FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 18. maj 2000 *

1. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 28. juli 1998 har selskabet Sarrió SA (herefter »Sarrió«) iværksat appel af dom afsagt af Retten i Første Instans den 14. maj 1998 i sagen Sarrió mod Kommissionen [1] (herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten traf afgørelse vedrørende selskabets påstand om annullation af Kommissionens beslutning 94/601/EF af 13. juli 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/C/33.833 — Karton) [2] (herefter »beslutningen«).

2. Ved beslutningen pålagde Kommissionen 19 producenter, der leverer karton inden for Fællesskabet, bøder for overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF). Sarrió's bøde blev i beslutningens artikel 3, nr. xv), fastsat således:

»Sarrió SpA, en bøde på 15 500 000 ECU«.

3. Under sagen for Retten nedlagde Sarrió påstand om annullation af beslutningen, subsidiært om annullation af beslutningens artikel 2 og af dens artikel 3, i det omfang der herved blev pålagt selskabet en bøde, og mere subsidiært om nedsættelse af bøden.

4. Ved den appellerede dom gav Retten delvis Sarrió medhold, idet den delvis annullerede det forbud, appellanten ved beslutningens artikel 2 fik mod for fremtiden at deltage i visse former for udveksling af oplysninger mellem virksomheder inden for kartonbranchen, og nedsatte bøden til 14 000 000 ECU, men den frifandt i øvrigt Kommissionen.

5. For en fuldstændig redegørelse for Sarrió's argumenter mod beslutningen og grundene til, at Retten fandt, at disse argumenter kun delvis kunne tiltrædes, henvises der til den appellerede dom, idet der her blot skal erindres om, at Retten fremstillede den bødenedsættelse, den foretog, som et resultat af konstateringen af, at et af Sarrió's datterselskaber, Prat Carton, kun deltog i enkelte elementer af overtrædelsen og i et mere begrænset tidsrum end det, Kommissionen havde lagt til grund.

* — Originalsprog: fransk.

1 — Sag T-334/94, Sml. II, s. 1439.

2 — EFT L 243, s. 1.

6. I appelsagen har Sarrió nedlagt følgende påstande:

1) Den appellerede dom ophæves, for så vidt som Retten deri

— fastslår, at Kommissionen i sin beslutning ikke anså appellanten for skyldig i en overtrædelse med hensyn til faktureringspriserne, og ikke fandt det nødvendigt at vurdere Sarrió's adfærd for så vidt angår de faktisk anvendte priser

— fastslår, at Sarrió's deltagelse i møderne inden for PG Paperboard i sig selv er tilstrækkelig til at anse selskabet for delagtig i samarbejdet om markedsandele og produktionsstandsninger, eller — subsidiært — ikke anser Sarrió's undladelse af at følge eventuelle aftaleinitiativer op for at mindske den af Sarrió begåede overtrædelses grovhed i forhold til grovheden af den overtrædelse, som andre virksomheder begik, og ikke tager hensyn til de beviser, appellanten i den forbindelse har ført, eller — endnu mere subsidiært — giver en fejlagtig beskrivelse af den af Sarrió begåede overtrædelse for så vidt angår markedsandelene og de perioder, produktionsanlæggene blev standset

— ikke anser det for nødvendigt helt eller delvist at ophæve den Sarrió pålagte bøde som følge af den utilstrækkelige begrundelse, der foreligger med undladelsen af i selve beslutningen at angive de kriterier, som Kommissionen systematisk har taget hensyn til ved beregningen af denne bøde

— godkender den metode, som Kommissionen har anvendt ved beregningen af bøden, og hvorefter bødebeløbet efter omregning til ecu af omsætningen i referenceåret under anvendelse af den gennemsnitlige vekselkurs for dette år direkte fastsættes i ecu på grundlag af denne omregning, uden en vurdering af de retsvirkninger, dette grundlag giver anledning til, eller det tab, som anvendelsen af denne metode tilføjede Sarrió

— fastsætter den nedsættelse af bøden, der anerkendes for Prat Carton's begrænsede medvirken i overtrædelsen, til 1 500 000 ECU.

2) Sagen hjemvises til Retten i Første Instans, idet sagen ikke er moden til,

at der helt eller delvis træffes endelig afgørelse i sagen.

3) Kommissionens beslutning annulleres for så vidt angår de dele heraf, der svarer til de dele af Rettens dom, der ophæves i denne sag.

4) Bøden nedsættes til det beløb, Domstolen finder passende.

5) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger såvel i sagen for Retten som i appelsagen.

7. Kommissionen, der er indstævnt i appelsagen og var sagsøgt i første instans, har for Domstolen nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

8. Sarrió har til støtte for sine påstande fremført fem anbringender, som er nævnt i punkt 1 i de ovenstående påstande, nemlig:

— For det første om en forkert fortolkning af beslutningen for så vidt angår den overtrædelse, der faktisk blev lagt selskabet til last

— for det andet om en forkert fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten for så vidt angår den konkurrencebegrænsning, der automatisk antages at følge af Sarrió's deltagelse i producenternes møder, subsidiært manglende hensyntagen til Sarrió's undladelse af at gennemføre aftalen og mere subsidiært en fejlagtig retlig kvalification af den begåede overtrædelse

— for det tredje om manglende hensyntagen til den manglende begrundelse for bødeberegningen og uoverensstemmelse mellem præmisser og domskonklusion

— for det fjerde om manglende hensyntagen til, at bødeberegningen var behæftet med en metodefejl

— for det femte en uoverensstemmelse mellem præmisser og domskonklusion for så vidt angår nedsættelsen af bøden.

9. Med henblik på at undgå unødvendige gentagelser vil jeg redegøre for detaljerne i disse anbringender, efterhånden som jeg behandler dem.

Det første anbringende vedrørende fortolkningen af beslutningen for så vidt angår den overtrædelse, der blev lagt appellanten til last

10. Sarrió's første anbringende forekommer umiddelbart paradoksalt. Appellanten kritiserer nemlig Retten for at have fastslået, at den overtrædelse, der blev lagt selskabet til last, og som det blev pålagt en bøde for, var mindre omfattende, end hvad det mente at have kunnet udlede af beslutningen.

11. Ifølge appellanten kan beslutningen kun fortolkes således, at det med hensyn til priserne lægges selskabet til last, at det deltog i et kartel, der både vedrørte de annoncerede priser, dvs. listepriserne, og faktureringspriserne, dvs. de priser, der blev faktureret over for kunderne.

12. Selskabet finder, at dette bliver bekræftet af Kommissionens svarskrift for Retten, hvori Kommissionen anfører, at »aftalen vedrørende de priser, der blev anvendt inden for PWG i samarbejde med JMC, var ikke blot en aftale om de annoncerede priser, men gik så vidt som til at beslutte periodiske prisforhøjelser for hver produkttype i den enkelte nationale valuta og til at planlægge og anvende samtidige prisstigninger i hele Fællesskabet«.

13. Sondringen mellem det ulovlige samarbejde om de annoncerede priser og det ulovlige samarbejde om faktureringspriserne har imidlertid efter Sarrió's opfattelse særlig juridisk betydning, som belyst af Domstolen i dommen i sagen Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, »cellulose-dommen« [3].

14. Ifølge appellanten udtalte Retten derfor fejlagtigt: »Det fremgår af det allerede anførte, at Kommissionen i fornødent omfang i beslutningens betragtninger har redegjort for, at det ulovlige samarbejde vedrørte listepriser, og at det havde til formål at opnå en forhøjelse af faktureringspriserne« (præmis 60).

15. Sarrió lægger vægt på at få fastslået, at selskabet blev pålagt en sanktion for at have deltaget i et kartel, der både vedrørte

3 — Dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Sml. I, s. 1307.

de annoncerede priser og de anvendte priser, fordi det ønsker at godtgøre, at det blev pålagt en sanktion for handlinger, som det ikke har begået, og således opnå en nedsættelse af den bøde, der er blevet pålagt det.

16. Selskabet har både for Retten og for Domstolen fremført en lang argumentation med henblik på at godtgøre, at det ganske vist deltog i et kartel vedrørende de annoncerede priser — hvilket selskabet uden videre anerkendte under den administrative procedure — men at det aldrig på nogen måde deltog i et kartel vedrørende de anvendte priser.

17. Ved at fortolke beslutningen således, at der ikke heri blev lagt deltagerne i kartellet en samordning af de anvendte priser til last, gjorde Retten imidlertid denne argumentation helt irrelevant og fjernede grundlaget for påstanden om en bødenedsættelse.

18. For så vidt som det gøres gældende, at den appellerede dom indeholder en forkert fortolkning af beslutningen, kan anbringendet antages til realitetsbehandling, i modsætning til hvad der gøres gældende af Kommissionen, som alene ser det som en anfægtelse af de faktiske omstændigheder.

19. Ved bedømmelsen af, om anbringendet kan tiltrædes, skal der ses nærmere på de af Retten anførte grunde til at antage, at Sarrió ikke i beslutningen anses for at have deltaget i et kartel vedrørende de anvendte priser.

20. Retten fastslår indledningsvis, at det ikke klart fremgår af beslutningens dispositive del, hvilke priser — listepriserne eller faktureringspriserne — kartellets medlemmer indgik aftale om, og det kan man kun give den ret i. Det hedder nemlig i beslutningens artikel 1, at kartellets medlemmer deltog i »i en aftale og samordnet praksis, der startede medio 1986, og som indebar, at leverandører af karton i EF

[...]

— nåede til enighed om regelmæssige prisstigninger for hver produktkvalitet i den enkelte nationale valuta

— planlagde og iværksatte samtidige og ensartede prisstigninger i hele EF

— nåede til forståelse om at fastholde markedsandelene [...]

— i stigende grad siden begyndelsen af 1990 traf samordnede foranstaltninger til styring af leverancer af produktet i EF for derved at sikre gennemførelsen af de nævnte samordnede prisstigninger

— udvekslede forretningsmæssige oplysninger om leverancer, priser, midlertidige produktionsstandsninger, ordrebeholdninger, kapacitetsudnyttelsesgrader osv. til støtte for nævnte forholdsregler«.

21. For at fjerne denne sikkerhed undersøgte Retten — således som den skulle i henhold til Domstolens faste praksis — beslutningens betragtninger.

22. Efter denne undersøgelse konkluderede Retten, at beslutningen ganske vist vedrører faktureringspriserne, allerede fordi der i forbindelse med den sanktion, der blev pålagt medlemmerne af kartellet, skulle tages hensyn til virkningerne heraf på markedet ved fastlæggelsen af overtrædelsens grovhed, men at overtrædelsen kun bestod i det ulovlige samarbejde om fastsættelsen af listepriserne, der naturligvis blev opfattet som et instrument til at opnå en stigning i faktureringspriserne.

23. Jeg kan ikke se, hvilken interesse der skulle bestå i at oprette et kartel alene med det formål at fastsætte fælles listepriser, som de forskellige sælgere slet ikke føler sig bundet af i forhandlingerne med deres kunder.

24. Identiske listepriser er — også selv om de ikke bliver ledsaget af fuldstændig identiske faktureringspriser, fordi køberne i bestemte tilfælde på grundlag af de købte mængder eller andre faktorer kan opnå gunstigere vilkår end listepriserne — klart i sig selv en grov konkurrencebegrænsning, da de kan overbevise køberne om, at de sandsynligvis ikke opnår væsentligt bedre vilkår hos en leverandør end hos en anden, og skal føre til en sanktion.

25. Beslutningen havde til formål at pålægge en sanktion for en overtrædelse, nemlig samordningen af de annoncerede priser, for så vidt som den forfulgte et ulovligt mål i forhold til konkurrencereglerne, nemlig fastsættelse af ensartede faktureringspriser.

26. Men det påstås på intet sted i beslutningen, at dette mål systematisk blev nået i hele overtrædelsesperioden, eller at det forhold, at målet i de fleste tilfælde blev nået, i sig selv udgjorde en særskilt overtrædelse ved siden af den, som de virksomheder, der deltog i kartellet, havde begået ved at fastsætte ensartede listepriser.

27. Herved adskiller den sig klart fra den beslutning, der førte til cellulose-dommen, idet der heri blev pålagt sanktioner for to særskilte overtrædelser, nemlig en samordning af de annoncerede priser og en konstatering vedrørende de anvendte priser.

28. Det forhold, at en virksomhed, såfremt den i praksis ikke fulgte de listepriser, der var blevet vedtaget under kartelmedlemmernes regelmæssige møder, blev irettesat af de øvrige virksomheder og påmindet om, at den skulle overholde de bekendtgjorte priser, kan ikke betragtes som et bevis for, at der også var indgået aftale om fastsættelse af faktureringspriserne.

29. Det bekræfter blot, at samordningen af listepriserne i sidste ende i henhold til en klar aftale mellem parterne havde til formål at opnå så ensartede anvendte priser som muligt, og at enhver fravigelse i forhold til listepriserne i de af en virksomhed anvendte priser i de andre virksomheders øjne kunne bringe opnåelsen af kartellets mål i fare.

30. Det var listepriserne, der blev fastsat efter fælles overenskomst, men hvis en virksomhed fraveg dem for meget i praksis, blev dette betragtet som en tilsidesættelse af pligten til at handle redeligt i forhold til kartellets øvrige medlemmer, i det omfang man kan tale om redelighed i forbindelse med en ulovlig aftale.

31. Kommissionen beskæftigede sig ganske vist med faktureringspriserne og de diskussioner, en pris gav anledning til, når den var for forskellig fra listepriserne, men dette var alene med henblik på at godtgøre, at formålet var at anvende ensartede faktureringspriser, og med henblik på at vurdere det reelle omfang af de forpligtelser, kartellets medlemmer påtog sig [4].

32. Som nævnt ovenfor var det fuldstændig legitimt, at den ønskede at fastlægge konsekvenserne af kartellet, og Sarrió tager fejl, når selskabet ser det som udtryk for, at Kommissionen ikke alene ville pålægge en sanktion for kartellet vedrørende de annoncerede priser, men også for et kartel vedrørende de anvendte priser.

33. Det er faktisk appellanten, der anlægger en forkert fortolkning af beslutningen, således som selskabet kritiserer Retten for at have gjort det, hvorfor dets første anbringende efter min opfattelse må forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge relevansen af selskabets ræsonnement med henblik på at godtgøre, at det på intet tidspunkt deltog i et kartel vedrørende faktureringspriserne, idet der som netop fastslået på intet tidspunkt er blevet lagt selskabet en sådan overtrædelse til last.

4 — Jf. f.eks. beslutningens betragtning 82 og 101.

Det andet anbringende vedrørende de konklusioner, der kunne drages af konstateringen af, at appellanten deltog i kartelmedlemmernes møder

34. Som sit andet anbringende har appellanten principalt gjort gældende, at Retten i den appellerede dom med urette forkastede selskabets argumentation om, at dets deltagelse i møderne i de forskellige organer inden for PG Paperboard — en brancheorganisation, der i det væsentlige forfulgte lovlige mål — ikke kunne være tilstrækkelig til, at det kunne anses for godtgjort, at selskabet deltog i et kartel med henblik på fastholdelse af markedsandelene og om midlertidige produktionsstandsninger med henblik på at kontrollere udbuddet.

35. Appellanten finder, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 118 at fastslå, at »den omstændighed, at en virksomhed ikke bøjer sig for udfaldet af møder, der havde et klart konkurrencebegrænsende formål, ikke kan fritage virksomheden for det fulde ansvar som følge af dens deltagelse i kartellet, når den ikke offentligt har taget afstand fra deres indhold (jf. eksempelvis Rettens dom af 6.4.1995, sag T-141/89, Tréfileurope mod Kommissionen, Sml. II, s. 791, præmis 85). Selv om det antages, at sagsøgerens adfærd på markedet ikke var i overensstemmelse med det aftalte, påvirker denne omstændighed på ingen måde selskabets ansvar for en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1«.

36. Det forhold, at en virksomhed deltager i et møde, der har et konkurrencebegrænsende formål, giver ifølge appellanten ikke i sig selv grundlag for at pålægge virksomheden sanktioner, og Kommissionen skal bevise, at virksomheden gennemførte de beslutninger, der blev truffet under et sådant møde. At kræve af virksomheden, at den beviser, at den faktisk tog afstand fra de pågældende beslutninger, dvs. at den hverken godkendte eller gennemførte dem, ville være ensbetydende med at pålægge den en bevisbyrde, der er umulig at løfte.

37. Jeg skal indledningsvis — på linje med det af Kommissionen anførte — fastslå, at Rettens konklusion, nemlig at Sarrió med rette blev pålagt en sanktion for at have deltaget i et ulovligt samarbejde om fastfrysning af markedsandele og om kontrol med udbuddet, ikke udelukkende hviler på den appellerede doms præmis 118. Det pågældende argument anføres »for det tredje«, idet Retten forinden havde fastslået, at Kommissionen anså overtrædelsen for at bestå i det ulovlige samarbejde og ikke i gennemførelsen heraf, og at Sarrió fuldt ud havde deltaget i det ulovlige samarbejde.

38. Denne deltagelse vedrører klart faktiske spørgsmål, som Domstolen ikke kan tage stilling til under en appelsag. Jeg vil dog gerne understrege, at Retten ikke alene omhyggeligt undersøgte bevisværdien af de af Kommissionen fremførte elementer med henblik på at godtgøre såvel eksistensen af det ulovlige samarbejde som appellantens deltagelse heri, men at Sarrió's indvendinger også forekommer mig at være højst utroværdige.

39. Uden at bestride sin tilstedeværelse under de møder, hvor det ulovlige samarbejde blev iværksat, synes appellanten at tillægge denne tilstedeværelse en betydning og en rækkevidde, som efter selskabets opfattelse fritager det for ansvar.

40. Hvis man skal tro på det af selskabet anførte, var dets tilstedeværelse af rent defensiv karakter, idet det for dets vedkommende alene drejede sig om at kunne beskytte sig selv mod den aggressivitet, der blev udvist af de skandinaviske, tyske og østrigske producenter, der var stillet mere gunstigt i konkurrencen end appellanten.

41. Jeg er ikke sikker på, at denne forklaring på appellantens bevæggrunde til at deltage i kartelmedlemmernes møder kan tjene selskabets sag. Tværtimod, eftersom det heraf fremgår, at Sarrió selv mente at have en klar interesse i at deltage i et kartel, der kunne afsvække konsekvenserne af selskabets svage konkurrencemæssige stilling ved at forhindre enhver priskrig, fastholde fordelingen af markedsandelene og regulere udbuddet.

42. Under alle omstændigheder er muligheden for at pålægge en sanktion for en adfærd, der objektivt udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, på ingen måde knyttet til deltagernes »aggressive« eller »defensive« motiver, idet de sidstnævnte dog i praksis er de langt mest hyppigt forekommende, da det kun er de virksomheder, der frygter konkurrencen, der har en reel interesse i at begrænse den.

43. Desuden medførte Sarrió's deltagelse i kartelmedlemmernes møder, uanset hvad selskabets bevæggrunde hertil kan have været, objektivt, at de blev styrket, idet det blev muligt at samle alle de betydelige sælgere på Fællesskabets marked og dermed at give overtrædelsen en sjælden grovhed.

44. Alle disse forhold gør det udelukket at antage, at Retten har tilsidesat fællesskabsretten ved at forkaste Sarrió's argumentation med hensyn til selskabets manglende deltagelse i et ulovligt samarbejde, der blev iværksat under møder, som det deltog i.

45. Jeg forsøger imidlertid ikke at undgå at tage stilling til, om den appellerede doms præmis 118 er berettiget, dvs. om en virksomhed ifalder ansvar, blot fordi den har deltaget i møder, der har et klart konkurrencebegrænsende formål, når den ikke offentligt har taget afstand herfra. Jeg er nemlig overbevist om, at en deltagelse i sådanne møder skal fortolkes som et udtryk for, at virksomheden vil deltage i de trufne beslutninger, og at det ville gøre det umuligt at bekæmpe overtrædelser af konkurrencereglerne gennem karteller, hvis det anerkendes, at en virksomhed ustraffet kan deltage i sådanne møder. Et møde mellem ledere af virksomheder, der forsøger at opnå enighed om priser eller markedsandele, kan ikke sammenlignes med et møde i

en litterær studiekreds, og repræsentanter for en virksomhed, der under mødet opdager, at dagsordenen ikke er den samme som den, der fik dem til at beslutte at deltage, har altid mulighed for at forlade mødet, uden at de behøver at kritisere de andre deltagere for at have lokket dem i en fælde.

46. Jeg kan heller ikke se noget urimeligt i Rettens krav om en offentlig afstandtagen som betingelse for, at deltagelsen i mødet ikke betragtes som en deltagelse i en overtrædelse. Sarrió har ganske vist forklaret, at en sådan afstandtagen kan være vanskelig i praksis. Det kan hertil imidlertid siges, at en virksomhed, som deltager i et møde, hvis formål er helt utvetydigt, forsætligt løber en risiko, i relation til hvilken den ikke efterfølgende kan hævde, at den har vanskeligt ved at undgå, at den bliver konkretiseret, og at man i betragtning af den evne til at skjule deres konkurrencebegrænsende handlinger, som medlemmerne af kartellet inden for kartonbranchen har bevist, ikke kan være i tvivl om, at en virksomhed, som måtte have forvildet sig til at deltage i et møde, hvis formål den ikke kunne tilslutte sig, ville kunne bevise, at den tog afstand fra overtrædelsen.

47. Det principale argument under appellantens andet anbringende må derfor forkastes.

48. Det andet argument om, at Retten ikke tog hensyn til det forhold, at der ikke for selskabets vedkommende var noget bevis for, at det havde gennemført de trufne beslutninger med hensyn til fastfrysning af markedsandele og kontrol med udbuddet, som appellanten har fremført subsidiært, må også forkastes.

49. Sarrió henviser til, at omfanget af selskabets salg var faldende, at dets markedsandele var begrænsede, og at det aldrig foretog andre produktionsstandsninger end dem, der var nødvendige af tekniske grunde.

50. Disse elementer er irrelevante i relation til den overtrædelse, selskabet blev pålagt en sanktion for. Som det hedder i den appellerede dom: »De beviser, som Kommissionen har fremlagt, har en sådan bevisværdi, at oplysningerne om sagsøgerens faktiske adfærd på markedet ikke kan påvirke Kommissionens konklusioner om selve eksistensen af det ulovlige samarbejde vedrørende de to aspekter af den omtvistede politik« (præmis 116).

51. I øvrigt er disse beviser, selv hvis det antages, at de afspejler Sarrió's reelle adfærd, ikke i strid med Kommissionens bemærkninger, således som det understreges af Retten i den appellerede doms præmis 117. Det er nemlig på intet tidspunkt blevet gjort gældende, at det ulovlige samarbejde om markedsandele førte til en fuldstændig fastfrysning heraf, og det er hele tiden blevet anerkendt, at begrænsningen af udbuddet gennem samordnede pro-

duktionsstandsninger før 1990 ikke var nødvendig på grund af den store efterspørgsel, hvorfor det forhold, at Sarrió i 1990 og 1991 ikke midlertidigt standsede sin produktion inden for rammerne af det ulovlige samarbejde, der blev lagt kartellets medlemmer til last, på ingen måde beviser, at selskabet ikke havde noget at gøre med det ulovlige samarbejde.

52. Tilbage står at undersøge et sidste argument, der fremføres mere subsidiært end det foregående, hvorefter Retten med urette for så vidt angår fastfrysningen af markedsandelene og de midlertidige produktionsstandsninger fandt, at der var tale om et kartel, idet det eneste, Sarrió kunne kritiseres for, var at have deltaget i en udveksling af oplysninger, der var så harmløs, at den ifølge appellanten højst kunne begrunde en symbolsk bøde. Dette argument fortjener ikke nogen større opmærksomhed, da det på baggrund af undersøgelsen af de foregående argumenter er åbenbart, at det er i modstrid med de faktiske omstændigheder, der er blevet fastslået af Kommissionen og kontrolleret af Retten.

53. Alle de af appellanten fremførte betragtninger vedrørende den sondring, der både med hensyn til overtrædelsens grovhed og med hensyn til bøden herfor skal foretages mellem en simpel udveksling af oplysninger og et kartel, er irrelevante, eftersom det er blevet godtgjort, at selskabet i det foreliggende tilfælde ikke blot deltog i en udveksling af oplysninger, men deltog i et ulovligt samarbejde om markedsandele og produktionsomfang, hvorfor der for selskabets vedkommende var tale om flere overtrædelser.

54. Appellanten har endelig anført, at Rettens ræsonnement med henblik på at afvise selskabets anfægtelse af Kommissionens vurdering af det informationsudvekslingssystem, som selskabet anerkender at have deltaget i, fordi det blev fremført for første gang i replikken, er »skuffende«. Jeg skal hertil blot bemærke, at appellantens skuffelse naturligvis ikke kan give Domstolen grundlag for i appelsagen at sætte spørgsmålstegn ved rigtigheden af den konklusion, Retten nåede frem til. Denne konklusion er retligt korrekt, og Sarrió har, som understreget af Kommissionen, intet fremført, der taler imod Rettens konstatering af, at anbringendet først blev fremført i replikken.

55. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste Sarrió's andet anbringende i det hele.

Det tredje anbringende om, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til bødeudmålingen

56. Appellanten gør gældende, at Retten ikke uden at gøre sig skyldig i en selvmodsigelse både kunne fastslå, at beslutningen ikke var tilstrækkeligt begrundet

med hensyn til udmålingen af selskabets bøde, og samtidig nægte at annullere beslutningen på dette punkt.

57. Da denne kritik er parallel med den, der er fremført af appellanten Mo och Domsjö AB i sag C-283/89 P, tillader jeg mig at henvise til mit forslag til afgørelse i den sag, som også fremsættes i dag, for en redegørelse for grundene til, at dette anbringende bør forkastes.

Det fjerde anbringende om, at Kommissionen anvendte en forkert metode til at beregne bødens størrelse

58. Med dette anbringende anfægter appellanten Rettens afvisning af at give selskabet medhold i dets kritik af Kommissionens metode til at beregne størrelsen af selskabets bøde. Inden Sarrió's argumenter undersøges punkt for punkt, er der grund til at erindre om, hvilken metode Kommissionen fulgte.

59. Kommissionen valgte at fastsætte bøderne i ecu. Den tog med henblik herpå hensyn til de forskellige kartelmedlemmers omsætning i 1990, det sidste hele år, hvori kartellet fungerede, i ecu, idet omregningen til ecu blev foretaget på grundlag af den gennemsnitlige vekselkurs i 1990 for de forskellige kartelmedlemmers nationale valutaer.

60. Sarrió's første argument mod den appellerede dom er, at den er utilstrækkeligt begrundet, idet Retten ifølge selskabet på intet tidspunkt tager udtrykkelig stilling til det af appellanten rejste spørgsmål om den forskelsbehandling, som de virksomheder, hvis nationale valuta faldt i værdi fra 1990, som var Kommissionens referenceår i forbindelse med bødeudmålingen, til 1994, hvor beslutningen om at pålægge dem bøderne blev vedtaget, blev udsat for.

61. I realiteten kritiserer Sarrió Retten for ikke at have taget stilling til et af selskabets argumenter. Jeg kan på dette punkt kun dele Kommissionens forbløffelse, da de betragtninger, Retten fremfører i den appellerede doms præmis 392-404 angående spørgsmålet om Kommissionens metode til at fastsætte bødernes størrelse, i det væsentlige netop går ud på at påvise, at metoden gennem anvendelse af objektive tal udtrykt i en og samme valutaenhed gør det muligt at undgå de forvrængninger, som nødvendigvis ville have været resultatet af en anvendelse af de forskellige nationale valutaer, der gennem årene havde udviklet sig i forskellige retninger.

62. Hvad skulle formålet være med at anvende en og samme valutaenhed, når det drejer sig om at pålægge de virksomhe-

der, der er medlem af et og samme kartel, bøder i forhold til den enkelte virksomheds grad af ansvar, hvis det ikke skulle være at undgå diskrimineringer? Sarrió har uret, når selskabet hævder, at det ikke kan finde en stillingtagen til et argument om diskriminering i et ræsonnement, der går ud på at påvise, at ligebehandlingsprincippet er blevet overholdt.

63. Sarrió er ganske vist berettiget til at finde, at Rettens argumentation ikke er overbevisende, men selskabet kan ikke for alvor påstå, at spørgsmålet om en eventuel diskriminering ikke bliver behandlet i den appellerede dom.

64. Appellantens andet argument vedrører det forhold, at Retten ikke kritiserede, at Kommissionen valgte at fastsætte bøden på grundlag af omsætningen i det sidste hele år i overtrædelsesperioden, hvorved der blev indført en dualisme, for så vidt som to omsætninger spiller en rolle, nemlig den omsætning, i forhold til hvilken bøden blev fastsat, og omsætningen i det sidste regnskabsår før vedtagelsen af beslutningen om bøderne, i forhold til hvilken det bliver kontrolleret, at den grænse på 10% af omsætningen i den pågældende virksomhed, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [5], er overholdt.

5 — EFT 1959-1962, s. 81.

65. Ud over denne materielle kritik fremsættes der endnu en gang en kritik vedrørende begrundelsen, idet Sarrió gør gældende, at denne dualismes karakter af en nyskabelse nødvendiggjorde en særlig detaljeret begrundelse, som selskabet ikke mener at have fundet i Rettens bemærkninger vedrørende dette spørgsmål.

66. Appellanten hævder ikke, at Kommissionen ved at lægge vægt på omsætningerne i to forskellige år har tilsidesat artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, men selskabet forsøger at påvise, at valget af omsætningen i det sidste år, hvor kartellet fungerede, på ingen måde sikrer, at bøden tilpasses overtrædelsens grovhed og de pågældende virksomheders styrke, men risikerer at føre til det modsatte resultat.

67. Selskabet anfører, at hvis omsætningen i en virksomhed er steget betydeligt i perioden mellem overtrædelsens ophør og vedtagelsen af sanktionen, vil Kommissionen med henblik på at undgå, at bødens størrelse i forhold til omsætningen i det sidste regnskabsår før pålæggelsen af sanktionen forekommer ubetydelig eller i det mindste for lille, fordi den ligger langt under den i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 fastsatte grænse på 10%, nødvendigvis bliver fristet til at fastsætte bøden til en for høj procentdel af den valgte omsætning, dvs. pålægge virksomheden en bøde, der er helt ude af proportioner med dens økonomiske styrke på tidspunktet for overtrædelsen.

68. Jeg skal straks fastslå, at dette ræsonnement ikke er overbevisende.

69. Bortset fra, at appellanten herved tillægger Kommissionen nogle ret skumle hensigter og ikke regner den domstolskontrol, den er underlagt, for ret meget, ser selskabet med urette helt bort fra, at det er tilstrækkeligt, at et medlem af kartellet ser sin omsætning styrtdykke eller i det mindste stagnere eller falde, for at Kommissionen på baggrund af sin forpligtelse til at overholde ligebehandlingsprincippet og den i forordning nr. 17 fastsatte grænse bliver forhindret i at foretage en sådan manøvre, hvor fristet den end måtte være hertil.

70. Men det skal frem for alt bemærkes, at spørgsmålet ikke er, om den af Kommissionen anvendte metode er den eneste tilladte eller den bedste, idet det blot skal undersøges, om den er tilladt, dvs. om den strider mod forordning nr. 17 eller de generelle principper, der er fastslået i Domstolens praksis.

71. I relation til dette spørgsmål har Sarrió imidlertid meget svært ved at fremføre noget, der kan skabe tvivl om rigtigheden af Rettens vurdering.

72. Efter min opfattelse har Retten ved at opregne fordelene ved den af Kommissionen valgte metode ved bedømmelsen af såvel overtrædelsens omfang som de pågældende virksomheders størrelse og økonomiske styrke på fuldstændig overbevisende måde redegjort for, hvorfor metoden ikke kan kritiseres. Med andre ord er den af appellanten kritiserede dualisme berettiget, og selv hvis det antages, at den har karakter af en nyskabelse, er den blevet tilstrækkeligt begrundet af Retten.

73. Appellantens tredje og sidste argument vedrører Rettens afvisning af at tiltræde selskabets argumentation om, at fastsættelsen af bøden i ecu på grundlag af omsætningen i det sidste hele år, hvor kartellet fungerede, omregnet til ecu på grundlag af den gennemsnitlige vekselkurs i dette år, fører til forskelsbehandling, hver gang vekselkurserne senere ændrer sig, idet de virksomheder, hvis nationale valuta er steget i værdi, oplever, at den bøde, de skal betale, reelt bliver mindre byrdefuld, mens de virksomheder, hvis valuta er faldet i værdi, oplever, at deres bøde bliver mere byrdefuld, undertiden — og navnlig i det foreliggende tilfælde — i betydelig grad.

74. Sarrió finder, at Kommissionens metode, eftersom den lader selskabet bære en kursrisiko, fører til urimelige resultater og derfor er uacceptabel. Dette gælder også ud fra en logisk synsvinkel, da man ikke både kan fremhæve nødvendigheden af at undgå konsekvenserne af udviklingen i vekselkurserne som begrundelse for at beregne bøden på grundlag af omsætningen i referenceåret, omregnet til ecu, som er en referencevaluta og ikke en betalingsvaluta, og samtidig ignorere virkningerne af udvik-

lingen i de samme kurser for det beløb, den pågældende virksomhed faktisk skal betale i national valuta.

75. Ved undersøgelsen af dette arguments holdbarhed skal det erindres, at Kommissionen råder over et skøn, der ganske vist ikke er ubegrænset — artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 skal understrege dette — men som indebærer, at Retten ikke kan kritisere den af Kommissionen anvendte metode, hvis den ikke kan påvise, at den er ulovlig.

76. Sarrió henviser derfor forgæves til nogle for selskabet mere gunstige alternativer til den metode, der blev anvendt ved fastsættelsen af selskabets bøde, da diskussionen ikke drejer sig om, hvilken metode der er den bedst tænkelige, men om, hvorvidt den anvendte metode er lovlig.

77. Sarrió er ikke fremkommet med nogen overbevisende bemærkninger på dette punkt. Selskabet kritiserer ganske vist det forhold, at bøden blev fastsat i ecu, men forordning nr. 17 forbyder på ingen måde, at bøden fastsættes i ecu, og de grunde, der fik Domstolen til i dommen i sagen Générale sucrière og Béghin-Say mod Kommissionen m.fl. [6] at fastslå, at bøden ikke kunne fastsættes i regningsenheder, gælder — som anført af Retten — ikke længere for så vidt angår fastsættelse i ecu, idet ecuen har en helt anderledes status end regningsenheden.

78. Sarrió vender sig også mod det forhold, at der i mekanismen til bekæmpelse af overtrædelser indføres et usikkerhedsmoment i form af valutaudsving, idet selskabet gør gældende, at et sådant usikkerhedsmoment kun kan tillades i forretningsforhold, men det undlader at nævne, at en virksomhed, der begår en overtrædelse, er udsat for mange andre usikkerhedsmomenter. Den har således ingen garanti for, at den på det tidspunkt, hvor den vil skulle opfylde de forpligtelser, der følger af dens tidligere ulovlige adfærd, økonomisk vil være i stand til at undgå, at betalingen af bøden forvolder den betydelig skade.

79. Selv med en konstant omsætning kan virksomhedens fortjeneste være faldet drastisk, den kan have oparbejdet en sådan gæld til bankerne, at den vil få afslag på enhver anmodning om yderligere kredit, eller også kan omsætningen og dermed indtægterne være faldet på grund af en forringelse af konjunkturerne, selv om fortjenesten er konstant.

80. Men usikkerhedsmomentet kan også give virksomheden behagelige overraskelser. Den kan have overstået en periode med vanskeligheder og opleve et opsving, som den få år tidligere ikke havde regnet med.

6 — Dom af 9.3.1977, forenede sager 41/73, 43/73 og 44/73, Sml. s. 445.

81. Alt dette kan ikke længere ændre noget ved grovheden af den overtrædelse, som virksomheden har begået på et givent tidspunkt, og det er denne grovhed, der afgør størrelsen af den sanktion, der skal pålægges den.

82. Valutausikkerhedsmomentet virker ikke nødvendigvis til ugunst for den virksomhed, hvis nationale valuta er faldet i værdi.

83. Hvis virksomheden eksporterer en betydelig del af sin produktion til lande med en stærk valuta, vil den således have haft mulighed for at forøge sine markedsandele og dermed sin omsætning i national valuta og opnå en større fortjeneste, idet fortjenesterne på virksomhedens eksportmarkeder bliver omregnet til national valuta til en gunstigere kurs.

84. Modsat vil de virksomheder, hvis nationale valuta er steget i værdi, have måttet acceptere en nedgang i fortjenesten med henblik på at bevare deres eksportmarkeder, hvorfor stigningen i deres nationale valutas værdi i forhold til ecuen og den heraf følgende reducering af bøden udtrykt i national valuta blot vil kompensere for bødens større vægt under hensyn til nedgangen i fortjenesten.

85. Et forsøg på at fjerne disse usikkerhedsmomenter, der er uløseligt forbundet med erhvervsmæssig virksomhed, ved at fastsætte bøderne i national valuta eller ved alene for de virksomheder, hvis nationale valuta er faldet i værdi, at anvende en anden vekselkurs mellem ecu og den nationale valuta end kursen i det sidste år, hvor kartellet fungerede, som blev lagt til grund ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed, ville indebære en risiko for at skabe andre forvrængninger, uden at det ville give nogen fordele for så vidt angår ligheden mellem medlemmerne af et og samme kartel i forhold til den af Kommissionen valgte metode.

86. Som det med rette understreges af Kommissionen, er der en risiko for at skade den ene eller den anden virksomhed, uanset hvilket tidspunkt der vælges for anvendelsen af vekselkursen mellem ecu og national valuta. Derfor ville selv det af appellanten foreslåede kriterium, nemlig vekselkursen på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, blot indføre et helt tilfældigt forstyrrende element.

87. Endvidere mener jeg ligesom Kommissionen, at det af Retten i den appellerede doms præmis 399 fremførte argument angående det forhold, at appellanten selv opererer på flere markeder, også er vigtigt. Appellanten har således både haft fordele og ulemper af det her anfægtede vekselkurskriterium. Selskabet har i øvrigt gennem salget af sine produkter haft indtægter i flere europæiske valutaer og ikke kun i pesetas.

88. Jeg skal endelig erindre om, at det usikkerhedsmoment, der er forbundet med faldet i værdien af den nationale valuta, under alle omstændigheder kun kan have begrænsede konsekvenser, idet det beløb, som virksomheden skal betale, i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke på det tidspunkt, hvor bøden pålægges, må overstige 10% af omsætningen i virksomhedens sidste regnskabsår.

89. Det må således konstateres, at det af Sarrió kritiserede usikkerhedsmoment ikke kan anfægtes, hverken principielt eller på grund af dets virkninger. Jeg foreslår derfor Domstolen at forkaste appellantens fjerde anbringende i det hele.

Det femte anbringende vedrørende størrelsen af den af Retten foretagne bødenedsættelse

90. Sarrió gør inden for rammerne af dette anbringende gældende, at den bødenedsættelse på 1 500 000 ECU, som Retten foretog, ikke stemmer overens med de berigtigelser, den foretog for så vidt angår selskabets involvering gennem datterselskabet Prat Carton [7] i de konkurrencebegrænsende handlinger, der blev foretaget af kartellet i kartonsektoren mellem 1986 og 1991. Der skal først erindres om, at denne berigtigelse både vedrørte varigheden af datterselskabets deltagelse, som Kommissionen havde fastsat til 60 måneder ud af 60, og som Retten nedsatte til ni måneder, og de former for konkurrencebegrænsende praksis, det deltog i, idet Retten fandt, at det kun kunne lægges til grund, at Prat Carton havde deltaget i det ulovlige samarbejde om priser og i det ulovlige samarbejde om begrænsning af udbuddet, mens Kommissionen også havde anset selskabet for at have deltaget i det ulovlige samarbejde om fastfrysning af markedsandele.

91. Der skal endvidere henvises til, at Retten i den appellerede doms præmis 411 og 412 udtalte:

»Når henses til, at Prat Carton kun deltog i enkelte elementer af overtrædelsen og i et mere begrænset tidsrum end det, Kommissionen har lagt til grund, er der grundlag for at nedsætte den bøde, der er pålagt sagsøgeren.

Da ingen af de øvrige anbringender, som sagsøgeren har gjort gældende, kan begrunde, at bøden nedsættes, finder Ret-

7 — Sarrió anfægter ikke det forhold, at selskabet blev gjort ansvarligt for datterselskabets adfærd.

ten, der har fuld prøvelsesret, at bøden bør fastsættes til 14 000 000 ECU.«

92. Sarrió udleder heraf — og jeg kan kun give selskabet ret på dette punkt — at hele den bødenedsættelse, der blev givet selskabet, er knyttet til Kommissionens fejlvurderinger med hensyn til datterselskabets adfærd. Med henblik på at godtgøre, at nedsættelsen er utilstrækkelig, tager selskabet udgangspunkt i moderselskabets og Prat Carton's respektive omsætninger på henholdsvis 224 200 000 ECU og 33 800 000 ECU, idet det opdeler det af Kommissionen fastsatte bødebeløb, nemlig 15 500 000 ECU, i den andel, der kan tilskrives moderselskabet, og som det vurderer til 13 500 000 ECU, og den andel, der kan tilskrives Prat Carton, og som det vurderer til 2 000 000 ECU. Selskabet sammenligner herefter dette beløb på 2 000 000 ECU med bødenedsættelsen og anfører, at bødenedsættelsen på baggrund af omfanget af den af Retten foretagne berigtigelse med hensyn til Prat Carton's deltagelse i overtrædelsen burde have været meget større.

93. Over for denne argumentation gør Kommissionen gældende, at Retten har udøvet en fuld prøvelsesret, at Domstolen i en appelsag ikke kan blande sig i udøvelsen af denne ret, og at alle Sarrió's beregninger savner enhver bevisværdi, da Kommissionen pålagde Sarrió en samlet bøde, som ikke kan opdeles i forskellige beløb svarende til den adfærd, der blev udvist af de forskellige dele af virksomheden, hvilket Retten har godkendt.

94. Jeg finder dog på linje med Sarrió, at den appellerede dom er usammenhængende eller nærmere bestemt utilstrækkeligt begrundet. Det kan ganske vist ikke bestrides, at Retten har udøvet en fuld prøvelsesret, ligesom det ikke kan bestrides, at udmålingen af en bøde ikke skal ske ved anvendelse af en matematisk formel.

95. Men udøvelsen af en fuld prøvelsesret fritager ikke Retten for at overholde begrundelsespligten. Hvis Retten i det foreliggende tilfælde fandt, at bødenedsættelsen ikke burde overstige 1 500 000 ECU i betragtning af Rettens vurderingen af grovheden af den af Sarrió begåede overtrædelse, skulle den give en forklaring herpå, for den nedsættelse, der blev givet Sarrió, synes ikke umiddelbart — på baggrund af den måde, hvorpå Kommissionen beregnede bøderne, og som Retten godkendte — at stå i forhold til omfanget af de berigtigelser, der blev foretaget med hensyn til Prat Carton's involvering i overtrædelsen.

96. Jeg finder således, at Sarrió's femte anbringende bør tiltrædes, og at den appellerede dom bør ophæves, for så vidt som Sarrió's bøde heri fastsættes til 14 000 000 ECU.

97. Denne ophævelse bør ikke efter min mening ledsages af en hjemvisning af sagen til Retten. Domstolen råder nemlig over tilstrækkelige oplysninger til at kunne drage konsekvenserne heraf, da der hverken er anledning til at diskutere rigtigheden af Rettens faktiske konstateringer eller til at stille spørgsmålstegn ved det generelle bødeniveau. Spørgsmålet er alene, om den af Retten foretagne bødenedsættelse er tilstrækkelig.

98. Jeg mener ikke, at det er tilfældet. Kommissionen beregnede Sarrió's bøde under hensyntagen til selskabets omsætning i 1990, herunder naturligvis Prat Carton's omsætning. Retten fastslog imidlertid, at Prat Carton først deltog i det ulovlige samarbejde om priser og om kontrol med udbuddet fra juni 1990. Det må således konstateres, at den omsætning, der blev lagt til grund for så vidt angår dette datterselskab, og som i Kommissionens beregning indgik i Sarrió's samlede omsætning, vedrører en periode, hvoraf virksomheden kun deltog i det ulovlige samarbejde i syv måneder, nemlig fra juni til december, hvilket med sikkerhed skaber et konsekvensproblem.

99. Jeg finder således under hensyn til forholdet mellem Sarrió's samlede omsætning og Prat Carton's omsætning, Prat Carton's manglende deltagelse i et af elementerne af overtrædelsen og den korte varighed af selskabets deltagelse, at Sarrió's bøde bør nedsættes til 13 650 000 EUR.

Sagens omkostninger

100. Det er klart, at ophævelsen af den appellerede dom, også selv om den kun vedrører et enkelt punkt, bør få betydning med hensyn til sagsomkostningerne.

101. Retten bestemte i den appellerede dom, at appellanten skulle bære sine egne omkostninger og halvdelen af Kommissionens, mens Kommissionen skulle bære halvdelen af sine egne omkostninger.

102. Jeg foreslår, at denne fordeling ændres, således at appellanten ud over sine egne omkostninger kun bærer 2/5 af Kommissionens omkostninger. For så vidt angår omkostningerne i forbindelse med appelsagen finder jeg, at det er passende, at selskabet bærer sine egne omkostninger og betaler 2/3 af Kommissionens omkostninger, eftersom de fleste af selskabets anbringender efter min opfattelse bør forkastes.

Forslag til afgørelse

103. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Den af Retten i Første Instans den 14. maj 1998 afsagte dom i sagen Sarrió mod Kommissionen (sag T-334/94) ophæves, for så vidt som den bøde, der er pålagt appellanten, fastsættes til 14 000 000 ECU, og for så vidt som det bestemmes, at appellanten bærer sine egne omkostninger og halvdelen af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger, og at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer halvdelen af sine egne omkostninger.

2) Bøden fastsættes til 13 650 000 EUR.

3) Appellanten bærer for så vidt angår sagen for Retten, ud over sine egne omkostninger, 2/5 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger, og for så vidt angår sagen for Domstolen, ud over sine egne omkostninger, 2/3 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger.

4) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer for så vidt angår sagen for Retten 3/5 af sine egne omkostninger og for så vidt angår sagen for Domstolen 1/3 af sine egne omkostninger.

5) I øvrigt forkastes appellen.«