KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

21. december 1994 *

I sag T-301/94 R,

Laakmann Karton GmbH, Velbert (Tyskland), ved advokat Dietrich Fudickar, Wuppertal, og med valgt adresse i Luxembourg på advokat Alex Bonn's kontor, 62, avenue Guillaume,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Bernd Langeheine og Richard Lyal, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning 94/601/EF af 13. juli 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel

* Processprog: tysk.

85 (IV/C/33.833 — Karton, EFT L 43, s. 1) i det omfang, der ved dennes artikel 3 pålægges sagsøgeren en bøde på 2,2 mio. ECU,

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Den 13. juli 1994 vedtog Kommissionen beslutning 94/601/EF om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/C/33.833 — Karton, EFT L 243, s. 1, herefter benævnt »beslutningen«). Ifølge beslutningens artikel 1 har de deri nævnte 19 kartonleverandører overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1, ved at deltage i en aftale og samordnet praksis, i medfør af hvilken de foretog forskellige handlinger i strid med konkurrencereglerne i fællesmarkedet. De pågældende handlinger redegøres der for i artikel 1.

2 I beslutningen anføres det, at den pågældende praksis blev iværksat inden for rammerne af »arbejdsgruppen karton« (herefter benævnt »AG karton«), hvoraf et

betydeligt antal europæiske kartonproducenter var medlemmer. Det fremgår tillige af beslutningen, at AG karton i referenceperioden, dvs. fra 1986 til 1991, havde forskellige udvalg til rådighed, herunder bl.a. »Presidents Working Group« (herefter benævnt »PWG«), »President Conference« og »Joint Marketing Committee« (herefter benævnt »JMC«). Det anføres fremdeles i beslutningen, at PWG bestod af de otte førende kartonproducenter og traf beslutninger om både tidspunkterne for og størrelsen af de prisforhøjelser, som kartonproducenterne skulle gennemføre. Der opnåedes også enighed om visse arrangementer mellem deltagerne med hensyn til deres respektive markedsandele med det formål at sikre, at gennemførelsen af de samordnede prisinitiativer ikke blev truet af en situation, hvor udbuddet oversteg efterspørgslen. PWG's arbejdsresultater blev regelmæssigt indberettet til »President Conference«, i hvilken samtlige de virksomheder, beslutningen er rettet til, ifølge beslutningens 42. betragtning er repræsenteret. JMC, som samtlige europæiske kartonproducenter var repræsenteret i, havde til hovedformål at gennemføre de i PWG aftalte prisforhøjelser.

3 Blandt beslutningens adressater, som opregnes i artikel 5, er Laakmann Karton GmbH & Co. KG (herefter benævnt »Laakmann Karton«), der indstillede sin virksomhed i juni 1993. Det er ubestridt, at sagsøgeren var komplementar i dette selskab, samt at sagsøgeren overtog virksomheden og fortsatte sine kommercielle aktiviteter.

4 Ved beslutningens artikel 3 pålægges der Laakmann Karton en bøde på 2,2 mio. ECU for de overtrædelser, som er fastslået i artikel 1. Artikel 4 bestemmer, at de bøder, der pålægges ved artikel 3, senest tre måneder efter datoen for meddelelsen af beslutningen indbetales i ecu.

5 Ved skrivelse af 1. august 1994 forkyndte Kommissionen beslutningen for sagsøgeren. I skrivelsen præciseredes det, at Kommissionen, såfremt sagsøgeren anlagde

sag ved Retten, ikke ville tage skridt til at inddrive bøden, så længe sagen verserede. Det måtte dog være en betingelse, at fordringen var rentebærende med virkning fra dagen for betalingsfristens udløb, og at der senest på dette tidspunkt fremskaffedes en bankgaranti, som skulle godkendes af Kommissionen og være stor nok til at dække skyldens hovedstol samt renter og påløbne forhøjelser.

6 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 3. oktober 1994 har sagsøgeren i medfør af EF-traktatens artikel 173 anlagt sag med påstand om annullation af beslutningen, subsidiært om, at Retten nedsætter den sagsøgeren pålagte bøde.

7 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 3. november 1994 har sagsøgeren i medfør af EF-traktatens artikel 185 indgivet nærværende begæring om udsættelse af beslutningens gennemførelse i det omfang, hvori der ved denne pålægges sagsøgeren at betale en bøde på 2,2 mio. ECU.

8 Kommissionen har fremsat bemærkninger til denne begæring om foreløbige forholdsregler den 18. november 1994. Parterne har afgivet mundtlige indlæg den 25. november 1994.

Retlige bemærkninger

9 I henhold til EF-traktatens artikel 185 og 186, sammenholdt med artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De

Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21) kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt eller foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler.

10 Artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement bestemmer, at begæringer vedrørende foreløbige forholdsregler, der omhandles i traktatens artikel 185 og 186, skal angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget. De begærede forholdsregler skal være foreløbige i den forstand, at de ikke må foregribe afgørelsen i hovedsagen (jf. kendelse afsagt af Rettens præsident den 26.10.1994, forenede sager T-231/94 R, T-232/94 R og T-234/94 R, Transacciones Marítimas m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 885, præmis 20).

Parternes argumenter

11 For at påvise, at sagsøgerens krav umiddelbart må bedømmes som berettiget, påberåbes tre klagepunkter, om, henholdsvis, at sagsøgeren ikke optræder blandt beslutningens adressater, at Kommissionen bedømte faktum omkring selskabets deltagelse i de i beslutningen påtalte former for praksis urigtigt, og at bødebeløbet er uforholdsmæssigt højt.

12 Til støtte for det første klagepunkt har sagsøgeren gjort gældende, at beslutningen er rettet til Laakmann Karton, og at selskabet selv ikke udtrykkeligt optræder som

adressat, hvorved beslutningen allerede derfor er behæftet med en mangel, som gør den til en nullitet.

13 Med sit andet klagepunkt kritiserer sagsøgeren Kommissionens bedømmelse af faktum omkring selskabets deltagelse i de i beslutningen påtalte former for praksis, navnlig sagsøgerens deltagelse i udvalgene under AG karton. Sagsøgerens deltagelse heri var meget begrænset, navnlig med hensyn til »President Conferences«, inden for hvis rammer sagsøgeren aldrig har deltaget i nogen aftale eller samordnet praksis. Sagsøgeren har i øvrigt aldrig deltaget i et møde under PWG. Sagsøgeren — som udtaler, at selskabets markedsposition ikke kunne øve indflydelse på de gældende priser — hævder, at man begrænsede sig til at tilpasse sine priser, som blev aftalt direkte med kunderne, til dem, der blev besluttet af de førende producenter. Desuden var selskabet blevet tvunget til at forhøje sine priser på grund af de nødvendige investeringer for at kunne holde sig på markedet. Endelig bemærker sagsøgeren, at man aldrig, skønt man praktiserede en politik med »pris før tonnage«, deltog i en drøftelse vedrørende opretholdelsen af et konstant niveau for de førende producenters markedsandele.

14 Med det tredje klagepunkt kritiserer sagsøgeren Kommissionen for ikke at have præciseret de kriterier, der var afgørende for bødens størrelse, og for, at den ikke har foretaget en bedømmelse af varigheden og omfanget af sagsøgerens deltagelse i AG kartons arbejde, hvilket strider mod bestemmelserne i artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelsen af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81). Hertil kommer, at Kommissionen i modsætning til, hvad den påstår i beslutningen, undlod at tage hensyn til sagsøgerens samarbejde som en formildende omstændighed. Endelig beregnede Kommissionen i sagsøgerens tilfælde, og alene i dennes, bøden af den totale omsætning og ikke af den omsætning, som blev opnået af det pågældende produkt, uanset sagsøgerens forklaringer under den administrative procedure.

15 Vedrørende uopsættelighedsspørgsmålet har sagsøgeren henvist til den tyske konkurslovgivning, hvorefter illikviditet og insolvens medfører, at et anpartsselskab

(Gesellschaft mit beschränkter Haftung) tages under konkursbehandling. Forholdet er det, at hvis der tages hensyn til de tab, som selskabet har oparbejdet, og til de midler, der er tilvejebragt med henblik på eventuel betaling af bøden — med en del heraf — medfører overførslen til passiverne af resten af bødens beløb, at virksomheden regnskabsmæssigt bliver illikvid. I retsmødet tilføjede sagsøgeren, at et kapitalselskab, for at undgå konkurs som følge af regnskabsmæssig illikviditet, skal bedømmes positivt med hensyn til fremtidsudsigterne, herunder selskabets levedygtighed. En sådan prognose er imidlertid udelukket, såfremt selskabet skal betale bøden øjeblikkeligt. Sagsøgeren udtaler tillige, at selskabet bliver insolvent, dersom begæringen om foreløbige forholdsregler ikke tages til følge. Henset til de likvide midler, selskabet har til rådighed, er det således ikke i stand til at opfylde en pligt af en størrelsesorden som beløbet af den bøde, som forfaldt den 5. november 1994, hvilket vil tvinge ledelsen til at anmelde konkurs. Herved gør sagsøgeren gældende, at det ikke, på trods af henvendelser til sine bankforbindelser, har været muligt at opnå den forlangte sikkerhedsstillelse på grund af selskabets dårlige økonomi. Moderselskabet har på sin side afslået at stille likvide midler til rådighed og erklæret, at det ikke er villigt til at foretage nye betalinger.

16 Kommissionen har indledningsvis anført, at den foreliggende begæring tager sigte på at opnå, at beslutningens gennemførelse udsættes i det omfang, hvori den pålægger sagsøgeren at tilvejebringe en bankgaranti med et beløb svarende til den selskabet pålagte bøde. Det er kun muligt at imødekomme en sådan begæring under ganske særlige omstændigheder, som ikke foreligger i denne sag. Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at der foreligger uopsættelighed, ligesom selskabet ikke har angivet de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel er berettiget.

17 Som svar på sagsøgerens første klagepunkt, som går ud på, at selskabet ikke optræder blandt beslutningens adressater, har Kommissionen gjort gældende, at der på både det faktuelle og økonomiske plan foreligger identitet mellem sagsøgeren og Laakmann Karton. Selskabsdeltagerne besluttede alene at ændre sagsøgerens firmanavn, udvide selskabsformålet og forhøje selskabskapitalen. Som komplementar i det tidligere GmbH & Co. KG forbliver sagsøgeren ansvarlig for de af dette begåede overtrædelser.

18 Hvad angår det andet klagepunkt har Kommissionen bemærket, at sagsøgeren ikke bestrider at have deltaget i AG karton, men blot hævder ikke at have været til stede under visse møder. Henset til udformningen af den fastslåede overtrædelse, således som det er forklaret i betragtningerne til beslutningen, har det i det konkrete tilfælde dog ikke været nødvendigt meget detaljeret at redegøre for, hvorledes den enkelte virksomhed deltog i den enkelte handling. Under alle omstændigheder erkender sagsøgeren at have været vidende om de prisforhøjelser, der planlagdes af de førende producenter, og at selskabet som følge heraf forhøjede sine priser. En sådan adfærd er helt typisk for et medlem af et kartel, uden at det herved har betydning, om det pågældende medlems stilling på markedet ville have gjort det muligt at pålægge sådanne forhøjelser ensidigt. Når sagsøgeren udtaler, at selskabets priser er blevet aftalt individuelt med den enkelte kunde, eller at de blev forhøjet som følge af igangsatte investeringer, udtaler sagsøgeren sig i øvrigt i strid med sine egne forklaringer vedrørende sin tilpasning til de førende producenters prispolitik.

19 Med hensyn til sagsøgerens tredje klagepunkt vedrørende bødens størrelse har Kommissionen først anført, at overtrædelsens varighed præciseres i beslutningens artikel 1 (fra medio 1986 til april 1991), og at sagsøgerens deltagelse i den påtalte praksis beskrives detaljeret i betragtningerne og i retsaktens bilag. I øvrigt er sagsøgeren ikke blevet behandlet som en af »førerne« for denne praksis blandt virksomhederne, idet førerne blev pålagt relativt større bøder end sagsøgeren, ligesom sagsøgeren ikke over for Kommissionen har lagt nogen særlig samarbejdsvilje for dagen under undersøgelsen. Hvad angår den omsætning, der blev lagt til grund for bødens beregning, gør Kommissionen gældende, at beslutningen angår hele kartonmarkedet med undtagelse af nogle få produkter, og at sagsøgeren først på det sidste stadium i den administrative procedure ændrede sine oplysninger vedrørende omsætningen, uden på anden måde at underbygge disse ændringer.

20 Hvad angår spørgsmålet, om anordningen af den begærede forholdsregel er uopsættelig, er det Kommissionens opfattelse, at sagsøgeren ikke i tilstrækkelig grad har forklaret de tab, selskabet hævder at have lidt, idet de med henblik herpå fremlagte beregninger ikke blev gennemgået af en uafhængig sagkyndig. Endvidere hævder Kommissionen, at sagsøgeren ikke, så længe sagen verserer for Retten, vil være nødsaget til at overføre hele bødestørrelsen til passiverne, da Kommissionen netop har givet afkald på at kræve bøden betalt på den betingelse, at der fremskaf-

fes en bankgaranti, om hvilken det ikke seriøst kan hævdes, at den vil være livstruende for sagsøgeren i betragtning af, hvor ubetydelige omkostningerne ved den vil være. Med hensyn til sagsøgerens henvendelser til sine bankforbindelser for at opnå den krævede garanti gør Kommissionen gældende, at der ikke er blevet fremlagt nogen skrivelse fra en involveret bank, ligesom sagsøgeren heller ikke har forklaret grundene til, at bankerne afslog at imødekomme selskabets anmodning. Kommissionen fremhæver desuden, at man for at bedømme sagsøgerens mulighed for at fremskaffe en bankgaranti (og ikke for at betale bødebeløbet), må tage hensyn til, at sagsøgeren er et helejet datterselskab, samt til likviditeten og økonomien i den koncern, sagsøgeren indgår i, og som er karakteriseret af en overordentlig gunstig udvikling.

Rettens bemærkninger

21 Inden pådømmelsen af nærværende begæring om foreløbige forholdsregler skal der foretages en nøjagtig fastlæggelse af sagens genstand. Sagsøgeren har således i sin begæring fremsat krav om udsættelse af beslutningens gennemførelse i det omfang, hvori der ved beslutningens artikel 3 pålægges sagsøgeren en bøde på 2,2 mio. ECU. Det er imidlertid en kendsgerning, at Kommissionen i sin skrivelse af 1. oktober 1994 om beslutningens forkyndelse præciserede over for sagsøgeren, at den i tilfælde af, at sagsøgeren anlagde sag ved Retten, ikke ville skride til inddrivelse af bøden, så længe sagen verserede, forudsat at sagsøgeren tilvejebringer en bankgaranti, der kan godkendes af Kommissionen, og som dækker skyldens hovedstol samt renter og senere skyldige forhøjelser. Under disse omstændigheder kan sagsøgerens begæring fornuftigvis kun opfattes som et krav om fritagelse for pligten til at fremskaffe en bankgaranti som betingelse for at opnå, at beslutningen ikke straks fuldbyrdes.

22 Ifølge fast retspraksis kan en sådan begæring kun tages til følge, såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder (jf. især de af Domstolens præsident afsagte kendelser henholdsvis af 6.5.1982, sag 107/82 R, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 1549, præmis 6, og af 15.3.1983, sag 234/82 R, Ferriere di Roè Volciano mod

Kommissionen, Sml. s. 725, præmis 2 og 8). Sagsøgeren har imidlertid ikke fremlagt oplysninger, på grundlag af hvilke det umiddelbart kan fastslås, at denne betingelse konkret er opfyldt. Det gælder såvel sagsøgerens bemærkninger vedrørende den uopsættelige karakter af den begærede udsættelse — hvorefter tilvejebringelse af bankgarantien bringer selskabets levedygtighed i fare — som spørgsmålet om, hvorvidt det umiddelbart forekommer berettiget at antage, at sagsøgeren vil få medhold i hovedsagen.

23 Hvad for det første angår spørgsmålet om uopsættelighed skal der indledningsvis tages stilling til, om det umiddelbart er godtgjort, at det er umuligt for sagsøgeren at fremskaffe den krævede garanti.

24 I den henseende må det straks fastslås, at de beedigede erklæringer, der er fremsat af lederne af det sagsøgende selskab og bilagt begæringen om foreløbige forholdsregler, ikke kan tillægges bevismæssig værdi under hensyn til, at de er formuleret i helt almindelige vendinger. Det udtales her, at »selskabet Laakmann hos sine bankforbindelser har søgt at opnå en garanti for at undgå tvangsfuldbyrdelse af Kommissionens beslutning. Dette lykkedes ikke for selskabet«. Der gives ingen forklaring på de grunde og de omstændigheder, som foranledigede bankerne til at afslå sagsøgerens anmodning.

25 Desuden er beskrivelsen af forholdene i de pågældende erklæringer i strid med tre skrivelser fra forskellige banker, som sagsøgeren har fremlagt under retsmødet. Ganske vist opstiller bankerne hver for sit vedkommende som betingelse for at yde garantien, at der fremskaffes en tilstrækkelig sikkerhed under hensyn til »selskabet Laakmann's forhold, balance- og indtjeningsmæssigt« eller selskabets »økonomiske

situation«. Imidlertid indeholder ingen af skrivelserne udtalelser om, hvorvidt sagsøgeren er i stand til at fremskaffe sikkerheden.

26 For at kunne bedømme sagsøgerens mulighed for at tilvejebringe den omtvistede garanti må der tillige tages hensyn til den koncern, som selskabet direkte eller indirekte indgår i (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 7.5.1982, sag 86/82 R, Hasselblad mod Kommissionen, Sml. s. 1555, præmis 4, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 25.8.1994, sag T-156/94 R, Aristrain mod Kommissionen, Sml. II, s. 715, præmis 33), især hvad angår muligheden for at fremskaffe den sikkerhed, som bankerne kan tænkes at kræve. Intet af det i sagen oplyste tillader umiddelbart at antage, at det pågældende selskab økonomisk eller retligt er forhindret i at yde sagsøgeren den støtte, som det sagsøgende selskab vil kunne få brug for til at tilvejebringe den krævede garanti. En sådan betragtningsmåde svækkes i sagen ikke af, at selskaberne, som nu for tiden direkte og indirekte kontrollerer sagsøgeren, først har fået adgang til denne kontrol efter den i beslutningen anvendte referenceperiode. Dels var, som sagsøgeren har erkendt i retsmødet, det selskab, som kontrollerer det sagsøgende selskab indirekte, således på tidspunktet for overtagelsen i 1992 klar over, at sagsøgeren risikerede at blive pålagt en bøde, dels står det fast, at overtagelsesprisen blev fastsat under hensyntagen til sandsynligheden for en bøde, og endelig kan det ikke udelukkes, at værdien af de overførte kapitalandele er blevet påvirket af de i beslutningen påtalte former for praksis.

27 Hvad videre angår sagsøgerens risiko for at blive taget under konkursbehandling må det fastslås, at denne risiko — selv om selskabets udtalelser om de tab, der er lidt fra begyndelsen af 1994, ville kunne betragtes som tilstrækkeligt underbygget — ikke er påvist, hverken hvad angår hypotesen om illikviditet, eller hvad angår hypotesen om insolvens.

28 Med hensyn til muligheden for, at det sagsøgende selskab tages under konkursbehandling som følge af illikviditet, har det i retsmødet erkendt, at den regnskabsmæssige illikviditet, der vil kunne opstå på det tidspunkt, hvor bødebeløbet fuldstændig optages blandt passiverne i selskabsregnskabet, ikke nødvendigvis medfører konkursbehandling, forudsat at prognosen for sagsøgerens levedygtighed er positiv. I så henseende har sagsøgeren oplyst, at indholdet af denne prognose afhænger af, om selskabet skal betale bøden øjeblikkeligt. Det må dog fastslås, at når der henses til genstanden for begæringen om foreløbige forholdsregler som fastlagt i præmis 21 i nærværende kendelse, tvinger et afslag på begæringen ikke sagsøgeren til øjeblikkeligt at betale bøden, forudsat at den af Kommissionen krævede garanti fremskaffes. Sagsøgeren har imidlertid på dette punkt ikke givet nogen forklaring på dennes eventuelle indflydelse på overlevelsesprognosen.

29 Der vil heller ikke kunne lægges vægt på sagsøgerens argumentation vedrørende muligheden for konkursbehandling på grund af insolvens. Ligesom det er tilfældet med ræsonnementet ovenfor, der ikke kan lægges til grund, hviler argumentationen her på det fejlagtige udgangspunkt, at sagsøgeren øjeblikkeligt skal betale bøden, såfremt selskabets begæring ikke tages til følge.

30 Endelig må det under alle omstændigheder bemærkes, at når henses til bedømmelsen af, om der eventuelt foreligger ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde den begærede forholdsregel, har intet af de af sagsøgeren fremlagte klagepunkter for at godtgøre, at sagsøgeren bør få medhold i hovedsagen, afsløret forhold, som umiddelbart vil kunne rejse alvorlig tvivl om beslutningens lovlighed.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

1) Begæringen om foreløbige forholdsregler tages ikke til følge.

2) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg, den 21. december 1994.

H. Jung
Justitssekretær

J.L. Cruz Vilaça
Præsident