FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT K. ROEMER FREMSAT DEN 21. NOVEMBER 1972 [1]

Hr. Præsident,

ærede dommere,

I den sag, som jeg tager stilling til i dag, skal Domstolen for første gang beskæftige sig med en beslutning, som Kommissionen har udstedt på grundlag af EØF-traktatens artikel 86, altså i henhold til den bestemmelse, hvorefter »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes«.

Jeg må indledningsvis bemærke følgende vedrørende denne sags faktum.

Continental Can Company Inc., New York (»Continental«), er en international betydningsfuld producent af metalemballage og andet emballagemateriale såvel som af maskiner til fremstilling og benyttelse af emballage. Det disponerer over industrielle enerettigheder og har indrømmet internationale licenser til udnyttelse af disse. Den 6. februar 1969 erhvervede det aktiemajoriteten og dermed kontrollen over Schmalbach-Lubeca-Werke AG i Braunschweig (»Schmalbach«), en stor producent af letmetalemballage, anden emballage og kapslingsmaskiner. Denne andel har det år kunnet sætte op til 85,8 % af aktiekapitalen.

Efter denne transaktion bestræbte Continental sig på yderligere at udstrække sin virksomhed og sin indflydelse i Europa. Det udarbejdede en plan, hvorefter der i samarbejde med europæiske virksomheder inden for emballageindustrien skulle oprettes et selskab, til hvilket det ville overføre sine europæiske interesser. I dette selskab skulle der ifølge dets forslag deltage en britisk producent af emballagemateriale (The Metal Box Company Ltd. in London) samt licenshavere for Continental med hjemsted i Frankrig og Nederlandene. Denne plan fandt ikke tilslutning hos de selskaber, til hvilket der blev rettet henvendelse, og lod sig således ikke realisere. Derpå koncentrerede Continental sine bestræbelser på en snævrere forbindelse med en nederlandsk licenstager, Thomassen & Drijver-Verblifa N.V. i Deventer (»Thomassen«), som producerer metalemballage og anden emballage.

Den 16. februar 1970 indgik Continental en aftale med Thomassen, hvorefter Continental i Wilmington (i staten Delaware i USA) skulle oprette et holdingselskab, Europemballage Corporation (»Europemballage«), og overdrage sin andel i Schmalbach til dette. I henhold til overenskomsten med Thomassen skulle Continental desuden foranledige, at Europemballage skulle tilbyde aktionærerne i Thomassen (bortset fra Metal Box og Continental) overdragelsen af aktierne i Thomassen imod et vederlag på 140,— hfl for hver aktie, samt sætte dette selskab i stand hertil. Thomassens ledelse forpligtede sig til over for sine aktionærer at anbefale salget af aktierne til Europemballage. Derefter stiftedes den 20. februar 1970 Europemballage, som beherskes 100 % af Continental. Som forudset blev Continentals andele i Europa og dermed også i Schmalbach overført til det nye selskab. Europemballage oprettede et kontor i New York og et i Bruxelles. Den 16. marts 1970 offentliggjorde dette holdingselskab købstilbuddet til aktionærerne i Thomassen. Tilbuddet om overtagelse blev også offentliggjort af Thomassens direktion. Den 8. april 1970 enhvervede Europemballage aktier og indløselige obligationer til et samlet beløb af 44,7 millioner regningsenheder fra Thomassen og bragte således sin andel, som i begyndelsen androg 10,4 % op på 91,07 % af kapitalen i Thomassen.

1 — Oversat fra tysk.

Disse transaktioner har vakt Kommissionens opmærksomhed. Kommissionen fandt, at den burde rejse indsigelse i henhold til artikel 86 i EØF-traktaten. I overensstemmelse hermed rettede den henvendelse ved brev og telex i marts og april 1970 til deltagerne, dvs. Continental, Thomassen, Schmalbach og Europemballage. Da disse tilkendegivelser fra Kommissionen ikke medførte en omgørelse af de trufne dispositioner, besluttede den på grund af erhvervelsen af aktiemajoriteten i Thomassen den 9. april 1970 at indlede sag imod Continental og Europemballage i henhold til forordning nr. 17, artikel 3 (ABl. nr. 13 af 21. 2. 1962. (EFT, dansk specialudgave 1959-1962 s. 81)). Den 15. marts 1971 tilstillede Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence Europemballage sine klagepunkter på sidstnævntes kontor i Bruxelles. Den 9. august 1971 tilkendegav selskaberne deres opfattelse, hvorefter fulgte påhøringen af deltagerne i en mundtlig forhandling.

Da Kommissionen ikke fandt, at der under disse forhandlinger skete en tilnærmelse af de modstående standpunkter, udstedte den den 9. december 1971 en formel beslutning (ABl. 1972, nr. L 7), som indeholder den retlige bedømmelse af de undersøgte transaktioner og de juridiske slutninger, som kan drages deraf. I denne beslutning blev det fastslået, at Continental i Tyskland, og således inden for en væsentlig del af Fællesmarkedet, gennem Schmalbach indtog en dominerende stilling på markedet for letemballage for kød- og fiskekonserves, samt metallåg til konservesglas. Gennem erhvervelsen af majoriteten i den konkurrerende virksomhed Thomassen, som har sæde i Nederlandene, blev dets dominerende stilling styrket i en sådan grad, at konkurrencen »praktisk talt« blev elimineret. Dermed forelå der et misbrug efter EØF-traktatens artikel 86. Da Thomassen og Schmalbach har været i stand til at levere hen over grænserne, først og fremmest i området Vesttyskland og Benelux, og altså muligheden for, at konkurrencen hen over landegrænserne er blevet udelukket ved sammenslutning, må der også drages den slutning, at forbindelsen mellem de nævnte selskaber er egnet til at påvirke handelssamkvemmet mellem medlemsstaterne på en måde, som kan være til skade for virkeliggørelsen af målet, et fælles marked imellem staterne. Med denne begrundelse besluttede Kommissionen, at Continental var forpligtet til at ophøre med den konstaterede krænkelse af artikel 86 og forelægge Kommissionen forslag med dette for øje før den 1. juli 1972.

Ved yderligere forhandlinger med Kommissionen forsøgte selskabernes repræsentanter at finde en løsning, som forekom acceptabel for Kommissionen. Men efter som Continental og Europemballage principielt er af den opfattelse, at Kommissionen med urette har anvendt artikel 86 på deres adfærd, indgav de den 9. februar 1972 klagen imod Kommissionen til vor Domstol for at få den af Kommissionen udstedte beslutning af 9. december 1971 ophævet.

I denne sags mundtlige fase, i hvilken vi befinder os, er det nu min opgave at undersøge, om den af Kommissionen trufne beslutning kan stå ved magt eller om den skal ophæves af en af de af klageren anførte grunde (som jeg vil komme ind på i enkeltheder). Da sagens parter er uenige om et stort antal faktiske og retlige spørgsmål anser jeg det for tilrådeligt at angive en plan for den analyse, jeg agter at foretage.

Jeg vil i det følgende begynde med nogle bemærkninger vedrørende søgsmålskompetencen; så vil jeg gå i gang med det retlige spørgsmål, om EØF-traktatens artikel 86 overhovedet kan anvendes på et sagsforhold som det foreliggende. Dertil knytter der sig en undersøgelse af overvejende økonomisk natur vedrørende det spørgsmål, om Schmalbach indtog en dominerende stilling i Forbundsrepublikken og hvorledes konkurrenceforholdene mellem Schmalbach og Thomassen var. Endelig vil jeg gå ind på det problem, om Kommissionen har kompetence til at udstede en beslutning, som retter sig mod et i USA hjemmehørende selskab, og om dette selskab kan

gøres ansvarligt for et datterselskabs handlinger. I denne sammenhæng må der ligeledes foretages en behandling af en række klagepunkter af proceduremæssig karakter.

1. Vedrørende søgsmålskompetencen

Continental Can, New York, har indgivet klage imod Kommissionens beslutning. Dertil er der intet at bemærke, for i beslutningens artikel 3 hedder det udtrykkeligt, at den er rettet til det nævnte selskab. Desuden konstaterer Kommissionen i teksten til sin beslutning, at Continental har »misbrugt« en dominerende stilling og er forpligtet til at ophøre med overtrædelser af artikel 86 i EØF-traktaten og stille Kommissionen dertil egnede forslag.

Derudover har også Europemballage (Europemballage Corporation, Bruxelles) dvs. Continental's datterselskab, som i sit navn havde gennemført den omstridte erhvervelse af aktier i Thomassen, indgivet klage. Dette selskab anfører, at den franske tekst til beslutningen, som ifølge Kommissionens erklæring er den eneste bindende, udtrykkeligt i indledningen nævner Europemballage Corporation. Desuden er følgeskrivelsen til forkyndelsen af beslutningen rettet til Europemballage Corporation, og også i dette brev betegnes sagen med stikordet »Europemballage«. — I realiteten kan der heller ikke indvendes noget imod dette anbringende. Utvivlsomt berøres Europemballage ligeledes umiddelbart af en beslutning, i hvilken der gøres indvendinger imod, at en erhvervelse af aktier har fundet sted gennem dette selskab.

Det er således givet, at begge selskaber har søgsmålskompetence. Da vi i øvrigt ikke ser nogen anden indvending mod, at sagen admitteres, kan vi uden yderligere indledning gå direkte over til behandlingen af selve de omtvistede spørgsmål.

2. Som nævnt beskæftiger vi os i den forbindelse først og fremmest med det spørgsmål, om artikel 86 i EØF-traktaten overhovedet kan finde anvendelse på koncentrationer.

Der må dog først ske en vis afgrænsning af spørgsmålet. På den ene side må man fremhæve, at artikel 86 utvivlsomt ikke uden videre tillader en fusionskontrol. For så vidt er der ingen tvist mellem parterne, og for så vidt er det faktisk tilstrækkeligt at foretage en sammenligning med den allerede tidligere ikrafttrådte artikel 66 i EKSF-traktaten, som indeholder en udførlig regulering vedrørende sammenslutninger, for at blive klar over, at EØF-traktatens fædre ikke ville overtage EKSF-traktatens artikel 86's mål og fremgangsmåde.

På den anden side er det lige så sikkert, at man ikke kan retfærdiggøre den tese, at en ændring af markedsstrukturen ved virksomhedssammenlægninger under ingen omstændigheder kan omfattes af artikel 86. Jeg skal i denne sammenhæng blot erindre om den i litteraturen og også af sagsøgerne anerkendte opfattelse, at artikel 86 griber ind, når en dominerende virksomhed sætter sin økonomiske magt ind og f.eks. ved hjælp af sin prisdannelse udøver tryk på en konkurrent for at tvinge ham til at opgive konkurrencen og til at slutte sig sammen med den dominerende virksomhed. I et sådant sagsforhold vil anvendelsen af artikel 86 være at godkende med henblik på, at man har at gøre med en uredelig adfærd på markedet hos en dominerende virksomhed, hvis mål tydeligt er rettet mod en konkurrenceindskrænkning. Det må ganske vist straks tilføjes, at den sidstnævnte fortolkningsmulighed i det foreliggende tilfælde ikke spiller nogen rolle. Det er rigtigt, at der findes visse antydninger fra Kommissionen, som synes at pege i denne retning (f.eks. når den taler om, at udløbet af de mellem Continental og Thomassen bestående licenskontrakter og nødvendigheden af at forhandle nye kontrakter kunne have været af betydning for beslutningen hos Thomassens ledelse om at anbefale salg over for aktionærerne). Efter sagsøgernes erklæringer vedrørende tidspunkter for og gangen i licensforhandlingerne, såvel vedrørende betingelserne for aktiekøbet er det sluttelig entydigt klart, at Kommissionen ikke går så langt som til at

påstå, at der ved Europemballages overtagelse af Thomassen (ved hvilken jo aktionærerne hos Thomassen havde det afgørende ord) skulle være bragt uredelige midler i anvendelse.

Det spørgsmål, som i den foreliggende sag ene og alene interesserer — det tydeliggøres af de just foranstaltede afgrænsningsanstrengelser — er snarere udelukkende, om artikel 86 også griber ind, når en virksomhed i en dominerende stilling ved erhvervelse af en anden virksomhed forstærker sin markedsposition så meget, at der »praktisk talt« ikke bliver nogen konkurrence af økonomisk betydning tilbage. Som bekendt er dette Kommissionens grundtese i den nærværende sammenhæng, og netop dette standpunkt bliver af sagsøgerne på det bestemteste bestridt.

Vil man nu præcist vurdere det således optrukne centrale stridsspørgsmål i sagen, så må man anstille en række overvejelser.

Først er ét punkt klart, nemlig at et sagsforhold som det af Kommissionen skitserede ikke umiddelbart omfattes af nogen af de fire rubrikker i artikel 86, stk. 2. Det følger af en simpel læsning af de dér anførte misbrugstilfælde. Ganske vist er der dermed ikke sagt noget definitivt om anvendelsen af artikel 86, thi i de nævnte misbrugstilfælde drejer det sig ubestrideligt — det viser allerede anvendelsen af ordet »især« — kun om eksempler og ikke om en udtømmende opregning.

Videre må det også indrømmes, at ordlyden af artikel 86, stk. 1 med vendingen »misbrug af en dominerende stilling på Fællesmarkedet« synes at tyde på, at den kun kommer i betragtning, når den økonomiske magt sættes ind som *instrument* og bruges på forkastelig måde; disse kriterier skulle altså som en del af retsfaktum være nødvendige for retsanvendelsen. Hvis det virkelig forholder sig således, så måtte anvendelsen af artikel 86 sikkert afvises i det foreliggende tilfælde, så meget mere som dog også Kommissionen — som allerede nævnt — er af den opfattelse, at sagsøgeren Continental ikke har brugt den økonomiske magt, den har opnået ved hjælp af Schmalbach, ved erhvervelsen af Thomassenaktierne.

Herimod anfører Kommissionen den tese, at den nævnte overvejelse (brug af den økonomiske magt) ganske vist spiller en rolle i eksemplifikationerne i artikel 86, stk. 2, litra a, c og d, men den er åbenbart trængt i baggrunden som del af retsfaktum i eksemplifikation b. Efter den omfatter misbrug også »begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne«, dvs der kommer interne forhold i betragtning, hvor den økonomiske magt ikke kan anvendes, forudsagt dog, at der indtræder en skade for forbrugerne, dvs. en bestemt *virkning* på markedet. Idet Kommissionen går ud fra denne opfattelse, bestræber den sig først og fremmest på at retfærdiggøre sin tidligere definerede tese med støtte i artikel 86, stk. 2, litra b, og betegne en forringelse af konkurrencen som følge af en udvidelse af den økonomiske magt som misbrug, under hensyn til at forbrugernes interesser i et sådant tilfælde kan blive truet som følge af begrænsningen af forbrugernes valgmuligheder. I den forbindelse lægger den ikke mindst vægt på henvisningen til Traktatens principper og mål, således som de kan udledes af Traktatens præambel (sikring af »redelig konkurrence«) og af artikel 3 f, (»gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes«). Desuden udleder den af artikel 85, 3 b, et grundlæggende princip, som slet og ret skal være retningsgivende for Traktatens konkurrenceretlige regler, nemlig det princip, at »konkurrencen ikke må udelukkes for en væsentlig del af de pågældende varer«.

Hermed tilspidses sagens afgørende problemstilling derhen, om vi kan følge Kommissionen i disse fortolkninger, eller om der — sådan som sagsøgerne mener — er tungtvejende betænkeligheder derved. Efter afvejelse af alle i betragtning kommende aspekter kommer jeg for så vidt til den overbevisning — og dermed foregriber jeg resultatet af mine overvejelser —, at der lader sig opregne svære betænkeligheder med hensyn til holdbar-

heden af den tese, som Kommissionen gør sig til talsmand for.

Det er helt klart, at Kommissionen bestræber sig på at fortolke artikel 86 *udvidende,* idet den sidestiller faren for forbrugerne med skade for forbrugerne som følge af indskrænkning af produktion på grund af dominerende stilling, hvilken fare kan opstå ved bortfald af en konkurrent, altså ved begrænsning af valgmulighederne. Denne fortolkning må synes principielt betænkelig ved en så indgribende norm som artikel 86, som indeholder et forbud (sandsynligvis med civilretlig ugyldighed til følge), og hvis overtrædelse er sanktioneret med straf. Her er der i sandhed meget, der taler for den tese, at man skal holde sig til en snæver fortolkning, dvs. udvise forsigtighed ved analogiforsøg, og at det — således som sagsøgerne antager det for rigtigt — må forlanges, at der må foreligge en overtrædelse i det mindste af samme *art* som de eksempler, der findes i artikel 86, stk. 2, a til d. Med andre ord, man skulle altså i denne sammenhæng gå ud fra princippet »in dubio pro libertate«, således som betydelige forfattere eftertrykkeligt har fremhævet i forbindelse med den tilsvarende bestemmelse i § 22 i den tyske lov mod konkurrenceindskrænkninger og det med det mål at opnå en tæt tilknytning til bestemmelsens ordlyd.

I virkeligheden kan det — og dette siger jeg med henblik på det væsentlige krav om retssikkerhed — ikke nægtes, at en skade for forbrugerne i den mening, som indeholdes i artikel 86, stk. 2 b, hvilken i denne sammenhæng er den eneste anvendelige norm, udgør et væsentlig mere præcist retsfaktum end den nedsættelse af forbrugernes valgmuligheder, der sker som følge af bortfaldet af en konkurrent, hvilket kun indebærer muligheden for en skade. Netop det foreliggende tilfælde gør det med al ønskelig tydelighed klart, hvor vanskelige de økonomiske vurderinger er, som i den henseende skal anstilles, og hvor vanskeligt det derfor vil være at forudse retsfølgerne, såfremt man anerkender Kommissionens tese. Over for denne erkendelse hjælper det i øvrigt heller ikke at henvise til muligheden af, i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17, at udvirke en negativattest, alligevel står det fast, bortset fra det tidsrum, en sådan procedure dækker, at der ikke udgår nogen legaliserende virkning fra en sådan attest.

For så vidt som Kommissionen til underbyggelse af sit standpunkt henviser til Traktatens principper og mål, således som de kan udledes af Traktatens præambel og de indledende artikler, må desuden følgende anføres herimod. Der består vel enighed om, at det ved de påberåbte tekster drejer sig om erklæringer og normer, som ikke kan anvendes umiddelbart. Det tydeliggøres frem for alt af ordlyden af artikel 3; ifølge denne forudsættes åbenbart i flere henseender, at medlemsstaterne eller Rådet udsteder gennemførelsesnormer, eller også henvises der — hvilket kommer til udtryk med vendingen »i det tempo, som er foreskrevet i denne Traktat« — til konkretiseringer, som indeholdes i Traktaten selv.

Med henblik på artikel 3 f, den regel, som nu interesserer, følger noget tilsvarende ikke mindst af ubestemtheden i de anvendte formuleringer. Faktisk kan der af den lige så lidt præcist udledes, hvad der skal forstås ved, »at konkurrencen . . . ikke fordrejes«, som der af Traktatens præambel kan udledes en nøjagtig målestok for begrebet »redelig konkurrence«. Til gengæld er der snarere grund til at gribe tilbage til de konkret formulerede artikler 85 og 86 i Traktaten. Men af artikel 85 kan muligvis udledes, at man vil statuere konkurrenceindskrænkning, altså et brud på princippet om ligelig konkurrence, når forudsætningerne i samme artikels stykke 3 foreligger. Af artikel 86 følger videre, at Traktaten endda accepterer fraværet af enhver konkurrence, altså et rent monopol. Det kan man efter min opfattelse hævde, fordi artikel 86 åbenbart ikke sondrer mellem forskellige grader af markedsdominans, og fordi den ikke, som den for Traktatens fædre velkendte afdeling 2 i Shermanakten, forbyder det blotte forsøg på at skabe en

monopolsituation. Desuden er det betydningsfuldt, at artikel 86 i EØF-traktaten til forskel fra artikel 66 i EKSF-traktaten og artikel 85, 3 b) i EØF-traktaten netop ikke indeholder det forbehold, at »virkelig konkurrence« ikke må hindres (artikel 66 i EKSF-traktaten), og at den mulighed heller ikke må stå åben, at konkurrencen udelukkes for en væsentlig del af den pågældende vare (artikel 85, stk. 3 b) i EØF-traktaten).

Mens således henvisningen til de grundlæggende traktatartikler intet afgiver til støtte for Kommissionens tese, kan man dog til slut anføre to yderligere, ikke uvæsentlige betragtninger. — På den ene side må det ikke glemmes, at artikel 86 stipulerer et forbud uden undtagelse, dvs. ikke indeholder nogen legaliseringsmulighed. Hvis man altså ville anvende den på tilfælde som det foreliggende, så ville denne fortolkning under visse omstændigheder føre til højst uønskede følger for industripolitikken. — På den anden side ville anerkendelsen af Kommissionens tese, med hvilken den i det mindste kunne ramme de værste tilfælde af uønskede fusioner, have til følge, at opmærksomheden blev afledt fra det generelle problem om fusionskontrol.

Også det ville vel være uheldigt. I modsætning hertil er det efter min mening, hvis man skal søge at virkeliggøre en sund konkurrenceordning i Fællesskabet, mere hensigtsmæssigt at påvise, at artikel 86 principielt ikke egner sig til fusionskontrol, og ikke give det udseende af, at det betydelige problem med fusionskontrol i det mindste delvist skulle kunne klares ved, at man ved hjælp af en udvidet fortolkning af artikel 86 rammer tilfælde, som alligevel kun opfanger en ubetydelig, marginal, residual konkurrence, og som ikke engang, konkurrenceretligt set, er de mest graverende. Dette repræsenterer ganske vist kun en overvejelse af retspolitisk karakter uden afgørende vægt. I den samlede vurdering af problematikken bør man imidlertid ikke uden videre lade den ude af betragtning.

Således kan jeg, som afslutning på alle de anførte overvejelser vedrørende sagens kernespørgsmål som resultat fastholde følgende. Efter min overbevisning må man anse de argumenter for så tungtvejende, som sagsøgerne har udledt af ordlyden og systemet i Traktatens konkurrencebestemmelser, hvortil kommer henvisninger til Traktatens forarbejde og udtalelser fra betydende videnskabsmænd, at den af Kommissionen forsvarede tese vedrørende fortolkningen af artikel 86 og dens anvendelse på tilfælde af forstærkelse af den økonomiske magt, uden at den dog bruges på illoyal måde, herefter synes at savne grundlag. Den påklagede afgørelse må følgelig annulleres med den begrundelse, at den savner hjemmel i Traktatens artikel 86.

3. Som allerede nævnt vil jeg dog ikke afbryde undersøgelsen efter denne konstatering. Jeg vil tværtimod i det følgende komme ind på det spørgsmål, om Kommissionens konstatering af, at Continental via Schmalbach skulle have en dominerende stilling inden for en væsentlig del af fællesmarkedet, er berettiget. Desuden vil jeg undersøge, om Kommissionen har foretaget en korrekt bedømmelse af de virkninger, som sammenslutningen af Schmalbach og Thomassen i holding-selskabet Europemballage har haft på konkurrenceforholdene i fællesmarkedet. I den forbindelse er det ganske vist ikke min hensigt — hvilket vil være forståeligt i betragtning af det resultat, som jeg tidligere er nået til — udtømmende at undersøge de overvejende økonomiske spørgsmål af ret kompliceret karakter, som rejser sig. Det er kun min hensigt at henvise til nogle af de problemer, der rejser sig, og at forsøge en summarisk bedømmelse.

a) Først vedrørende spørgsmålet om Schmalbachs dominerende stilling.

Ved denne undersøgelse går Kommissionen ud fra, at der foreligger en dominerende stilling, når der er plads til uafhængig adfærd, når der kan handles uden særlig hensyntagen til konkurrenter, aftagere og leverandører. For så vidt

er den åbenbart i samklang med den herskende opfattelse og med lovmæssigt fastlagte normer (således som de kan udledes af § 22 i den tyske lov mod konkurrencebegrænsninger og af artikel 66 i EKSF-traktaten). Sagsøgerne er også enige med Kommissionen heri. Det er følgelig især vigtigt, at Kommissionen ikke, hvad mange går ind for med henblik på en videre anvendelse af artikel 86 netop på sammenslutninger, vil lade det være det tilstrækkeligt med en væsentlig indflydelse på markedet. At denne grundholdning faktisk er korrekt, viser ikke mindst de eksempler på misbrug, der er anført i artikel 86. De er i virkeligheden kun mulige, hvis der eksisterer en økonomisk magt i overensstemmelse med den indledningsvis givne definition.

I den påklagede afgørelse udvikler Kommissionen videre, at man kan tale om en dominerende stilling, når der på grundlag af markedsandelen eller på grundlag af markedsandelen i forbindelse med teknisk viden, råstoffer eller kapital er mulighed for at bestemme priserne for en betydelig del af produkterne eller at kontrollere produktion eller distribution. Med dette som udgangspunkt undersøgte Kommissionen først og fremmest de markedsandele, som Schmalbach har i Forbundsrepublikken på området for letemballage, kød og fisk, samt for metallåg til konservesglas. Den mente herved at kunne nå til følgende konklusioner:

a) Schmalbach har på markedet for kødkonserves, hvor der er meget svag konkurrence fra substitutionsprodukter, en andel i det tyske forbrug på omkring 70 til 80 %;

b) Schmalbach har desuden ved fiskekonserves, hvor andelen af konservesglas og plasticemballage ikke er stor, en andel i det tyske forbrug på omkring 80 til 90 %;

c) Endelig har Schmalbach som den eneste licenshaver for White cap-lukningen i Tyskland en andel af markedet for metallåg på mellem 50 og 55 %.

Yderligere skulle man efter Kommissionens opfattelse også tage hensyn til, at Schmalbach herudover fremstiller maskiner til produktion og til anvendelse af metalemballage, at denne virksomhed besidder et teknologisk forspring, som er sikret ved patenter, know-how og informationsudveksling med andre licenshavere under Continental, og at denne virksomheds produktionsprogram udviser en stor spredning. Hvis man endelig — som det hedder i beslutningen — tager gruppens økonomiske betydning i betragtning, således som den fremtræder ved en sammenligning med den største tyske konkurrent, så som dens muligheder for at få adgang til kapitalmarkedet, så kan der ikke bestå nogen tvivl om, at Schmalbach i Tyskland på de allerede omtalte markeder besidder en dominerende stilling.

Dette imødegår sagsøgerne imidlertid på det bestemteste. De har indvendinger vedrørende fastlæggelsen af markedsandelene, både hvad angår de nævnte markeder i forbundsrepublikken Tyskland, og med henblik på den anførte konkurrence fra substitutionsprodukter, samt den geografiske basis, der skal anvendes, nemlig for så vidt angår inddragelsen af import i forbundsrepublikken Tyskland. De henviser videre til den betydning, som efterspørgslen har, såvel som til muligheden for egenproduktion i emballageindustrien, og de gør gældende (uden at denne opregning skal være fuldstændig,) at ikke mindst denne virksomheds adfærd på markedet og udviklingen i dens profitter taler imod antagelsen af, at Schmalbach har en dominerende stilling.

Lad os altså nu se på, hvordan denne diskussion skal bedømmes.

Hvis vi her starter med de af Kommissionen beregnede andele af det tyske marked, så viser det sig hurtigt, at der ikke er problemer med hensyn til markedstallene for fiske- og kødkonserves, men derimod med hensyn til tallene for metallåg. Faktisk bestrider sagsøgerne — hvis jeg forstår det ret — ikke udregningen af fiskekonservesandelen. Vedrørende kødkonservesandelen fremførte sagsøgerne ganske vist, at denne ville blive reduceret til 65 %, for så vidt man — i modsæt-

ning til hvad Kommissionen havde gjort — tog hensyn til en række andre tyske producenter og til importen. Under sagen er det imidlertid blevet klart, at de andre tyske producenter, som klagerne henviser til, faktisk indgik i Kommissionens beregning, og at man også havde taget hensyn til importen. At denne rent faktisk ikke havde givet sig udslag i beregningen, lader sig ganske enkelt forklare derved, at den omtrent når op på det omfang, som eksporten havde, idet denne naturligvis (ved subtraktion) måtte tages med ved beregningen af markedsandelen. — Følgelig er der alene grund til at gøre bemærkninger om andelen af markedet for metallåg. Her kan man efter sagsøgernes mening ikke nå frem til et tal mellem 50 og 55 %, men kun til en værdi af 42 % under hensyntagen til, at den tyske statistik som følge af en indberetningsfejl, som en Schmalbachfabrik har begået, har beregnet et samlet produktionstal, der er for lavt. Hvorledes det forholder sig hermed, er dog ikke fuldt opklaret. Kommissionen mener, at sagsøgernes argumentation er lidet troværdig, fordi den, hvis man gik ud fra den andel, som Schmalbach ubestridt har i det samlede marked for metallåg, ville nå frem til, at Schmalbach havde en procentvis andel af markedet for crown corks, som måtte forekomme uholdbar. Sagsøgerne derimod fastholdt også i den mundtlige forhandling deres modstridende fremstilling. I betragtning af de omstridte værdier kunne der derfor på dette punkt være behov for en yderligere dokumentation, med mindre man skulle være af den opfattelse, at de omstridte værdier under alle omstændigheder var tilstrækkelige som bedømmelsesgrundlag, fordi de på ingen måde afspejler en betydelig markedsandel.

Hvad beregningen af markedsandelen angår, så er billedet efter klagernes opfattelse også forkert af den grund, at Kommissionen alene har holdt sig til Forbundsrepublikken, og altså ikke taget hensyn til udenrigshandelen, og fordi konkurrencen i form af substitutionsprodukter er ladt ude af betragtning. — Hertil må man efter min mening bemærke følgende. Vedrørende udenrigshandelen med kødkonserves har jeg allerede antydet, af hvilke grunde den ikke spiller nogen rolle i nærværende sammenhæng. Noget tilsvarende gælder — hvis jeg har forstået det ret — for markedet for fiskekonserves, hvor der tilsyneladende kun er en beskeden udenrigshandel. Derimod kunne eksporttallene måske være af en vis betydning ved markedet for metallåg. Rent faktisk spiller afstanden ikke den samme rolle for leveringen som ved kødkonserves og fiskekonserves, og heller ikke den kendsgerning, at de bliver fremstillet på licens (i alt fald for så vidt angår White-caplukninger) kan åbenbart tillægges nogen betydning, fordi de forskellige licenshavere ikke er underkastet territoriale leveringsbegrænsninger. I overensstemmelse hermed synes (hvilket i øvrigt følger af selve den påklagede beslutning) franske, britiske og andre producenters indførsler at udvise et betydeligt omfang. Da de desuden er væsentligt højere end udførslerne fra Forbundsrepublikken, så ville det altså på dette punkt være berettiget at tage udgangspunkt i et andet geografisk relevant marked end antaget af Kommissionen og om muligt at ansætte markedsandelen endnu lavere, end det ville følge af den ændring, som sagsøgerne har krævet. — Tilsvarende synes det ikke at være fuldstændigt irrelevant, hvad sagsøgerne har anført, navnlig vedrørende markedet for kød- og fiskekonserves, med henblik på konkurrencen fra substitutionsprodukter af glas og plastic. Faktisk kan man ikke undgå at få det indtryk, at dette synspunkt er tillagt for ringe vægt i beslutningen. I alt fald giver det anledning til overvejelser, hvad sagsøgerne har fremført vedrørende spørgsmålet om de investeringer, der er nødvendige for at gå over fra en emballeringsmåde til en anden, og vedrørende den kendsgerning, at en række virksomheder, der anvender emballage, i forvejen disponerer over pakningsanlæg til alle mulige former for emballage. Endvidere er det bemærkelsesværdigt, hvad USA's højesteret (sagsøgerne citerer dette uimodsagt på side 36 i

deres stillingtagen til klagepunkterne) har udtalt vedrørende konkurrencen mellem glas- og metalemballage.

Det giver yderligere anledning til overvejelse, hvad sagsøgerne (med støtte i kendsgerninger) har anført med hensyn til tendenserne til tiltagende substitution og stærke virksomheders udvikling af plasticemballage. Man kan efter min mening ikke ganske enkelt forbigå dette, selv om det er utvivlsomt, at alle mulige faktorer sætter bestemte grænser for konkurrencen i form af substitutionsprodukter. Hvis man anskuer sagen således, kan man imidlertid meget vel forestille sig, at mere indgående markedsanalyser, hvilket savnes i beslutningen, vil føre til den slutning, at de indledningsvis omtalte markedsandelstal måtte korrigeres, og at deres i forvejen begrænsede bevisværdi dermed yderligere blev nedsat.

Efter sagsøgernes opfattelse må man også ved undersøgelsen af en eventuel økonomisk magt tage hensyn til, at store køberes efterspørgsel repræsenterer en magtfaktor, og at truslen om at overgå til egenproduktion (en trussel, som i øvrigt lejlighedsvis også realiseres) har en modererende indflydelse i forhold til leverandørerne. Hertil må det bemærkes, at man utvivlsomt ikke kan frakende de tal og de fremstillinger, som klagerne har anført i denne sammenhæng en vis betydning. Alligevel har de imidlertid, når det kommer til stykket, kun en begrænset værdi. Faktisk holder disse argumenter ikke i forhold til den ubestrideligt store mængde af små aftagere, hvem den magtfaktor, som de store køberes efterspørgsel repræsenterer, i mangel af markedets gennemsigtighed, ikke ubetinget vil komme tilgode, og som af indlysende grunde ej heller uden vanskeligheder kan overgå til egenproduktion. Jeg er derfor af den opfattelse, at man ikke, såfremt der foreligger en økonomisk magt, med støtte i de netop omtalte argumenter, holdbart kan bestride eksistensen af en dominerende stilling, og jeg afstår derfor fra nu at forfølge de af sagsøgerne anførte indvendinger i alle til dels bestridte detaljer.

Da det imidlertid allerede har vist sig, at Kommissionens beregninger over markedsandelene ikke er hævet over enhver tvivl, og holder man sig tillige for øje, at det alligevel kun sjældent er muligt alene på grundlag af markedsandele at nå til tvingende slutninger vedrørende eksistensen af en økonomisk magt, så bliver det klart, at der i nærværende sammenhæng må tillægges de supplerende overvejelser fra Kommissionens side, som er blevet anført for at bevise Schmalbach's dominerende stilling, så meget desto større betydning.

Disse er de overvejelser, hvorefter det også bidrager til Schmalbachs økonomiske magt, at denne virksomhed desuden producerer maskiner til emballageindustrien, og hvorefter man må tage hensyn såvel til gruppens teknologiske forspring som til den omstændighed, at der eksisterer konkurrencebegrænsende aftaler.

Også her viser det sig imidlertid hurtigt, at der over for disse overvejelser kunne fremføres væsentlige indsigelser fra sagsøgernes side. De vigtigste af disse tager deres udgangspunkt i det sidstnævnte punkt, nemlig konkurrenceindskrænkningerne, som angiveligt skyldes licensaftaler, ved markedsinformation, og ved en handelskyndig kommission. Efter sagsøgernes indsigelser er det ikke helt klart, hvilke virkninger de nævnte faktorer havde og har på markedet. Man kan også mene, at disse ikke har noget at gøre med den nærværende sag, fordi man over for en sådan styrkelse af økonomisk magt kan skride ind ved hjælp af Traktatens artikel 85. — Over for problemet om det teknologiske forspring blev der med rette stillet det spørgsmål, om Kommissionen tilstrækkelig tydeligt havde begrundet sit synspunkt. I realiteten burde man naturligvis i denne sammenhæng have foretaget en indgående bedømmelse af omfanget og betydningen af de patenter og licensaftaler, som gruppen var i besiddelse af, og som der er henvist til, samt af, hvordan det nærmere forholder sig med den tekniske know-how, som i denne industri tilsyneladende har særlig betydning. Endelig skal det,

for så vidt angår fremstilling og distribution af maskiner til produktion og til lukning af emballage, inden der heraf kan drages tvingende slutninger med henblik på den foreliggende sag, klarlægges, hvilken betydning der må tillægges lejekontrakter om emballeringsmaskiner med klausuler om anvendelse af bestemt emballeringsmateriale, og om det på den anden side — som sagsøgerne hævder — er muligt at anskaffe sådanne maskiner fra mange andre leverandører. Også på det netop behandlede, vigtige yderligere område kan man følgelig få det indtryk, at Kommissionen ikke har gennemført de nødvendige undersøgelser så langt til bunds, som faktisk ville gøre det muligt at danne sig et fuldstændigt billede af spørgsmålet om den økonomiske magt på grundlag af pålideligt materiale.

Til slut må det endnu erkendes, at Kommissionen ikke kunne påvise, at Schmalbach udviste en adfærd på markedet, hvoraf man kunne slutte, at virksomheden indtog en dominerende stilling. Det er ganske vist ikke nogen betingelse at påvise dette for at kunne anvende artikel 86; det ville dog have betydelig værdi som indicium i en sag som denne. I det omfang, Kommissionen i denne sammenhæng påberåber sig, at Schmalbachs prispolitik alment følges af dets konkurrenter, har det vist sig under sagen — og det er givetvis vigtigt —, at sagsøgerne uimodsagt kunne nævne eksempler på afvigende adfærd. Det er også interessant, hvad der er fremkommet om Schmalbachs udbytte og dettes udvikling gennem flere år. Det kan ikke være uden indflydelse på en samlet vurdering af sagens faktiske omstændigheder, hvis der ikke af disse data og specielt af en sammenligning med det overskud, der er fremkommet hos andre emballageproducenter og industrivirksomheder af tilsvarende størrelse, kan udledes indicier på en markedsdominerende adfærd.

Når Kommissionen åbenbart heller ikke (hvilket ifølge artikel 86 synes uomgængeligt) har foretaget en markedsanalyse igennem et længere tidsrum og især ikke har prøvet at udfinde udviklingstendensen på et marked, der tilsyneladende hurtigt ændrer sig (nye virksomheder på markedet medregnet), må man efter alle disse overvejelser holde stærkt fast ved, at det er højst tvivlsomt, om det er lykkedes Kommissionen at bevise, at Schmalbach har en dominerende stilling.

b) Som allerede nævnt ligger misbrugen af den dominerende stilling efter Kommissionens opfattelse deri, at enhver konkurrence på de pågældende markeder praktisk talt bortfaldt, efter at Europemballage købte Thomassen-andelene.

Til denne del af Kommissionens økonomiske overvejelser vil jeg ligeledes komme med nogle bemærkninger. Herved tegner der sig følgende billede.

Efter sagsøgernes indsigelser må man tage udgangspunkt i det spørgsmål, om der før Europemballages køb af Thomassen-aktierne overhovedet bestod en konkurrence af et sådant omfang, at det ved dens bortfald er berettiget at tale om en følelig, altså relevant forandring i konkurrencesituationen. For så vidt giver de faktiske oplysninger, der er fremkommet, anledning til betydelig tvivl. Man får virkelig indtryk af en overordentlig beskeden udenrigshandel mellem Nederlandene og Forbundsrepublikken i begge retninger på de relevante områder, ikke blot når man betragter de tal, der står i selve beslutningen, men også svarene på de spørgsmål, Domstolen har stillet, især vedrørende de berørte virksomheders andel i denne samhandel. Efter mit indtryk stemmer dette for så vidt angår kød- og fiskekonserves; kun ved metallåg, altså på et område hvor Schmalbachs markedsandel i forvejen næppe berettiger til at antage, at det har en dominerende stilling, har den del af afsætningen, der passerer grænsen, nået en vis betydning.

Vil Kommissionen over for disse konstateringer fastholde det standpunkt, at det i virkeligheden var konkurrencebegrænsende overenskomster, der var årsag til den nævnte beskedne udenrigshandel, må det hertil bemærkes, at de få holdepunkter, Kommissionen har afgivet (hvoraf den for øvrigt kun udleder en formodning), ikke tillader en tilfredsstil-

lende bedømmelse på dette vigtige punkt. På den anden side kan det efter alt, hvad der er forelagt os, ikke uden videre afvises, at den ringe udenrigshandel kan forklares ved uensartede specifikationer (særlige egenskaber ved produkterne, som mål, form, vægt, anvendt materiale) anvendt af konservesfabrikanterne i de forskellige lande. Således ligger — som sagsøgerne har anført — tyngdepunktet i det tyske marked for kødkonserves især på området for pølsekonserves og i Nederlandene på området for skinkekonserves, som specielt er beregnet til eksport og har særlige egenskaber og mål. Den kendsgerning, at det nederlandske fiskekonservesmarked kun har et ringe omfang med nedadgående tendens og som sådant ikke er egnet til at give udenlandske konkurrenter et incitament til at trænge ind på dette marked, kan også få betydning. I hvert fald — det kan man utvivlsomt fastslå — ville yderligere undersøgelser i denne henseende have givet større klarhed. De ville ikke blot have bevist, hvorledes det forholder sig med den kritiserede sammenslutnings indflydelse på den aktuelle konkurrencesituation; man ville samtidig derigennem have fået et pålideligt billede af den konkurrence, der ville være *mulig* mellem Schmalbach og Thomassen, og som Kommissionen, når det kom til stykket, lagde hovedvægten på.

Vedrørende spørgsmålet om den mulige konkurrence kan i øvrigt efter sagsøgernes udtalelser bemærkes, at det ikke synes helt klarlagt, om denne kunne være realiseret ad den af Kommissionen anviste vej, nemlig ved hjælp af afsætning gennem de selskaber, som både Schmalbach og Thomassen har interesser i, og som har sæde inden for den mulige konkurrents virkeområde. Det giver i det mindste anledning til overvejelse, at de nævnte firmaer ikke kan anses for at være behersket af Schmalbach eller Thomassen. I øvrigt må ens eget produktionsprogram spille en rolle for, hvorvidt man vil være indstillet på at foretage afsætning for Schmalbach og Thomassen. For stærke overlapninger i produktionen kan her uden tvivl være lige så hæmmende som for store variationer.

Til slut burde man nok også — dette må der ligeledes gives sagsøgerne medhold i — når man nu lægger afgørende vægt på en mulig konkurrence, have udvidet undersøgelsen på dette givetvis vanskelige område, og man burde have overvejet, hvordan den fremtidige udvikling på dette for os relevante område antagelig vil udvikle sig, idet man herved går ud fra den konkurrence, der i alle tilfælde er til stede og tager hensyn til de konstaterbare udviklingstendenser (f.eks. importtendensen eller tilgangen af nye virksomheder på markedet). Hertil blev dog udtalt, at der var leveret betydelige mængder metallåg fra Frankrig og England til det omhandlede marked, og der var blevet leveret kød- og fiskekonserves fra Frankrig og i et vist omfang endda fra Danmark.

Det ville have hørt med til en omfattende bedømmelse af de problemer, der rejste sig for Kommissionen, om man havde taget hensyn til det anførte, og om man havde overvejet, hvilken udvikling der fornuftigvis kunne ventes af den konkurrence, der bestod med tredjeland selv efter Schmalbachs forbindelse med Thomassen under fællesmarkedets fremadskridende virkeliggørelse og udvidelse.

Også med hensyn til problemet om forandringen af konkurrenceforholdene må man erkende, at der opstår tvivl om holdbarheden af Kommissionens konstateringer, og følgelig kan der næppe heller på dette punkt i den økonomiske bedømmelse være tale om, at Kommissionens afgørelse hviler på et sikkert, uangribeligt fundament.

4. To yderligere indvendinger fra sagsøgerne, som jeg her kun i hovedtræk vil tage stilling til, omhandler udelukkende Continentals retsstilling. Herunder gør sagsøgerne for det første gældende, at det omtvistede køb af aktier var foretaget af Europemballage, Continentals datterselskab, som er en juridisk person. Der var dog i denne situation tvivl om, hvorvidt datterselskabets adfærd uden

videre kunne tilskrives moderselskabet, altså om Continentalgruppen kunne betragtes som en enhed. — For det andet gøres det gældende, at Continental ikke drev erhvervsvirksomhed i fællesmarkedet, og at man derfor ifølge international praksis måtte gå ud fra, at fællesskabsmyndighederne ikke havde jurisdiktionskompetence.
Det kræver efter mit skøn ingen lange udredninger at påvise, at disse indsigelser ikke slår til.

a) For så vidt angår det første punkt er det unødvendigt at henvise til national ret (inklusive amerikansk ret) for at påvise, i hvilket omfang der kan antages at foreligge et ansvar for hovedselskaber over for deres datterselskaber, og hvorvidt der netop inden for den økonomiske lovgivning lægges vægt på, om moder- og datterselskaber danner økonomiske enheder. For så vidt kan der især henvises til Domstolens hidtidige praksis, f.eks. dommen i sag 22/71, men også tjærefarvedommene mod virksomheder fra tredjelande. De er faktisk udtryk for samme tendens. At man også her må forfølge denne linje, med andre ord at man mod sagsøgernes opfattelse må gå ud fra, at Europemballage ikke har udvist nogen selvstændig adfærd, ikke besad nogen økonomisk selvstændighed på det pågældende tidspunkt, følger efter min opfattelse allerede deraf, at midlerne til køb af aktier i Thomassen var blevet stillet til rådighed for Europemballage af Continental, og at sidstnævnte endnu ikke var fuldt organiseret på det tidspunkt, hvor Continental foranledigede Europemballage til at afgive købstilbud. Kommissionen har derfor med rette antaget, at Europemballage ikke besad nogen retlig selvstændighed.

b) Yderligere tillader den hidtidige praksis også en klar løsning af det af sagsøgerne opkastede problem om domstolskompetencen. Efter retspraksis er det nemlig tilstrækkeligt til at fællesskabsorganerne griber ind i henhold til Fællesskabets konkurrenceretlige regler, at man har kunnet konstatere en bestemt adfærd på fællesmarkedet (sag 52/69 (Endnu ikke offentliggjort)), at virkningerne af de handlinger, som virksomheder foretager i tredjelande, indtræder i fællesmarkedet (sag 22/71, Sammlung der Rechtsprechung, 1971, s. 949). Da Kommissionen imidlertid lægger vægt på købet af Thomassen-aktier i fællesmarkedet og den derved betingede forandring af konkurrenceforholdene i fællesmarkedet, kan det ikke nægtes, at der tilkommer den jurisdiktionskompetence over for en amerikansk virksomhed, som har fremkaldt disse forandringer.

5. Sluttelig er der en række form- og procedurepunkter tilbage, som det ligeledes kun er nødvendigt at omtale ganske kort.

a) To af disse kan i hvert fald tilbagevises uden vanskelighed, nemlig det første, hvor det gøres gældende, at sagen ikke var blevet korrekt betegnet i Amtsblatt af 8. januar 1972, samt det andet, at Continental skulle have haft beslutningen tilsendt ad diplomatisk vej.
Disse klagepunkter er åbenbart irrelevante, fordi de tager sigte på begivenheder efter beslutningens udstedelse, som ikke kunne have haft nogen indflydelse på beslutningens gyldighed.

b) Lige så kort kan jeg tage stilling til indvendingen om manglende begrundelse, hvormed det blev gjort gældende, at Kommissionen ikke havde givet nogen begrundelse for sin fortolkning af artikel 86 og heller ikke havde reageret på, hvad sagsøgerne havde anført over for klagepunkterne, men i det væsentlige begrænset sig til i sin afgørelse at gentage disse klagepunkter.
Således er det klart, at beslutningen faktisk afviger betydeligt fra klagepunkterne, hvilket viser, at Kommissionen har taget hensyn til, hvad sagsøgerne har anført. Beslutningen giver også, selv om den ikke indeholder dogmatiske udredninger, klart udtryk for den retsopfattelse, som Kommissionen er gået ud fra ved bedømmelsen af det foreliggende tilfælde med hensyn til Traktatens artikel 86. Da det endelig også i restpraksis er fastslået, at der ikke behøver at ligge en afvisning af divergerende retlige opfattel-

ser i forbindelse med begrundelsen af en beslutning (sml. sagerne 56 og 58/64, Sammlung der Rechtsprechung, 1966, s. 321), kan det således alt taget i betragtning fastholdes, at indvendingen om manglende begrundelse er uholdbar.

c) Om den indvending, at Kommissionen i sin afgørelse fremdeles har tilsidesat bestemmelserne om valg af det sprog, der skal benyttes, (artikel 3 i forordning nr. 1, af 15. april 1958 (Specialudgave 1952-1958, p. 59 (ABl. Nr. 17 vom 6. 10. 1958)) skal det bemærkes, at man netop fra den nævnte bestemmelse må slutte, at Kommissionen er stillet frit ved valg af sprog, når den retter en beslutning til en virksomhed med sæde i et tredjeland. Da sagsøgeren endvidere har kontor i Bruxelles, og man til dels havde taget stilling til Kommissionens klagepunkter på fransk, kan man givetvis ikke anke over, at beslutningen er blevet redigeret på fransk.

d) Således er da kun enkelte klagepunkter tilbage, som angår den måde, på hvilken sagsøgerne har afgivet forklaring før beslutningens udstedelse, nærmere bestemt: spørgsmålet, om klagepunkterne var udførlige nok, om den mundtlige forklaring blev gennemført sagligt korrekt, og om også Continental var blevet behørigt indkaldt.

Herom kan man efter min opfattelse fastslå følgende.

aa) Efter retspraksis står det fast, at de klagepunkter, som den pågældende skal have tilstillet i en kartelsag, kun må indeholde de væsentligste kendsgerninger i koncentreret form (Sag 41/69; Sammlung der Rechtsprechung, 1970, s. 661, 687). En gennemlæsning af klagepunkterne viser, at der i det foreliggende tilfælde er taget skyldigt hensyn hertil, også selv om klagepunkterne ikke nævner alle økonomiske detaljer (som f.eks. Schmalbachs produktionsprogram), og selv om de herudover ikke nærmere gør rede for den af Kommissionen vedrørende artikel 86 hævdede fortolkning.

bb) Når sagsøgeren yderligere klager over, at repræsentanterne for Kommissionen og de andre myndigheder ved den mundtlige forklaring ikke stillede nogen form for spørgsmål, må man betænke, at den mundtlige forklaring efter artikel 7 i forordning nr. 99 tjener til supplering og forklaring af den skriftlige fremstilling, og at den således kan forløbe i koncentreret form, når de skriftlige redegørelser er meget udførlige. Da dette sidste er tilfældet i det foreliggende tilfælde, er det forståeligt, at man under den mundtlige forklaring har givet afkald på yderligere spørgsmål. Der er altså ikke nogen anledning til at rette nogen indvending mod Kommissionen i denne sammenhæng.

cc) Endelig har Kommissionen vedrørende det spørgsmål, om Continental har fået tilstrækkelig lejlighed til stillingtagen i løbet af forvaltningssagen, kunnet bevise, at der under denne også til dette selskab løbende er blevet sendt skrivelser. Jeg henviser her til de udførlige redegørelser i forbindelse med svarskriftet. Da sagsøgernes nuværende procesfuldmægtig for øvrigt i en skrivelse af 14. maj 1970 til det daværende kommissionsmedlem for konkurrencespørgsmål udtalte, at Kommissionen ikke skulle rette sine spørgsmål om købet af Thomassen—aktier til Continental, men til Europemballage, og da Continentals vicepræsident deltog i den mundtlige forklaring, kan det ikke blot antages, at Continental havde fuldt kendskab til klagepunkterne, men at det i det hele taget har fået tilstrækkelig lejlighed til stillingtagen. Heller ikke de her nævnte synsvinkler kan altså bidrage til at begrunde klagen.

6. Lad mig efter alt dette sammenfatte min opfattelse af forslaget til afgørelse.

Med hensyn til mit standpunkt om det principielle spørgsmål om anvendelse af artikel 86 på begivenheder som dem, der nu foreligger til bedømmelse,

men også fordi de økonomiske overvejelser, Kommissionen har foretaget om problemet om den dominerende stilling og om forandringen i konkurrenceforholdene, ikke synes helt holdbare, må den af Europemballage og Continental indgivne klage anses for grundet. Den af Kommissionen den 9. december 1971 udstedte beslutning må følgelig annulleres. Desuden må sagsomkostningerne efter påstand pålægges Kommissionen.