FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT HENRI MAYRAS FREMSAT DEN 2. MAJ 1972[1]

Indholdsoversigt

Indledning — A — De faktiske omstændigheder ... 172
B — Retsforhandlingerne ... 173
C — Problemstillingen ... 174

Afsnit I — *Eksistensen af samordnet praksis efter betydningen i Rom-traktatens artikel 85, stk. 1, og i den afledte fællesskabsret*

Afdeling I — Begrebet samordnet praksis ... 174
A — Sondringen mellem aftaler og samordnet praksis ... 174
B — Samordnet praksis i den amerikanske antitrustlovgivning ... 175
C — Lovgivningerne i Fællesskabets medlemsstater ... 177
D — Fællesskabsrettens kriterier for samordnet praksis ... 177

Afdeling II — De foreliggende retsopfattelser ... 178

Afdeling III — Samordningen mellem de sagsøgende firmaer ... 179
A — Eksistensen af paralleladfærd ... 179
B — Paralleladfærdens oprindelse og årsager ... 180
1. Farvestofmarkedets kendetegn ... 180
2. De sagkyndiges udtalelser ... 183
3. De nødvendige konklusioner af de sagkyndiges rapporter 184
4. Argumenter fra den økonomiske teori om oligopoler ... 184
C — De faktiske omstændigheder omkring forhøjelserne ... 185
1. Forhøjelserne i 1965 og 1967 ... 185
— deres fælles mekanisme ... 186
— indsigelser i tilfælde af misbrug af dominerende stilling . 187
— indholdet af sagakterne ... 188
2. Forhøjelsen i 1964 ... 189
3. Beviset for samordning ... 190

Afdeling IV — Påvirkningen af konkurrencen ... 191
A — Betingelser for anvendelse af artikel 85, stk. 1, med hensyn til samordnet praksis ... 191
B — Virkningerne af den samordnede praksis på konkurrencen .. 191
C — Særligt om selskabet ACNA ... 193

Afdeling V — Virkningen af den samordnede praksis på samhandelen mellem medlemsstater ... 194

1 — Forslag til afgørelse i sagerne 48, 49 og 51—57/69

Afsnit II — *Kommissionens kompetence til at pålægge selskaber med hjemsted uden for fællesmarkedet bøder*

Afdeling I — National lovgivning og retspraksis 198
— Fællesskabsretten 198

Afdeling II — Folkeretten 202
1. Betingelserne for anvendelse af kriteriet om den territoriale følge 204
2. Grænserne for kartelrettens ekstra-territoriale anvendelse 205

Afsnit III — *Indsigelser om form og fremgangsmåde*

Afdeling I — Indledning af proceduren 207

Afdeling II — Meddelelse af klagepunkterne 209

Afdeling III — Høring af de pågældende virksomheders repræsentanter ... 211

Afdeling IV — Protokollat af høringen 211

Afdeling V — Formen for begrundelsen af den anfægtede beslutning 212

Afdeling VI — Offentliggørelse af den anfægtede beslutning 213

Afsnit IV — *Bøden* 213

Afdeling I — Forældelsen 214

Afdeling II — Hensyntagen til den af de nationale myndigheder pålagte bøde 215

Afdeling III — Bødens størrelse 215

Høje Ret.

Indledning

A — *De faktiske omstændigheder*

Efter modtagelsen af visse oplysninger fra forskellige brancheorganisationer inden for de industrier, der anvender farvestoffer, og efter en række undersøgelser hos producenterne og deres datterselskaber konstaterede Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, at der i perioden mellem januar 1964 og oktober 1967 var sket tre almindelige og ensartede forhøjelser af priserne for disse produkter på det fælles marked:

— mellem den 7. og 20. januar 1964 en forhøjelse på 15 % af prisen for størstedelen af de på grundlag af anilin fremstillede farvestoffer, i Italien, Nederlandene, Belgien og Luxembourg samt i visse tredjelande;

— den 1. januar 1965 blev denne første prisforhøjelse udstrakt til Tyskland; pr. samme dato forhøjede næsten samtlige producenter på ny på ensartet måde priserne på de farvestoffer og pigmenter, der ikke var

omfattet af den første forhøjelse, med 10 % i dette land samt i de lande, som allerede var ramt af forhøjelsen i 1964; da selskabet ACNA afslog at foretage denne forhøjelse på det italienske marked, undlod de andre virksomheder imidlertid at opretholde forhøjelsen af deres priser på dette marked;

— medio 1967 forhøjede endelig flertallet af producenterne i Tyskland, Nederlandene, Belgien og Luxembourg priserne på samtlige farvestoffer med 10 %.

I Frankrig, hvor prisstigningerne af 1964 og 1965 ikke var blevet gennemført, lå niveauet for denne prisforhøjelse på 12 %; det kom derimod ikke til nogen prisforhøjelse i Italien som følge af ACNA's adfærd.

Den 31. maj 1967 indledte Kommissionen i medfør af Rådets forordning nr. 17/62 en procedure mod de virksomheder, der havde deltaget i de pågældende prisforhøjelser, for formodet krænkelse af Rom-traktatens artikel 85; den 11. december samme år gav den de virksomheder, som den antog for ansvarlige for en samordnet praksis for prisfastsættelse, meddelelse om de klagepunkter, der var formuleret mod dem.

Efter de nævnte selskabers fremsættelse af skriftlige erklæringer som svar på klagerne og efter en høring den 10. december af visse af deres repræsentanter traf Kommissionen den 24. juli 1969 en beslutning i medfør af artikel 15 i forordning nr. 17/62.

Under henvisning til, at prisforhøjelserne mellem 1964 og 1967 måtte antages at skyldes samordnet praksis efter betydningen i traktatens artikel 85, stk. 1, mellem følgende virksomheder: Badische Anilin- und Soda-Fabrik (BASF), Ludwigshafen, Casselle Farbwerke Mainkur AG, Frankfurt-am-Main, Farbenfabrik Bayer AG, Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, Frankfurt-am-Main, Française des matières colorantes SA, Paris (Francolor), Azienda Colori Nazionali Affini S.p.A. (ACNA), Milano, Ciba SA, Basel, J.R. Geigy SA, Basel, og Imperial Chemical Industries Ltd (ICI), London, pålagde Kommissionen hvert af disse selskaber med undtagelse af ACNA en bøde på 50 000 regningsenheder; bøden til det sidstnævnte firma blev begrænset til 40 000 regningsenheder.

Det er den beslutning, der anfægtes, og som de ramte virksomheder, med undtagelse af Ciba, har forelagt Domstolen ved ni selvstændige sagsanlæg.

B — *Retsforhandlingerne*

Efter at der var fremlagt to ekspertudtalelser, den første — efter anmodning fra de sagsøgende virksomheder — af professorerne Bombach og Hill, den anden — på foranledning af Kommissionen — af professor Kantzenbach, pålagde Domstolen selv, på samstemmende forslag fra parterne, professorerne Kloten og Albach, den opgave at foretage en tredje sagkyndig undersøgelse med særligt henblik på de spørgsmål, som præciseredes i Domstolens kendelse af 8. juli 1970. Samme dag forenede Domstolen sagerne med henblik på denne sagkyndige undersøgelse.

Efter en meget omfangsrig skriftveksling og sjældent omfattende mundtlige forhandlinger er bevisførelsen i disse sager blevet så fuldstændig og detaljeret som muligt med bistand af internationale eksperter med enestående autoritet og intellektuel og moralsk standard. Hermed har Domstolen også et så dybtgående kendskab til sagsakterne, at jeg nu, hvor jeg skal deltage i drøftelserne, finder det unødvendigt at foretage en detaljeret analyse for Domstolen af denne sag, som min forgænger, generaladvokat Alain Duthellet de Lamothe, selv har undersøgt med den samvittighedsfuldhed og skarphed, som han var kendt for her på Domstolen.

Tillad mig, i dette øjeblik hvor jeg, for første gang og i disse sager, fremsætter et forslag til afgørelse for Domstolen, at ære hans minde.

C — *Problemstillingen*

De sager, der er anlagt ved Domstolen, indeholder fire spørgsmål eller grupper af spørgsmål, der skal besvares. Det første er fundamentalt i den betydning, at Domstolens løsning herpå er afgørende for, om de øvrige spørgsmål skal besvares eller tværtimod ophører med at være relevante.

Dette spørgsmål er, om de lineære og procentvis ensartede prisforhøjelser på farvestofmarkedet inden for fællesmarkedet, som fandt sted mellem januar 1964 og oktober 1967, må antages at skyldes en eller flere former for samordnet praksis, der er forbudt i Rom-traktatens artikel 85 og i den afledte fællesskabsret.

Såfremt Domstolen besvarer dette første spørgsmål bekræftende, skal den herefter

1. for første gang, mener jeg, afgøre det vigtige spørgsmål, om virksomheder, der har hjemsted uden for fællesmarkedet (i nærværende sag Imperial Chemical Industries i Det forenede Kongerige, Geigy og Sandoz i Schweiz), kan rammes af økonomiske sanktioner i medfør af forordning nr. 17/62 som følge af deres deltagelse i konkurrencestridig samordnet praksis inden for fællesmarkedet,

2. undersøge, om den administrative sagsbehandling ikke er behæftet med mangler som følge af krænkelse under dens afvikling af væsentlige formkrav eller garantier, og om disse uregelmæssigheder følgelig ikke har medført, at de sanktioner, som behandlingen mundede ud i, er blevet ugyldige;

3. endelig skal Domstolen tage stilling til de pålagte bøder, og navnlig udtale sig om følgende: medfører den omstændighed, at et vist tidsrum er forløbet mellem det tidspunkt, hvor forholdene blev begået, og Kommissionens iværksættelse af en procedure med henblik på sanktioner herimod, at den påklagede adfærd slet ikke kan rammes, selv om der endnu ikke er indført nogen forældelsesfrist i fællesskabsretten?

Det er i øvrigt min opfattelse, at der vedrørende de to sidste punkter kan hentes en vis støtte for løsningen i Domstolens tidligere praksis.

Afsnit 1 — Eksistensen af samordnet praksis efter betydningen i Rom-traktatens artikel 85, stk. 1, og i den afledte fællesskabsret

Afdeling I

Begrebet samordnet praksis

A — Et af Rom-traktatens væsentligste mål vedrører dannelsen af et enhedsmarked, der er fælles for medlemsstaterne, og på hvilket producenterne frit skal kunne udøve og udvikle deres aktiviteter, og forbrugerne på deres side frit kunne aftage produkter og tjenesteydelser og træffe deres valg på grundlag af de priser og den kvalitet, der tilbydes dem. For at sikre denne frihed skal fællesskabsmyndighederne navnlig virke for »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes« (traktatens artikel 3, litra f).

I dette perspektiv hedder det i traktatens artikel 85: »Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for samsenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarke-

det . . . navnlig sådanne som består i : a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser«.

Idet artikel 85 således tager sigte på konkurrencebegrænsende handlinger eller adfærd, som i sædvanlig terminologi omtales under fællesbetegnelsen »kartelter«, sondrer den mellem tre former eller sider af disse karteller: aftaler, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og samordnet praksis, og fællesbetingelsen er en flerhed af deltagere.

Idet jeg udskiller gruppen »vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder«, der er drøftelserne uvedkommende, skal jeg først og fremmest søge at adskille den samordnede praksis fra aftalerne.

Hidtil har Domstolen kun haft lejlighed til at tage stilling til anvendelsen eller fortolkningen af artikel 85 med hensyn til *aftaler* mellem virksomheder, dvs. kontrakter indgået mellem producenter eller mellem producenter og sælgere, i øvrigt uanset den retlige form eller struktur af disse aftaler, med hensyn til hvilke der ikke på forhånd kan stilles noget særligt beviskrav. For kun at nævne et *par* eksempler kan sådanne aftaler dreje sig om eneforhandling: 12. december 1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht, Sml. 1965—1968, s. 421; 30. juli 1966, LTM-MBU, sag 56/65, Sml. 1965—1968, s. 211; 16. juli 1966, Grundig, forende sager 56 og 58/64, Sml. 1965—1968, s. 245; eller om fastsættelse af priser og deling af markederne: 15. juli 1970, Chemiefarma, Buchler og Böhringer, sagerne 41, 44 og 45/59, Sml. 1970, s. 107, . 151 (org. ref. Recueil s. 763) og 153 (org. ref. Recueil s. 809).

Ved sidstnævnte lejlighed strejfede Domstolen begrebet samordnet praksis.

Med hensyn til det internationale kininkartel rejste Domstolens generaladvokat Gand nemlig det spørgsmål, om et ikke-underskrevet dokument, der betegnedes som »gentlemen's agreement«, og som havde til formål at lade fællesmarkedet være omfattet af en aftale om fastsættelse af priser og leveringskvoter samt om eksportbegrænsninger og var indgået mellem Fællesskabets største producenter af kinin og kinidin til brug i tredjelande, skulle anses for at være udtryk for en samordnet praksis. Generaladvokaten svarede benægtende på dette spørgsmål, men udelukkende på grund af at den nævnte gentlemen's agreement var for nært forbundet med den aftale, der var indgået med henblik på eksporten til tredjelande, til at kunne adskilles herfra. Og Domstolen tiltrådte, at det pågældende dokument »udgjorde . . . det nøjagtige udtryk for kartelmedlemmernes fælles vilje vedrørende deres adfærd på det fælles marked«. Det vil sige, at grænsen mellem aftale og samordnet praksis ikke er nem at drage netop på grund af de utallige former og grader for samordningen mellem virksomheder.

Det vil også sige, at Domstolens holdning til begrebet samordnet praksis skal bygges op helt fra grunden. Det ville bestemt ikke være i overensstemmelse med linjen i Domstolens praksis, hvis den bandt sig for fremtiden ved en generel og abstrakt definition. Dannelsen, men også nuanceringen, af retspraksis skal ske progressivt, efterhånden som Domstolen får forelagt sagerne.

B — Skønt man ikke med henblik på denne dannelse kan hævde at uddrage nogen direkte anvendeling oplysning heraf, er det utvivlsomt ikke uden interesse at undersøge, på hvilken måde national lovgivning og retspraksis inden for eller endda uden for fællesmarkedet har søgt at aftegne konturerne af begrebet samordnet praksis. Det er ganske utvivlsomt, at den historiske oprindelse hertil skal søges i begrebet »concerted action« i de amerikanske anti-trust-regler. Det af »Sherman Act« anvendte begreb »conspiracy« er nemlig blevet anvendt, når

der er godtgjort at foreligge en samordnet adfærd fra flere virksomheders side, som forfølger et lovstridigt formål.

Således statueredes det i sagen US v. Hamilton Watch Co og US v. Elgin National Watch Co. (DC NY 1942), 47 F Supp. 524: »Det er ikke for antagelsen af et forbudt kartel (conspiracy) nødvendigt, at der foreligger en formel aftale. Det kan fremgå af en samordnet adfærd mellem deltagerne, som alle handler i fællesskab med henblik på et fælles formål«.

I samme retning går afgørelsen i Wisconsin Liquor Co v. Park and Tilford Distillers Corp. (CA-7; 1959) 1959 Trade Cases/69 363, hvori det antoges, at »det . . . ikke for antagelsen af et forbudt kartel [er] nødvendigt, at der føres bevis for en formel eller bestemt aftale . . .«.

Selv om denne amerikanske retspraksis således ikke definerer »concerted action«, kræver den, at der foreligger en fælles plan.

I øvrigt præciserer den, at skønt en bevidst paralleladfærd ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at der kan antages at foreligge en overtrædelse af »Sherman Act«, kan en sådan adfærd udgøre en faktisk formodning, på hvis grundlag retten, under hensyn til andre omstændigheder i sagen, kan komme til den konklusion, at der er tale om en »sammensværgelse«.

Således forholder det sig i sagen Morton Salt Co v. US (CA-10; 1956) Trade Cases/68 412, hvori retten lægger til grund, at »selv om eksistensen af en paralleladfærd ikke på afgørende måde viser, at der er tale om et kartel eller en overtrædelse af »Sherman Act«, er en sådan adfærd en faktor, der må tages i betragtning, og som i almindelighed bør tillægges betydelig vægt ved vurderingen«.

Visse afgørelser fremhæver også, at forskellige virksomheders ensartede adfærd på prisområdet i almindelighed er en bevisfaktor af ret afgørende betydning.

Jeg skal i denne sammenhæng nævne dommen i sagen Pittsburgh Plate Glass Co. mod US (CA-4; 1958) Trade Cases/69 157: »En fabrikant af vinduesglas deltager i et forbudt kartel (conspiracy) med henblik på en prisfastsættelse, når fabrikantes ›forsætlige parallellisme‹ ved bekendtgørelsen af en prisforhøjelse, der er identisk med den, som næsten samtidig bekendtgøres af konkurrenterne, rimeligvis, under hensyn til de mere åbenbare bånd mellem denne fabrikant og kartellets top, tillader den konklusion, at fabrikantens handling er foretaget i forståelse med visse eller samtlige deltagere«.

Endvidere udtrykker retten sig på følgende måde i Morton Salt — sagen, der allerede er nævnt: ». . . Eksistensen af et lille antal sælgere, der opretholdt venskabelige forbindelser, og stabiliteten i efterspørgselen på dette produkt var for den en særlig anledning og en tilskyndelse til at koordinere (combine) deres optræden med henblik på at bevare priserne på et kunstigt højt niveau, der gav enhver hans fortjeneste«. Endelig kan man nævne hermed beslægtede afgørelse »Safeway Stores mod FTC« (366 F 2 d 795 — 1966, Trade Cases/71 891), hvori det hedder: »Beviset for, at bagerne mødtes i deres sammenslutning og blandt andet diskuterede priser, samt de identiske prisforhøjelser, som fulgte herpå, er tilstrækkelige til, at Federal Trade Commissions' konstatering, hvorefter bagerne afstemte deres optræden med henblik på prisfastsættelsen, kan lægges til grund«.

Det ville imidlertid være for dristigt at foretage en systematisk tilnærmelse mellem amerikansk ret og fællesskabsretten. De forenede Staters anti-trust-lovgivning, som blev indført i slutningen af forrige århundre-

de, har nemlig hovedsagelig pønal karakter. Den anvendes af kriminalretterne, hvorfor den med hensyn til bevisordningen er undergivet de amerikanske straffeprocessuelle regler. Den er i øvrigt meget streng, således forstået, at den, i det mindste i begyndelsen, principielt tog sit udgangspunkt i, at ethvert kartel er skadeligt og derfor forbudt. Det er givet, at retspraksis har mildnet denne strenghed og bestræbt sig på, under hensyn til udviklingen i de økonomiske strukturer, at indføre en vis smidighed i retsreglernes anvendelse, navnlig ved det dommerskabte begreb »workable competition«. Det står dog fast, at den oversøiske ordning har sin rod i opfattelser, som i flere henseender er forskellige fra dem, som ligger til grund for fællesskabsretten. Denne, der i det væsentlige er af forebyggende karakter, anvendes af Kommissionen: selv når den medfører idømmelse af visse økonomiske sanktioner, har den et administrativt og ikke et pønalt præg. Endelig rummer den betydelig større smidighed, idet den indrømmer, at visse aftaler ikke kan forbydes. På trods af disse forskelle frembyder den amerikanske retspraksis elementer både til sammenligning og til overvejelse, navnlig når der bliver tale om at vurdere de omstændigheder, under hvilke der kan antages at foreligge en samordnet praksis på et oligopolistisk marked.

C — Blandt de nationale lovgivninger i Fællesskabets medlemsstater har man hidtil kun i fransk ret kendt begrebet samordnet praksis. Men de endnu fåtallige afgørelser i retspraksis synes i det væsentlige at have vedrørt aftaler.

Den tyske lov af 1957 kender ikke begrebet. Med henblik på delvis at råde bod på denne lakune har forbundsregeringen imidlertid for nylig fremlagt et forslag, hvori visse bestemmelser tilsigter at styrke den kontrol med misbrug af en dominerende stilling, som er forudset i lovens § 22, og bygger på tanken om samordnet praksis. Forslaget indeholder navnlig en formodning for, at der ikke er konkurrence mellem virksomheder, der optræder ensartet i deres prispolitik over en længere periode. Det er således tanken, at paralleladfærd, som konstateres gentagne gange på prisområdet, udgør en overtrædelse af forbudet mod misbrug af en dominerende stilling, et begreb, der i Rom-traktaten som bekendt anvendes i artikel 86. I så henseende kan ingen af de afgørelser, som de administrative myndigheder eller de kompetente tyske retsinstanser har truffet i sager mod de tyske producenter, der er parter har i nærværende sag, være til nogen større hjælp for Domstolen. I retsmødet har man at påberåbe sig dem i den ene eller den anden retning. Efter min mening er dette så meget mindre muligt, som de tyske retsinstanser — der véd, at Domstolen har fået sagen forelagt på grundlag af traktatens artikel 85 — i deres begrundelse klogeligt har afholdt sig fra enhver bemærkning, der kunne give indtryk af at præjudicere det for Domstolen verserende spørgsmål.

D — Selv om de oplysninger, som det således er muligt at udlede af de nationale retssystemer, er nyttige for undersøgelsen af nærværende sag, kan de naturligvis ikke have større vægt end traktatens artikel 85, som er belyst i Domstolens praksis og i kommentarerne hertil.

Det er hensigtsmæssigt først at fastslå *virkningen af den sondring, som artikel 85 udtrykkeligt drager mellem aftalerne og den samordnede praksis*. At give sidstnævnte begreb en så begrænset og snæver mening, at det reduceres til et tilfælde af aftalebegrebet, vil utvivlsomt stride mod et af domstolen ofte anvendt almindeligt fortolkningsprincip, hvorefter enhver traktatbestemmelse skal tillægges fuld restvirkning og anvendes i hele sin rækkevidde. Selv om man antager, at den samordnede praksis faktisk samtidig indeholder en aftale, som den bringer til udtryk gennem en vis afstemt adfærd, er det efter min opfattelse uden for tvivl, at trakta-

tens forfattere ved at skabe en selvstændig »kategori« har villet afværge, at forbudene i artikel 85 vedrørende de konkurrencestridige handlinger kan omgås af virksomheder, der, samtidig med at de fører en fælles politik efter en forud fastsat plan, sørger for ikke at efterlade spor i form af et dokument, der kan betegnes som en aftale.

En sådan fortolkning, som reelt tager hensyn til den af artikel 85 foretagne sondring, har en helt åbenbar interesse med hensyn til beviset for en samordnet praksis, der ikke, selv om det indebærer et vist udtryk for de deltagende virksomheders vilje, kan søges i de samme omstændigheder som beviset for en udtrykkelig aftale.

Det er imidlertid også nødvendigt at finde en objektiv faktor, som er afgørende for begrebet samordnet praksis; en sådan er de deltagende virksomheders *faktiske* fælles adfærd. Her er den første grundlæggende forskel til begrebet aftale, dvs., ifølge Domstolens praksis, at aftalen, forudsat dens eksistens bevises, og at den har til formål at påvirke konkurrencen inden for fællesmarkedet, rammes af artikel 85, uden at det er nødvendigt at udfinde aftalens *reelle virkning* på konkurrencen. Modsat forekommer det mig, at den samordnede praksis rent begrebsmæssigt ikke helt kan frigøres fra sin reelle virkning på konkurrencebetingelserne inden for fællesmarkedet.

Imidlertid er den blotte konstatering af, at der foreligger en fælles, parallel eller overensstemmende adfærd mellem virksomheder på markedet, naturligvis ikke tilstrækkelig til antagelsen af en samordnet praksis efter betydningen i artikel 85, stk. 1. Det må herudover kræves, at adfærden ikke er følgen af, eller i det mindste ikke den *vigtigste følge* af, markedets struktur og økonomiske betingelser.

Som sagt, skal der også foreligge en vis vilje hos de interesserede til at handle i fællesskab, og følgelig skal der kunne påvises en årsagsforbindelse mellem denne fælles vilje og den faktisk konstaterede adfærd. Men til forskel fra, hvad der gælder ved aftalerne, kan den nævnte fælles vilje efter omstændighederne udledes af samtlige faktiske oplysninger, der er indhentet vedrørende virksomhedernes adfærd; f.eks. instruktioner til repræsentanterne, forholdet til køberne, ændringer i salgsbetingelserne, større eller mindre samtidighed i de trufne afgørelser, kontakt mellem ledere. . . .

Afdeling II

De foreliggende retsopfattelser

Efter disse indledende bemærkninger må man spørge: hvilke opfattelser foreligger der med hensyn til eksistensen af en samordnet praksis?

I sin beslutning af 24. juli 1969 konkluderede Kommissionen, at prisforhøjelserne i 1964, 1965 og 1967 havde karakter af en samordning under hensyn til ensartetheden i de satser, som blev anvendt af de pågældende producenter i det enkelte land, den på meget få undtagelser nær foreliggende identitet mellem de farvestoffer, som ramtes af forhøjelserne, og den omstændighed, at tidspunkterne for deres gennemførelse lå så nær på hinanden, at der nærmest var tale om samtidighed. Kommissionen mente, i betragtning af alle disse konstateringer, at de pågældende prisforhøjelser ikke udelukkende kunne forklares ved strukturen i farvestofmarkedet, og gjorde i måske lidt studse vendinger gældende, at »det er ikke sandsynligt, at de største af de producenter, der forsyner fællesmarkedet, uden omhyggelig forberedelse kunne forhøje prisen på samme vigtige række af produkter flere gange med identiske procentsatser, praktisk taget i samme øjeblik og i flere lande, hvor markedsvilkårene er . . . forskellige«. Denne påstand understøttes imidlertid af en omhyggelig gennemgang af de faktiske omstændighe-

der, hvorunder prisforhøjelserne blev besluttet, bekendtgjort og gennemført og endda af en henvisning til indholdet af de anvisninger, som producenterne gav deres datterselskaber eller repræsentanter på de forskellige markeder, hvilke anvisninger ifølge Kommissionen udviste mistænkelige ligheder, hvad angår forhøjelsen i januar 1964.

Endelig henviser Kommissionen også til mødet i Basel den 18. august 1967, hvor samtlige inddragne producenter med undtagelse af SCNA var repræsenteret, og hvorunder Geigy's repræsentant meddelte, at forbrugersalgspriserne ville blive forhøjet inden udgangen af 1967. Det tilføjes i den påklagede beslutning, at disse forhøjelser vedrørte priserne for salg til samtlige aftagere, idet salget af farvestofferne foregår dels over producenternes eget forhandlernet, når det drejer sig om leveringer til hjemmemarkedet, dels gennem deres eneforhandlere under producenternes strenge anvisninger, når der er tale om salg på udenlandske markeder; heraf slutter Kommissionen, at denne adfærd har begrænset den frie konkurrence, som fremover kun kan udspille sig på kvalitet eller service. Endelig konstaterer den, at den nævnte samordnede praksis, hvis virkninger udstrækker sig til flere af fællesmarkedets lande, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

Således uddrager den anfægtede beslutning eksistensen af en samordnet praksis, som rammes af artikel 85, både af de omstændigheder, hvorunder prisforhøjelserne blev besluttet og gennemført, og af den omstændighed, at forhøjelserne ikke kan forklares udelukkende med farvestofmarkedets struktur. Kommissionens befuldmægtigede har for Domstolen opretholdt denne dobbelte begrundelse, som de også har gennemgået punkt for punkt at imødegå de sagssøgende firmaers opfattelse.

Disse støtter sig derimod principielt på en analyse af det oligopolistiske marked for farvestoffer og gør gældende, at der blot foreligger en paralleladfærd mellem producenterne, som kan forklares ved selve markedsvilkårene; de anfører, at en sådan adfærd ikke kan sidestilles med en samordnet praksis. Det er deres opfattelse, at prisforhøjelserne er en følge af selvstændige beslutninger truffet af de enkelte virksomheder, for hvilke økonomiske krav har været afgørende, navnlig nødvendigheden af at rette op på produktionens utilstrækkelige rentabilitetsniveau. Identiteten i satserne for forhøjelsen kan ifølge virksomhederne forklares med, at den af producenterne, som har initativet på prisområdet — den såkaldte »priceleader« — nødvendigvis følges i sin afgørelse af oligopolets øvrige medlemmer.

Dette er i det væsentlige de opfattelser, som Domstolen skal tage stilling til.

Afdeling III

Samordningen mellem de sagsøgende firmaer

Jeg skal nu gå over til parternes anbringender, idet jeg ét efter ét vil undersøge følgende to punkter:

— har der foreligget paralleladfærd?

— kan denne adfærd forklares alene ved markedets økonomiske vilkår, eller er den følgen af en samordnet prispolitik?

A — *Eksistensen af en paralleladfærd*

Som anført, må det første objektive element, der kendetegner en samordnet praksis, nødvendigvis bestå i et udtryk for en ensartet, parallel eller overensstemmende adfærd hos de pågældende virksomheder.

I så henseende er de i beslutningen nævnte omstændigheder tilstrækkelige til at godtgøre eksistensen i denne sag af en sådan adfærd, som de sagsøgende virksomheder i det mindste i princippet ikke bestrider.

Det er nemlig blevet påvist, at virksomhederne både i 1964 og i 1975, derefter i

1967 besluttede og senere på tidspunkter, som var meget nær hinanden for ikke at sige undertiden identiske, på samme meget brede udvalg af produkter og med identiske satser gennemførte lineære forhøjelser af de basispriser, som gjaldt for de af dem selv eller deres datterselskaber solgte farvestoffer. Sagsøgerne har i så henseende kun taget stilling til påstandene i den anfægtede beslutning på underordnede punkter, lad os sige vedrørende tekniske forhold: en liste over de af forhøjelserne omfattede farvestoffer, der ikke helt svarer til virkeligheden, vilkår for anvendelsen på de løbende ordrer, som er beskrevet helt rigtigt af Kommissionen.

Bortset fra disse meningsforskelle, som jeg i øvrigt senere skal komme tilbage til, eftersom de tenderer mod at benægte selve tanken om samordning, kan man dog ikke komme uden om at konstatere, at den parallelle karakter af en af flere producenter på de samme markeder udvist adfærd, med hensyn til hvilken det heller ikke bestrides, at den ikke har været vilkårligt men helt bevidst, fremgår klart af selve de faktiske forhold. Det første element i en samordnet praksis er således til stede. Det er nødvendigt, men ikke tilstrækkeligt.

B — *Paralleladfærdens oprindelse og årsager*

Som tidligere anført, består det andet element i *eksistensen af en vis fælles vilje*. For at dette element kan antages at foreligge, er det ikke nødvendigt, at der påvises et klart og præcist udtryk for en sammenfaldende vilje, der fremtræder som en egentlig aftale, dvs. en bindende og forpligtende retshandel, men det må efter min opfattelse i det mindste bevises:

— dels at den forsætlige paralleladfærd ikke udelukkende eller blot i det væsentlige skyldes de økonomiske vilkår eller markedsstrukturen,

— dels at tilstrækkeligt præcise og samstemmende formodninger, i mangel af et udtrykkeligt sammenfald af viljer, fører til den overbevisning, at paralleladfærden er resultatet af en samordning, en afstemt politik.

En sådan samordning kan endog eksistere, selv om visse af virksomhederne har været fremherskende med hensyn til initiativet og iværksættelsen af denne politik, medens andre, hvis handlemuligheder utvivltsomt har været mindre, kun har tilsluttet sig samordningen. Det gælder derfor om at finde ud af, om sådanne indicier eller formodninger foreligger i nærværende sag. Med hensyn til den fulde prøvelsesret, som på dette område er tillagt Domstolen ved artikel 17 i Rådets forordning nr. 17/62, er Domstolen, med generaladvokat Gands ord i forslaget til afgørelse i kininsagerne (Sml. 1970, s. 107), tvunget til at tage stilling til hele sagen; Domstolens kompetence til at vurdere de faktiske omstændigheder er ubegrænset, og det tilkommer den derfor at danne sig sin egen overbevisning med hensyn til, om der foreligger en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og hvorledes den skal kvalificeres. Denne vurdering af faktum foretager Domstolen ikke »in abstracto«, men, som det fremgår af Domstolens praksis, på grundlag af de særlige omstændigheder ved det pågældende marked.

Spørgsmålet, om der har været tale om samordning, kan derfor kun afgøres ved en betragtning dels af særegenhederne ved farvestofmarkedet, dels af samtlige de indicier, der er lagt til grund af den anfægtede beslutning og bekræftet ved gennemgangen af sagsakterne.

1. *Farvestofmarkedets kendetegn*

a) Sagsøgerne har til hensigt at forklare og begrunde deres adfærd på prisområdet udelukkende med farvestofmarkedets struktur og mekanisme. Sandt at sige har deres repræsentanter gjort så meget ud af dette punkt,

at de måske endda har givet indtryk af, at særegenhederne ved dette marked, på hvilket udbudet kontrolleres af et begrænset antal producenter, er således, at traktatens artikel 85 på en vis måde ikke kan gælde herfor.

En sådan konklusion er naturligvis ikke korrekt. Artikel 85 kan ligeså vel anvendes på oligopolistiske som på mere »atomiserede« markeder. Derimod må det erkendes, at oligopolerne ikke i sig selv er forbudt ved traktaten, og at artikel 85 ikke bør føre til, at virksomheder, hvis aktivitet udfolder sig på markeder af denne karakter, pålægges sådanne krav, som ville forhindre deres aktivitet eller risikere at føre til en fuldstændig ændring af erhvervets struktur.

b) Efter denne bemærkning må der spørges, hvilke objektive konstateringer der kan udledes, navnlig af den af professorerne Kloten og Albach fremlagte markedsbeskrivelse.

På verdensmarkedet sælger mere end 300 virksomheder farve- og pigmentstoffer, men markedet domineres af mindre end et dusin firmaer.

I den periode, som interesserer her, beherskedes op til 80 % at det europæiske marked af 10 producenter. Med undtagelse af Francolor fremstiller disse ikke blot farvestoffer men også syntetiske stoffer, farmaceutiske produkter, plantebeskyttelsesmidler og kemiske produkter; der gælder navnlig Bayer, Hoechst, BASF; andre, som ACNA eller Casella, forsyner sig med halvfabrikater hos de store kemiske industrier.

Produktionsstrukturerne frembyder således betydelige forskelle, og produktionsomkostningerne er følgelig også meget forskellige.

Antallet af fremstillede farvestoffer er betragteligt; på markedet tilbydes 6 000; hver af virksomhederne fremstiller heraf fra 1 500 til 3 500, og ofte køber virksomheden hos andre producenter for at gøre sit vareudbud fuldstændigt.

Mellem 1956 og 1966 dukkede mere end 2 000 nye farvestoffer op på markedet som erstatning for produkter, der ikke længere blev fremstillet.

Disse produkter er mere eller mindre ombyttelige. Selv om det i så henseende er muligt at sondre mellem *standardfarvestoffer,* med hensyn til hvilke muligheden for at ombytte dem med hinanden kan anses for ret vid, og *specialfarvestoffer,* med hensyn til hvilke denne mulighed er meget ringe, om ikke undertiden lig nul, er grænsen mellem disse to kategorier øjensynlig ret svær at fastlægge præcist.

Produktionsteknikken er sådan, at det i almindelighed er nødvendigt med mindst ti forskellige kemiske forvandlinger for at fremstille farvestoffer på grundlag af basisprodukter, hvorfor fremstillingstiden strækker sig fra 3 til 12 måneder.

I produktionen varierer mængderne mellem 500 og 5 000 kg, medens ordrernes gennemsnitlige størrelse ikke overstiger 50 kg. Om efterspørgselen må det siges, at den har ekspanderet hurtigt og betydeligt. Mellem 1958 og 1968 er salget af farvestoffer praktisk talt blevet fordoblet (med et indeks på 100 i 1958 var det 198 i 1968). Denne efterspørgsel er meget differentieret, afhængigt såvel af produkterne og hjemmemarkederne som af købergrupperne. Efterspørgselens samlede omfang afhænger stærkt af ekspansionen i tekstilsektoren og, i mindre grad, i fernis- og lakindustrien samt i forarbejdningsindustrien før syntetiske materialer.

Producenterne forsyner på samme tid deres hjemmemarked og visse udenlandske markeder, men deres situation frembyder i så

henseende bemærkbare forskelle. Visse af dem, såsom schweizerne eller tyskerne, eksporterer fra 75 til 90 % af deres fabrikation, medens franskmændene og italienerne kun sælger lidt i udlandet.

Det må bemærkes, at producenterne ifølge eksportstatistikkerne leverer farvestoffer til deres datterselskaber eller agenturer i udlandet, som varetager den tekniske bistand til den lokale kundekreds.

Navnlig i tekstil- og garveribranchen lægger denne kundekreds som følge af modens udvikling stor vægt på forsyningernes hurtighed og sikkerhed samt på de tekniske serviceydelser, der stilles til deres rådighed, og endelig på prisniveauet. Denne konstatering er mindre klar for de øvrige købergruppers vedkommende, såsom lak- og fernisfabrikanterne.

Som følge farvestofprisernes ret svage incidens på færdigvarerne, navnlig tekstilerne, er elasticiteten af den *samlede efterspørgsel* meget begrænset. Men det hindrer ikke en livlig konkurrence mellem leverandørerne; denne individuelle konkurrence lettes af, at der ikke findes officielle prislister, som offentliggøres for hele markedet, men kun interne lister, som hver producent tilstiller sælgerne i det enkelte land.

Prisnedsættelser i form af rabat ydes individuelt, navnlig til de kunder, som afgiver de største ordrer, idet sælgerne søger at trække disse interessante kunder til sig ved at tilbyde dem de mest fordelagtige vilkår. Særegenhederne i prispolitikken kan ligeledes forklares med den meget forskelligartede service, som den enkelte sælger tilbyder sine kunder. Af alt dette følger i øvrigt en svag markedstransparens med hensyn til de reelle priser for farvestoffer, og denne svage transparens er en nødvendig betingelse for den adfærd fra sælgernes side, som hedder »prisindhug«. Den omtalte politik kan kun medføre virkelige handelsfordele, såfremt konkurrenterne ikke bliver klare over, at der er gjort indrømmelse, eller afholder sig fra modforholdsregler.

Idet jeg stadig holder mig til prisområdet, viser det sig, at de af Domstolen udpegede sagkyndige har fremhævet, at de virkelige priser for farvestoffer frembyder forskelle, ikke blot fra år men også fra det ene land til det andet (se figur 5 og 6).

Endelig kan man med udgangspunkt i konjunkturudviklingen notere en almindelig tendens til underminering af priserne for farvestoffer, og det er helt utvivltsomt, at denne situation omkring 1963—1964 stærkt optog samtlige producenter og spillede en afgørende rolle i beslutningerne om generelt at forhøje priserne.

De af parterne udpegede sagkyndige har på ingen måde bestridt de konstateringer, som professorerne Kloten og Albach har foretaget, og som man kan sammenfatte på følgende måde:

— Markedet for farvestoffer er et oligopolistisk marked, der kontrolleres af et lille antal producenter.

— Der er tale om et ufuldkomment, heterogent marked, navnlig som følge af det meget varierede vareudbud.

— Der er tale om et opdelt marked, ja professor Kantzenbach bruger endog ordet »cementeret«.

— Det er et marked, på hvilket kunden kommer i direkte forbindelse med producenten, når det drejer sig om en indenlandsk producent; han har aldrig forbindelse med en udenlandsk producent, men kun med dennes datterselskaber, repræsentanter eller agenter.

— Endelig er det et marked, på hvilket der praktisk taget ikke findes transparens med hensyn til priser.

2. *De sagkyndiges udtalelser*

a) Stillet over for disse konstateringer når de sagkyndige ikke desto mindre til diametralt modsatte konklusioner. Professorerne Bombach og Hill er af den opfattelse, at det skyldes markedets særlige struktur, at forhøjelserne er samtidige, og tilføjer, at priserne på dette ufuldkomne marked ikke er en afgørende faktor, eftersom bistanden til kunderne og leveringsbetingelserne her har en ganske særlig betydning; efter deres opfattelse genfinder prisstrukturen således som følge af den stadigt herskende konkurrence sin fleksibilitet, selv efter ensartede forhøjelser på markedet.

Professor Kantzenbach kan derimod tiltræde Kommissionens konklusion, hvorefter forhøjelserne kun kan forklares med en forståelse mellem virksomhederne, og han afslutter sin rapport på følgende måde: »Inden for Det europæiske Fællesskab konkurrerer sælgerne af farvestoffer oligopolistisk på en række klart afgrænsede markeder; da disse markeder er ufuldkomne, er der intet, som kræver en ensartet adfærd på prisområdet«.

Konklusionerne fra de af Domstolen udpegede sagkyndige betyder for mit vedkommende, at jeg vil foreslå Domstolen at lægge til grund, at de omtvistede prisforhøjelser ikke kan forklares med det pågældende markeds strukturer og mekanismer.

b) Domstolen har stillet professorerne Kloten og Albach tre spørgsmål.

For det første har Domstolen spurgt, om det i betragtning af særegenhederne ved farvestofmarkedet inden for Det europæiske økonomiske Fællesskab, navnlig i perioden 1964—1967, ville have været muligt ud fra de gældende handelskriterier for en selvstændigt handlende producent, som havde interesse i at forhøje sine priser, at gå frem på *anden måde* end ved en almindelig, ensartet og offentlig forhøjelse og fastsætte forskellige satser i sine særlige forhold til de forskellige kunder og afhængigt af det enkelte produkt.

Dette spørgsmål har de sagkyndige besvaret bekræftende derhen, at en producent, som handler selvstændigt ud fra de normale handelskriterier, i princippet havde mulighed for at foretage en differentieret prisforhøjelse under hensyn til den enkelte kunde og det enkelte produkt. Imidlertid er det vigtigt i mine øjne, at de også har bekræftet, at det ville have været muligt for en sådan producent at foretage en differentieret prisforhøjelse i *praksis,* idet der kun tages ét forbehold med hensyn til dette svar, nemlig at den gennemsnitlige prisforhøjelse, som en således handlende producent havde kunnet gennemføre, »formentlig ville have været lavere end den gennemsnitlige prisstigning som følge af en generel og ensartet prisforhøjelse«.

For det andet har Domstolen spurgt de sagkyndige, hvilke fordele og ulemper der i forhold til en differentieret forhøjelse kan være forbundet med en generel og lineær prisforhøjelse.

Til dette andet spørgsmål er de sagkyndiges svar, at selv om en generel og lineær forhøjelse indebærer både chancer og risici såvel for den producent, der tager initiativet til forhøjelsen, som for den producent, der skal tilslutte sig den, har de fordele, som skabes af en almindelig og ensartet prisforhøjelse, i sidste ende større vægt end ulemperne.

Dette svar forekommer mig endnu mere betydningsfuldt end det første.

Mindre interessant er det sidste spørgsmål vedrørende den større eller mindre mulighed for, at andre farvestoffer end specialfarvestofferne kan erstattes med hinanden. På samme måde som de sagkyndige mener jeg, at denne sondring er til liden nytte for vurderingen af sagens faktiske omstændighe-

der. At farvestofprodukterne kan erstattes med hinanden forekommer mig nemlig at være noget underordnet på et marked, hvor efterspørgselen er overordentlig differentieret, og hvor der især af producenterne opretholdes en geografisk opdeling, som næppe gør det muligt for et givet lands forbrugere at henvende sig ubesværet til sælgerne i et andet land med henblik på at opnå en bedre pris, selv for produkter, der kan erstatte hinanden.

3. *De nødvendige konklusioner af de sagkyndiges rapporter*

Hvad skal man mene om disse i øvrigt nuancerede konklusioner? For mit vedkommende giver de mig en fornemmelse af, at *særegenhederne* ved farvestofmarkedet ikke alene gør det muligt at forklare de ensartede prisforhøjelser, der fandt sted i den omtvistede periode.

Uden at gå så langt som Kommissionen og antage, at forhøjelserne derfor kun kan være resultatet af en enighed, mener jeg, at følgende må lægges til grund:

— markedsstrukturen gjorde på ingen måde sådanne ensartede forhøjelser påkrævet, hvorimod de af konkurrencen mellem sælgerne udspringende krav, forudsat denne konkurrence var fri, tvang sælgerne til hver for sig at foretage differentierede prisforhøjelser;

— producenternes interesse forklarer derimod, hvorfor de besluttede og gennemførte samme procentvise forhøjelser for det samlede vareudbud og herved tvang deres datterselskaber og repræsentanter til at overvælte forhøjelserne på kunderne. Denne interesse, som jeg senere skal komme tilbage til, ligger i det væsentlige i den omstændighed, at ensartede prisforhøjelser, i betragtning af opdelingen af de nationale markeder i Europa og navnlig i Fællesskabet, i producenternes øjne havde den fordel, at de ikke forstyrrede den ligevægt og, i virkeligheden, opdeling i geografiske sektorer, som oprettelsen af fællesmarkedet skulle have fjernet.

4. *Argumenter fra den økonomiske teori om oligopoler*

Før jeg forlader økonomien, og for at yde sagsøgerne retfærdighed på dette punkt, må jeg herudover indledningsvis gøre nogle bemærkninger til de argumenter, som sagsøgerne hævder at kunne udlede af en snæver og, på en måde, nødvendig forbindelse mellem markedets oligopolistiske form og parallelliteten i deres adfærd. Det er deres opfattelse, at en sådan parallellitet er normal og endog typisk for et oligopol. Kommissionen har hertil med rette svaret, at denne tese ikke tager hensyn til særegenhederne ved det pågældende marked.

Et oligopol, med hensyn til hvilket de fleste økonomer antager, at dets funktion indebærer en bevidst parallellitet, er en markedsform, hvorunder producenterne er stærkt afhængig af hinanden, sådan at ingen af dem kan træffe en afgørelse i konkurrencemæssig henseende, og navnlig på prisområdet, uden at de andre omgående berøres, bliver klare herover og tvinges til at reagere.

I en sådan situation vil »prisføreren« kun beslutte sig til en forhøjelse, hvis han er tilstrækkeligt overbevist om, at hans konkurrenter foranlediges til at slutte sig til forhøjelsen. Hvis man holder sig til den økonomiske teori, findes en sådan indbyrdes afhængighed kun på markeder, hvor der, uafhængigt af de sædvanlige kriterier for et oligopol, findes to afgørende faktorer: ensartede produkter og prismæssig markedstransparens. Dette er ikke tilfældet med farvestofmarkedet, hvor produkterne er meget varierede produkter og faktisk kun i ret begrænset omfang kan erstatte hinanden, og

hvor der praktisk taget ikke findes pristransparens.

Hvis man går fra teori til retspraksis, konstaterer man i øvrigt, at begrebet bevidst paralleladfærd kun, med undtagelser i henhold til særdeles specielle overvejelser, er blevet lagt til grund, når der har været tale om markeder, der er karakteriseret ved fremstilling eller salg af ensartede produkter; olie, træ, salt, cement, tobak . . .

American *Column and Lumber,* ref. 257 US 377 (1921)
Socony *Vacuum,* ref. 310 US 178 (1940)
American *Tobacco,* ref. 328 US 781 (1946)
Cement Institute, ref. 333 US 683 (1948)
Morton *Salt,* ref. 235 F. 2 d 573 (10th Cir. 1956)
Gulf *Oil,* ref. 164 A. 2 d 656 (1960)

Der er ganske vist tale om afgørelser fra amerikanske domstole, og jeg anfører dem kun som sammenligningsfaktor med henblik på undersøgelsen af nærværende sag; for det område, jeg behandler i øjeblikket, får afgørelserne imidlertid en vis betydning.

Til disse overvejelser ønsker jeg at føje en bemærkning:

Den opfattelse, hvorefter en prisændring fra samtlige deltageres side kan forklares ved den tvang, som hersker på et oligopolistisk marked, kan forekomme overbevisende, når det drejer sig om en prisnedsættelse; men i tilfælde af en forhøjelse virker markedstvangen ikke i samme omfang. De sagkyndige antager, at en differentieret forhøjelse havde været mulig. Det sagsøgende selskab BASF har indirekte erkendt dette i sin skrivelse af 13. oktober 1967 til Bundeskartellamt: »Hvad angår beregningen af produktionsprisen, var en endnu større forhøjelse (end den på 8 %) nødvendig i oktober 1967«.

Ligeledes skulle af logikken i det af de sagkyndige beskrevne system med oligopoltvang, hvorefter den producent, der på et givet marked tager initiativet, altid er indehaver af den største del af det pågældende marked, følge, at det altid var den stærkeste virksomhed på dette marked, dvs. den som befandt sig på sit hjemmemarked, der tog initiativet til forhøjelsen. Men i mindst ét tilfælde, nemlig i 1964, var det ikke den virksomhed, som befandt sig på sit hjemmemarked, ACNA, der tog initiativet til forhøjelsen i Italien, men Ciba, idet ACNA først lidt senere tilsluttede sig den. Dette viser, at medens en enighed om en sænkning af niveauet på et oligopolistisk marked i de fleste tilfælde kan forklares som en parallel optræden uden samordning, er det derimod til gengæld højst tvivlsomt, om en enighed om en forhøjelse af priserne — navnlig når forhøjelsen er betydelig — kan forklares som andet end en samordning mellem de interesserede firmaer.

C —*De faktiske omstændigheder omkring forhøjelserne*

Når alt kommer til alt, tror jeg derfor ikke, at farvestofmarkedets særegenheder kan afgive en rationel og tilfredsstillende forklaring. Derimod mener jeg, at eksistensen af en samordnet praksis bekræftes af en undersøgelse af de faktiske omstændigheder, hvorunder de omtvistede prisforhøjelser fandt sted.

1. Jeg skal imidlertid starte gennemgangen af disse forhøjelser med de to sidste. De afslører forekomsten af en fælles mekanisme. I de to tilfælde er den fulgte praksis den samme:

a) Først meddeler en producent, at han vil foretage en lineær forhøjelse på et eller flere nationale markeder med en bestemt sats og vedrørende et ligeldes bestemt og meget bredt vareudbud. Det gælder for BASF i 1965, for Geigy i 1967. Hvad enten det tidspunkt, fra hvilket den påtænkte for-

højelse skal have virkning, præciseres, idet der samtidig indrømmes en vis frist (to måneder i 1967), eller det ikke fastsættes, foregår alt, som om »prisføreren« havde til hensigt at give de andre producenter en vis betænkingstid.

b) Herefter gives der de andre firmaer meddelelse om det påtænkte, enten i deres egenskab af datterselskaber og kunder eller på anden måde. At de faktisk har fået meddelelse, ses ikke at være bestridt.

c) Endelig: i de fleste af fællesmarkedets lande giver producenterne de nødvendige anvisninger ved iværksættelsen af forhøjelsen, og denne foretages så på samme tidspunkt, både i 1965 og i 1967.

Hvis derimod en af producenterne på et givet marked nægter at gå med — således forholdt det sig med ACNA på det italienske marked i 1965 og i 1967 — giver de andre afkald på at gennemføre forhøjelsen på dette marked.

Således står man over for en første beslutning fra »prisføreren«, som der gives forhåndsmeddelelse om, og som efter omstændighederne følges op enten af en tilslutning fra de andre firmaer eller af en fuldstændig eller delvis nægtelse, der accepteres af konkurrenterne, som drager konsekvenserne heraf.

Uden at det er nødvendigt at undersøge, hvorledes denne operation skal kvalificeres kontraktretligt, eftersom vi ikke har at gøre med en »aftale«, mener jeg, at den faktisk indebærer en tilnærmelse mellem flere viljer: »prisførerens« vilje, som ikke er rent ensidig, da virkeliggørelsen af hans beslutning afhænger af de andre producenters accept, herefter viljen hos hver af disse sidstnævnte, som, i det mindste stiltiende, tilslutter sig »prisførerens« oprindelige beslutning eller modsætter sig denne og hindrer dens virkeliggørelse eller i hvert fald begrænser dens rækkevidde.

Disse omstændigheder forekommer mig tilstrækkelige til at godtgøre, at der foreligger en sådan samordning, som kræves i artikel 85, stk. 1. At kræve en mere åbenbar og udtrykkelig tilkendegivelse af hensigterne ville føre til, at der ikke tages hensyn til den sondring, som den nævnte traktatbestemmelse foretager mellem aftaler og samordnet praksis. Dette ville følgelig være ensbetydende med ikke at give samordningsbegrebet det reale indhold, som det efter min mening nødvendigvis må tillægges. Samordning er ikke en aftale; den er ikke fastslået i et dokument, der har til formål at fastsætte parternes gensidige forpligtelser. Den er heller ikke nødvendigvis en »sammensværgelse«, der er organiseret metodisk på møder, hvorunder meningsforskelligheder kommer til udtryk, og interesserne støder sammen. Den kan bestå og har i nærværende sag bestået i en fælles men koordineret optræden med udgangspunkt i tilsyneladende ensidige beslutninger, hvis udførelse afhænger af de deltagendes tilslutning.

Mod denne tese kan der rejses en indsigelse, som visse repræsentanter for sagsøgerne, navnlig professor Von Simson, ikke har undladt at gøre glimrende rede for i de mundtlige forhandlinger.

Såfremt man kun lagde vægt på forholdet mellem »prisføreren« på den ene side og hver af de andre producenter på den anden, ville man herved som samordning anse tosidede forhold, som på et oligopolistisk marked naturligvis kan forklares med en interesse hos den enkelte virksomhed, der både er undergivet tvangen på et sådant marked og »prisførerens« dominerende indflydelse. Under drøftelserne er det blevet anført, at operationen måske sådan set kan anses for et misbrug af en dominerende stilling fra »prisførerens side« efter betydningen i traktatens artikel 86, men ikke som en samordnet praksis, der gribes af artikel 85; for denne artikel kræver nemlig ikke en blot og bar

tilslutning til beslutningen fra en af producenternes side, men en virkelig samordning mellem alle producenterne.

Professor Von Simsons indsigelse forekommer mig grundløs. Hvis der nemlig havde været indgået en virkelig aftale mellem »prisføreren« og hver af de andre producenter af en sådan karakter, at den gav udtryk for den pågældende anden producents tilslutning, er det helt utvivlsomt, at en sådan tosidig aftale, selv om den var blevet stående alene, havde kunnet begrunde en anvendelse af artikel 85, stk. 1, uden at der havde været anledning til at undersøge, om andre identiske aftaler var afsluttet, eller om der var knyttet bånd mellem deltagerne i de forskellige aftaler.

Men kan man kræve mere på området for samordnet praksis, end hvor der er tale om aftaler?

Dernæst kan der kun — som følge af den almindelige tendens i sagsøgerens argumentation — lægges vægt på den rejste indsigelse mod min opfattelse i tilfælde af, at der foreligger et oligopolistisk marked af den klassiske type, dvs. hvor der er stærk indbyrdes afhængighed mellem producenterne af ensartede produkter. Men som tidligere anført, fører undersøgelsen af farvestofmarkedet til den antagelse, at dette markeds særlige karakteristika på mere end ét punkt adskiller sig fra det helt typisk oligopol. Er det ikke slående at konstatere, at »prisføreren« er forskellig ved forhøjelserne i 1965 og 1967: først BASF, derefter Geigy? Er det følgelig ikke tilladt at mene, at initiativet til beslutningen på prisområdet blev tilrettelagt sådan, at først den ene og derefter den anden af producenterne udløser forhøjelsen? En sådan manøvre ville, forudsat den blev påvist, utvivlsomt i sig selv udgøre en samordning, men den fremgår ikke af bevisførelsen. Eller skal man ikke snarere søge forklaringen på disse ændringer i førerskabet på prisområdet i den omstændighed, at det i betragtning af opdelingen af de nationale markeder var naturligt, at »prisføreren« blev en af de virksomheder, som eksporterer en stor del af deres produktion til nabomarkederne, hvilket er tilfældet med BASF og Geigy?

Lige så lidt som den første finder denne anden mulighed givetvis ingen ubestridelig støtte i sagsakterne. Jeg anser den imidlertid for mere sandsynlig, når jeg tager samtlige sagens omstændigheder i betragtning.

Hvorom alting er, skal Domstolen ikke lægge den til grund, hvis jeg har kunnet overbevise Domstolen om, at selve mekanismen i forhøjelserne af 1965 og 1967 i sig selv afslører en samordning. Hvis Domstolen stadig skulle være i tvivl på dette punkt, indeholder de særlige faktiske omstændigheder, hvorunder de pågældende forhøjelser blev gennemført, også alvorlige indicier. Det er vedrørende den i 1967 foretagne forhøjelse, at disse på en gang er mest talrige og mest indbyrdes overensstemmende. Jeg skal tillade mig at minde om dem: I Basel afholdtes den 18. august 1967 på Sandoz' hovedkontor et møde, hvori deltog repræsentanter for samtlige de sagsøgende firmaer undtagen ACNA. Man er naturligvis ikke i besiddelse af referatet fra mødet, men ét punkt er imidlertid klart: Geigys delegerede giver meddelelse om dette firmas hensigt til at forhøje prisen for opløselige anilinfarvestoffer inden årets udgang, og det fremgår af sagsakterne, at denne hensigt blev formuleret præcist; der blev tale om en forhøjelse på 8 % fra den 16. oktober 1967.

Bayers og Francolors repræsentanter meddeler, at deres virksomheder også påtænker en forhøjelse.

Der er ganske vist ikke noget formelt bevis for, at disse erklæringer blev efterfulgt af et møde, hvorunder der skulle være indgået gensidige forpligtelser. Det forekommer

imidlertid meget lidt sandsynligt, at der ikke på dette punkt har været i det mindste en diskussion, eftersom problemet med prisen for farvestoffer og virksomhedernes rentabilitet på det pågældende tidspunkt gav anledning til alvorlige bekymringer hos samtlige producenter.

Straks efter mødet i Basel begynder i hvert enkelt selskab en periode med intens aktivitet med henblik på gennemførelsen af den påtænkte forhøjelse. Repræsentanterne for de virksomheder, som deltog i mødet i Basel, aflægger rapport om situationen for deres respektive ledere; to særtilfælde ordnes i denne periode, i Frankrig, hvor Francolor som følge af priskontrollen ikke har kunnet drage fordel af forhøjelserne i 1964 og 1965 og derfor beslutter at dække sit efterslæb med en forhøjelse, som er 4 % højere end den almindelige forhøjelse på 8 %; i Italien, hvor ACNA som følge af tilbagegangen på det indenlandske marked modsætter sig forhøjelsen, som firmaet imidlertid erklærer sig beredt til at anvende på andre markeder navnlig det belgiske og det frankse marked.

På denne måde tilpasses den forhøjelse, som oprindelig var tænkt at skulle gennemføres ensartet med 8 % i samtlige markeder i Fællesskabet, til særtilfældene i Frankrig og Italien.

Endvidere synes BASF, som skal have ønsket en større forhøjelse, endelig at have tilsluttet sig satsen på 8 %.

Under alle omstændigheder giver samtlige de virksomheder, som en måned tidligere har været repræsenteret i Basel, den 19. september 1967 meddelelse om en forhøjelse på 8 % fra den 16. oktober 1967, idet dog Francolor's forhøjelse andrager 12 %.

Endelig træder denne forhøjelse i næsten alle tilfælde, naturligvis med undtagelse af Italien, i kraft på den dato, som var meddelt i Basel og bekræftet den 19. september, dvs. 16. oktober.

En så perfekt samtidighed i begivenhedernes gang kan vel ikke forklares med en simpel udveksling af gensidige oplysninger, som de pågældende firmaer i øvrigt ikke yder? Jeg er af den formening, at operationen ikke kunne være virkeliggjort under sådanne omstændigheder uden en virkelig samordning.

De nævnte omstændigheder afslører således indicier, som efter min opfattelse gør det muligt at bevise eksistensen af en sådan samordning, ikke blot mellem Geigy og hvert af de andre firmaer i sagen, men også mellem disse sidstnævnte indbyrdes, med hensyn til den beslutning, de traf under hensyn til »prisførerens« erklærede hensigt, og til den måde, hvorpå de tilsluttede sig hans beslutning.

Tilfældet Italien er i så henseende betegnende. Da ACNA afslog at følge trop, blev det italienske marked sparet for forhøjelserne, og de andre virksomheder drog konsekvenserne af dette afslag; derimod accepterede ACNA at forhøje sine priser på det franske og det belgiske marked.

Med hensyn til forhøjelsen i 1965, der som bekendt bestod i en udstrækning af forhøjelsen af 1964 til Tyskland og en forhøjelse med 10 % af prisen på de produkter, som ikke ramtes af forhøjelsen i 1964, dvs. i det væsentlige uopløselige pigmenter, viser de nærmere omstændigheder ved gennemførelsen heraf megen lighed med omstændighederne ved forhøjelsen i 1967:

Forhøjelsen blev bekendtgjort af BASF den 14. oktober 1964, lang tid i forvejen; samme hensigt blev udtrykt af Bayer den 30. oktober og af Casella den 5. november. Den besluttedes først endeligt og trådte først i kraft efter udløbet af en frist svarende

til den, der i 1967 forløb mellem mødet i Basel og forhøjelsernes faktiske gennemførelse; for samtlige selskabers vedkommende blev beslutningen nemlig først truffet den 28. december med ikrafttræden pr. 1. januar 1965.

I november og december blev to tilfælde ordnet: for det første betød ACNA's vægring, at det italienske marked holdtes ude fra de forhøjelser, der påtænktes for de øvrige markeder; for det andet hindrede prisstoppet i Frankrig som bekendt gennemførelsen af enhver forhøjelse i dette land. Endelig var, som ved forhøjelsen i 1967, samtidigheden perfekt, og der forekom ingen uligheder eller nok så små forskelle i forholdene omkring gennemførelsen. Af grunde svarende til dem, som jeg allerede har redegjort for, mener jeg derfor, at forhøjelsen i 1964 skete på grundlag af samme samordning som forhøjelsen i 1967.

2. *Forhøjelsen i 1964*

Når jeg ikke er gået kronologisk frem i min behandling af de successive forhøjelser, skyldes det, at sagsakterne ikke indeholder lige så mange oplysninger vedrørende den første, som fandt sted i januar 1964, som vedrørende de efterfølgende.

Jeg har kun kendskab til de omstændigheder, hvorunder denne forhøjelse blev gennemført mellem den 13. og den 20. januar; jeg ved også, at den blev udløst af Ciba, der sandsynligvis i slutningen af 1963 eller i de første dage af 1964 gav sit italienske datterselskab ordre til at foretage en forhøjelse på 15 % for de fleste anilinfarvestoffer med undtagelse af visse produkter, navnlig pigmenterne.

Derimod er jeg ikke klar over, hvornår og under hvilke omstændigheder »prisføreren« gav meddelelse om denne forhøjelse, eller hvorledes de andre producenter reagerede, bortset fra at disse fulgte med, undtagen når det gjaldt det tyske og det franske marked.

Det er derfor muligt at hævde, at den mekanisme, der som påvist fungerede for de senere operationer, allerede var iværksat for den første.

Denne mangel på oplysninger får mig imidlertid ikke til, med hensyn til forhøjelsen i 1964, at forkaste klagepunktet vedrørende samordning. Lad mig i forbigående bemærke, at lakunen i sagsakterne helt åbenbart skyldes, at Kommissionen på det pågældende tidspunkt endnu ikke var blevet alarmeret og derfor naturligvis heller ikke kunne skaffe sig oplysninger. Da undersøgelsesmaskineriet senere blev sat i gang, må det uden tvivl have været temmelig vanskeligt med blot nogen chance for succes at lede efter indicier for en samordning, som skulle have udspillet sig i de sidste måneder af 1963.

Det er altså alene på grundlag af de faktiske omstændigheder, som fremgår af sagsakterne, at jeg skal forsøge at overbevise Domstolen.

Hvad er det for omstændigheder?

Med hensyn til tidspunkterne for forhøjelsens gennemførelse er det godtgjort, at CIBA-Italien den 7. januar og med virkning fra samme dag gennemfører en forhøjelse med 15 % på anilinfarvestoffer med undtagelse af pigmenter, farvestoffer til levnedsmidler og kosmetika. Det tager 2—3 dage, før de andre producenter reagerer. Den 9. januar giver ICI-Holland meddelelse om og gennemfører forhøjelsen. Den 9. om aftenen giver samtlige andre producenter deres repræsentanter i Italien anvisninger vedrørende forhøjelsen. Samme dag giver Bayer sit datterselskab i Belgien ordre om for de samme produkter at gennemføre samme forhøjelse, der finder sted den 10. januar. Samme dag, den 10. januar, træffer ACNA beslutning

om forhøjelsen i Italien; den 13. januar gennemfører ACNA den i Belgien. Endelig giver Sandoz-Schweiz den 13. januar Sandoz-Italien de nødvendige anvisninger om gennemførelsen af den forhøjelse, hvis princip den har meddelt datterselskabet ved skrivelse af 9. januar.

Vedrørende de nærmere forhold: Forhøjelsen sker med samme procentvise sats; på enkelte varer nær vedrører den de samme varegrupper. Selv om der er konstateret visse meningsforskelle, der i øvrigt er fremhævet af to af sagsøgerne, Bayer og Geigy, vedrørende både de produkter, som skulle rammes af forhøjelsen, og de nærmere bestemmelser for gennemførelsen af denne i forhold til kunderne, er disse forskelle af underordnet karakter og ude af stand til for alvor at rokke ved de ubestridelige og i flere henseender slående ligheder, som kan konstateres mellem de anvisninger, som visse moderselskaber har givet deres datterselskaber eller repræsentanter. Heri ser Kommissionen et af selve beviserne for samordningen. Selv om jeg ikke fuldstændigt deler denne opfattelse, må det absolut erkendes, at den næsten bogstavelige overensstemmelse mellem visse af disse telexmeddelelser, ikke blot med hensyn til datoerne, til forhøjelsens størrelse og til de omfattede varegrupper, men også med hensyn til den linje, der skal følges i forholdet til kunderne, udgør et yderligere indicium, som ikke kan overses. Herudover har sagsøgte anført, at det er utænkeligt, at de pågældende så hurtigt kunne gennemføre en ensartet forhøjelse, hvis de ikke forud havde samordnet deres adfærd. Dette argument er ikke uden betydning, men man kan indvende, at selve den hurtighed, hvormed selskaberne har reageret, modsat kunne påberåbes imod tesen om en samordning, der nødvendigvis kræver en vis frist.

Det er imidlertid ikke forbudt at forestille sig, at instruktionerne til datterselskaberne og repræsentanterne kun var afslutningen på en operation, hvorom der er gode grunde til at formode, at den var begyndt nogle uger tidligere. Medens alle faserne i samordningen er blotlagt hvad angår forhøjelserne i 1965 og 1967, kan jeg hvad angår forhøjelsen i 1964 kun se toppen af »isbjerget«. Dette kan også forklares med, at fremgangsmåden for samordning så at sige er pudset af med tiden og først har fundet sin endelige form ved den sidste forhøjelse i 1967.

3. *Beviset for samordning*

Jeg vil imidlertid ikke opholde mig ved disse punkter, som, når alt kommer til alt, er underordnede. Det er noget andet, som fører mig til at anse det for bevist, at der eksisterer en samordning, som hidrører fra før forhøjelsen i 1964. Jeg tror nemlig, at denne sidste ikke kan adskilles fra dem, som fulgte efter, at de allesammen er led i en global strategi, som producenterne helt bevidst har deltaget i. Er det i øvrigt ikke en kendsgerning, at 1964-forhøjelsen på 15 % i 1965 blev udstrakt til Tyskland, der var blevet sparet året før? Er det ikke påvist, at den yderligere forhøjelse på 10 % i 1965 vedrørte de farvestoffer og pigmenter, som var udelukket fra den første prisforhøjelse, dvs. bestod i en udvidelse af forhøjelsens anvendelsesområde? At der i 1967 for anden gang blev truffet beslutning om forhøjelse af priserne på samtlige farvestoffer, idet man denne gang medtog det franske marked, som havde været udelukket fra forhøjelserne som følge af den økonomiske stabiliseringsplan?

Denne kontinuitet i fremgangsmåden overbeviser mig om, at samordningen er fremgået af en helhedsplan. Følgelig rokker de i øvrigt underordnede forskelle, der kan konstateres i »modus operandi«, ikke ved planens enhed og kontinuitet.

Ligger det ikke også i sagens natur, at producenterne på prisområdet foretager forhøjelserne gradvis lidt efter lidt, om det så

kun er for at undgå brutalt at gennemføre en for høj sats på én gang, for at søge at mildne kundernes reaktioner eller endelig for at sikre sig — før de går videre med udførelsen af deres plan — at gennemførelsen af den første forhøjelse faktisk har givet de ønskede resultater og ikke har medført katastrofale konsekvenser?

Jeg skal derfor indtrængende foreslå, at Domstolen antager eksistensen af én og samme samordnede praksis vedrørende de tre forhøjelser i 1964, 1965 og 1967.

Herefter må der foretages en undersøgelse af to andre spørgsmål, før det kan antages, at den pågældende samordnede adfærd kunne begrunde den anfægtede beslutning.

Afdeling IV

Påvirkningen af konkurrencen

A — *Betingelserne for anvendelse af artikel 85, stk. 1, med hensyn til samordnet praksis*

For at traktatens artikel 85, stk. 1, kan anvendes, må det herudover kræves, at aftalerne mellem virksomheder eller den samordnede praksis har haft *»til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet«*.

Med hensyn til aftaler har Domstolen fortolket udtrykket »til formål eller til følge« således, at *formålet* er tilstrækkeligt til, at betingelsen er opfyldt, uden at det er nødvendigt at undersøge de *faktiske følger*, som en aftale har kunnet have for den frie konkurrence (dom af 13. 7. 1966, forenede sager 56 og 58/64, Grundig, Sml. 1965—1968, s. 245).

Imidlertid mener en del af teorien, som med henblik på begrebet samordnet praksis tillægger de objektive faktorer særlig vægt, at en sådan praksis, for at kunne rammes af artikel 85, faktisk, konkret, skal have haft til følge at hindre konkurrencen.

I sit forslag til afgørelse i Chemiepharma-sagen syntes generaladvokat Gand at være af samme opfattelse. Han udtalte: ». . . [Man behøver] ikke ved anvendelsen af artikel 85 at tage hensyn til aftalens faktiske følger. Det forholder sig uden tvivl anderledes ved en samordnet praksis, der ifølge den fremherskende opfattelse forudsætter, at samordningen ytrer sig konkret, således at der skal påvises såvel en faktisk adfærd hos de pågældende parter som en sammenhæng mellem denne adfærd og en forudfattet plan« (Sml. 1970, s. 139).

Jeg har allerede ladet skinne igennem, at min opfattelse ikke ligger fjernt fra den, som blev udtalt dengang.

Er det muligt at gå videre, at tage ikke blot resultatet, den faktiske følge af samordningen, men også dens *mulige følge* i betragtning? Det kan sikkert forekomme mærkeligt, hvis det antages, at en samordnet praksis, der materielt ikke har haft nogen følge for den frie konkurrence på trods af deltagernes hensigt og på grund af omstændigheder, som de ikke har været herrer over, undgår at blive ramt af artikel 85; jeg føler mig fristet til i et sådant tilfælde at antage, at forsøget eller den blotte begyndelse på udførelsen er tilstrækkelig til at begrunde en anvendelse af artikel 85, stk. 1.

B — *Virkningerne af den samordnede praksis på konkurrencen*

Såfremt Domstolen deler mit synspunkt, skal den imidlertid ikke udtale sig om dette spørgsmål, for i nærværende sag havde den omtvistede samordnede praksis både til formål og til konkret følge, at konkurrencen inden for fællesmarkedet blev begrænset eller fordrejet.

Hvad var nemlig konsekvenserne af forhøjelserne af farvestofpriserne?

Hvis man skal tro sagsøgerne, har disse følger slet intet betydet på grund af selve farvestofmarkedets struktur og de gældende sædvaner for salg til forbrugerne. Denne påstand har naturligvis sin oprindelse i den almindelige opfattelse, som vi allerede har mødt i forbindelse med forklaringen på virksomhedernes paralleloptræden. I nærværende sammenhæng forekommer den imidlertid overraskende, eftersom flertallet af sagsøgerne samtidig hævder, at der var livlig konkurrence mellem sælgerne. Denne modsigelse er imidlertid kun tilsyneladende. Under henvisning til de sagkyndige gør sagsøgerne gældende, at prisniveauet slet ikke var den eneste — eller blot den væsentligste — faktor i denne konkurrence mellem sælgerne. Denne konstatering er ikke ukorrekt; professorerne Kloten og Albach har selv fremført den; leveringsdygtighed og frister, produkternes kvalitet, teknisk bistand efter salget, kundegarantier samt endog forsikring mod eventuelle skader forvoldt af anvendelsen af farvestoffer, hvis kvalitet måtte vise sig utilstrækkelig, er nemlig alle faktorer, som betyder overordentlig meget for køberne, de forbrugende industrier; denne faktor fornægtes ikke af professor Kantzenbach. Med forlov må jeg imidlertid sige, at disse konkurrenceelementer vedbliver at være til stede uanset det almindelige niveau for priserne, når i det mindste ændringerne i disse gennemføres globalt og i ensartet omfang. De nævnte faktorer i konkurrencen kan kun spille en afgørende rolle i tilfælde af differentierede forhøjelser.

Dette er i øvrigt, hvad sagsøgerne søger at påvise ved at gøre gældende, at listerne over basispriserne ikke offentliggøres, hvorfor konkurrencen på salgspriserne sker ved hjælp af individuelle rabatter, der gives til visse købere; de siger videre, at en procentvis ensartet prisforhøjelse følgelig ikke kan påvirke denne form for konkurrence, eftersom priserne i realiteten forbliver differentierede. På denne måde bliver de lineære forhøjelser efter deres mening uden virkning for de faktiske priser, således som det bekræftes af den tendens til effektiv udhuling af priserne, der kan konstateres på verdensmarkedet for farvestoffer på trods af de lineære forhøjelser, som skete i løbet af perioden fra 1964 til 1967. Over for denne argumentation må man så spørge, hvorfor producenterne foretog disse forhøjelser, hvis de faktiske salgspriser som af dem påstået i almindelighed, for ikke at sige i alle tilfælde, bestemmes af de rabatter, som sælgerne indrømmer med henblik på at bevare eller binde en kunde.

Denne tese forekommer mig imidlertid ikke begrundet:

For det første: Er salg med rabat virkelig så almindelige, som man hævder; jeg kan ikke finde nogen bekræftelse herpå i sagsakterne. Tværtimod ser det ud til, at et datterselskab, altså en forhandler, i de fleste tilfælde kun kan indrømme en rabat med samtykke fra moderselskabet. Dette fremgår i det mindste af visse pr. telex afsendte anvisninger. Det ses vanskeligt, hvordan et sådant system kan bruges ved alle eller næsten alle salg.

Med hensyn til visse firmaer er jeg i øvrigt i besiddelse af talmæssige oplysninger: Det er tilfældet med Bayer, hvis årlige individuelle rabatter anslås til 1 500 (rapporten fra Kloten og Albach, s. 29, pkt. 50). Med hensyn til ICI fik dette selskab i 1967 forelagt 689 anmodninger om rabatter, medens det kun indrømmede 429 (ICI's memorandum vedrørende farvestofindustrien i Europa, s. 14). Disse tal synes meget små i forhold til det samlede salg foretaget af de samme selskaber. Bayer skal have omkring 15 000 kunder inden for fællesmarkedet (Kloten og Albach, s. 30, pkt. 52). Selv hvis man går ud fra, at visse kunder sædvanligvis får ra-

bat, udgør deres antal under $^1/_3$ af den samlede kundekreds. Med hensyn til ICI bliver de tildelte rabatter af minimal betydning, når man henser til dette firmas størrelse.

Men ganske uanset salgets størrelse i forhold til rabatten står det fast, at denne kun kan tildeles i forhold til referenceprisen, til en basispris. Følgelig kan prisforhøjelserne, selv om de procentvis er ens, ikke undgå at øve indflydelse på de faktiske priser på et ikke-transparent marked, hvor det vil være umuligt at fastsætte rabatterne under hensyn til dem, som konkurrenten kan yde. Jeg vil tilføje, at den ensartede forhøjelse for køberens vedkommende ikke kan undgå at have enten en afskrækkende virkning, idet den fratager ham modet til at kræve opretholdt den rabat, som tidligere blev ydet ham, eller en overtalende virkning, idet den psykologisk forbereder køberen til at acceptere en nedsættelse af rabatten.

Såfremt endelig de procentvis ensartede og lineære forhøjelser ikke bevirker, at *enhver konkurrence* blev ophævet, havde de dog ubestrideligt både til formål og til følge, at *konkurrencen blev holdt inden for de grænser, inden for hvilke den virkede tidligere.* Producenterne opnåede en slags forsikring mod risikoen for, at konkurrencen udviklede sig, og navnlig mod, at de erhvervede positioner og den skabte ligevægt på de opdelte nationale markeder blev bragt i fare.

Denne analyse foranlediger mig altså til at antage, at de lineære forhøjelser har haft en konkret virkning på konkurrencen, som differentierede og ikke-samordnede prisforhøjelser ikke ville have haft. Herudover mener jeg at se en bekræftelse på denne opfattelse i den særlige situation på visse markeder.

C — *Særligt om selskabet ACNA*

Et lille sammenstød i retsmødet mellem en af Kommissionens befuldmægtigede og en af de sagsøgende firmaers repræsentanter gav anledning til vigtige præciseringer på dette punkt. Kommissionens repræsentant kom til at sige, at ACNA's omsætning på det tyske marked udviklede sig betydeligt i de måneder, som fulgte efter forhøjelsen af 1. januar 1965, som det nævnte firma havde nægtet at tilslutte sig. Dets omsætning på dette marked beløb sig i 1964 til 64 mill. lire; i de første fire måneder af 1965 nåede den imidlertid 97 mill. lire, og Kommissionen anslår ACNA's handel med Tyskland til lige ved 300 mill. lire for hele a 1965. Noget lignende blev konstateret efter forhøjelsen i 1967.

Sagsøgerne har ikke taget til genmæle mod denne argumentation. De har indskrænket sig til at hævde, at Kommissionen ikke under de mundtlige indlæg kam fremsætte et anbringende, som ikke er gjort gældende under skriftvekslingen. Denne formalitetsindsigelse kan ikke tages til følge.

Det er ikke Kommissionen men en af sagsøgerne, som i retsmødet er fremkommet med et argument, der i øvrigt ikke har været nævnt i de skriftlige indlæg, og som skulle bevise, at ACNA ikke, i forhold til sit samlede salg, har haft fordel af at holde sig uden for forhøjelsen i 1965. Som svar på dette nye argument anfører Kommissionens befuldmægtigede de faktiske omstændighder, som jeg lige har gjort rede for. Kommissionen, der er sagsøgt i sagen, kan lovligt anføre enhver omstændighed, der måtte forekomme den nyttig for at imødegå en ny argumentation fra sagsøgerne.

Der er ikke formelt rejst indsigelse mod den materielle rigtighed af de således beskrevne omstændigheder. Med hensyn til forhøjelsen i 1965 har Kommissionen præciseret, at de konstateringer, som den gør gældende, fandtes i det stenografiske referat af de udtalelser, som ACNA's salgsdirektør i juli 1965 afgav til en af Kommissionens embedsmænd. Med hensyn til forhøjelsen i

1967 har Kommissionen tilbudt at fremkomme med oplysninger, der går i samme retning. Det forekommer mig, at disse oplysninger bør anses for korrekte. Efter min mening har de nemlig stor betydning for vurderingen af følgerne af den samordnede praksis for konkurrencen. Når den eneste virksomhed, som ikke foretog visse forhøjelser, var i stand til at øge sit salg på et marked, på hvilket de andre firmaer havde gennemført en ensartet forhøjelse af deres priser, var årsagen netop, at dissse andre firmaers adfærd sigtede på at holde konkurrencen inden for visse grænser, som de ikke ønskede at overskride. ACNA's adfærd og den fordel, som firmaet i øvrigt havde heraf, er meget betegnende og bekræfter min opfattelse med hensyn til den reelle følge af den samordnede praksis.

Afdeling V

Virkningen af den samordnede praksis på samhandelen mellem medlemsstater

Det skal nu undersøges, om den omtalte samordnede politik kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, således som det kræves i artikel 85, stk. 1. Dette spørgsmål må besvares bekræftende.

For det første er det godtgjort, at den samordnede praksis dækkede markederne i adskillige medlemsstater, faktisk i samtlige disse med undtagelse af Frankrig indtil 1967, af Tyskland med hensyn til forhøjelsen i 1964 og af Italien med hensyn til forhøjelsen i 1967. Er denne omstændighed i sig selv tilstrækkelig til at bevise, at den nævnte samordnede praksis kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater? Det mener Kommissionen, idet den således tilslutter sig den opfattelse, at udtrykket »påvirke« med sin neutrale betydning kun har til formål at afgrænse anvendelsesområdet for Fællesskabets kartelret i forhold til kartelretten i de nationale retssystemer. Jeg mener imidlertid, at det fremgår af Domstolens dom i Grundig-sagen, at Domstolens fortolkning er mere nuanceret. Ganske vist er den omstændighed, at en aftale har kunnet virke, eller, mutatis mutandis, at en samordnet praksis virker i flere medlemsstater, en nødvendig betingelse for, at den kan anses for at påvirke samhandelen mellem de pågældende stater. Men er det en tilstrækkelig betingelse? Med Grundig-dommens ord må det også undersøges, om kartellet »direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt, er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked«. I så henseende gør sagsøgerne gældende, at der ikke findes noget fælles marked for farvestoffer men udelukkende nationale markeder, der er klart afgrænsede og adskilte, og hvorimellem varestrømmene løber i »fast cementerede salgskanaler« (rapporten fra den sagkyndige Kantzenbach, s. 14, pkt. 18). Forbrugerne køber udelukkende hos nationale salgsagenter, der er datterselskaber eller repræsentanter for producenterne. Da farvestofmarkedet således allerede før prisforhøjelserne i 1964 var strengt opdelt, kunne efter sagsøgernes opfattelse de skete forhøjelser og følgelig den samordnede praksis, som jeg anser for fastslået ikke påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

Til denne argumentation vil jeg svare på samme måde som med hensyn til virkningerne på konkurrencen: Selv om det kan antages, at opdelingen af farvestofmarkedet ikke er skabt ved producenternes samordningspolitik, står det ikke desto mindre fast, at de samordnede forhøjelser har opretholdt denne opdeling, som en ikke-samordnet adfærd havde kunnet bringe i fare.

Den omtvistede praksis har derfor også her haft den funktion at være en forsikring, som skulle dække producenterne mod risikoen

for, at der blev skabt nye handelsstrømme inden for Fællesskabet, og at en kunstig ligevægt blev forskubbet. Også dette bekræftes af særtilfældet ACNA: ved at afslå at deltage i den almindelige forhøjelse af 1. januar 1965 kunne firmaet øge omfanget af sine leveringer til Tyskland. Den almindelige og ensartede prisforhøjelse påvirkede således samhandelen mellem medlemsstaterne, eftersom den blotte omstændighed, at en af producenterne ikke gennemførte den, havde til følge, at samhandelen med farvestoffer mellem Italien og Tyskland i dette tilfælde blev forstærket, og at de betydelige prisforskelle mellem landene derfor blev truet.

Den samordnede praksis førte til, at virkeliggørelsen af et enhedsmarked for farvestoffer i Fællesskabet blev forhindret.

Det må konkluderes, at samtlige de betingelser, som kræves ifølge traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt i nærværende sag.

På dette sted kunne jeg standse redegørelsen vedrørende begrebet samordnet praksis. Jeg mener dog at måtte gøre yderligere to bemærkninger:

1. Som anført, er det min opfattelse, at der faktisk kun forelå én samordnet praksis, og at de forskellige forhøjelser, hvori denne praksis gav sig udtryk, ikke kan adskilles fra en helhedsplan. I så henseende vil Domstolen måske mene, at jeg ved kun at antage én samordnet praksis skubber begrundelsen for den anfægtede beslutning lidt til side, eftersom Kommissionen har taget tre adskilte forhøjelser i betragtning. Jeg mener imidlertid, at Domstolen, når den har fuld prøvelsesret, kan foretage dette ræsonnement, at intet hindrer, at Domstolen lægger denne fremstilling af forholdene til grund, såfremt omstændighederne kan bedømmes således, som jeg har søgt at gøre det.

2. Da jeg er af den overbevisning, at Kommissionen juridisk set har anvendt artikel 85 korrekt, idet den har anset eksistensen af en ved denne artikel forbudt samordnet praksis for bevist, nødsages jeg til kort at svare på visse indsigelser af almindelig karakter, som de sagsøgende selskaber har anført mod de farlige virkninger, som en sådan løsning indebærer for deres forretningsførelse og hele økonomiske aktivitet.

De har gjort gældende, at enhver økonomisk fornuftig prispolitik ville blive umulig

— Hvorledes kan en prisfører forhindre de andre virksomheder i at tilslutte sig hans beslutning om en prisforhøjelse?

— Hvorledes kan disse tvinges til ikke at gøre det?

— Er det nødvendigt, at de for deres vedkommende vælger en mindre forhøjelse?

I mine øjne er disse spørgsmål ikke relevante, og indvendingerne synes ikke særlig velbegrundede.

Jeg mener, at sagsøgernes indsigelser går let hen over konklusionerne fra professorerne Kloten og Albach, der, som jeg har påpeget, mener, at det er *praktisk* muligt at foretage differentierede prisforhøjelser, som helt selvstændigt besluttes af hver enkelt virksomhed.

Jeg skal ikke komme tilbage til dette punkt men blot bemærke, at der intet praktisk var i vejen for, at producenterne, såfremt de var i tvivl om foreneligheden med traktaten af de prisforhøjelser, som de påtænkte at gennemføre senere, indgav anmodninger om at måtte blive omfattet af artiklens stykke 3 og således præventivt åbnede en dialog med Kommissionen, som måske kunne føre til en for dem acceptabel løsning, der samtidig var forenelig med konkurrencereglerne. Domstolen har i øvrigt allerede haft lejlighed til at vise, hvorledes de økonomiske forhold på et oligopolistisk marked kan være forenelige

med traktatens bestemmelser. De grundsætninger, der er nedfældet i Domstolens domme af 18. maj 1962, Salgsforeningen for Ruhr, og af 15. maj 1964, den nederlandske regering, med hensyn til prisaftaler på kul-og stålmarkedet, vil utvivlsomt i påkommende tilfælde kunne overføres eller tilpasses til andre markeder.

Endelig har de bestræbelser, som i retsmødet er blevet udfoldet for at overbevise Domstolen om, at det i nærværende sag må antages, at en anvendelse af artikel 85 vil være ensbetydende med at knæsætte en dirigisme, som strider mod tankerne bag traktaten, slet ikke gjort indtryk på mig. Jeg mener på ingen måde, at eksistensen af og mekanismerne på de oligopolistiske markeder er forbudt hverken i medfør af artikel 85 eller i medfør af traktatens almindelige regler. Vi må erkende, at det i øvrigt er i disse økonomiske sektorer, at visse former for misbrug kan skade forbrugerne i fællesmarkedet mest. Er det da ikke et af Fællesskabets fundamentale mål stadig at forbedre levevilkårene, og indbefatter dette mål ikke nødvendigvis en beskyttelse af forbrugerne?

Det er derfor absolut berettiget, når fællesskabsmyndighederne særligt iagttager de markeder, hvis strukturer og funktion kan medføre, at en sådan risiko lettere bliver til virkelighed, og opmærksomt overvåger dem.

Ud fra denne synsvinkel forekommer det mig, at det anbringende om magtfordrejning, som er gjort gældende af BASF med den begrundelse, at Kommissionen skulle have haft til hensigt »at øve indflydelse på prispolitikken« ved at gøre brug af bestemmelserne om modvirken af karteller eller ulovlig samordnet praksis, skønt traktaten ikke har givet den beføjelse til at føre prispolitik, falder fuldstændig til jorden efter den diskussion, som jeg har helligt spørgsmålet, om der foreligger en sådan praksis i nærværende sag.

Hvis sagsøgeren udelukkende ønsker at give udtryk for den opfattelse, at Kommissionens beslutning — forudsat Domtolen skulle anse den for at være i overensstemmelse med artikel 85 — er således beskaffen, at den hindrer, at der for fremtiden besluttes og gennemføres forhøjelser under lignende omstændigheder, må det indrømmes, at de idømte sanktioner har nået deres såvel præventive som repressive formål.

Såfremt firmaet vil tillægge Kommissionen et fordækt motiv med hensyn til at ville gennemtvinge en faktisk prisnedsættelse på farvestofmarkedet, skal jeg indskrænke mig til at bemærke, at magtfordrejningen ikke fremgår af noget dokument i sagsakterne, og at denne påstand i virkeligheden kun er en meget fri tolkning af Kommissionens tanker, og ansvaret herfor overlader jeg til sagsøgeren.

Afsnit II

Kommissionens kompetence til at pålægge selskaber med hjemsted uden for fællesmarkedet bøder

Blandt de virksomheder, som fremstiller farvestoffer og — som jeg har bestræbt mig på at godtgøre det — har deltaget i en samordnet praksis, der er forbudt i fællesskabsretten, er tre — og ikke de mindste af dem — firmaer med hjemsted uden for fællesmarkedet:

— det første, Imperial Chemical Industries (sag 48/69), er et britisk selskab med hovedkontor i London;

— de to andre: Geigy (sag 52/69) og Sandoz (sag 53/69) har deres hovedkontorer i Basel og er oprettet efter schweizisk ret.

Hvad angår Kommissionens kompetence i forhold til dem, er den anfægtede beslutning begrundet således:

»Nærværende beslutning omfatter samtlige virksomheder, der har deltaget i den samordnede praksis, uanset om de har hjemsted inden eller uden for fællesmarkedet«.

Kommissionen udleder herefter af selve ordlyden af traktatens artikel 85, stk. 1, den retsvirkning, at de af traktaten fastsatte regler på konkurrenceområdet rammer enhver begrænsning, som inden for fællesmarkedet fremkalder de virkninger, der er omhandlet i artikel 85, og konkluderer, »at det er nødvendigt at undersøge, om de virksomheder, hvorfra konkurrencebegrænsningen hidhører, har deres hovedsæde inden eller uden for Fællesskabet«.

Ved argumenter, som ligger ret tæt op ad hinanden men dog frembyder visse nuancer, frakender dels Imperial Chemical Industries dels Geigy og Sandoz formelt Kommissionen enhver kompetence i forhold til dem. Den anfægtede beslutning strider efter deres opfattelse såvel mod de nationale lovgivninger i Fælleskabets medlemsstater og selve Rom-traktaten som mod de almindeligt anerkendte grundsætninger i den internationale offentlige ret.

Ifølge sagsøgerne, der tillægger overtrædelserne af konkurrencereglerne en pønal karakter, er det en uholdbar påstand, at det for at begrunde en anvendelse af artikel 85, stk. 1, på virksomheder, der ikke ligger i fællesmarkedet, er tilstrækkeligt, at deres adfærd *har følger* inden for dette marked. Teorien om »følgen« som udløser af en kompetence til at idømme sanktioner forkastes efter sagsøgernes mening af den interne ret i staterne, hvoraf flere endda har vedtaget lovbestemmelser for at beskytte sig selv og deres borgere mod en ekstraterritorial anvendelse af foranstaltninger på konkurrenceområdet som tvangsfuldbyrdelse, påbud eller blot efterforskning fra udenlandske myndigheders side.

De hævder videre, at Rom-traktaten ikke har givet og i øvrigt ikke har kunnet give fællesskabsmyndighederne beføjelse til at træffe bestemmelse om forbud eller sanktioner mod virksomheder, der ligger uden for dens territoriale anvendelsesområde, i det mindste ikke når de pågældende virksomheder ikke udøver nogen aktivitet på fællesmarkedet. Endelig anfører de, at den anfægtede beslutning også er en overtrædelse af folkeretten, idet den anvender teorien om »følgen« fejlagtigt eller i det mindste umådeholdent.

Under påberåbelse af de udtalelser, der er afgivet af to fremtrædende specialister i international offentlig ret, professorene R. Y. Jennings fra universitetet i Cambridge og Hans Huber, medlem af det schweiziske forfatningsråd, har de britiske og schweiziske selskaber fremsat ræsonnementer, der fører til samme konklusion, om end vejene hertil afviger noget fra hinanden.

For sit vedkommende har Imperial Chemical Industries gjort gældende, at generaldirektøren for konkurrence i den skrivelse, som denne højtstående embedsmand tilstillede firmaet den 22. januar 1968, søgte at begrunde anvendelsen af artikel 85, stk. 1, med sagsøgernes adfærd på fællesmarkedet. Firmaet har imidlertid indvendt, at dets aktivitet i nærværende sag består i at levere farvestoffer til sine datterselskaber i fællesmarkedet i medfør af cif-kontrakter. Disse kontrakter er undergivet engelsk lov, og den virksomhed, som er følgen af deres indgåelse, udøves i Det forenede Kongerige. Således påtaler Kommissionen i sin beslutning *kun følgerne* på fællesmarkedet af den af Imperial Chemical Industries udviste adfærd. Efter firmaets mening er det imidlertid fejlagtigt udelukkende at lægge vægt på det sted, hvor følgerne indtræffer, når man skal begrunde udøvelsen af en kompetence over for handlinger, der er begået i udlandet, men hvis virkninger indtræffer inden for et bestemt område, her fællesmarkedet,

medmindre den påtalte aktivitet og dens følger generelt er anerkendt som led i et strafbart gerningsinhold ifølge retten i de stater, hvis lovgivningssystem er rimeligt udviklet. I teorien er der imidlertid ikke fuldstændig enighed om at anse konkurrenceretten som grundlag for anvendelsen af ovennævnte system, og staternes nutidige praksis synes at modsætte sig forsøg på at give kartellovgivningen ekstraterritorial udstrækning. Desuden har Fællesskabet ingen »oprindelig kompetence« men kun en afledt kompetence. Det er firmaets opfattelse, at der ikke er nogen bestemmelse i traktaten, som begrunder en ekstraterritorial kompetence; tværtimod gælder artikel 85 kun for samhandelen mellem medlemsstaterne.

Geigy og Sandoz anfører samme argumentation, hvad angår den internationale offentlige ret, idet de dog tilføjer, at det i det mindste — selv forudsat at »følge«-teorien subsidiært kan påberåbes som begrundelse for Kommissionens kompetence i forhold til dem — er påkrævet, at der er tale om en væsentlig følge, og at der in concreto findes et rimeligt moment af direkte tilknytning mellem selskabernes adfærd og de vanskeligheder, der påføres konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Afdeling I

National lovgivning og retspraksis

Fællesskabsretten

Jeg skal i første række undersøge, om der af den positive ret i staterne, både i og uden for fællasmarkedet, kan udledes et kriterium for anvendelsen af konkurrencelovene, som kan begrunde de nationale myndigheders kompetence til at forbyde eller træffe sanktioner imod de anslag på konkurrencen, hvis følger indtræffer på deres område, uden hensyn til lovbrydernes nationalitet, opholdssted eller bopæl.

A — a) *Den tyske lov* af 1957 angiver i § 98, stk. 2, meget klart sit anvendelsesområde; den finder nemlig anvendelse »på samtlige konkurrencebegrænsninger, der har virkning (sich auswirken) på det område, hvor den gælder (dvs. i Forbundsrepublikken Tyskland), *selv om begrænsningerne er en følge af handlinger foretaget uden for dette område*«.

Skønt man synes at måtte fortolke denne regel således, at den kun finder anvendelse på følger, der *direkte* indvirker på konkurrencen på det tyske marked, må princippet ikke desto mindre fastholdes.

b) I Frankrig foretages der i bekendtgørelsen af 30. juni 1945 om priser og i bekendtgørelsen af 25. september 1962 om loyal konkurrence en sondring mellem en dominierende stilling, der karakteriseres af en monopolsituation eller en klar koncentration af økonomisk magt, der skal eksistere på det indenlandske marked, og kartelforbudet, der ikke indeholder nogen begrænsning af denne karakter. Commission technique des ententes (monopoludvalget), som obligatorisk skal høres af økonomi- og finansministeren før hvert retsskridt, har adskillige gange anvendt loven på udenlandske virksomheder:

— udtalelse af 26. maj 1956, kartel mellem fabrikanterne af elektriske lamper;

— udtalelse af 5. november 1960, fransk-belgisk kartel om vejbygningsmaterialer, angående en aftale om opdeling af markederne;

— udtalelse af 17. december 1960, kartel mellem importører af træ fra nordlige himmelstrøg; der var tale om en gensidig eneforhandlingsaftale mellem Fédération française d'importation, som kontrollerer $^4/_5$ af det indenlandske marked, og Forenede Eksportører af træ fra Norden og Amerika, et svensk foretagende;

— udtalelse af 20. marts 1965, kartel mellem fabrikanter af keramikkakler; der forelå en aftale mellem samtlige franske fabrikanter af dette produkt og en udenlandsk fabrikant.

Således afhænger den franske lovs anvendelse af, om den følge, som strider mod konkurrencen eller den økonomiske frihed, faktisk indtræffer på det franske marked.

I øvrigt er monopoludvalget forsigtigt med aldrig at nævne det sted, hvor aftalen er indgået, hvilket viser, at udvalget ikke anser det for afgørende. I så henseende må man også nævne udvalgets anden udtalelse af 22. april 1966 vedrørende den industri, som fremstiller elektriske lamper, hvorved det nederlandske selskab Philips' adfærd på det franske marked blev anset for et misbrug af en dominerende stilling, skønt beslutningen om den pågældende adfærd nødvendigvis i det væsentlige var truffet i Nederlandene.

c) Uanset om det drejer sig om karteller eller om misbrug af en dominierende stilling, findes der lignende træk i lovgivningerne i de andre medlemsstater. Kriteriet om følgen og indtræden på territoriet er lagt til grund i den belgiske lov af 27. maj 1960 om foranstaltninger mod misbrug af økonomisk magt, hvis artikel 1 som grundlag angiver udøvelse af en økonomisk magt »på kongerigets territorium«, hvilket fortolkes således af Van Reepinghen og Waelbroek:

»I Belgien er det udøvelsen af en betydelig indflydelse, som udgør den retsstiftende kendsgerning i forhold til belgisk lovgivning. Nationaliteten hos dem, der har den økonomiske magt, stedet for aftalen om kartellet eller hjemstedet for dettes centrale organer er uden betydning i denne henseende.«

Artikel 1 i den nederlandske lov af 16. juli 1958 om økonomisk konkurrence synes mindre klar. »I denne lov«, hedder det, »forstås der ved dominerende stilling en faktisk eller retlig situation på det økonomiske område, som giver en eller flere virksomhedsindehavere den dominerende indflydelse på markedet for varer eller tjenesteydelser i Nederlandene.« I lyset af lovens forarbejder er bestemmelsen imidlertid blevet fortolket således:

»For at undgå enhver misforståelse må det understreges, at nationaliteten hos medlemmerne af det kartel, som opererer i Nederlandene, eller hos dem, der har en dominerende stilling på det nederlandske marked, er uden betydning« (Mulder og Mok, Kartellrecht, 1962).

B — Uden for fællesmarkedet har andre stater ligeledes præciseret det territoriale anvendelsesområde for deres kartellovgivning.

a) For eksempel i Storbritannien fastsætter forskellige love vedtaget mellem 1948 og 1965 deres anvendelsesområde meget vidt; navnlig loven af 1964 om priser ved videresalg, der finder anvendelse på aftaler eller andre former for adfærd, som tilsigter at påtvinge en mindstepris ved videresalg af varer i Det forenede Kongerige uden hensyn til de producerende virksomheders aktivitetsområde, anvender uden tvivl kriteriet om følgens indtræden på det britiske marked. Endvidere omfatter loven af 1948 om monopoler og konkurrencebegrænsende adfærd i artikel 3 varer leveret i Det forenede Kongerige eller på en væsentlig del af dets område under dække af konkurrencebegrænsende adfærd. Artikel 4 indeholder samme kriterium for forarbejdningsoperationer. Ganske vist finder loven af 1956 anvendelse på aftaler indgået mellem virksomheder, der i Det forenede Kongerige udøver en aktivitet (»carrying on business«), hvis formål er at producere, forarbejde eller sælge varer. Det står imidlertid fast, at hverken de pågældende virksomheders nationa-

litet eller deres hjemsted tillægges betydning, men udelukkende udøvelsen af en »aktivitet« i Storbritannien, som i det væsentlige fremgår af, at handelskontrakterne indgås i Det forenede Kongerige.

b) Det er med det samme mål for øje, at den schweiziske forbundskartellov af 20. december 1962 er blevet anvendt på en kontrakt om opdelingen af markedet ledsaget af en eneforhandlingsaftale mellem franske og schweiziske virksomheder med blik på kontrol af salget af aviser i forbundsstaten. Forbundsdomstolen udtalte sig således:

> »Skønt loven af 20. december 1962 ikke indeholder nogen udtrykkelig bestemmelse om sin internationale rækkevidde, omfatter den ligeledes de anslag på konkurrencen, der udføres fra udlandet, og hvis virkninger indtræder i Schweiz.«

Denne lovs artikel 7, stk. 2, litra b), gør det muligt at indstævne udenlandske firmaer i Schweiz, hvis karteller i Schweiz afføder ulovlige virkninger i medfør af lovens artikel 4, uanset stedet for de pågældende aftalers indgåelse. Bestemmelsen har nemlig til formål at sanktionere hindringerne for den frie konkurrence uanset deres oprindelse, så snart de har en direkte følge for den frie konkurrence inden for det schweiziske territorium. Forbundsdomstolen antager altså et kompetencekriterium, hvis grundlag udelukkende er de økonomiske virkninger på det schweiziske territorium af adfærd eller handlinger foretaget i udlandet.

c) Det er naturligvis i De forenede Staters anti-trust-lovgivning og i videre omfang i retspraksis, hvis resultater er samlet i »Restatement of Foreign Relations Law« at man finder de mest præcise og detaljerede oplysninger, hvad angår kriteriet for den territoriale anvendelse af konkurrencelovene.

»Sherman Act« af 1890 finder ganske ubestrideligt anvendelse på internationale karteller, uden at kriteriet for denne anvendelse i øvrigt er fastsat i lovgivningen. »Clayton Act« har uden nogen tvivl grundlag i teorien om »den territoriale følge«, idet loven som ulovlig stempler diskriminerende adfærd på prisområdet, »når produkterne sælges med henblik på anvendelse, forbrug eller videresalg inden for De forenede Stater . . . eller ethvert andet område undergivet De forenede Staters jurisdiktion« (artikel 2), en formulering der genfindes i artikel 3 angående eneforhandlingsaftaler.

I øvrigt undtager »Webb-Pomerene«-loven af 10. april 1918 fra kartelforbudet aftaler med henblik på eksport men forudsat at sådanne aftaler ikke medfører hindringer for samhandelen *inden for De forenede Stater* eller bidrager til kunstigt at forhøje eller nedsætte priserne i De forenede Stater, idet stedet for aftalernes indgåelse ikke er afgørende, men kun stedet for deres virkninger.

I retspraksis kommer man til samme konklusion, og dommen i Alcoa-sagen (US Aluminium Company of America, 148 f 2 416, 1945), der i rigt mål er blevet kommenteret af sagsøgerne og af sagsøgte, markerer linjen. I denne sag, som var indledt mod et canadisk selskab kontrolleret af Alcoa, hedder det, at »det er en fastslået regel . . . at staten endog kan pålægge personer, som ellers ikke er undergivet dens jurisdiktion, ansvar for handlinger begået uden for sine grænser, som har virkninger inden for disse . . .«, og dommer Learned Hand antager uden videre, at »Sherman Act« kan ramme en udenlandsk virksomhed som følge af de virkninger, dens adfærd har på den frie konkurrence i De forenede Stater.

Dommen i sagen US v. Imperial Chemical Industries (145 f suppl. 215 SD NY 1952) går endnu videre. Sagen drejede sig om en aftale om fordeling af verdensmarke-

det mellem det britiske selskab, det amerikanske handel, er en krænkelse af »Sherman«-loven. Det er imidlertid i den sag, som blev indledt mod »Swiss Watch Makers« (US v. Watch Makers of Switzerland Information Center, Trade Cases/70 600 SD NY 1962), at anvendelsen af amerikansk lovgivning på udenlandske virksomheder er drevet til den yderste grænse.

Sagen drejede sig om karteller mellem Fédération Suisse des fabricants d'horlogerie og forskellige virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, som enten var af schweizisk, af amerikansk eller af anden nationalitet, angående fremstilling, salg og eksport af ure eller enkeltdele hertil.

Den dømmende ret begrænsede sig ikke til at statuere, at aftalerne var omfattet af »Sherman«-loven; den pålagde Fédération suisse at annullere visse kontrakter indgået i Schweiz og undergivet dette lands lovgivning, at bringe enhver begrænsning i eksporten til De forenede Stater til ophør, skønt disse begrænsninger var lovlige i medfør af de schweiziske myndigheders bestemmelser; i dommen fastsattes det, at visse bestemmelser i de aftaler, som var indgået med de engelske, tyske og franske producenter, skulle annulleres eller i hvert fald fratages deres virkninger i forhold til De forenede Stater.

Dommen indeholder endda direkte ordrer til Fédération des horlogers suisses om, at denne organisation under trussel om sanktioner skal hindre sine egne medlemmer i enhver aktivitet, som retten har forbudt, samt optage visse af dommens bestemmelser i sin vedtægt.

Der var ikke længere tale om blot at anvende amerikansk lov men om *tvangsforanstaltninger*, som skulle sikre fuldbyrdelsen af dommen uden for amerikansk område. Man vil følgelig forstå, at dommen blev ændret, efter at regeringen for det schweiziske forbund havde gjort forestillinger og ført forhandlinger, og at der herefter blev fundet en mindre drakonisk løsning.

Men princippet fastslås stadig meget eftertrykkeligt i den endelige dom, som på ny, ». . . fastslår, at [amerikanske domstole] er kompetente til at kontrollere udenlandske virksomheders aktivitet og deres aftaler med udenlandske tredjemænd, selv om de indgås uden for De forenede Stater, såfremt de påvirker handelen inden for eller uden for De forenede Stater«.

Selv om denne retspraksis efter sagsøgernes mening ikke længere afspejler den korrekte retstilstand i USA, har de anført indholdet af »American Restatement of Foreign Relations Law« § 18, hvorefter en stat har kompetence til at vedtage lovbestemmelser, der fastslår retsvirkningerne af en given adfærd, som finder sted uden for statens territorium men får virkning på dette, *når* adfærden og dens følger i almindelighed antages at være led i et strafbart gerningsindhold eller i en ulovlig handling ifølge retten i stater med et rimeligt udviklet retssystem, *når* den følge, som indtræffer på den pågældende stats område, er væsentlig, og *når* den fremstår som det direkte og forudseelige resultat af den nævnte adfærd.

Selv om der derfor ikke kan være tale om at antage, at retsstillingen er afklaret ved dommen »Fabricants d'horlogerie suisses«, mener jeg, at den tekst, som jeg lige har citeret, giver et ikke uvæsentligt bidrag til opklaringen af, om »følge«-teorien er gældende folkeret.

C — Jeg skal nu vende mig til fællesskabsretten, hvorom jeg skal konstatere, at den i det mindste i Rom-traktaten klart anvender det diskuterede princip.

Som påvist, foretages der i artikel 85, stk. 1, en sondring med hensyn til artiklens stedlige anvendelsesområde:

1) Med kravet om, at samhandelen mellem medlemsstaterne skal være påvirket, havde traktatens forfattere hovedsaglig til hensigt at trække grænsen mellem på den ene side anvendelsen af staternes nationale ret, som griber de karteller, hvis følger er begrænset til et enkelt land, og på den anden side fællesskabsrettens indgriben, så snart samhandelen mellem mindst to af de pågældende lande er berørt.

2) For anvendelsen af artikel 85 er det ubestrideligt, at det eneste kriterium er den konkurrencestridige følge på fællesmarkedet, uden at det skal tages i betragtning, hvilken nationalitet eller hvilket hjemsted de virksomheder har, som er ansvarlige for den ulovlige indgriben i den frie konkurrence. Det samme gælder for artikel 86, vedrørende misbrug af en dominerende stilling. Hvad Rom-traktaten angår, støder man altså ikke på de fortolkningsvanskeligheder, som rejses af Paris-traktaten om oprettelsen af Kul- og Stålfællesskabet, hvis artikel 65 for de pågældende produkter forbyder karteller »som har til formål . . . at hindre, begrænse eller fordreje den normale konkurrence på det fælles marked«, men hvis artikel 80 definerer de omfattede virksomheder som sådanne, »der *på de i artikel 79, stk. 1 nævnte områder* udøver en produktionsvirksomhed inden for kul- og stålsektoren«, dvs. i Fællesskabet, samt de virksomheder, »som sædvanligt udøver anden distributionsvirksomhed« på de samme områder. Den overvejende del af teorien går ind for en indskrænkende fortolkning af disse bestemmelser i den betydning, at artikel 80 begrænser anvendelsen af artikel 65 til de virksomheder, hvis hjemsted ligger i fællesmarkedet, eller som i det mindste har et datterselskab dér.

Jeg skal ikke tage stilling til denne tese men blot konstatere, at den i hvert fald ikke er holdbar med hensyn til Rom-traktatens kartelbestemmelser.

I anledning af et præjudicielt spørgsmål forelagt af tribunal de commeree de Nice har Domstolen nemlig statueret, at den omstændighed, at en virksomhed, der er deltager i en aftale omfattet af artikel 85 i traktaten, har hjemsted i et tredjeland, ikke hindrer anvendelsen af den nævnte bestemmelse, når aftalens virkninger indtræder på fællesmarkedets område (dom af 25. 11. 1971, Béguelin Import Co., Sml. 1971, s. 257).

Afdeling II

Folkeretten

Som konklusion på disse indledende bemærkninger må det således være tilladt at sige, at følgen af et kartel eller en konkurrencebegrænsende adfærd på en stats indre marked af de fleste nationale lovgivninger anses for at begrunde den pågældende stats kompetence til endog at anvende sin nationale lov på udenlandske virksomheder, der har deltaget heri, ganske uafhængigt af enhver geografisk placering.

Skal man nægte Fællesskabet denne beføjelse, som staterne har tiltaget sig?

A — Dette spørgsmål rejses af Imperial Chemical Industries, der påberåber sig professor Jennings' udtalelse. Hans undersøgelse fører mig allerede ind på folkeretten.

At Det europæiske økonomiske Fællesskab har status som juridisk person i medfør af traktatens artikel 210 kan ikke betvivles; i folkeretlig henseende fremgår dets status af traktatens artikel 113 og 114 om forhandling af handelsaftaler, af artiklerne 228 og 238 om indgåelse af internationale aftaler i almindelighed og af eksistensen af diplomatiske repræsentationer ved Fællesskabet. Domstolen har selv antaget, at Rom-traktaten oprettede et Fællesskab på ubegrænset tid med egne institutioner, retsevne, partshabilitet, evne til at optræde på internatio-

nalt plan og navnlig egentlige beføjelser som følge af en kompetencebegrænsning eller en overførelse af myndighed fra medlemsstaterne til Fællesskabet (dom af 15. 7. 1964, Costa mod ENEL, Sml. 1954—1964, s. 531).

Alt dette gør bestemt ikke Fællesskabet til en stat, men der findes jo andre folkeretssubjekter, der afviger fra staterne med hensyn til karakteren og udstrækningen af deres beføjelser i det omfang, disse er tilpasset de formål og funktioner, som særligt er tillagt de nævnte retssubjekter.

Det forholder sig ikke anderledes med Det europæiske økonomiske Fællesskab, hvis rets- og handleevne er bestemt under hensyn til Rom-traktatens fastsættelse af formål og opgaver.

Derfor har Fællesskabet ikke alle en stats beføjelser, men alle de tildelte beføjelser, som er nødvendige for, at det kan udføre sine opgaver. Inden for rammerne af sin myndighed har Fællesskabet — og det er tilfældet på kartelområdet — helt de samme beføjelser som en stat, forudsat det drejer sig om karteller, der påvirker konkurrencen i fællesmarkedet.

Herefter er Fællesskabet tvunget til at rette sig efter folkeretten under udøvelsen af disse beføjelser. Imidlertid anklager sagsøgerne Fællesskabet for at have foretaget en fejlagtig eller i det mindste for vidtgående anvendelse af grundsætninger, der efter deres mening er anerkendt i gældende international offentlig ret:

— fejlagtig, fordi kriteriet om den territoriale følge ikke, efter opfattelsen hos Imperial Chemical Industries, kan gælde for bekæmpelsen af konkurrencestridige handlinger;

— for vidtgående, hævder de tre sagsøgere, fordi den anfægtede beslutning knæsætter en farligt vid fortolkning af »følge«-teorien.

B — Først må jeg undersøge, om Kommissionens kompetence er rimeligt begrundet med hensyn til udenlandske producenters adfærd *inden for fællesmarkedet.* Dette er i øvrigt den første forsvarslinje for Kommissionen, som alene under påberåbelse af de økonomiske realiteter gør gældende, at denne adfærd fremgår af, at moderselskaberne har givet deres i Fællesskabet oprettede datterselskaber ordre til at forhøje priserne for salg til kunderne, som i øvrigt ikke har nogen som helst beføjelse til at træffe selvstændige afgørelser og, på trods af deres uafhængige status som juridiske personer, blot har handlet som fuldbyrdere. Jeg er ikke helt overbevist om dette ræsonnement, selv om det er kædet sammen med logikken i den anfægtede beslutning, som udtaler, at »beviserne for eksistensen af den samordnede adfærd er blevet gjort gældende mod forskellige producenter, og ikke mod deres datterselskaber eller repræsentanter«, og at »ordrerne om forhøjelse skulle anses for bindende«.

Ræsonnementet indebærer nemlig, at datterselskaberne bliver helt og udelukkende afhængige af moderselskaberne, og at de ikke kan afslå deres anvisninger. Den yderste konsekvens af denne tese er en fornægtelse af ethvert indhold i datterselskabernes status som juridiske personer, hvilket må påvises, hvad Kommissionen imidlertid ikke gør. Desuden går den for let hen over de af Imperial Chemical Industries fremførte argumenter, hvorefter dette selskab ikke for sit vedkommende har udvist nogen juridisk angribelig aktivitet på fællesmarkedets område, eftersom kontrakterne om levering af farvestoffer jo var indgået i Det forenede Kongerige og undergivet britisk lov, hvilket argument Kommissionen har begrænset sig til at kalde »utilgiveligt juristeri«.

I mine øjne er Kommissionens standpunkt i så henseende ikke særligt overbevisende.

Jeg vil derfor ikke lægge den til grund, især fordi den forekommer mig at vidne om en vis tøven, for ikke at sige en vis modvilje, med hensyn til at anerkende, at de objektive følger af moderselskabernes adfærd, der direkte påvirker den frie konkurrence i fællesmarkedet, i sig selv er tilstrækkelige til at begrunde Kommissionens kompetence i forhold til dem.

Jeg vil for mit vedkommende ikke tøve med at fastslå dette, og dermed lægge vægt på den grundsætning om »følgen«, som Kommissionen i sin argumentation kun har påberåbt sig subsidiært.

C — Under min gennemgang af de nationale lovgivninger har jeg konstateret, at det faktisk er den territoriale følge, som er hovedkriteriet for anvendelsen af lovene om karteller. Imidlertid kan dette kriterium efter min mening ikke lægges til grund, uden at *dets betingelser* og *grænser* fastlægges i forhold til den internationale offentlige ret.

1. *Betingelserne for anvendelse af kriteriet om den territoriale følge.*

a) Efter min opfattelse består en første betingelse i, at aftalen eller den samordnede praksis *direkte og umiddelbart* skal begrænse konkurrencen på det nationale marked eller, som i det foreliggende tilfælde, på fællesmarkedet. Et kartel, der kun virker middelbart og gennem økonomiske mekanismer i udlandet, kan med andre ord ikke begrunde en kompetence i forhold til de deltagende virksomheder, som selv har deres hjemsted i udlandet.

Er det ikke derhen, at man skal fortolke bestemmelserne i »American Restatement of Foreign Relations Law«, i det omfang de præciserer, at kompetencen i forhold til en adfærd, der har fundet sted uden for territoriet, kan anerkendes, når følgen fremtræder som det *direkte resultat af denne adfærd?*

b) En anden betingelse angår det spørgsmål, *om følgen med rimelighed kunne forudses,* uden at det i øvrigt kræves, at den har været tilsigtet.

c) Endelig er den tredje betingelse, at den på territoriet *indtrådte følge skal være væsentlig.*

Må det herudover kræves, at den territoriale følge udgør et af de *afgørende led i overtrædelsen:* Er det hensigtsmæssigt her at låne denne betingelse fra den internationale strafferet, navnlig dommen af 1927 fra Den mellemfolkelige Domstol i den berømte »Lotus«-sag, som både sagsøgerne og sagsøgte har haft lange bemærkninger til i deres indlæg? Den mellemfolkelige Domstol lagde til grund, »at mange landes domstole fortolker straffeloven således, at strafbare handlinger, der begås af gerningsmænd, som i gerningsøjeblikket befinder sig på en anden stats område, ikke desto mindre skal anses for at være begået på det nationale territorium, såfremt *et af de afgørende led i gerningsindholdet, herunder navnlig dets følger, er indtrådt dér*«.

Ved fortolkningen af denne udtalelse kunne man i virkeligheden hævde, at kriteriet om følgen har større vægt end kriteriet om det afgørende led i gerningsindholdet, eller endog at det førstnævnte i sig selv er nok til at begrunde den ekstraterritoriale kompetence. Men bør man ikke i kartelretten — om hvilken jeg allerede har sagt, at den ikke henhører under den klassiske strafferet — antage, at netop følgen af overtrædelsen *er et af de afgørende led heri,* formentlig endog *det væsentligste led?* Det er den opfattelse, som jeg vil lægge til grund, og som forekommer mig at være den eneste, der stemmer overens med undersøgelsen af de faktiske omstændigheder.

Ganske vist gør Imperial Chemical Industries gældende, at de konkurrencestridige aftaler eller former for samordnet praksis

ikke generelt anses for overtrædelser. Den af Den mellemfolkelige Domstol antagne løsning er efter firmaets opfattelse uden interesse på dette område. Selv om »Restatement of Foreign Relations Law« som betingelse for en anvendelse af kriteriet om »følgen« kræver, at den til grund herfor liggende adfærd anerkendes at være ulovlig ifølge retten i stater »med et rimeligt udviklet retssystem«, tror jeg imidlertid ikke, at denne betingelse svigter med hensyn til konkurrencestridig adfærd. For i den altovervejende del af de udviklede og industrialiserede lande søges konkurrencestridige aftaler eller former for praksis imødegået ved lovbestemmelser om forbud og enten strafferetlige eller administrative sanktioner.

Er dette ikke, som vi har set, tilfældet med Det forenede Kongerige og Schweiz, om hvilke man anstændigvis ikke kan sige, at deres retssystem ikke er »rimeligt udviklet«?

Grænserne for kartelrettens ekstra-territoriale anvendelse.

Efter fastlæggelsen af de betingelser, som konkurrenceretten skal opfylde for at kunne anvendes ekstraterritorialt, er opgaven nu at fastsætte *grænserne* herfor.

Thi jeg overser ikke, at en sådan anvendelse ved flere lejligheder har fremkaldt kraftige reaktioner, navnlig i Europa, både hos regeringerne og ved domstolene; ej heller overser jeg, at den har skabt konflikter og begrundet, at flere stater har vedtaget en »mod-lovgivning«, som sagsøgerne har givet en række eksempler på.

Men hvad retter protesterne sig i virkeligheden imod? Og hvad var formålet med de legislative mod-foranstaltninger?

Indledningsvis vil man bemærke, at regeringernes indvendinger er rettet mod den vidtrækkende og angiveligt uretmæssige opfattelse af den ekstraterritoriale kompetence, som undertiden er lagt til grund af visse domstole i De forenede Stater. Det har jeg allerede konstateret med hensyn til sagen om de schweiziske urfabrikanter; tilsvarende protester er fremsat af Det forenede Kongerige mod dommen i sagen De forenede Stater mod Imperial Chemical Industries, som gik så vidt som til at pålægge firmaet at afstå britiske patenter til selskabet Du Pont de Nemours, for hvilke der var overdraget eksklusivlicenser til et andet selskab, der også var engelsk. Dette førte Det forenede Kongeriges Court of Appeal til at udtale følgende: »De forenede Staters domstole er ikke . beføjet til . . . at give sådanne pålæg, som til deres overholdelse ved vore retter ville kræve, at disse *ikke udøver* den kompetence, som de [selv] har fået tillagt, og som det er deres pligt at udøve«.

Det vil ligeledes bemærkes, at den i Frankrig, i Nederlandene og i andre lande vedtagne mod-lovgivning, i det væsentlige har til formål at forbyde egne statsborgere at godtage undersøgelses- og kontrolforanstaltninger, samt at efterkomme pålæg fra udenlandske myndigheder.

Ovennævnte konstateringer fører mig til at tiltræde den sondring, som Kommissionen og teorien anvender i den internationale offentlige ret mellem »lovgivningskompetencen« og »fuldbyrdelseskompetencen« eller mellem »jurisdiction« og »imperium«.

Hverken i strafferetten eller, som i nærværende sager, inden for rammerne af en administrativ procedure, er en stats — mutatis mutandis Fællesskabets — retsinstanser eller administrative myndigheder på nogen måde beføjet til, i medfør af folkeretten, at gå uden for deres territoriale kompetence og træffe bindende foranstaltninger eller blot foranstaltninger til undersøgelse, efterprøvelse eller kontrol, hvis gennemførelse uundgåeligt ville krænke den interne suverænitet i den stat, på hvis territorium de hævder at handle.

Derimod må der indrømmes de nævnte myndigheder beføjelse til at forbyde en aftale eller praksis, som har konkurrencestridige følger, af direkte, forudseelig og væsentlig art på deres territorium, altså i det foreliggende tilfælde i fællesmarkedet, eller endda, for at pålægge selv økonomiske sanktioner, ved dom eller forvaltningsakt.

Men vil man ikke kunne indvende, at et bødepålæg »ipso facto« hører under fuldbyrdelseskompetencen?

Det mener jeg ikke — af to grunde:

— En økonomisk sanktion, der skal modvirke en konkurrencestridig adfærd og i øvrigt forhindre, at denne fortsætter eller opstår på ny, skal udsondres fra inddrivelsen af den idømte bøde, som kun kan ske ved tvangsfuldbyrdelse i tilfælde af, at den domfældte virksomhed nægter at betale bøden.

— Jeg mener også, at der må sondres mellem bødepålægget og det egentlige betalingspåbud, der f.eks. fremgår af en afgørelse om *tvangs*bøder, for at opnå fremsendelse af visse dokumenter eller udgør et pressionsmiddel, der skal tvinge til ophævelse af visse bestemmelser, som er kendt ulovlige.

Uden at der er grund til at lægge vægt på, at Kommissionen ikke har retsmidler til at sikre en effektiv anvendelse heraf, mener jeg, at den var kompetent til at træffe den omtvistede beslutning over for firmaer med hjemsted uden for fællesmarkedet.

De betingelser, som jeg har anset for nødvendige for udøvelsen af denne kompetence, er opfyldt i nærværende sag:

— De lineære og ensartede forhøjelser af prisen for salg af farvestoffer til forbrugerne, som besluttedes af sagsøgerne, blev direkte og umiddelbart gennemført i fællesmarkedet, og jeg anførte i første del af nærværende forslag til afgørelse, at de konkret havde til følge at fordreje konkurrencen på dette marked. Det er under disse omstændigheder ikke nødvendigt at undersøge, om datterselskaber, når henses til de økonomiske realiteter, var eller ikke var i stand til at unddrage sig moderselskabernes anvisninger; det står fast, at de har fulgt dem. Under alle omstændigheder er det svært at se, hvorledes de, på trods af deres retlige uafhængighed og selvstændighed, havde beføjelse til at træffe beslutninger, som deres status retligt forlener dem med, havde kunnet undgå at overvælte de prisforhøjelser, som de selv led under, på deres kunder.

— Følgen af denne praksis var ikke blot direkte; den kunne klart *forudses,* og jeg véd, at den har været tilsigtet og overvejet, eftersom den er resultatet af en samordning; jeg skal ikke vende tilbage hertil.

— Endelig har følgen været *væsentlig* både på grund af forhøjelsernes størrelse og deres anvendelse på samtlige farvestoffer, og på grund af, at producenterne kontrollerer $^4/_5$ af farvestofmarkedet.

Jeg anmoder derfor uden tøven Domstolen om at forkaste det anbringende vedrørende Kommissionens kompetence, der er påberåbt af Imperial Chemical Industries, Geigy og Sandoz. Jeg skal dog tillade mig en sidste bemærkning, som står i forbindelse med en anden, som jeg fremsatte i begyndelsen af denne fremstilling.

På samme måde som begrebet samordnet praksis ikke kan begrænses så snævert, at man heri kun ser et særtilfælde af begrebet aftale, hvilket indebærer den åbenbare risiko, at artikel 85, stk. 1 ikke får den hensigtsmæssige betydning, som traktatens for-

fattere har villet give den, således ville en nægtelse af at lade fællesskabsmyndighederne gøre brug af de beføjelser, som artikel 85 netop tillægger dem i forhold til enhver virksomhed uden for fællesmarkedet — bortset fra fuldbyrdelsesbeføjelsen — føre til for en stor del at berøve de pågældende bestemmelser deres mening og i hvert fald ødelægge deres effektivitet.

Ville Kommissionen ikke være forsvarsløs, såfremt den stod over for en samordnet praksis, som virksomheder uden for fællesmarkedet havde taget initiativ til og var eneansvarlige for, og så sig berøvet muligheden for at træffe nogen beslutning imod dem? Dette ville samtidig betyde et afkald på den beskyttelse af fællesmarkedet, som er nødvendig for virkeliggørelsen af hovedmålsætningerne for Det europæiske økonomiske Fællesskab.

Herefter har jeg tilbage meget kort at undersøge to anbringender, hvoraf det ene støttes på utilstrækkelig begrundelse af den anfægtede beslutning hvad angår Kommissionens ekstra-territoriale kompetence, det andet på den manglende meddelelse om den anfægtede beslutning til de tre firmaer med hjemsted uden for fællesmarkedet.

Vedrørende det første punkt, som jeg skal komme tilbage til under en anden form lidt senere, vil jeg nøjes med at minde om, at Kommissionen overhovedet ikke, i modsætning til hvad sagsøgerne har hævdet, var forpligtet til punkt for punkt at besvare den argumentation, som de med hensyn til Kommissionens påståede inkompetence havde fremsat i deres skriftlige og mundtlige indlæg i besvarelse af meddelelsen om klagepunkterne.

Retligt er den anfægtede beslutning begrundet med den knappe men, efter min mening, rigtige forklaring, som den giver vedrørende traktatens artikel 85 på dette punkt. Som nævnt lægger den nemlig ansvaret for en samordnet praksis på producenterne alene og ikke på deres datterselskaber eller repræsentanter med den begrundelse, at de anvisninger om forhøjelse, som blev tilstillet de sidstnævnte, var bindende. Jeg har forelagt Domstolen en grund til at statuere en smule anderledes, men Domstolens fulde prøvelsesret forekommer mig at tillade den at foretage denne justering af vurderingen af de faktiske omstændigheder og følgelig af motivet.

Til det andet punkt vil jeg svare, at meddelelsen om den beslutning, som var rettet til Imperial Chemical Industries. Geigy og Sandoz, ganske vist blev givet ikke til disse selskabers hjemsted, man til deres datterselskaber i fællesmarkedet, i øvrigt netop på grund af deres afslag på at modtage den, men at denne meddelelses påståede retsstridighed under alle omstændigheder er uden indflydelse på lovligheden af den anfægtede beslutning, da meddelelsen er en formalitet, som er senere end beslutningen. Det er derfor unødvendigt såvel at gentage Kommissionens ræsonnement, hvorefter datterselskaberne, som ifølge Kommissionen helt var kontrolleret af moderselskaberne, skulle være en del af disses »indre sfære«, som at påberåbe sig Domstolens dom i ALMA-sagen (dom af 10. 10. 1957, Sml. 1954—1964, s. 49).

Lad mig blot sige, at den eneste virkning af ulovligheden af denne meddelelse af en beslutning, som sagsøgerne i øvrigt ikke bestrider at have haft fuldt kenskab til, utvivltsomt ville være, at procesfristen ikke kunne begynde at løbe til deres skade; imidlertid har de gjort brug af deres ret til at anlægge sag ved Domstolen før udløbet af denne frist; spørgsmålet opstår derfor ikke.

Afsnit III

Indsigelser om form og fremgangsmåde

Efter disse udredninger, som nok har været en smule langstrakte, kan jeg nu gå over til

at undersøge de af sagsøgerne fremførte anbringender vedrørende fremgangsmåde og form.

I Grundig-dommen fastslog Domstolen i princippet, at den behandling, som indledes i medfør af Rådets forordning nr. 17, er af administrativ karakter.

I Chemiefarma- Buchler- og Böhringer-dommene af 15. juli 1970 har Domstolen i øvrigt afgjort en række spørgsmål vedrørende iværksættelsen af den kompetence, som Kommissionen har til at pålægge bøder i tilfælde af forbudte karteller. De her foreliggende sager må føre Domstolen til at bekræfte ovennævnte praksis og præcisere fortolkningen af gennemførelsesforordning nr. 99, vedtaget af Kommissionen den 25. juli 1963.

De sagsøgende selskaber klager nemlig over, at Kommissionen har anvendt disse to regelsæt ulovligt.

Jeg skal forsøge at omgruppere deres argumenter, idet jeg følger det kronologiske forløb af den administrative sagsbehandling. Som bekendt indebærer denne i første række en beslutning, hvis formål er at indlede selve behandlingen, for det andet meddelelsen til de implicerede virksomheder om de klagepunkter, der rettes mod dem, og for det tredje høringen af deres repræsentanter, hvorefter protokollatet af denne høring skal forelægges dem til godkendelse; endelig skal Kommissionen, før den træffer sin beslutning, indhente en udtalelse fra det kompetente rådgivende udvalg for konkurrencepolitik.

Afdeling I

Indledning af proceduren

Sagsøgerne gør indsigelse mod, at Kommissionen den 31. maj 1967 indledte sag mod dem alene på grundlag af artikel 3 i forordning nr. 17, hvori det i stk. 1 hedder: »konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«.

Da Kommissionen pålagde sagsøgerne bøder i medfør af samme forordnings artikel 15, gjorde den dem efter deres opfattelse ikke bekendt med, at de risikerede at blive ramt af sådanne økonomiske sanktioner.

Dette anbringende finder ikke støtte i de faktiske omstændigheder. Det står fast, at beslutningen af 31. maj 1967, hvormed sagen blev indledt, henviser til forordning nr. 17 i almindelighed og *»i særdeleshed«* til dens artikel 3, af hvilken formulering der ikke kan udledes nogen begrænsing.

Herudover må der gøres to bemærkninger med hensyn til nævnte anbringende:

a) Det hedder i stykke 3 i artikel 3 i forordning nr. 17: *Med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne forordning* kan Kommissionen . . . rette henstillinger til [virksomhederne] med henblik på bringe overtrædelsen til ophør«. Herved udelukkes det altså på ingen måde, at den formodede overtrædelse kan føre til bøder i medfør af artikel 15.

b) I øvrigt er jeg af den opfattelse, at det ved iværksættelsen af produceduren er meddelelsen af klagepunkterne til de implicerede virksomheder, som er afgørende, fordi den er den første retsakt under den kontradiktoriske sagsbehandling. Imidlertid indeholder meddelelsen af 11. december 1967 til hver enkelt af de pågældende virksomheder i slutningen en udtrykkelig henvisning til forordningens artikel 15, og det præciseres, at den påtalte samordnede adfærd kan være

grundlag for, at de heri deltagende virksomheder idømmes bøder.

Afdeling II

Meddelelse af klagepunkterne

Hvad angår denne meddelelse af klagepunkterne er der fremført flere anbringender, som i øvrigt foranlediger til den tanke, at sagsøgerne ikke tager hensyn til Domstolens Grundig-dom, men ræsonnerer som om sagsbehandlingen ved Kommissionen havde judiciel og ikke administrativ karakter. Den opfattelse, som de fremfører vedrørende beskyttelsen af deres ret til forsvar, går nemlig klart ud over de krav, som stilles i en almindelig forvaltningssag.

a) Forinden må man dog forkaste et anbringende om, at den skrivelse, hvorved der blev givet dem meddelelse om klagepunkterne, ubeføjet var underskrevet af generaldirektøren for konkurrence efter delegation. Sagsøgerne anfører, at denne delegation dog ikke fremgår af noget dokument i sagsakterne; i øvrigt er delegationen efter deres opfattelse ulovlig. Her drejer det sig imidlertid ikke om delegation af beføjelser; der er kun tale om en delegation til at underskrive, der er givet til generaldirektøren for konkurrence af det kommissionsmedlem, der er kompetent med hensyn til konkurrencespørgsmål.

Denne delegation er lovlig, fordi den i sin egenskab af intern foranstaltning til regulering af Kommissionens arbejde og tjenestegrene er blevet vedtaget i medfør af artikel 27 i det foreløbige interne regulativ, der er udstedt i medfør af artikel 7 i fusionstraktaten, dvs. Traktat af 8. april 1965 om oprettelse af ét fælles Råd og én fælles Kommission for De europæiske Fællesskaber.

b) Med hensyn til selve indholdet af fremstillingen af klagepunkterne anfører sagsøgerne, at det er ufuldstændigt og ikke tilstrækkeligt præcist; de har videre anført, at meddelelsen ikke har sat dem i stand til at fremføre nyttige indlæg; endelig hævder de, at den anfægtede beslutning lægger faktiske omstændigheder til grund, som ikke er bragt til deres kundskab. Herom har Domstolen i Grundigsagen statueret, at det er tilstrækkeligt, at de implicerede virksomheder gøres bekendt med de væsentlige omstændigheder, som danner grundlag for klagepunkterne, uden at det er nødvendigt at tilstille dem samtlige Kommissionens dokumenter. Domstolen har bekræftet denne løsning for den situation, hvor Kommissionen pålægger bøder på grundlag af artikel 15 i forordning nr. 17. Imidlertid er en læsning af fremstillingen af klagepunkterne tilstrækkelig til at vise, at de påberåbte faktiske omstændigheder, dvs. de ensartede prisforhøjelser i januar 1967, blev fremlagt klart og fuldstændigt, idet Kommissionen i øvrigt præciserede de betingelser med hensyn til tid og sted, hvorunder forhøjelserne blev bekendtgjort og iværksat, og endda angav, hvilke virksomheder der modtog ordre om forhøjelsen, samt de måder, hvorpå ordren tilgik dem.

At rundskrivelserne, telexmeddelelser og de andre anvisninger ikke blev vedlagt Kommissionens fremstilling af klagepunkterne forekommer mig at være uden indflydelse på spørgsmålet om procedurens lovlighed, især når henses til de pågældende virksomheders mulighed for at gøre sig bekendt hermed. Der lægges altså i den anfægtede beslutning intet væsentligt faktum til grund, som ikke forud er blevet bragt til sagsøgernes kundskab. Det kan højst bemærkes, at den anfægtede beslutning, hvad angår mødet i Basel, som udtrykkeligt er nævnt på s. 9 i fremstillingen af klagepunkterne, indebærer en almindelig berigtigelse i forhold til denne fremstillings indhold, for så vidt den præciserer, at selskabet Geigy under det omtalte møde gav meddelelse om, at det »påtænkte at forhøje sine priser for salg til

kunderne, før årets udgang«, uden at gentage den konklusion, som blev draget heraf i fremstillingen af klagepunkterne med denne udtalelse: »Prisforhøjelsen i 1967 blev besluttet af *samtlige implicerede producenter* under et møde i Basel i august 1967«. Selv om der i den anfægtede beslutning henvises til Bundeskartellamts afgørelse af 28. november 1967, hvoraf det fremgår, at netop selskabet Geigy meddelte, »at det ville forhøje prisen på sine farvestoffer med 8 % den 16. oktober 1967«, er der dog ikke her tale om en begrundelse af den anfægtede beslutning, men om en blot og bar faktisk henvisning til Bundeskartellamts afgørelse.

c) Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at meddelelsen om klagepunkterne endog blev givet, før Kommissionens undersøgelse af de påklagede handlinger var afsluttet; der blev foretaget undersøgelser efter denne meddelelse. Det er korrekt, men jeg mener ikke, at denne fremgangsmåde var ulovlig. Ingen bestemmelse forbyder, at Kommissionen, når den har kendskab til visse aftaler eller handlinger, som forekommer stridende mod traktatens artikel 85, fortsætter sin kontrol, efterforskning eller undersøgelse også efter, at den har givet de ramte virksomheder meddelelse om de omstændigheder, som allerede er gjort gældende imod dem.

Kommissionen har derhos forklaret, at man med de fortsatte undersøgelser kun tilsigtede at kontrollere visse erklæringer, som var afgivet af forskellige virksomheder, dels i besvarelse af den skriftlige meddelelse om klagepunkterne, dels mundtligt. Her ville der i hvert fald kun foreligge en krænkelse af forsvarets rettigheder, såfremt Kommissionen som følge af undersøgelser efter meddelelsen om klagepunkterne havde lagt nye omstændigheder til grund til skade for sagsøgerne, og begrundet sin beslutning med disse omstændigheder, uden at de var meddelt virksomhederne, dvs. uden at virksomhederne havde haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger desangående. Dette er imidlertid ikke tilfældet, eftersom den anfægtede beslutning som anført ikke indeholder noget, som sagsøgerne ikke allerede blev bekendt med ved meddelelsen af 11. december 1967.

Sagsøgerne havde endelig, efter at have modtaget fremstillingen af klagepunkterne, krav på en rimelig frist til at fremsætte deres skriftlige indlæg. I så henseende var den frist på otte uger, som Kommissionen indrømmede dem til at redegøre for deres synspunkt, efter min mening tilstrækkelig. Desuden blev der givet dem mulighed for i deres skriftlige indlæg at anmode om, at deres repræsentanter måtte blive afhørt mundtligt i medfør af artikel 7 i Kommissionens forordning nr. 99/63. Vi véd imidlertid, at høringen af virksomhedernes repræsentanter først fandt sted den 10. december 1968, dvs. et år efter meddelelsen om klagepunkterne. Det vil sige, at de sagsøgende selskaber havde rum tid til at tage stilling til de nævnte klagepunkter. Forsvarets rettigheder er derfor ikke blevet tilsidesat.

d) Ifølge sagsøgerne Geigy og Sandoz er den meddelelse om klagepunkterne, som blev givet dem ved rekommanderet brev med bekræftelse for modtagelsen til deres hjemsted i Basel, en »officiel retsakt fra en udenlandsk myndighed med tvingende karakter«. Når der ikke foreligger gensidighed eller tilladelse fra de schweiziske myndigheder, anerkender schweizisk ret ikke, at en sådan retsakt fuldbyrdes på forbundsterritoriet. Den pågældende meddelelse, der blev givet under krænkelse af både schweizisk ret og almindelige folkeretlige grundsætninger, er ugyldig og uden retsvirkning.

Derfor tilbagesendte sagsøgerne, der handlede efter anvisning fra deres nationale myndigheder, meddelelsen til afsenderen; de

deltog heller ikke som sådanne i høringen i december 1968.

De gør gældende, at man således afskar dem fra retten til at blive hørt, hvilket er en krænkelse af artikel 19 i forordning nr. 17 og af artiklerne 2 og 4 i forordning nr. 99/63.

Jeg skal i forlængelse af Kommissionens bemærkninger indskrænke mig til at anføre, at meddelelsen om klagepunkterne ikke i sig selv har tvangsmæssig karakter: Dens formål er blot at sætte de implicerede virksomheder i stand til dels at gøre sig bekendt med de væsentlige faktiske omstændigheder, som gøres gældende imod dem, dels at udtrykke deres standpunkt inden for rammerne af en administrativ sagsbehandling, der kan ende med pålæggelsen af en bøde.

Under disse omstændigheder forekommer det mig i det mindste tvivlsomt, om det er nyttigt at påberåbe sig de folkeretlige grundsætninger; disse blev ikke krænket ved, at Kommissionen fremsendte klagepunkterne direkte til de schweiziske selskabers hovedkontor. Hvorom alting er, står det imidlertid fast, at selskaberne rent faktisk fik kendskab til de imod sig rettede klagepunkter og virkelig blev sat i stand til at fremsætte enhver bemærkning, som måtte forekomme dem hensigtsmæssig til varetagelse af deres interesser.

Anbringendet må derfor forkastes.

Afdeling III

Høring af de pågældende virksomheders repræsentanter

Hvad angå høringen af deres repræsentanter har nogle af sagsøgerne (Bayer og Hoechst) gjort gældende, at de blev indkaldt for sent. Faktisk blev en indkaldelse tilstillet dem den 20. november 1968, dvs. næsten tre uger før datoen for høringen. Også her mener jeg, at fristen var tilstrækkelig, navnlig når selskaberne på daværende tidspunkt var bekendt med de omstændigheder, der var gjort gældende imod dem mere end 11 måneder tidligere.

I samme forbindelse klager BASF over, at de tjenestemænd ved Kommissionen, som havde fået til opgave at foranstalte høringen, afslog firmaets begæring om at måtte blive repræsenteret af dets fuldmægtig »ad litem«, thi artikel 9, stk. 2 i forordning nr. 99/63 tillader kun, at de indkaldte virksomheder giver møde ved deres legale eller vedtægtsmæssige befuldmægtigede. Denne bestemmelse strider hverken mod traktaten eller mod Rådets forordning nr. 17, idet Kommissionen i medfør af artikel 24 i sidstnævnte forordning har beføjelse til at vedtage bestemmelser til gennemførelse af høringerne. Endvidere er den begrundet ved den omstændighed, at virksomhedernes lov- eller vedtægtsmæssige befuldmægtigede principielt er de personer, der er bedst informerede og bedst i stand til at drøfte klagepunkterne. Når BASF ikke kunne lade sig *repræsentere* af en fuldmætig »ad litem«, var der desuden intet, som hindrede firmaet i at anmode sin advokat om at *bistå* sine legale repræsentanter.

Afdeling IV

Protokollat af høringen

Endelig har nogle af sagsøgerne forklaret, at der ikke blev givet dem lejlighed til at godkende protokollatet fra høringen, og at sagsbehandlingen af denne grund var behæftet med en mangel.

Ifølge artikel 9, stk. 4 i forordning nr. 99/63 skal det væsentlige indhold af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser oplæses for og godkendes af den pågældende. Overholdelsen af denne formalitet tilsigter

at forsyne Det rådgivende Udvalg og Kommissionen med fuldstændige oplysninger vedrørende det væsentlige indhold af de erklæringer, som er afgivet under høringen af parterne (sag 44/69, dom af 15. 7. 1970, Sml. 1970, s. 151; org. ref. Recueil 1970, s. 756). Hvis denne formalitet er undladt — men det i øvrigt samtidig bevises, at de interesseredes erklæringer ikke er gengivet ukorrekt og ikke er lagt til grund til deres skade — ses det ikke, hvorledes denne undladelse materielt vil kunne belaste dem.

Det er ikke bestridt, at det under høringen den 10. december 1968 blev aftalt, at protokollatet heraf først senere skulle udarbejdes og forelægges de afhørte personer til godkendelse. Det er ligeledes godtgjort, at protokoludkastet blev tilsendt de repræsenterede virksomheder ved brev af 27. juni 1969, hvori virksomhederne blev anmodet om at meddele deres godkendelse »hurtigst muligt«. For Bayers vedkommende blev en usigneret kopi ganske vist tilsendt firmaets repræsentant ved en fejl; kopien oplyste, at virksomheden havde en frist til 15. september 1969 til at godkende ovennævnte protokollat, men det står fast, at Bayer samme dag modtog en underskrevet original, hvori firmaet, ligesom tilfældet havde været med de andre sagsøgere, blev anmodet om hurtigst muligt at godkende protokoludkastet. Med en lille smule omhu ville virksomheden altså have været i stand til rettidigt at fremsende sin godkendelse af protokollatet med sine eventuelle bemærkninger. Bayer gjorde aldrig det mindste forsøg på at anvende sin ret til at anmode om ændringer med henblik på at fjerne eventuelle unøjagtigheder i referatet af de af firmaets repræsentant afgivne forklaringer — og med god grund. Kommissionen har fremlagt hele båndoptagelsen af de af Bayers repræsentanter afgivne forklaringer. Det fremgår heraf, at repræsentanterne næsten ikke gav nogen forklaring vedrørende sagens realitet, og at de hovedsagelig nøjedes med at anføre, at fremstillingen af klagepunkterne som følge af uklarhed ikke havde gjort det muligt for dem at gøre sig bekendt med de punkter, som de skulle have udtalt sig om. Denne udtalelse er imidlertid ikke ny; den har fra begyndelsen været fremført af Bayer (se virksomhedens skrivelse af 9. 12. 1968 til Kommissionen), og den er i sin helhed blevet optaget og udviklet i protokollatet på siderne 16 og 24. Dettes indhold er derfor ikke »affattet således, at der opstår en fejl vedrørende et væsentligt punkt« (dom af 15. 7. 1970 i sag 44/69, Buchler, Sml. 1970, s. 151; org. ref. Recueil 1970, s. 755).

Afdeling V

Formen for begrundelsen af den anfægtede beslutning

Endelig klager nogle af sagsøgerne (BASF, Sandoz, Cassella og Hoechst) over, at Kommissionen ikke formelt har begrundet sin beslutning vedrørende tilstedeværelsen af en samordnet praksis tilstrækkeligt.

Selv om Kommissionen virkelig i medfør af traktatens artikel 190 er forpligtet til at begrunde sine beslutninger, er det Domstolens opfattelse, at dette krav er overholdt, når begrundelsen klart og sammenhængende angiver de faktiske og retlige overvejelser, som den hviler på, uden at Kommissionen er forpligtet til særligt at gengive alle de punkter, som er blevet drøftet under den administrative sagsbehandling.

Som anført indeholder den anfægtede beslutning i nærværende sag ikke i sin begrundelse noget væsentligt punkt, der ikke har været bragt til sagsøgernes kundskab ved fremstillingen af klagepunkterne. Den foreliggende beslutning fremstiller klart og fuldstændigt samtlige de forhold, der er lagt til grund for antagelsen af, at der foreligger en samordnet praksis. Desuden har Kommissionen sørget for, retligt at begrunde sin

beslutning med hensyn til hver enkelt af de i artikel 85, stk. 1 stillede betingelser, angående den samordnede praksis, navnlig med hensyn til de virkninger, som en sådan praksis skal have på den frie konkurrence, og med hensyn til påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater. Jeg tror ikke, at Kommissionen var forpligtet til at foreholde hver enkelt af virksomhederne de omstændigheder, som særligt bebrejededes den, eftersom det primære klagepunkt mod dem alle dog var, at de havde deltaget i samordningen; i øvrigt gav Kommissionen i begrundelsen for sin beslutning nogle særlige præciseringer til visse firmaer, som sikkert ikke var uundværlige inden for rammerne af en fælles sagsbehandling for de samme overtrædelser begået under ens omstændigheder af flere virksomheder.

Endelig gør de samme sagsøgere gældende, at Kommissionen i sin beslutning skulle have besvaret de argumenter, som de skriftligt eller mundtligt havde udviklet under den administrative sagsbehandling. Heri rejser de en række spørgsmål, der netop udgør genstanden for sagen ved Domstolen, refererer sig snævert til selve tilstedeværelsen af den påklagede overtrædelse og derfor kun kunne behandles hensigtsmæssigt inden for retssagens rammer.

Afdeling VI

Offentliggørelse af den anfægtede beslutning

Sagsøgeren Francolor klager over, at Kommissionen har offentliggjort den anfægtede beslutning i Journal Officiel des Communautés, skønt artikel 21 i forordning nr. 17 — der bestemmer, at visse beslutninger skal offentliggøres — ikke omfatter dem, som træffes i medfør af samme forordnings artikel 15, dvs. beslutninger om bødepålæg.

Kommissionen har imidlertid hertil med rette svaret, at offentliggørelsen af den afægtede beslutning, der skete efter dens meddelelse, ikke i sig selv kan bevirke, at beslutningen bliver ugyldig. Det afgørende er meddelelsen om beslutningen: det er datoen for meddelelsen, der tæller ved beregningen af søgsmålsfristen, og det er den udgave, som er meddelt adressaten, der er den eneste autentiske.

Den 15. juli 1970 har Domstolen i øvrigt i Chemiepharma-dommen statueret, at selv om Kommissionen ikke var forpligtet til at offentliggøre en beslutning om bødepålæg, »var der dog intet i den ovennævnte artikel 21's indhold eller ånd, der forhindrede den i at foretage en sådan offentliggørelse, for så vidt som denne ikke udgjorde en afsløring af virksomhedernes forretningshemmeligheder«, og at »den herved skabte offentlighed omkring beslutningen endog [kan] bidrage til at sikre overholdelsen af traktatens konkurrenceregler«.

Afsnit IV

Bøden

Endelig skal jeg nu gå over til spørgsmålene vedrørende de idømte bøder.

Som generaladvokat Gand udtalte det i sit forslag til afgørelse i sagerne om det internationale kininkartel, er hjemmelen for beslutninger om bødepålæg artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen kan fastsætte bøder for virksomheder, der forsætligt eller uagtsomt overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85. Det præciseres i artiklen, at der ved bødefastsættelsen skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed.

Domstolen statuerede selv i de pågældende sager, at bedømmelsen af krænkelsens grovhed med henblik på fastsættelsen af bødens størrelse, især skal tage hensyn til arten af konkurrencebegrænsningerne, antallet og

vigtigheden af de pågældende virksomheder, den af hver af disse kontrollerede markedsandel såvel som markedssituationen på tidspunktet for krønkelsen. Domstolen tilføjede, at situationen, den enkelte virksomheds individuelle handlemåde, og betydningen af virksomhedens rolle i kartellet kan tages i betragtning ved det individuelle skøn over bødens størrelse.

Jeg foreslår Domstolen at følge de retningslinjer, der således kan udledes af dens domme. Man først bør der foretages en undersøgelse af det allerede påberåbte anbringende vedrørende det internationale kininkartel, hvorefter overtrædelserne skulle være forældede.

Afdeling I

Forældelsen

I de foreliggende sager har sagsøgerne gjort gældende, at forældelsesreglerne i medlemsstaternes kartellovgivning bør finde anvendelse her, da de fællesskabsretlige kartelregler intet indeholder om forældelse af overtrædelserne. De gør gældende, at de overtrædelser, der måtte være et resultat af prisforhøjelserne i 1964 og selv i 1965, er forældede, fordi de blev begået for lang tid inden Kommissionen den 31. maj 1967 indledte den administrative procedure.

Med denne formulering forekommer spørgsmålet mig identisk med det, som Domstolen afgjorde ved dommene af 15. juli 1970, Chemiepharma m. fl., Sml. 1970, s. 107: Efter at have konstateret, at de retsforskrifter, der regulerer Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder i tilfælde af krænkelse af konkurrencereglerne, ikke fastsætter nogen forældelse, mindede Domstolen om, at »forældelsesregler af hensyn til deres formål, at tjene retssikkerheden, [skal] fastsættes forud«, og den antog, at »fastsættelsen af deres længde og bestemmelserne for anvendelsen henhører under fællesskabslovgivers kompetence«. Ved at udtale dette forkastede Domstolen stiltiende men klart argumentet om, at der i fællesskabsretten skal ske anvendelse af et for de nationale retssystemer fælles princip, idet det antoges, at et sådant princip ikke kan adskilles fra de regler, for hvilke det skal gælde.

Jeg skal ikke opholde mig ved denne retspraksis, navnlig fordi der, hvis jeg er korrekt informeret, kan ventes forelagt Rådet et forslag fra Kommissionen til løsning af dette forældelsesproblem. Sagsøgernes argumentation foranlediger mig imidlertid til at rejse det spørgsmål, om Kommissionen ikke, i det mindste hvad angår forhøjelsen i 1964, stiltiende har givet afkald på retsforfølgning.

Selskabet ACNA's advokat har nemlig anført, at Domstolen, inden for grænserne af de beføjelser, som den har i kraft af sin fulde prøvelsesret i søgsmål mod økonomiske sanktioner, kan vurdere, om den tid, som forløber mellem de begåede forhold og den første foranstaltning, hvormed Kommissionen har gjort brug af sin ret til at indlede forfølgning, ikke må ligestilles med en opgivelse af denne ret.

Selv om jeg antager, at en sådan vurdering kan være omfattet af Domstolens fulde prøvelsesret, tror jeg ikke, at den nævnte opfattelse er begrundet. Det står fast, at Kommissionen på fællesskabsrettens nuværende stade frit kan afgøre, om den vil indlede en forfølgning på kartelområdet; det er ligeledes rigtigt, at den, hvis den bestemmer sig for en sag, kan indlede denne når som helst; der er her tale om en anvendelse af det almindelige opportunitetsprincip, som utvivlsomt er gældende på dette område.

Der melder sig dog følgende spørgsmål:

dels

— ved hvilken retsakt har Kommissionen konkret givet udtryk for sin hensigt til at indlede sag?

dels

— efter udløbet af hvilken frist måtte retten til at indlede sag i mangel af en ny retsakt betragtes som opgivet?

Disse to spørgsmål fører mig ufravigeligt ind på forældelsesproblemet.

Indholdet af det første spørgsmål er i virkeligheden, hvilken retsakt der først har afbrudt en forældelse, som netop ikke eksisterer i fællesskabsretten. Idet jeg imidlertid ræsonnerer under den forudsætning, at spørgsmålet opstår, vil jeg sige, at efter min mening skulle de efterforskningsforanstaltninger, som blev truffet i juni—juli 1965 af Kommissionens ansatte i medfør af forordning nr. 17 og efter skriftlig bemyndigelse, i overensstemmelse med kravene i nævnte forordnings artikel 14, sidestilles med sådanne undersøgelseshandlinger, som har til virkning at afbryde en frist. Sagsøgernes opfattelse, hvorefter beslutningen om at indlede proceduren (den 31. maj 1967) var den første handling i forfølgningen, er derfor allerede på dette punkt særdeles tvivlsom.

Hvad angår det andet spørgsmål om opgivelse af forfølgningen bør svaret lyde således: En given myndighed, der er beføjet til at forfølge og sanktionere overtrædelser, kan kun på to måder give afkald på en allerede indledt forfølgning:

— enten ved udtrykkeligt at give afkald, hvilket klart ikke er sket i nærværende sag,

— eller ved at lade tiden gå uden at træffe nogen foranstaltning til afbrydelse af forældelsen, indtil denne er indtrådt. Men også her er man bundet til den teoretiske mulighed af en forældelse, der ikke eksisterer i fællesskabsretten.

Lad mig tilføje, at i nærværende sag ville tidsrummet mellem de første undersøgelser i Juni 1965 og beslutningen af 31. maj 1967 om at indlede den administrative procedure under alle omstændigheder være for kort til at begrunde tanken om et stiltiende afkald på påteleretten. Som vi har set kan endelig de omtvistede forhøjelser, der udgør en samordnet praksis, ikke adskilles fra hinanden; med et udtryk fra kriminalretten kunne man altså sige, at den pågældende samordnede praksis er udtryk for en vedvarende overtrædelse.

Der er altså ingen vej uden om en forkastelse af klagepunktet om forældelse, uanset hvordan det ellers kan fortolkes.

Afdeling II

Hensyntagen til den af de nationale myndigheder pålagte bøde

Tre af de sagsøgende tyske virksomheder, Bayer, Cassella og Hoechst, klager over, at den anfægtede beslutning ikke tog hensyn til den bøde, som de, som følge af forhøjelsen i 1967, var blevet pålagt af Bundeskartellamt ved afgørelse af 28. november 1967, skønt forbudet mod sammenlægning af sanktioner er knæsat i Domstolens Walt Wilhelm-dom af 13. februar 1969.

Jeg skal ikke inden for rammerne af de foreliggende sager undersøge den fortolkning, som sagsøgerne søger at udlede af denne dom, men blot med Kommissionen svare, at den anfægtede forvaltningsafgørelse aldrig er blevet fuldbyrdet som følge af, at de sager, der blev anlagt imod den, havde suspensiv virkning, og at den i øvrigt senere blev ophævet ved de tyske domstole.

Afdeling III

Bødens størrelse

Såfremt Domstolen lægger de konstateringer til grund, som jeg har ment at kunne

fremføre, vil den sluttelig være ledet til i det hele at stadfæste størrelsen af de af Kommissionen pålagte bøder. De gentagne forhøjelser på farvestoffer er nemlig led i en helhedsplan, som viser, at de er sket forsætligt. Jeg mener også, at krænkelsens grovhed er godtgjort. Som følge af mekanismen med »udhuling af priserne« har forhøjelserne ganske vist været relativt kortvarige, men bødens i grunden beskedne størrelse forekommer mig, under hensyn til de implicerede virksomheders betydning, at tage rimeligt hensyn til denne betragtning.

Navnlig synes jeg, at den meget lille bøde, der er pålagt ACNA, fuldt ud står i forhold til denne virksomheds særlige adfærd: Selv om virksomheden nemlig forhindrede, at forhøjelsen i 1967 ikke blev gennemført på det italienske marked, idet den ikke fulgte bevægelsen, tilsluttede den sig forhøjelsen i 1964, og, i det mindste hvad angår forhøjelsen i 1965 på 10 % på pigmenterne, deltog den heri på markederne i Benelux.

Mit endelig forslag til afgørelse bliver derfor:

—sagsøgte bør frifindes i sagerne 48, 49 og 51—57/69.