsvis det franske og det tyske marked, idet der herved sker en begrænsning af parallelimporten inden for Fællesskabet.

Jeg vil først undersøge spørgsmålet om, hvorvidt der må antages at have foreligget en samordnet praksis mellem sagsøgerne, og derefter problemet vedrørende betingelsen om, at varerne skulle videresælges i et bestemt tredjeland.

A — Samordnet praksis med henblik på en beskyttelse af det tyske marked

For at kunne tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der har foreligget en samordnet praksis, hvorved CRAM og Rheinzink søgte at beskytte deres markeder, må der foretages en samlet vurdering af de forskellige forhold, som Kommissionen har angivet til støtte for den slutning, den drager, dels af omstændighederne omkring de to virksomheders ensartede adfærd, dels af den forbindelse mellem dem, som telexen af 26. oktober 1976 skal være udtryk for.

a) Belv CRAM og Rheinzink enige om en ensartet optræden over for Schiltz? (Samordnet indstilling af leverancerne).

Kommissionens beslutning hviler først og fremmest på en bestemt antagelse om, hvorfor CRAM handlede som virksomheden gjorde, idet dette ses som et resultat af Rheinzink's optræden over for Schiltz.

Første indicium: Kommissionen fastslår, at den samme dag, som CRAM »indstillede leverancerne uden synlig grund, havde [RZ] bebrejdet Schiltz ikke at overholde bestemmelsen om eksport til Egypten« [1].

Heraf udleder Kommissionen, at forklaringen på CRAM's adfærd er, at der forelå en samordnet praksis med Rheinzink. Efter fra Rheinzink at være blevet gjort bekendt med den svigagtige adfærd, som man mistænkte Schiltz for, standsede CRAM den 21. oktober 1976 alle leverancer til Schiltz, hvilket er forklaringen på, at ordren på 240 tons på dette tidspunkt ikke var blevet fuldstændig udført, idet der af den samlede

1 — Den førnævnte kommissionsbeslutning, s. 46.

mængde endnu manglede at blive leveret 20 tons.

Sidstnævnte konstatering beror på en fejltagelse. Som Kommissionen efter indlæggene fra CRAM har erkendt det, var ordren på 240 tons fuldstændigt udført den 20. oktober, og denne fejltagelse er ikke ubetydelig, idet enhver logisk forbindelse mellem Rheinzink's adfærd og CRAM's indstilling af videre leverancer i henhold til ordren på 240 tons hermed forsvinder.

Kommissionen fastholder ikke desto mindre, at CRAM fra den 21. oktober standsede sine leverancer til Schiltz, idet man anfører, at ordrerne på 631 og 44 tons, der angiveligt var bestemt for henholdsvis Egypten og Iran, aldrig blev udført, skønt CRAM bekræftede dem den 11. oktober 1976. I bekræftelsen af ordren på de 631 tons anføres det, at levering vil ske »efter effektuering af ordrenr. 3446 og i hvert fald inden udgangen af november«. Kommissionen mener på denne baggrund, at det ikke var meningen, at der mellem leveringen af de 240 tons (ordre nr. 3446) og leveringen af de 631 tons skulle ske nogen afbrydelse i leverancerne, hvorfor standsningen af disse fortsat må tidsfæstes til den 21. oktober 1976.

Jeg deler ikke Kommissionens opfattelse af den betydning, der må tillægges den nævnte dato. Den slutning, som Kommissionen drager af det leveringstidspunkt, der er angivet i ordrebekræftelsen, vedrørende de 631 tons, har ingen støtte i indholdet af denne ordrebekræftelse, hvori det ganske vist er angivet, at ordren ville blive effektueret efter leveringen af de 240 tons, men ifølge hvilken der er et »spillerum« for leveringen, nemlig fra den 21. til og med den 30. november, CRAM's standsning af leverancerne kan derfor ikke tilskrives Rheinzink's optræden den 21. oktober.

Andet indicium: CRAM skal have afventet resultaterne af Rheinzink's undersøgelse vedrørende Schiltz, der forelå den 29. oktober 1976, før virksomheden den 8. november rykkede Schiltz for betaling af de ubetalte fakturaer.

Den fælles optræden fra CRAM's og Rheinzink's side, der hermed hævdes godtgjort, bekræftes efter min mening ikke i større omfang af de faktiske omstændigheder, hvilket Kommissionen da også selv har måttet erkende. En rum tid før den nævnte dato var der allerede opstået strid mellem CRAM og Schiltz om betalingen af visse fakturaer vedrørende de leverancer, der var udført i september. Ved en telex den 14. oktober, og senere den 2. november, rykkede CRAM Schiltz for betaling af disse. Afregningen af fakturaerne vedrørende de 240 tons, der skulle leveres i oktober, gav anledning til lignende problemer, således som det fremgår af en telex af 12. november.

Man kan derfor ikke med rette hævde, at den eneste mulige forklaring på, hvorfor CRAM handlede som virksomheden gjorde, er, at Rheinzink havde meddelt virksomheden resultaterne af den undersøgelse, man havde foretaget hos Schiltz. Tværtimod fremgår det utvetydigt af adskillige telexer udvekslet mellem CRAM og virksomhedens kunde, at CRAM først og fremmest søgte at få betaling for de udførte leverancer, og at virksomhederne kun med forsinkelse og i anden række (telex af 12. november 1976) forlangte dokumentation for, at

varerne var blevet eksporteret. Det er derfor forkert af Kommissionen at hævde, at CRAM »uden synlig grund« besluttede at stille de udestående leverancer i bero, når det betænkes, at virksomhedens kunde, Schiltz, forsinkede afregningen af ubetalte fakturaer på grund af vanskeligheder, der måtte rejse tvivl om firmaets solvens.

Man kan ganske vist af begivenhedernes rækkefølge få indtryk af, at der var en logisk sammenhæng mellem den måde snart den ene, snart den anden af sagsøgerne handlede på, en sammenhæng, der i øvrigt kun optræder inden for en forholdsvis kort periode. De forhold, som Kommissionen peger på, er imidlertid ikke tilstrækkelige til, at det kan anses for godtgjort, at der var nogen årsagssammenhæng mellem de dispositioner, som henholdsvis CRAM og Rheinzink traf.

b) Hvilken bevismæssig betydning må der da så tillægges telexen fra den 26. oktober 1976, som Kommissionen har fremlagt til støtte for sin opfattelse? Fremgår det af telexen af 26. oktober, at der forelå en samordnet praksis?

Det er klart, at det kan være et indicium for, at der foreligger en samordnet praksis mellem to konkurrerende virksomheder, at den ene giver den anden meddelelse om, at den gennemfører en prisnedsættelse, så meget mere som producenterne på et marked som zinkmarkedet, der er præget af meget få virksomheder, hurtigt gennem deres egne kunder bliver underrettet om prisændringer hos deres konkurrenter. Hertil kommer, at såvel CRAM som Rheinzink erkender, at sådanne forbindelser mellem virksomheder er en ret sjælden foreteelse. Endelig bemærkes, at Kommissionen i aftalen om gensidig bistand ser endnu et bevis for den forbindelse, de to virksomheder opretholdt med hinanden.

Kommissionen har dog selv erkendt, at telexen kun kan betragtes som et sekundært indicium. Det var en omstændighed, der passede ind i det billede af en samordnet praksis, der havde givet sig udtryk i, at CRAM handlede på samme måde som Rheinzink, men de kunne ikke i sig selv være et endegyldigt bevis for, at der forelå en samordet praksis, idet den ingen udtrykkelig forbindelse havde med det, Schiltz foretog sig. Telexen af 26. oktober havde i øvrigt kunnet tillægges en mere afgørende betydning, såfremt Kommissionen havde været i stand til at påvise de følger, den måtte have haft for CRAM's egen prispolitik. De øvrige omstændigheder vedrørende forbindelserne mellem CRAM og Rheinzink, der er blevet henvist til, er også i bevismæssig henseende mindre betydningsfulde. Jeg bemærker blot, at hvis alle de kontakter, der henvises til, havde været så tætte, som Kommissionen synes at mene, er det svært at forstå, at CRAM ventede så lang tid med at forlange bevis på, at varerne var blevet eksporteret, når Rheinzink allerede den 21. oktober var klar over, hvorledes Schiltz forholdt sig med varerne. Det må ligeledes konstateres, at der i en rent intern notits hos Rheinzink fra den 5. november 1976 vedrørende Schiltz's adfærd ingen omtale er af, at CRAM også var offer for, hvad Schiltz foretog sig.

I betragtning af alle disse omstændigheder kan det ikke antages, at de forhold, Kommissionen har peget på, er tilstrækkelige til at godtgøre, at CRAM og Rheinzink »bevidst [har erstattet] konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde« [1]. Kommissionen kan ikke antages at have bevist, at der foreligger »tilstrækkelige pæcise og samstemmende formodninger, [der må føre] til den

1 — Dom af 14. 7. 1972, sag 48/69, ICI, Sml. 1972, s. 151, præmis 64.

overbevisning, at paralleladfærden er resultatet af en samordning, en afstemt politik« [1].

Jeg mener derfor, at det af sagsøgerne rejste klagepunkt vedrørende artikel 1, stk. 1, i Kommissionens beslutning, hvori det fastslås, at CRAM og Rheinzink har udøvet en samordnet praksis over for Schiltz, bør lægges til grund. Det følger heraf, at de ved beslutningen pålagte bøder, der kun vedrører denne angivelige overtrædelse, også bør annulleres [2].

Det er herefter overflødigt at drøfte Rheinzink's anbringende om, at Kommissionen ved at unddrage virksomheden kendkab til visse dokumenter har tilsidesat dens ret til forsvar. I øvrigt er jeg på alle punkter enig med Kommissionen i, at dette klagepunkt savner grundlag.

B — Forpligtelsen til at videresælge i et bestemt land

Ifølge Kommissionen fratages sælgeren ved den forpligtelse til at videresælge i et bestemt tredjeland, som fremgår af de ordrer, Schiltz afgav såvel hos CRAM som hos Rheinzink, sin frihed til at afsætte varerne i Fællesskabet, hvorved der sker en beskyttelse af det høje prisniveau, som de to producenter anvender på deres markeder. Den pågældende bestemmelse har derfor til formål og til følge at begrænse konkurrencen, hvortil *kommer,* at den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Kun virksomheden Rheinzink bestrider rigtigheden af denne vurdering, og jeg skal i det følgende undersøge de overvejelser, der ligger til grund for den, én for én.

a) Ifølge Kommissionen er *selve formålet* med bestemmelsen at begrænse konkurrencen. Enigheden mellem parterne i aftalerne om, at pladerne skulle eksporteres — som må ses i sammenhæng med den praksis, der var om at anvende forskellige priser alt efter hvilket land, varerne var bestemt til — indebærer en begrænsning i køberens frihed til at råde over de varer, der leveres.

Rigtigheden af denne opfattelse bekræftes efter min mening ikke af de faktiske omstændigheder. De telexer og ordrer, hvoraf det fremgår, hvilke forretningsmæssige forbindelser, der bestod mellem Rheinzink og Schiltz, indeholder en udtrykkelig angivelse af de tredjelande, som varerne var bestemt til. Denne angivelse var en forudsætning for den fordelagtige pris, som producenten indrømmede sin kunde. *Det er køberen selv, der ud fra sine egne økonomiske interesser, nemlig for at opnå en betydelig rabat,* har fastsat bestemmelsesstedet for de leverede varer. Med hensyn til spørgsmålet om at anvende andre priser ved salg af varer, der skal eksporteres, end dem, der gælder inden for Fællesskabet, kan dette være rimeligt begrundet, såvel i et ønske om at trænge ind på et nyt marked, som i et ønske om at udnytte sin produktionskapacitet bedst muligt.

Efter min opfattelse har angivelsen af bestemmelseslandet en dobbelt betydning. Den er en betingelse *sine qua non* for at yde den pågældende rabat, og som sådan skal den være indeholdt i aftaledokumenterne. Hermed udgør den også en *garanti* for, at varen rent faktisk eksporteres, idet en tilsidesættelse af forpligtelsen medfører, at den forretningsmæs-

1 — Generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i den nævnte sag 48/69, s. 180.

2 — Artikel 2 i Kommissionen beslutning.

sige fordel, rabatten udgør, bortfalder. Alt i alt kan det ikke antages, at Kommissionen har godtgjort, at et sådant vilkår i en aftale har til formål at beskytte det tyske marked ved at »[begrænse] køberens frihed til at anvende den leverede vare efter sine egne økonomiske interesse« [1]. Tilbage står imidlertid, at dette vilkår i praksis vil kunne få en sådan virkning.

b) Ifølge Kommissionen fremgår det af den omstændighed, at leverandøren standsede enhver leverance, så snart Schiltz uvederhæftige optræden var blevet opdaget, at bestemmelsen i praksis havde *til følge, at der skete en begrænsning i konkurrencen.* Forklaringen på, at både CRAM og Rheinzink reagerede på den måde, er, at de ønskede at beskytte de priser, de anvendte på deres markeder, hvorfor det med al tydelighed er påvist, at det er umuligt for en videreforhandler, der er bundet af et sådant vilkår, frit at afsætte sine varer inden for fællesmarkedet, hvilket nødvendigvis må påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Jeg deler ikke Kommissionens opfattelse.

— Grundlaget for Kommissionens beslutning er, at de to virksomheders adfærd er udtryk for en på én gang lejlighedsvis, afgrænset og fælles optræden, men det kan lige så vel antages, at denne optræden skyldtes den svigagtige adfærd, Schiltz havde udøvet ved at tilsidesætte en afgørende betingelse for aftalerne, idet det var en forudsætning for at opnå rabat, at varerne blev eksporteret til et tredjeland, hvortil kommer, at denne optræden i CRAM's tilfælde også meget vel kunne skyldes den forsinkelse med betalingerne, som virksomheden blev udsat for.

Efter min opfattelse har Kommissionen ikke godtgjort, at det anfægtede vilkår i aftalerne i sig selv kunne medføre en begrænsning i konkurrencen. Dens argumentation ville i denne forbindelse have vundet i værdi, såfremt det klart var blevet påvist, at der på dette område forelå en systematisk praksis. Selv i så fald ville der imidlertid kun være tale om et indicium for, at der var en samordning med hensyn til priser.

— Efter min opfattelse kan der ikke foreligge nogen begrænsning i konkurrencen og dermed heller ikke nogen påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne som følge af en sådan begrænsning, medmindre der har været et mindstemål af samordning imellem de to producenter om et *differentieret* prisniveau, således som det klart fremgår af Kommissionens beslutning taget som helhed og navnlig af, at det afvises at anvende artikel 85, stk. 3, på det anfægtede vilkår i aftalerne. Opretholdelsen af den nævnte prisdifferentiering udgør »kernen« i denne sag, for uden en prisdifferentiering ville konkurrencen mellem producenterne kunne føre til en nedsættelse af priserne på valseværksprodukter af zink som følge af videreforhandlernes mulighed for frit af afsætte disse varer inden for fællesmarkedet. I denne forbindelse forekommer de omstændigheder, der er blevet henvist til, næppe tungtvejende. Prisstatistikkerne omfatter kun et kort tidsrum på tre måneder (januar til marts 1976), hvorved bemærkes, at de ikke vedrører alle de aftaler, som Schilz

1 — Dom af 14. 12. 1983 i sag 319/82, Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est, Sml. 1983, s. 4173, præmis 6.

indgik med Rheinzink, eller med CRAM, idet nogle af disse blev indgået senere end marts 1976.

— Endelig bemærkes, at den pågældende betingelse om, at varerne skulle videresælges i et tredjeland, selv om den indirekte forhindrer genindførsel af varerne til fællesmarkedet, må vurderes på baggrund af, at der blev ydet et betydeligt prisafslag på varerne, hvilket kan være en forudsætning for at trænge ind på et nyt marked, hvorfor et krav om indføjelsen af et sådant vilkår i en aftale kan være begrundet i tvingende forretningsmæssige hensyn, hvilket både Rheinzink og CRAM har gjort gældende og Kommissionen ikke bestridt.

På baggrund af alle disse betragtninger mener jeg ikke, at Kommissionen med tilstrækkelig sikkerhed har godtgjort, at det anfægtede vilkår i aftalerne er i strid med artikel 85, stk. 1. På dette punkt bør de af virksomheden Rheinzink fremsatte klagepunkter derfor lægges til grund.

II — Aftalen om gensidige leverancer

1. CRAM, Rheinzink og Vieille Montagne forpligter sig ifølge denne aftale til at forsyne hinanden i tilfælde af »forstyrrelser af teknisk eller anden art, hvorved der lides et betydeligt produktionstab« (artikel 1), det vil sige et produktionstab på 20 tons om dagen eller 200 tons i alt. Leverancerne kan højst udgøre 1 500 tons om måneden, hvis en enkelt virksomhed rammes, eller 2 000 tons, hvis to af dem rammes (artikel 4, punkt 2 og 3).

Aftalen blev bragt i anvendelse i 1977 på grund af en strejke hos Vieille Montagne (leverancer fra CRAM på 2 427 tons plader mellem april og juni og fra Rheinzink på 850 tons mellem maj og august) samt efter tekniske problemer hos CRAM (levering af 550 tons fra Rheinzink).

2. Kommissionen mener, at en sådan aftale er i strid med artikel 84, stk. 1.

I aftalen om gensidige leverancer, der er af ubestemt varighed, idet den hvert år fornys ved stiltiende overenskomst (artikel 11, punkt 1), er den øverste grænse for, hvad der i givet fald kan forlanges leveret, sat så højt, at dette udgør mere end en tredjedel af de pågældende virksomheders månedlige produktion. Der er således ikke tale om en aftale om levering eller udveksling af klart afgrænsede tjenesteydelser, der vedrører varer af en bestemt kvalitet, eller i en mængde og til en pris, der er fastsat forud. Ifølge Kommissionen står man over for en rammeaftale, ved hvilken parterne forpligter sig til i fremtiden at levere forædlet zink af standardkvalitet (artikel 3, punkt 1) i ubestemt mængde og til en ikke på forhånd angivet pris (artikel 6, punkt 4) til en virksomhed, der er i vanskeligheder.

En sådan aftale tvinger de tre virksomheder til at tage højde for, at det kan blive nødvendigt at yde hinanden bistand, og til på forhånd at afsætte en del af deres produktionskapacitet til i givet fald at kunne efterkomme en anmodning om bistand. Ved kollektivt at påtage sig en forpligtelse til gensidig

bistand har de derfor ved aftalen mistet deres mulighed for enkeltvis at drage fordel af de vanskeligheder, der kan opstå for en konkurrent.

Endelig påvirker aftalen, der omfatter tre af de vigtigste producenter af valseværksprodukter af zink, handelen mellem Frankrig og Tyskland, hvor henholdsvis CRAM og Vieille Montagne på den ene side og Rheinzink på den anden side er etableret.

3. Heroverfor gør Rheinzink gældende, at aftalen ikke ændrer konkurrenceforholdene, idet man til støtte herfor anfører følgende argumenter:

— Formålet med aftalen er at sikre, at kunderne kan blive forsynet, idet det sikres, at forsyningerne ikke bliver afbrudt på grund af omstændigheder, som aftaleparterne ikke har nogen indflydelse på.

— Aftalen er i øvrigt kun blevet bragt i anvendelse i tre omgange, i 1977, herunder navnlig på grund af en strejke, i hvilken forbindelse det var fuldt forståeligt, at man ydede den ramte virksomhed bistand.

4. Jeg kan ikke tilslutte mig Rheinzink's opfattelse. Der tages ikke hensyn til, hvad det er for en aftale, der er indgået, og jeg tænker her såvel på aftalens ubestemte varighed som på de omstændigheder, der kan give anledning til, at den bliver bragt i anvendelse. Disse omstændigheder er således ikke nærmere defineret, idet det drejer sig om »forstyrrelser af teknisk *eller anden art*«, hvorved det på ingen måde i aftalen er angivet, at det nødvendigvis skal dreje sig om omstændigheder, som virksomhederne ingen indflydelse har på, hvortil kommer, at det kan diskuteres, om en strejke er en sådan omstændighed.

Jeg må derfor dele Kommissionens vurdering af indholdet af aftalen om gensidige leverancer. Det drejer sig om en rammeaftale, ved hvilken parterne gensidigt har forpligtet sig til at sikre hinanden deres andel af markedet, uanset hvilke vanskeligheder, der kan ramme dem. De tre producenter har hermed fjernet konkurrencerisikoen og i stedet indført et samarbejde på grundlag af en aftale, der derfor er i strid med artikel 85, stk. 1.

Man kan naturligvis spørge, om ikke artikel 85, stk. 3, kan finde anvendelse. Det er rigtigt, at de økonomiske vanskeligheder, som den europæiske zinkindustri i øjeblikket er ramt af, således som CRAN's repræsentant har berettet om under retsmødet, kan forklare producenternes ønske om at afbøde virkningerne af de forstyrrelser, der kan være en følge enten af indførelsen af et mere effektivt produktionsapparat eller mere generelt af enhver omstændighed, der kan svække zinkindustrien i forhold til konkurrencen fra virksomheder uden for Fællesskabet. Ved vurderingen af, om fritagelsesreglen i artikel 85, stk. 3, bør finde anvendelse, og dermed ved den endelige vurdering af, om en aftale om gensidige leverancer mellem konkurrenter er i overensstemmelse med artikel 85, må det derfor nøje overvejes, hvilket marked der er tale om. Men man må på forhånd tvivle på, at en aftale som den foreliggende, der er indgået mellem tre af de største europæiske zinkproducenter, er uden indflydelse på de andre producenters konkurrencemæssige stilling.

Under alle omstændigheder har sagsøgeren hverken anmeldt den pågældende aftale og heller ikke efterfølgende givet udtryk for at ville gøre dette, hvorfor en

fritagelse i henhold til stk. 3 ikke vil kunne komme i betragtning.

På denne baggrund må Kommissionens beslutning fastholdes, for så vidt angår den overtrædelse af artikel 85, der er blevet lagt til grund i forbindelse med aftalen om gensidige leverancer.

5. Jeg vender herefter tilbage til den indsigelse, Rheinzink har rejst om, at virksomheden ikke kan være ansvarlig for en overtrædelse, der er begået af den virksomhed, hvis retssuccessor Rheinzink har været siden den 1. oktober 1981, nemlig »Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.«

Rheinzink gør gældende, at Kommissionen kun vil kunne rette beslutningen til Rheinzink, såfremt det godtgøres, at de to virksomheder, hvoraf den ene er retssuccessor for den anden, har udøvet en sammenhængende adfærd, der er i strid med konkurrencereglerne. Allerede af den grund, at de anfægtede forhold indtraf før oprettelsen af det nye selskab, er dette ikke tilfældet her. Rheinzink's argumentation hviler på en fortolkning af Domstolens dom i »Suiker Unie«-sagen, hvori Domstolen lagde vægt på, at de pågældende virksomheders adfærd »så åbenbart [udgjorde] en enhed«, at den virksomhed, der var retssuccessor for den opløste virksomhed, måtte være ansvarlig for denne adfærd [1].

Kommissionen mener derimod, at det afgørende for, hvorledes successionen må vurderes, er, om de to selskaber udøver den samme økonomiske virksomhed. Det er sammenfaldet af *økonomisk* virksomhed, der tæller, og ikke den retlige forbindelse, der er mellem de to selskaber, hvoraf det ene er successor for det andet. Også Kommissionen henviser på dette punkt til Domstolens afgørelse i »Suiker Unie«-sagen.

I denne dom, der drejede sig om en sammenslutning af kooperativer, der var retssuccessor for en tidligere sammenslutning og for de kooperativer, der var medlemmer af denne, fastslog Domstolen, at de to sammenslutningers adfærd »så åbenbart [udgjorde] en enhed, at den samlede adfærd må tilregnes sagsøgeren« (præmis 87). Til grund herfor lå imidlertid, at Domstolen havde kunnet fastslå, at der forelå tre omstændigheder, der alle pegede i samme retning:

— at sagsøgeren havde overtaget alle rettigheder og forpligtelser fra medlemmerne af den tidligere sammenslutning (præmis 84),

— at sagsøgeren ikke havde bestridt, at betegnelsen »Suiker Unie« dækkede »de samme virksomheder, som i vidt omfang var ledet af de samme personer og havde hjemsted på samme adresse« (præmis 85),

— at sagsøgeren endelig ikke havde hævdet, at sagsøgerens adfærd på det pågældende marked var forskellig fra den tidligere sammenslutnings adfærd (præmis 86).

Det fremgår af de nævnte præmisser, at Rheinzink's fortolkning af denne dom er for indskrænkende. En af de anførte omstændigheder (den ubrudte fortsættelse af adfærden) tillægges særlig vægt, og ifølge denne fortolkning synes det at være en betingelse, ikke alene at der foreligger en adfærd, der udgør en enhed, men også, at der er tale om en ubrudt fastsættelse af en konkurrencestridig adfærd.

I Kommissionens argumentation tillægges de juridiske sider af successionen

1 — De forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Suiker Unie m.fl., Sml. 1975, s. 1663, præmis 87.

ingen vægt, og det hævdes i stedet, at det afgørende er, om de to selskaber, hvoraf det ene er successor for det andet, udøver den samme økonomiske virksomhed. En så udvidende fortolkning kan imidlertid føre til, at der må antages at foreligge et ansvar, selv om der er for ringe sammenhæng mellem den virksomhed, selskaberne henholdsvis har udøvet og udøver.

Før jeg fremlægger mine egne betragtninger, skal jeg minde om de grundlæggende principper, Domstolen må lade sig lede af i denne forbindelse. Løsningen på det rejste spørgsmål må søges udelukkende i fællesskabsretlige regler. Man kan ikke uden at bringe princippet om, at der skal ske en ensartet anvendelse af de fælles konkurrenceregler, i fare, støtte sig til nationale retsregler ved fortolkningen af fællesskabsretten.

Som generaladvokat Mayras med rette har anført i sit forslag til afgørelse i »Suiker Unie«-sagen, er det i denne forbindelse vigtigt at have for øje, at Rådets forordning nr. 17/62 ikke i praksis berøves sin tilsigtede virkning [1]. I hvilket omfang ville Kommissionen kunne udøve sin kontrolvirksomhed, såfremt en virksomhed blot ved at lade sig omdanne i henhold til gældende nationale regler ville kunne unddrage sig sin forpligtelse til at overholde traktatens artikler 85 og 86? Som et træffende eksempel nævnte generaladvokat Mayras det tilfælde, at en virksomhed omdannes, efter at de konkurrencestridige forhold er blevet begået, men før Kommissionen har fastslået, at der er sket en overtrædelse af traktatens regler. I et sådant tilfælde ville man i særlig grad kunne frygte, at virksomhedsomdannelsen kunne gøre det muligt for retssuccessoren at unddrage sig sanktioner i henhold til fællesskabsretten, hvorved Kommissionens beføjelser ville miste deres indhold.

1 — Den førnævnte sag Suiker Unie, s. 2081.

Hvorledes forholder det sig her? Man vil bemærke sig, at det nævnte tænkte tilfælde svarer nøjagtigt til den situation, som sagsøgeren beskriver, idet dette selskab blev dannet efter 1976, men før Kommissionens beslutning. Denne konstatering er ikke tilstrækkelig til, at man kan give et endeligt svar på det rejste spørgsmål, men det viser for mig, at Kommissionens standpunkt grundlæggende set er rigtigt, idet det dog trænger til at blive nærmere udviklet. Jeg deler således Kommissionens vurdering med hensyn til, at der er sammenfald af den virksomhed, som de to selskaber, hvoraf det ene er retssuccessor for det andet, henholdsvis har udøvet og udøver. Der er tale om en udøvelse af de samme økonomiske aktiviteter, hvilket sagsøgeren da i øvrigt heller ikke har bestridt.

Jeg lægger endvidere til grund, at sagsøgeren er indtrådt i firmaet »Rheinisches Zinkwalzwerk«'s rettigheder og forpligtelser, således som det utvetydigt fremgår af handelsregisteret, og som Rheinzink under henvisning til de gældende regler i tysk ret selv erkender.

Sagsøgeren har heller ikke bestridt, at virksomhedens hjemsted og ledelse er forblevet uændret.

Ganske vist er de to virksomheder, hvoraf den ene er retssuccessor for den anden, ikke de samme. Firmanavnet og den juridiske selskabsform er forskellig. Efter min opfattelse er det imidlertid ved de omstændigheder, der er blevet henvist til, med tilstrækkelig tydelighed blevet påvist, at de forbindelser, der både økonomisk og juridisk foreligger mellem de to selskaber, er af en sådan art, at deres adfærd må antages at være udtryk for en så ubrudt udøvelse af den samme virksomhed, at de anførte overtrædelser må kunne tilregnes Rheinzink.

Sammenfattende skal jeg foreslå, at

1. der gives CRAM og Rheinzink medhold i deres påstand om annullation af den del af kommissionsbeslutningen, hvorved:
   — det fastslås, at der er sket overtrædelser af traktatens artikel 85 som følge af
     a) en samordnet praksis mellem CRAM og Rheinzink over for Schiltz, og
     b) det vilkår om videresalg i et bestemt land, der er indeholdt i de aftaler, som henholdsvis CRAM og Rheinzink indgik med virksomheden Schiltz;
   — der blev pålagt sagsøgerne bøde for den førstnævnte overtrædelse;

2. Kommissionens beslutning opretholdes, for så vidt angår aftalen om gensidige leverancer.