FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA DEN UDPEGEDE GENERALADVOKAT, DOMMER BO VESTERDORF
fremsat den 10. juli 1991 *

Indholdsfortegnelse

Indledning ..... II- 875

Polypropylenmarkedets strukturelle problemer i årene fra 1977-1983 ..... II- 876

I — Generel del ..... II- 878

A — Forvaltningsprocessuelle spørgsmål ..... II- 878

1. Forvaltningssagens forløb ..... II- 878

2. Sagsøgernes hovedsynspunkter ..... II- 883

3. Konkurrencesagernes karakter ..... II- 884

4. Kommissionens interne arbejdsgange ..... II- 886

a) Den interne tilrettelæggelse af Kommissionens arbejde ..... II- 886

b) Høringskonsulenten ..... II- 888

5. Aktindsigt ..... II- 889

a) Høringskonsulentens rapport ..... II- 889

* Originalsprog: dansk.

b) Internt arbejdsmateriale vedrørende pressekonferencen ..... II- 891

c) Øvrige spørgsmål om aktindsigt og forelæggelse af bevismateriale for virksomhederne ..... II- 892

6. Ændret juridisk bedømmelse under sagen ..... II- 900

7. Referatet af de mundtlige forhandlinger for Kommissionen ..... II- 907

B — Afgørelsens begrundelse ..... II- 907

1. Begrundelseskravet generelt ..... II- 907

2. Kommissionens pligt til i beslutningen at kommentere beviser og argumentation fremkommet før beslutningen ..... II- 908

3. Individualiseringen af beslutningen ..... II- 911

4. Fortolkningen af artikel 85 som formelt problem ..... II- 912

C — Begrebet »virksomhed« som »handlingssubjekt« ..... II- 913

D — Fortolkningen af artikel 85 ..... II- 921

1. Indledning ..... II- 921

2. Begrebet aftale ..... II- 922

3. Begrebet samordnet praksis ..... II- 923

a) Problemstillingen ..... II- 923

b) Spørgsmålets betydning i de foreliggende sager ..... II- 924

c) Parternes anbringender og argumenter ..... II- 925

d) Den historiske baggrund ..... II- 927

e) Domstolens udtalelser vedrørende begrebet samordnet praksis ..... II- 929

f) Udtalelser fra Domstolens generaladvokater om spørgsmålet ..... II- 933

g) Teorien ..... II- 935

h) Det fortolkningsmæssige udgangspunkt ..... II- 939

i) Kræver »samordnet praksis« handling på markedet? ..... II- 939

j) De to overtrædelsesformers struktur ..... II- 944

4. Kan der opstilles en forsøgslære inden for rammerne af artikel 85? ..... II- 945

5. Var virksomhedernes adfærd objektivt uegnet som middel? ..... II- 946

6. Foreligger der én aftale og én samordnet praksis? ..... II- 948

7. Kollektivt ansvar efter artikel 85, stk. 1? ..... II- 950

E — Generelt om bevisvurderingen samt om bevistyper og beviser ..... II- 953

1. Generelt ..... II- 953

2. Den frie bevisbedømmelse ..... II- 954

3. Vidnebevis ..... II- 954

4. Dokumentbeviser ..... II- 956

5. De økonomiske analyser ..... II- 957

6. Målpriser og mængdemål som genstand for aftale eller samordning ..... II- 957

F — Foreligger der bevis for et kartel? ..... II- 960

1. Indledning ..... II- 961

2. Den påståede mindsteprisaftale ..... II- 961

3. Fortsættelsen af mindsteprisaftalen ..... II- 965

4. Møderne mellem producenterne ..... II- 965

5. Vurdering af situationen i 1977 ..... II- 965

6. Vurdering af situationen i 1978 ..... II- 968

7. Vurdering af situationen i 1979 ..... II- 970

8. Prisinitiativerne ..... II- 971

a) Prisinitiativet fra juli til december 1979 ..... II- 971

b) Fra januar til maj 1981 ..... II- 975

c) Fra august til december 1981 ..... II- 977

d) Perioderne fra juni til juli 1982 og fra september til november 1982 ..... II- 979

e) Priskartellets ophør ..... II- 980

9. Kvotaordningerne ..... II- 981

a) Ordningen for 1980 ..... II- 981

b) Perioden fra 1981-1982 ..... II- 983

1981 ..... II- 984

1982 ..... II- 985

c) Kvotaordningerne i 1983 ..... II- 986

10. Kontostyring og kontoledelse ..... II- 987

11. Andre ledsageforanstaltninger ..... II- 988

G — Forældelse ..... II- 988

II — De enkelte sager individuelt ..... II- 990

A — Rhône-Poulenc (sag T-1/89) ..... II- 990

B — Petrofina (sag T-2/89) ..... II- 994

C — Atochem (sag T-3/89) ..... II- 999

D — BASF (sag T-4/89) II-1000

E — Anic (Enichem; sag T-6/89) II-1001

F — Hercules (sag T-7/89) II-1002

G — DSM (sag T-8/89) II-1006

H — Hüls (sag T-9/89) II-1007

I — Hoechst (sag T-10/89) II-1009

J — Shell (sag T-11/89) II-1010

K — Solvay (sag T-12/89) II-1012

L — ICI (sag T-13/89) II-1013

M — Montedipe (sag T-14/89) II-1015

N — Chemie Linz (sag T-15/89) II-1016

III — Sanktionsspørgsmålene II-1017

A — Kommissionens bødepolitik II-1020

B — Har Kommissionen taget alle relevante faktorer i betragtning? II-1024

C — Formildende omstændigheder II-1024

D — Nedsættelse af bøderne som følge af annullation af visse dele af beslutningen .. II-1026

E — Skal Kommissionen opstille et bødekatalog? II-1026

F — Omfanget eller intensiteten af de enkelte virksomheders deltagelse II-1028

1. Omfanget som anført i Kommissionens beslutning II-1028

2. De fire store producenter II-1030

3. De mindre producenter II-1030

IV — Forslag til afgørelse II-1032

Hr. præsident,
De herrer dommere,

Indledning

Efter forslag fra Rettens Første Afdeling besluttede Rettens plenarforsamling den 16. november 1989 at udpege en generaladvokat i sagerne T-1/89-T-4/89 og T-6/89-T-15/89 (polypropylen). Senere har Rettens præsident udpeget mig til at udøve dette hverv. Gennemgangen af sagernes akter og indtrykket af den mundtlige forhandling viser, at sagerne i fuldt omfang opfylder de kriterier for at udpege en generaladvokat, som nu er fastlagt i Rettens eget procesreglement, nemlig at sagens juridiske og faktiske problemer tilsiger dette.

Sagerne angår Kommissionens beslutning af 23. april 1986 vedrørende en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85 (IV-31.149 — polypropylen) (EFT L 230, s. 1). Ved beslutningen pålagdes der femten virksomheder inden for den kemiske industri betragtelige bøder for, i perioder af varierende længde i tidsrummet fra midten af 1977 og til i hvert fald november 1983, at have deltaget i en aftale og samordnet praksis, hvorved de dannede et priskartel samt indførte kvoteordninger og andre foranstaltninger som støtte for priskartellet. Ved beslutningen påbød Kommissionen endvidere virksomhederne at bringe overtrædelserne til ophør.

Fjorten af de femten virksomheder anlagde herefter sag med påstande, der med små variationer i den individuelle udformning alle går ud på ophævelse af beslutningen, subsidiært bortfald eller nedsættelse af de pålagte bøder. De fjorten sager blev ved Rettens kendelse af 25. september 1990 kumuleret med henblik på den mundtlige forhandling.

De rejste sager indeholder ud over en række indsigelser af formel karakter vedrørende Kommissionens administrative behandling af sagerne en række vigtige spørgsmål om fortolkningen af EØF-Traktatens artikel 85. De sidstnævnte spørgsmål behandles indgående i samtlige processkrifter, og afgørelsen heraf vil være af væsentlig betydning for den fremtidige anvendelse af artikel 85. Som Retten vil erindre, gik Kommissionen endog så vidt under den mundtlige forhandling, at man gav udtryk for, at artikel 85 måtte ændres, såfremt Kommissionen ikke fik medhold i sine centrale synspunkter vedrørende fortolkningen og anvendelsen af artikel 85. Et første væsentligt punkt i sagen er spørgsmålet om fortolkningen af begrebet »samordnet praksis« i artikel 85, medmindre, naturligvis, der i det hele er grundlag for at fastslå, at alle dele af det, Kommissionen gør gældende, udgør »aftaler« i artikel 85's forstand. Spørgsmålet er i denne forbindelse, om Kommissionen har ret i, at en samordnet praksis efter artikel 85 allerede foreligger på det tidspunkt, hvor »samordningen« sker, eller om der tillige skal foreligge »praksis« i den forstand, sagsøgerne hævder, nemlig således at det, der er »samordnet«, bevisligt skal være søgt gennemført på markedet ved iværksættelseshandlinger direkte over for virksomhedernes kunder. Et andet hovedproblem er, hvorvidt den af parterne meget debatterede »rammeaftale« kan udgøre én aftale i artikel 85's forstand, når der på den ene side ikke foreligger holde-

punkter for at antage, at de dispositioner, som senere blev truffet, i hovedtrækkene hvilede på en aftale om fremtidigt samarbejde mellem sagsøgerne, mens det på den anden side må lægges til grund, at der blev iværksat et betydeligt antal foranstaltninger, som hver især kan hævdes at hvile på aftaler eller udgøre samordnet praksis, der i det hele danner et mønster, og som i betydeligt omfang var systematiseret. Et tredje hovedproblem er spørgsmålet om den enkelte sagsøgers deltagelse. Dette spørgsmål består af to dele, nemlig på den ene side de bevismæssige problemer og på den anden side spørgsmålet om ansvar for samvirken eller medvirken eller, som det har været benævnt under sagen, spørgsmålet om kollektivt ansvar eller kollektiv lovovertrædelse.

En række af de rejste indsigelser af formel karakter går igen i de fleste af sagerne, og de netop beskrevne hovedproblemer er med få undtagelser fælles for alle sagerne. Tilsvarende gælder spørgsmålet om sanktionen. Jeg har derfor valgt at udforme mit forslag til afgørelse således, at jeg indleder med en generel del, hvori behandles spørgsmålene om formelle mangler ved Kommissionens beslutning, spørgsmålet om fortolkningen og anvendelsen af artikel 85 samt de generelle principper, der kan opstilles med hensyn til spørgsmålet om bevis for overtrædelse i sager af den foreliggende karakter. Dernæst gennemgås i anden del de enkelte sager med henblik på at fastslå den bevismæssige situation for den enkelte sagsøgers vedkommende. Endelig behandles sanktionsspørgsmålene i tredje del.

Polypropylenmarkedets strukturelle problemer i årene fra 1977-1983

Som det fremgår af en lang række udtalelser i processkrifterne og under den mundtlige forhandling samt af Kommissionens beslutning, er de foreliggende sager præget af de meget betydelige strukturelle problemer, som gjorde sig gældende på polypropylenmarkedet mellem midten af 1970'erne og begyndelsen af 1980'erne. Problemet var en betydelig overkapacitet, der hos producenterne førte til en lav rentabilitet og i mange tilfælde store tab ved produktionen af polypropylen. Som Kommissionen anfører i beslutningen (12. betragtning), medfører de meget kostbare produktionsanlæg så høje faste omkostninger, at en rimelig rentabilitet i vid udstrækning er betinget af en høj kapacitetsudnyttelse. Efter udløbet af en række patenter omkring 1977 og inspireret af meget optimistiske forventninger til udviklingen i efterspørgslen, påbegyndte syv nye producenter i Vesteuropa i 1977 produktionen af polypropylen, hvorved produktionskapaciteten øgedes meget betydeligt, uden at efterspørgslen i de følgende år tilnærmelsesvis fulgte med. Det er efter min opfattelse ikke nødvendigt for sagens afgørelse nærmere at efterforske baggrunden for, at der pludselig opstod en sådan overkapacitet, idet jeg, som det vil fremgå senere, er enig med Kommissionen i, at spørgsmålet om, hvorvidt eller i hvilket omfang, der er ydet statsstøtte til nogle virksomheder inden for den pågældende industrisektor, må være uden betydning.

Når der i en markedsorienteret økonomi opstår en overkapacitet inden for en bestemt sektor, må kapaciteten på længere sigt, alt andet lige, skæres ned. Kommissionen har

da også oplyst (beslutningens 13. betragtning), at der i 1982 foregik drøftelser herom, og at der fremkom et forslag om kapacitetsnedskæringer. Kommissionen ville imidlertid ikke godkende et af virksomhederne foreslået »krisekartel«, når dette indebar »uacceptable begrænsninger af konkurrencen, såsom prisbinding eller kvotefastsættelse«.

Hvis der foreligger overkapacitet på et marked, vil eksisterende virksomheder, som ser nye konkurrenter komme til på dette marked, normalt enten forsøge at udkonkurrere de nye, selv stoppe eller nedtrappe produktionen eller søge at opnå en »ordning« med de nye virksomheder [1]. Det kan ikke undre, at virksomheder, der oplever en situation, som den der forelå på polypropylenmarkedet i 1977, overvejer at undgå en ødelæggende priskonkurrence, der kan bringe de foretagne, meget store anlægsinvesteringer i fare, ved at arrangere sig indbyrdes med henblik på en foreløbig overlevelse og afventning af bedre tider. I de foreliggende sager skete der en vis reduktion, mere eller mindre frivillig, af produktionskapaciteten, men denne blev ikke afgørende formindsket, og krisen i industrien varede i hvert fald seks år. Krisen kom således til at vare længe, og måske også meget længere end de deltagende virksomheder havde troet, hvilket især vel skyldes de direkte og indirekte virkninger af den anden store olieprisstigning i 1979 og den deraf følgende kraftige stigning i prisen på råstoffet propylen samt den generelle økonomiske afmatning med afsvækkelse af efterspørgslen til følge.

Disse betragtninger giver anledning til overvejelser over et af de fundamentale problemer inden for konkurrenceretten, nemlig spørgsmålet om i hvilket omfang og inden for hvilke rammer virksomheder, der normalt konkurrerer, lovligt kan samarbejde om at forsvare deres fælles interesser, enten systematiseret inden for brancheforeninger eller lignende eller konkret, når særlige problemer opstår. Det er på den ene side ubestridt, at virksomheder ligesom arbejdstagere har foreningsfrihed og har ret til at forsvare deres erhvervsmæssige interesser over for myndigheder og andre, og på den anden side er det lige så ubestridt, at der består en afgørende samfundsmæssig interesse i, at konkurrencen ikke derved fordrejes på fællesmarkedet [jf. EØF-Traktatens artikel 3, litra f)]. Der må således sikres en balance mellem på den ene side de involverede virksomheders interesser og på den anden side hensynet til, at forbrugere og øvrige parter på markedet ikke bliver udsat for urimelige priser eller handelsvilkår.

Der er derfor tale om en vanskelig sejlads mellem Skylla og Karypdis, når det skal vurderes, hvilke muligheder virksomheder har for at samarbejde, og hvornår demarkationslinjen mellem lovlige drøftelser og ulovlige aftaler og praksis er overskredet. Med generaladvokat Slynn's ord [2], kan det forhold, at en virksomhed deltager i et møde, hvor andre virksomheder indgår konkurrencefordrejende aftaler, ikke i sig selv indebære, at førstnævnte virksomhed kan anses at have deltaget i aftalen eller i en samordnet praksis. Virksomhedens repræsentant kunne jo være ankommet til mødet i den tro, at der ikke var tvivlsomme emner på dagsordenen, og der må som nævnt indrømmes virksomhederne en vis frihed til at

1 — Jf. Baden Fuller i *European Law Review*, 1979, s. 439.

2 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, SA Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, på s. 1930.

diskutere fælles problemer. Derimod må der gribes hårdt ind over for forsøg på at underminere én af markedets væsentligste funktioner, nemlig den frie prisdannelse, og den virksomhed, som over en længere periode sender medarbejdere til mange møder, hvor der diskuteres foranstaltninger, der måske er forståelige set med virksomhedernes øjne i lyset af branchens vanskeligheder, men som er vanskeligt forenelige med artikel 85, stk. 1, står efter min mening svagt.

Som Domstolen udtrykker det i Züchnerdommen[3], udelukker kravet i Fællesskabets konkurrenceret om uafhængighed »kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem... erhvervsdrivende, som har til formål eller følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang«. Men konkurrenceretten udelukker derimod naturligvis ikke kontakter som sådan mellem virksomhederne.

I — Generel del

A — *Forvaltningsprocessuelle spørgsmål*

Alle sagsøgerne har med forskellig styrke og i forskellige kombinationer gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en række formelle mangler. Ved bedømmelsen heraf kan det være nyttigt først at se på, hvordan Kommissionen gennemførte den administrative procedure i de foreliggende sager.

1. *Forvaltningssagens forløb*

Det fremgår af beslutningen, at repræsentanter for Kommissionen den 13. og 14. oktober 1983 foretog uanmeldte kontrolbesøg i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17[4] hos ti polypropylenproducenter, der forsyner fællesmarkedet (Atochem, BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, Hüls AG, ICI plc, Montedipe[5], Shell International Chemical Co. Ltd og Solvay & Cie.). Disse virksomheder har senere fået pålagt bøder og har anlagt sag mod Kommissionen. Der blev endvidere foretaget kontrolbesøg hos BP Chimie i Paris. BP er imidlertid ikke omfattet af den anfægtede beslutning, idet Kommissionen ikke har ment at være i besiddelse af tilstrækkeligt bevismateriale mod denne virksomhed (beslutningens betragtning 78, sidste afsnit). Efter kontrolbesøgene udbad Kommissionen sig oplysninger hos de ovennævnte virksomheder i medfør af artikel 11 i forordning

3 — Dom af 14.7.1981, sag 172/80, Sml. s. 2021, på s. 2031, præmis 14.

4 — Rådets forordning nr. 17/62/EØF af 6.2.1962; første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 og 86, EFT, Specialudg. 1959-1962, s. 81.

5 — I sagen optræder bl.a. navnene Montedison, Montepolimeri og Montedipe samt forkortelsen Monte. Det fremgår af sagens dokumenter, at moderselskabet i Montedison-gruppen, Montedison SpA, indtil udgangen af 1980 selv varetog polypropylenproduktionen, der pr. 1.1.1981 blev lagt over i det 100%-ejede datterselskab Montepolimeri SpA, til hvilket meddelelsen af klagepunkter rettedes. Som det fremgår af beslutningens betragtning 8, stk. 4, sammenholdt med dennes artikel 3 og 5, skete der en intern omorganisering af Montedison-koncernen, hvilket medførte, at beslutningen blev rettet til Montedipe SpA, der er sagsøger i sag T-14/89. I det følgende betegnes virksomheden Montedipe eller Monte.

nr. 17, ligesom fem øvrige virksomheder (Amoco, Chemie Linz AG, Petrokjemi AS, Petrofina SA og Anic SpA) blev anmodet om at fremkomme med oplysninger. Af disse fem har tre anlagt sag mod Kommissionen; én virksomhed, Saga Petrokjemi AS & Co., har betalt den pålagte bøde; og endelig er der virksomheden Amoco, mod hvem Kommissionen ikke har ment at have tilstrækkeligt bevismateriale.

Senere foretog repræsentanter for Kommissionen i medfør af artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17 kontrolbesøg hos Anic samt hos Chemie Linz' salgsagenturer i Det Forenede Kongerige og i Tyskland. Der blev derimod ikke gennemført kontrolbesøg hos Rhône-Poulenc, som imidlertid er omfattet af beslutningen.

Den 30. april 1984 besluttede Kommissionen på eget initiativ at indlede en procedure i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, og i maj 1984 tilsendte den de femten virksomheder meddelelse om klagepunkterne i henhold til forordningen. Der var tale om bl.a. samtlige de virksomheder, som nu har anlagt sag, bortset fra Anic og Rhône-Poulenc. Meddelelsen om klagepunkterne var inddelt i en generel del og en speciel del rettet til hver enkelt virksomhed.

Det fremgår af sagen, at samtlige på dette tidspunkt involverede virksomheder derpå anmodede om en mundtlig forhandling i medfør af artikel 7 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (herefter benævnt »forordning nr. 99/63«).

I juni 1984 gav Kommissionen sagsøgerne adgang til aktindsigt. Dette skete på en måde, som har været noget omdiskuteret under sagen, og som en del af sagsøgerne ikke er tilfredse med.

Den 24. oktober 1984 afholdtes et forberedende møde med henblik på den mundtlige forhandling, som skulle påbegyndes den 12. november 1984, mellem på den ene side den tjenestemand i Kommissionen, Roland Mussard, der havde til opgave at lede den mundtlige forhandling, og på den anden side virksomhedernes juridiske rådgivere. Det fremgår af et notat, fremlagt af Shell, at den pågældende tjenestemand ved denne lejlighed fremkom med to udtalelser, hvoraf en række virksomheder påberåber sig den ene til støtte for sine synspunkter, og Kommissionen henholder sig til den anden. For det første skal han have udtalt, at en repræsentant for hver enkelt virksomhed skulle være til stede under den mundtlige forhandling, dvs. at det ikke var tilstrækkeligt, at der alene kom eksterne rådgivere, og at det efter hans opfattelse var »det sikreste«, at firmaets repræsentant var en ansat i virksomhedens »salgsafdeling«. Den anden udtalelse vedrørte hans egen rolle. Han meddelte, at han alene gav udtryk for et personligt synspunkt, og at dette ikke i øvrigt var »særlig vigtigt«. Han redegjorde herefter for en uoverensstemmelse mellem den ansvarlige kommissær og ham selv om hans rolle i forbindelse med gennemførelsen af konkurrencesager, eller med andre ord om en uenighed om fortolkningen af de regler, der er fastsat for hans opgaver[6]. Dette gav angiveligt anledning til, som anført i et brev af 30. oktober 1984 til Kommissionen fra Shell's advokat, at Shell gav afkald på at deltage i den mundtlige forhandling for Kommissionen.

6 — Ifølge notat udarbejdet af repræsentanter for Shell efter mødet, bilag 16 til Shell's stævning (sag T-11/89).

Under hensyn til det, virksomhederne havde anført i deres svar på meddelelse af klagepunkterne, sendte Kommissionen den 31. oktober 1984 et antal dokumenter til virksomhedernes advokater. Heriblandt fandtes kopier af prisinstruktioner fra virksomhederne til deres salgsafdelinger samt oversigter over disse dokumenter. Advokaterne for adskillige virksomheder nægtede at acceptere de betingelser, hvorunder dette skete og tilbagesendte dokumentationen før den mundtlige forhandling for Kommissionen. Advokaterne var navnlig utilfredse med Kommissionens krav om, at dokumenterne ikke måtte vises til de pågældende virksomheders salgsafdelinger.

De første mundtlige forhandlinger for Kommissionen fandt sted mellem den 12. og 20. november 1984. Under disse møder nægtede adskillige af virksomhederne at gå ind på det materiale, der var blevet tilsendt den 31. oktober 1984, under henvisning til at Kommissionen havde ændret sin argumentation, at de i hvert fald skulle have mulighed for at svare skriftligt, og at de i øvrigt ikke havde haft tilstrækkelig tid til at sætte sig ind i de pågældende dokumenter før den mundtlige forhandling for Kommissionen.

Ved en fælles skrivelse af 28. november 1984 (hvortil Hüls sluttede sig ved skrivelse af 4.12.1984) fra BASF, DSM, Hercules, Hoechst, ICI, Chemie Linz, Montedipe, Petrofina og Solvay rejste de pågældende virksomheders advokater i skarpe vendinger kritik af to forhold. For det første gjorde de gældende, at det materiale, som var tilsendt dem den 31. oktober 1984, rejste nye både retlige og bevismæssige spørgsmål. Virksomhederne anførte dernæst, at de måtte have tilstrækkelig tid til at analysere materialet og til at fremkomme med skriftlige bemærkninger, og herefter have mulighed for at behandle disse spørgsmål under en ny mundtlig forhandling. Endvidere kritiserede virksomhederne betingelsen om, at deres salgsafdelinger ikke måtte få kendskab til materialet. For det andet gjorde virksomhederne gældende, at der efter den første runde af de mundtlige forhandlinger forelå en stigende og væsentlig mangel på klarhed med hensyn til den juridiske opfattelse, som Kommissionen gjorde gældende, og som virksomhederne måtte forsvare sig imod. Efter virksomhedernes opfattelse havde denne usikkerhed sin oprindelige baggrund i en betydelig grad af uklarhed i meddelelsen af klagepunkter. De var endelig af den opfattelse, at usikkerheden var yderligere tiltaget under den mundtlige forhandling. Det hævdedes, at forskellige repræsentanter for Kommissionen havde forsøgt at give mundtlige forklaringer på meddelelsen af klagepunkter, og at disse forklaringer var vanskelige at forstå og syntes at være selvmodsigende og i indbyrdes modstrid.

Med hensyn til det første punkt gjorde virksomhederne nærmere gældende, at det efter indholdet af meddelelsen om klagepunkterne og det nu tilsendte materiale på ingen måde var muligt at fastslå, hvilke dele af bevismaterialet der gjordes gældende til støtte for Kommissionens forskellige bevismæssige konstateringer. Det hævdes således, at det ikke var muligt på grundlag af det samlede materiale at konstatere nøjagtig hvad, Kommissionen gjorde gældende mod hver enkelt virksomhed. Som det vil ses, er dette et spørgsmål, der går igen også senere i sagen.

Yderligere rejste virksomhederne spørgsmål om meningen med udtrykket i følgebrevet

af 31. oktober 1984, hvori det hedder, at der var tale om et »repræsentativt udvalg« af prisinstruktioner mv. Virksomhederne gav i denne forbindelse udtryk for frygt for, hvad Kommissionen kunne finde på at bruge det øvrige bevismateriale, som ikke var tilsendt, til. Virksomhederne fandt dette forhold i strid med Domstolens dom af 25. oktober 1983 i AEG-sagen[7]. Vedrørende dette første punkt krævede virksomhederne herefter, at Kommissionen enten skulle identificere alle yderligere påståede sammenlignelige prisinstruktioner, som Kommissionen havde til hensigt at lægge til grund, og den dokumentation på hvilken en sådan sammenligning var baseret, eller bekræfte, at den ville undlade at støtte sig på sådanne ikke identificerede sammenligninger i forbindelse med en afgørelse. De krævede endvidere, at Kommissionen skulle ophæve forbuddet mod at vise det tilsendte materiale til virksomhedernes salgsafdelinger. Endelig krævede de, at der blev givet dem lejlighed til at kommentere det nye materiale både skriftligt og i en genoptaget mundtlig forhandling.

Med hensyn til det andet punkt rejste virksomhederne det spørgsmål, som senere er blevet til et af hovedspørgsmålene i sagen, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt det er nødvendigt for Kommissionen i de enkelte tilfælde at præcisere, hvad den anser for aftale i artikel 85's forstand, og hvad der er samordnet praksis. Allerede på dette tidspunkt gjorde virksomhederne det synspunkt gældende, som også senere har været hovedsynspunktet, nemlig at der til begrebet samordnet praksis hører et objektivt element, en praksis, medens dette ikke er tilfældet, for så vidt angår begrebet aftale.

7 — Sag 107/82, Sml. s. 3151.

Som det ligeledes senere er blevet hævdet, var virksomhederne af den opfattelse, at meddelelsen af klagepunkter var stærkt uklar på dette punkt, og at manglen på klarhed var blevet endnu større under den mundtlige forhandling, hvorfor virksomhederne krævede, at Kommissionen klargjorde sine hensigter.

Således foranlediget sendte Kommissionen den 29. marts 1985 en ny serie prisinstruktioner og tabeller til virksomhederne sammen med et resumé af de beviser, der fandtes vedrørende hvert prisinitiativ, som der var dokumentation for. Der var imidlertid i det væsentlige tale om samme materiale, som var udsendt den 31. oktober 1984. I samme forbindelse ophævede Kommissionen forbuddet mod at vise materialet til salgsafdelingerne, ligesom man gav virksomhederne lejlighed til at svare skriftligt og meddelte, at man var rede til at gennemføre endnu en mundtlig forhandling. Endvidere sendte Kommissionen samme dag et brev til virksomhederne, hvori man svarede på virksomhedernes argumenter om, at der ikke var blevet givet nogen præcis definition af det kartel, som Kommissionen mente eksisterede.

Kommissionens opfattelse med hensyn til forholdet mellem aftale og samordnet praksis, således som den blev tilkendegivet over for virksomhederne i skrivelsen af 29. marts 1985, kan sammenfattes således: Hovedparten af polypropylenproducenterne er i en lang periode enedes om under regelmæssige og institutionaliserede møder at fastsætte målpriser, mængdemål og målkvoter og at træffe diverse foranstaltninger for at effekti-

visere disse planer. Efter møderne blev de fastsatte planer iværksat gennem instruktioner givet til salgsafdelingerne. Den grad af enighed, som blev opnået vedrørende priser og mængder, således som dette fremgår af detaljerede referater, optaget samtidig med møderne, giver grundlag for at fastslå, at det ulovlige samarbejde mellem mødedeltagerne kan ligestilles med en eller flere aftaler efter artikel 85, stk. 1, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Dette gælder også, selv om det efter aftalernes karakter ikke var muligt at nedfælde dem skriftligt eller at gennemtvinge dem med lovlige midler. I nogle tilfælde kan de arrangementer, der var resultatet af samarbejdet, have karakter både af aftale og af samordnet praksis, navnlig når de er komplekse, omfattende og genstand for stadige ændringer. Der findes eksempler herpå i Fedetab-sagen, hvor Domstolen ikke fandt anledning til at fastslå en sondring mellem de forskellige former for forbudt adfærd. Selv om visse af de arrangementer, som blev truffet af de producenter, der deltog i møderne, ikke i det foreliggende tilfælde opviser alle en detaljeret »aftales« karakteristika, har disse producenter imidlertid truffet foranstaltninger med det fælles formål at samordne deres forretningspolitik. Den nøjagtige form for det ulovlige samarbejde har således alene underordnet betydning, og producenterne har deltaget i et ulovligt kartel, hvis forskellige elementer på en gang kan henføres under begrebet »aftale« og »samordnet praksis«. Også selv om det måtte antages, at producenternes konkurrencebegrænsende arrangementer i deres helhed snarere måtte anses for en samordnet praksis end en aftale, hvortil eventuelt slutter sig en samordnet praksis, finder forbuddet i artikel 85 anvendelse ikke alene på deres ensartede adfærd vedrørende priser og salg, men også og så meget desto mere allerede på forberedelsesstadiet og med hensyn til de møder, som gik forud. Når henses hertil kan argumenter, som har til formål at bevise, at de forhold, som Kommissionen har påtalt, udgør en »samordnet praksis« og ikke en »aftale« eller omvendt, vise sig ikke at tjene noget formål.

Med hensyn til Anic og Rhône-Poulenc, der ikke havde været inddraget i første omgang, mente Kommissionen at have fået tilstrækkelige oplysninger vedrørende disse virksomheder, hvorfor man den 29. oktober 1984 sendte en meddelelse om klagepunkter til Anic og Rhône-Poulenc, svarende til dem, der var sendt til de andre virksomheder. Den mundtlige forhandling vedrørende disse virksomheder og ICI fandt sted under den anden møderække i juli 1985. Under denne anden møderække, som fandt sted fra den 8.-11. juli 1985 og den 25. juli 1985, deltog samtlige virksomheder bortset fra Shell, der som nævnt heller ikke havde deltaget i den første møderække.

Udkastet til referat fra møderne sendtes til Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål den 19. november 1985 og til virksomhederne den 25. november 1985. Den endelige udgave af referatet med virksomhedernes modifikationer og tilføjelser sendtes til disse den 8. juli 1986.

Som det er fremgået af forhandlingerne for Retten, behandlede Det Rådgivende Udvalg sagen uden at være i besiddelse af den endelige version af referatet, medens Kommissionen ved sin behandling af sagen var i besiddelse af udkastet samt virksomhedernes svar og krav om ændringer.

I tilknytning til offentliggørelsen af den anfægtede beslutning afholdt Kommissionen en pressekonference og udsendte en pressemeddelelse. I pressebureauernes referater fra

pressekonferencen siges det bl.a., at en af kommissær Sutherland's medarbejdere havde nævnt, at Kommissionen var af den opfattelse, at polypropylenprisen gennem kartellets virksomhed kunstigt var blevet hævet mellem 15 og 30% i tiden mellem 1977 og 1982 og med 40% i 1982.

Dette sagsforløb har givet anledning til en lang række indsigelser af formel karakter over for den anfægtede beslutning. De vigtigste af disse indsigelser vil blive behandlet her i første del, medens synspunkter, som alene gøres gældende af enkelte virksomheder, vil blive behandlet i anden del under afsnittene om de enkelte virksomheder.

Blandt de talrige indsigelser, som virksomhederne, nu sagsøgerne, har karakteriseret som formelle indsigelser, findes der en del, som har klar forvaltningsprocessuel karakter, såsom spørgsmålet om aktindsigt, medens andre ligger på grænsen mellem det, der naturligt kan karakteriseres som spørgsmål af formel karakter, og materielretlige problemer, f.eks. DSM's påstand om, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til reglen »in dubio pro reo«. I atter andre tilfælde ser det ud som om, at nogle sagsøgere ser deres fordel i at redefinere klart materielretlige problemer som formelle spørgsmål. Dette kan give anledning til nogen usikkerhed i sagsøgernes kvalifikation af de problemer, der behandles, og det er da også klart, at der hverken logisk eller juridisk kan drages nogen skarp linje mellem spørgsmål, der må karakteriseres som værende af formel karakter, og materielretlige spørgsmål. Det er på den anden side lige så klart, at afgørelsen af et spørgsmål må ske uafhængigt af, hvordan dette kvalificeres.

2. *Sagsøgernes hovedsynspunkter*

Som Domstolen har haft lejlighed til at fastslå i en række sager, er kontradiktionsprincippet en helt fundamental grundsætning i Fællesskabets forvaltningsret, herunder inden for konkurrenceretten. Den involverede virksomhed skal således have adgang til at se de dokumenter og andre beviser, som forvaltningen vil gøre gældende imod virksomheden, samt gives lejlighed til at kommentere såvel det materiale, der lægges til grund for afgørelsen, som den juridiske argumentation, hvorpå afgørelsen bygger.

I de foreliggende sager har sagsøgerne gjort en række anbringender gældende, der alle har som fælles træk, at de ikke mener, at sagsforløbet og beslutningen har givet dem fuldt betryggende muligheder for at varetage deres forsvar. Endvidere har en enkelt sagsøger angrebet den måde, hvorpå Kommissionen behandler konkurrencesager.

Sagsøgerne gør følgende hovedsynspunkter gældende:

— Kommissionens interne organisation lever ikke op til de krav, som må stilles til den, da

a) de samme personer dels undersøger, dels afgør sagen

og

b) høringskonsulenten har fået pålagt begrænsninger i sit kompetenceområde i forhold til Kommissionens generelle beslutning om høringskonsulentens kompetence.

— Der er ikke givet virksomhederne tilstrækkelig adgang til aktindsigt.

— Virksomhederne har ikke fået tilstillet samtlige relevante dokumenter.

— De organer, der har beslutningskompetencen, har ikke haft det fulde og korrekte beslutningsgrundlag.

— Kommissionen har under sagens forløb ændret sin juridiske vurdering af sagen.

— Beslutningen er utilstrækkeligt begrundet, bl.a. fordi

a) der hverken i tilstrækkelig grad er svaret på virksomhedernes argumenter eller taget stilling til det bevismateriale, som virksomhederne er fremkommet med

b) begrundelsen er selvmodsigende

c) begrundelsen ikke i tilstrækkelig grad er individualiseret i forhold til den enkelte virksomhed.

Det førstnævnte hovedsynspunkt rejser spørgsmål om fundamentale problemer i forbindelse med Kommissionens virksomhed i konkurrencesager, hvilket giver mig anledning til først nærmere at undersøge sådanne sagers karakter generelt set.

To andre emner indtager i en vis grad en særstilling derved, at de tidligere har været behandlet under en artikel 91-procedure for Domstolen. Det drejer sig om spørgsmålet om aktindsigt i høringskonsulentens rapport og det materiale, som dannede grundlaget for den pressekonference, der blev afholdt i forbindelse med offentliggørelsen af beslutningen. I øvrigt har en stor del af de spørgsmål om formelle mangler, der er rejst i de foreliggende sager, tidligere været fremme under sager for Domstolen.

3. *Konkurrencesagernes karakter*

I flere sammenhænge har sagsøgerne rejst mere generel kritik af Kommissionens behandling af konkurrencesager. Spørgsmålet berører en af de væsentlige vanskeligheder, som behandlingen af konkurrencesagerne rejser, og som i et vist omfang viser sig på dette sted i forbindelse med behandlingen af de formelle indsigelser og i endnu større omfang i forbindelse med behandlingen af de materielretlige spørgsmål. Jeg tænker her på det spændingsfelt, der klart kan iagttages — og måske i endnu højere grad i de foreliggende sager end i nogen tidligere konkurrencesager for Domstolen — mellem på den ene side sagernes formelle ramme, som er

en forvaltningsprocedure med efterfølgende judiciel legalitetskontrol, og sagernes indhold, som udviser stort set alle en straffesags karakteristika. Det er i adskillige tilfælde alene den strafferetlige og straffeprocessuelle terminologi og begrebsverden, der gør det muligt at forstå det, som anføres af parterne.

I sin retspraksis har Domstolen fastslået, at den sagsbehandling, der finder sted i Kommissionen, er en forvaltningsprocedure. Jeg henviser her til dom af 15. juli 1970 i sag 45/69, Boehringer Mannheim mod Kommissionen, Sml. s. 769, præmis 23, s. 802 (jf. Sml. 1970, s. 153), hvor det fastslås, at proceduren for Kommissionen vedrørende anvendelsen af EØF-Traktatens artikel 85 er en forvaltningsprocedure, også når den kan føre til pålæggelse af bøder. Konsekvensen heraf i den pågældende sag var, at Kommissionens beslutning ikke var ulovlig, selv om Kommissionens medlemmer ikke selv havde deltaget i høringerne i sagen, men havde overladt dette til embedsmænd i medfør af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 99/63.

Kommissionen er endvidere ikke en domstol i den forstand, hvori dette begreb anvendes i artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Dette har Domstolen givet udtryk for flere gange [8], og er da heller ikke blevet modsagt af menneskerettighedsorganerne, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskommissions afgørelse af 9. februar 1990 [9], i hvilken Menneskerettighedskommissionen tog stilling til en udløber af en af Pioneer-sagerne [8]. Som Domstolen imidlertid udtrykkeligt understreger i de nævnte domme, skal Kommissionen under den administrative procedure overholde de processuelle garantier, der er fastlagt i fællesskabsretten. Heraf følger, at der på den ene side ikke uden videre kan opstilles institutionelle krav vedrørende Kommissionens behandling af konkurrencesager, men at Kommissionen — hvilket er en selvfølge — under alle omstændigheder skal overholde dels de skrevne regler, men også de uskrevne principper, der er opstillet i Domstolens praksis. I Pioneersagerne tog Domstolen stilling til artikel 6, stk. 1, i den europæiske menneskerettighedskonvention i forhold til en påstand om, at beslutningen i den sag var ulovlig, fordi Kommissionen både udøvede påtale- og beslutningsfunktion, medens den i Fedetab-sagerne udtalte sig om spørgsmålet i forhold til påståede overtrædelser af en række sagsbehandlingsregler. I ingen af sagerne fik virksomhederne medhold i deres synspunkter.

I betragtning af at de bøder, der i henhold til forordning nr. 17, artikel 15, kan pålægges virksomheder, med en vis støtte i Menneskerettighedsdomstolens dom i Öztürk-sagen [10], efter min opfattelse — uanset stk. 4 i den nævnte artikel — reelt har pønal karakter [11], er det af væsentlig betydning, at Retten søger at medvirke til at sikre en retstilstand, imod hvilken der ikke kan rejses berettiget kritik set i forhold til den europæiske menneskerettighedskonvention.

8 — Dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Fedetab, Sml. s. 3125, på s. 3248, præmis 79, 80 og 81, og dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, SA Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen, Pioneersagerne, Sml. s. 1825, på s. 1880, præmis 6, 7 og 8.

9 — Sag nr. 13258/87, M. og Co. mod Tyskland.

10 — Dom af 21.2.1984.

11 — Jf. således også Pliakos: *Les droits de la défense et le droit communautaire de la Concurrence*, Bruylant, Bruxelles, 1987, s. 145 ff.

I hvert fald inden for de rammer, som sættes af det eksisterende regelgrundlag og den foreliggende retspraksis, må det således søges sikret, at retsbeskyttelsen i Fællesskabet lever op til den standard, som i øvrigt anses for rimelig i Europa.

4. *Kommissionens interne arbejdsgange*

a) Den interne tilrettelæggelse af Kommissionens arbejde

Det er i denne sammenhæng også vigtigt at understrege, at de skrevne og uskrevne regler i en given retsorden må anskues i deres helhed med henblik på at afgøre, om den eller de involverede private parter har haft tilstrækkelige muligheder for at varetage deres forsvar. Hvis der således f.eks. ikke er fuld adgang til aktindsigt som udgangspunkt i alt materiale, der ikke har karakter af internt arbejdsmateriale i snæver forstand — hvilket der ikke er i Fællesskabets forvaltningsret — må kravene til de øvrige retssikkerhedsgarantier skærpes betydeligt, idet disse da skal bære det grundlæggende princip om, at den private part har fået kendskab til alt materiale af betydning for sagens afgørelse, og at der ikke findes mere materiale i sagen, som kan være relevant. Det er dette problem, der under sagen har været særligt omtalt i forbindelse med sagsøgernes frygt for, at der skulle foreligge ukendt materiale, som skulle vise de virkninger af kartellet, der blev hævdet på pressekonferencen, og at dette materiale skulle være lagt til grund for sagens afgørelse, navnlig med hensyn til bødefastsættelsen. Det er derfor nødvendigt at foretage en nøje efterprøvelse af, om beslutningen hviler på et så sikkert grundlag, at det må anses for praktisk talt utænkeligt, at der skulle foreligge relevant materiale, som ikke er kommet til virksomhedernes kundskab [12].

Shell har både under sagsbehandlingen for Kommissionen og under sagen for Retten gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat væsentlige retssikkerhedsgarantier under sagens behandling. Under anbringende af, at Kommissionen har undladt at opfylde sin »pligt til at handle retfærdigt«, anfører Shell nærmere, at Kommissionens arbejdsform skal tilrettelægges således, at det for det første i videst mulig udstrækning kan sikres, at den anførte pligt kan opfyldes, og for det andet, at de virksomheder, der bliver inddraget i sager for Kommissionen, samt offentligheden kan have en rimelig grad af tillid til Kommissionen som upartisk beslutningstager. Shell hævder i denne forbindelse et krav om, at Kommissionen ved behandlingen af sager efter forordningerne nr. 17 og nr. 99/63 har pligt til at tage objektiv og neutral stilling til alt bevismateriale og til at være lydhør over for argumentation fra sagsøgernes side, som kan rejse alvorlig tvivl om rigtigheden af de foreløbige synspunkter, der har fundet udtryk i meddelelsen af klagepunkter. Shell giver endvidere udtryk for den opfattelse, at de nævnte hensyn alene kan varetages ved, at der sker en funktionel opdeling af »efterforskningsstadiet« og »påtalestadiet« internt i Kommissionen. Efter det af Shell anførte fandtes der ikke en sådan opdeling på tidspunktet for

12 — Jf. herved Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, på s. 3498, præmis 5-10.

gennemførelsen af undersøgelserne og vurderingen af de foreliggende sager, i hvert fald ikke i tiden indtil meddelelserne af klagepunkter udsendtes. Shell anfører en række konkrete eksempler fra sagen, eksempler som efter denne sagsøgers opfattelse viser en så partisk og uafbalanceret vurdering af visse af sagens elementer, at der skulle være grundlag for at fastslå, at arbejdsgangen i Generaldirektorat IV i sig selv har været egnet til at påvirke afgørelserne til skade for sagsøgeren.

Efter en beskrivelse af den reorganisering af Generaldirektoratet, som fandt sted i 1984/1985, og som efter sagsøgtes opfattelse er egnet til at imødegå den fremsatte kritik, anfører Kommissionen, at der ikke nogetsteds findes regler, der i denne henseende regulerer, hvordan Kommissionen skal organisere sine interne arbejdsgange. Endvidere afviser Kommissionen, at det skulle være muligt at henføre forekomsten af eventuelle fejl eller fejlskøn til en bestemt måde at organisere arbejdet på. De af sagsøgeren fremdragne eksempler må derfor efter Kommissionens opfattelse i det hele henskydes til behandling under sagens materielle spørgsmål. Endelig bemærker Kommissionen, at mere end tyve ansatte har medvirket ved sagens behandling.

Til det anførte må det efter min opfattelse for det første siges, at det som udgangspunkt ikke er muligt i det enkelte tilfælde at slutte ud fra mulige fejl eller fra arbejde af eventuel ringe kvalitet, at der generelt skulle være noget galt med den måde, hvorpå arbejdet er organiseret internt i Kommissionen. Selv forvaltningsmyndigheder, der internt er organiseret så godt, som man kan forestille sig, og med alle tænkelige indbyggede retssikkerhedsgarantier, kan begå fejl. Modsat kan organisationer, hvis interne tilrettelæggelse af arbejdsgangen måske generelt lader noget tilbage at ønske, præstere udmærket arbejde. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at eventuelle fejl begået under behandlingen af det foreliggende sagskompleks ikke giver noget grundlag for at fastslå, at Kommissionens interne organisation skulle være indrettet på en sådan måde, at den på forhånd kan antages at føre til fejl af den art, som sagsøgeren mener at have påvist.

Der må på den anden side — som antydet i foregående afsnit — gives Shell medhold i, at det generelt kan være problematisk, at én og samme forvaltningsmyndighed besidder en så vidtrækkende kompetence, at den udover at efterforske og påtale har adgang til at pålægge bøder af så betragtelig størrelse som de foreliggende. Efter Domstolens ovennævnte praksis [13] ligger det imidlertid fast, at der ikke i menneskerettighedskonventionens artikel 6 kan hentes konkret, juridisk støtte for at kræve, at Kommissionens arbejde skal organiseres på en bestemt måde. Shell vil så vidt ses gennem henvisning til de gængse krav til god forvaltningsskik, objektivitet og neutralitet, som ingen kan være uenige i, og som Shell med rette mener skal være ledetråden for behandlingen af konkurrencesager, opstille et princip om en bestemt administrativ tilrettelæggelse af arbejdsgangen, der imidlertid hverken kan udledes af Traktaten, de med hjemmel heri fastsatte regler om konkurrencesagernes behandling eller af noget andet eksisterende retsgrundlag. Shell's anbringende om Kommissionens interne arbejdsgang bør derfor afvises.

13 — Jf. note 8.

b) Høringskonsulenten

I begyndelsen af 1980'erne fandt Kommissionen det formålstjenligt, at en person, der nød en relativ tjenstlig uafhængighed, i fremtiden varetog opgaverne som høringsleder, når mundtlige forhandlinger skulle finde sted efter artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 99/63. Kommissionen oprettede derfor en stilling som høringskonsulent fra den 1. september 1982, i hvilken stilling Kommissionen udnævnte Roland Mussard, der også ledede høringerne i de foreliggende sager. Oprettelsen af stillingen blev bebudet i Den Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken. I Den Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken offentliggjorde Kommissionen det mandat, som blev givet til høringskonsulenten, og det er om fortolkningen af høringskonsulentens beføjelser i henhold til dette mandat, der angiveligt har været uenighed mellem høringskonsulenten og den ansvarlige kommissær, således som refereret ovenfor i afsnit I.

De relevante bestemmelser har følgende ordlyd:

»*Artikel 5*

Høringskonsulenten underretter generaldirektøren for konkurrence om høringens forløb og om de konklusioner, han drager af høringen. Han fremsætter sine bemærkninger om procedurens videre forløb. Disse bemærkninger kan vedrøre nødvendigheden af at indhente yderligere oplysninger, frafaldelse af visse klagepunkter eller meddelelse af yderligere klagepunkter.

Artikel 6

Høringskonsulenten kan, hvis han anser det for hensigtsmæssigt, under udøvelsen af de i artikel 2 ovenfor fastlagte funktioner fremsætte sine bemærkninger direkte til det medlem af Kommissionen, der har konkurrencespørgsmål som ansvarsområde, når det pågældende kommissionsmedlem får forelagt det foreløbige udkast til beslutning, som er bestemt til forelæggelse for Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål.

Artikel 7

Efter omstændighederne kan det medlem af Kommissionen, der har konkurrencespørgsmål som ansvarsområde, på høringskonsulentens anmodning beslutte at vedlægge dennes endelige udtalelse som bilag til det udkast til beslutning, som forelægges Kommissionen, således at det sikres, at denne er fuldt ud orienteret om samtlige en individuel sags elementer, når den som besluttende myndighed tager stilling til denne sag.«

Der ingen tvivl om, at de beføjelser, som er tillagt høringskonsulenten i medfør af de citerede artikler i mandatet, er velegnede til at bidrage til, at den kommissær, der har ansvaret for konkurrenceområdet, får det bedst mulige beslutningsgrundlag, idet han ikke alene får indstilling gennem det sædvanlige forvaltningshieraki, men tillige kan få en skriftlig eller mundtlig rapport fra en person, der som uafhængig af den i øvrigt ansvarlige tjenestegren har fungeret som høringsleder. Kommissionen har således selv fastsat retsgarantier, der må anses for vide-

regående end de forvaltningsprocessuelle garantier, Domstolen har krævet opfyldt gennem sin praksis, eller som i øvrigt fremgår af det skrevne regelgrundlag.

Når Kommissionen har valgt at opstille sådanne regler, som har karakter af retsgarantier, kan det i hvert fald hævdes, at den må være forpligtet til at følge disse, også selv om den ikke har været retligt forpligtet til at opstille reglerne. Dette må navnlig gælde i tilfælde, hvor reglerne er offentliggjort for interesserede kredse under udtrykkelig angivelse af, at reglerne har til formål at styrke retssikkerhedsgarantierne for de virksomheder, som kommer i Kommissionens søgelys. For så vidt angår Domstolens retspraksis med hensyn til forvaltningens bundethed til egne forskrifter, vil jeg navnlig henvise til dommen af 30. januar 1974 (sag 148/73, Louwage mod Kommissionen, Sml. s. 81), hvori det (s. 89, præmis 12) hedder, at selv om en intern tjenesteforskrift »ikke kan betragtes som en retsregel, som administrationen i alle tilfælde skal overholde, indeholder den dog retningslinjer for administrationens praksis, som denne ikke kan tilsidesætte uden begrundelse, idet principperne om den ligelige behandling ellers ville blive krænket«. I sag 81/72, Kommissionen mod Rådet, Sml. 1973, s. 575, anlagde Domstolen de samme synspunkter, og i dette tilfælde endda i forhold til Rådet som lovgiver.

Den væsentlige bestemmelse i denne forbindelse er artikel 6, hvorefter høringskonsulenten kan rette direkte henvendelse til den ansvarlige kommissær og meddele denne sine bemærkninger, når udkastet til forslag til afgørelse sendes til Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål. Der er imidlertid ikke påvist noget i de foreliggende sager, som tyder på, at høringskonsulenten skulle have været forhindret i at forelægge sine bemærkninger for den ansvarlige kommissær, før sagen gik til Det Rådgivende Udvalg. Med hensyn til artikel 5 er der endvidere intet, som viser, at høringskonsulenten skulle have været afskåret fra at forelægge sin opfattelse for generaldirektøren. Endelig kan der ikke af mandatets artikel 7 udledes nogen forpligtelse for den ansvarlige kommissær til at lade høringskonsulentens opfattelse tilgå Kommissionen. Selv om det naturligvis er uheldigt, at der ikke mellem høringskonsulenten og den ansvarlige kommissær var helt enighed om, hvad reglerne går ud på, er der efter min opfattelse således intet i de foreliggende sager, der underbygger påstanden om, at Kommissionen skulle have tilsidesat de forskrifter, den selv har vedtaget.

Som følge heraf bør de anbringender, som en række sagsøgere har fremført om, at Kommissionen på utilbørlig måde har indskrænket høringskonsulentens beføjelser, afvises.

5. *Aktindsigt*

a) Høringskonsulentens rapport

Som det fremgår af sagen, begærede ICI, da denne virksomhed anlagde sag, rapporten udleveret under en særskilt procedure for Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 91. Andre af sagsøgerne har ligeledes over for Kommissionen rejst krav om at få den udleveret, men har fået afslag, og har derpå gjort den manglende udlevering af

rapporten gældende som en sagsbehandlingsfejl. Under artikel 91-proceduren gjorde ICI gældende, at der bestod en væsentlig forskel mellem den anfægtede afgørelse og visse af de udtalelser vedrørende sagen, som høringskonsulenten var fremkommet med under den mundtlige høring. Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at der ikke i instruksen for høringskonsulenten findes nogen regel, hvorefter det kræves, at høringskonsulentens rapport tilstilles virksomhederne. Kommissionen er af den opfattelse, at der er tale om et internt dokument, hvis offentliggørelse kan være uhensigtsmæssig for Kommissionen, fordi en regel eller praksis om offentliggørelse ville indebære risiko for, at høringskonsulenten og de involverede sagsbehandlere ville afholde sig fra at udtrykke sig frit under forvaltningssagen.

Domstolen afviste ICI's begæring ved kendelse af 11. december 1986 under henvisning til, at høringskonsulentens opgaver alene er af rådgivende karakter, og at Kommissionen ikke på nogen måde har pligt til at tage hensyn til den. Som følge heraf har høringskonsulentens rapport efter Domstolens opfattelse ikke en sådan betydning, at Domstolen må tage hensyn til den ved udøvelsen af sin kontrolfunktion.

Under sagen som den nu foreligger, drejer spørgsmålet sig om, hvorvidt den manglende udlevering af høringskonsulentens rapport kan anses for at være en mangel ved beslutningen. Baggrunden for kravet om aktindsigt er, at sagsøgerne er af den opfattelse, at høringskonsulentens rapport indeholder opfattelser, som er afvigende fra dem, der er kommet til udtryk i beslutningen.

Som anført af Kommissionen er det imidlertid ikke høringskonsulentens rapport, der er genstand for den judicielle kontrol i de foreliggende sager. Den anfægtede beslutning skal ikke kontrolleres set i lyset af rapporten. Det er hverken overraskende eller unaturligt, hvis der i en stor forvaltningsorganisation som Generaldirektorat IV skulle være forskellige opfattelser af et så stort sagskompleks som det foreliggende, såvel for så vidt angår faktum som med hensyn til de juridiske spørgsmål, hvoraf i hvert fald nogle notorisk er tvivlsomme. Når den interne debat i Kommissionen, herunder som kollegium om, hvorledes sagen skal afgøres, er sluttet, træffes beslutningen, og det er denne beslutnings faktiske og retlige grundlag, der skal kontrolleres af Retten. Efter min opfattelse ville det også savne rimelig mening, at Kommissionen skulle være forpligtet til at udlevere et dokument, der har karakter af internt arbejdsmateriale, hvis udleveringen blot har til formål at dokumentere, at én af de ansatte i Kommissionen har eller har haft en anden opfattelse af sagens faktiske og juridiske sammenhæng end den, der blev den endelige. Det er da også kendetegnende, at i de 11 ud af 12 medlemslande (undtagen Det Forenede Kongerige), hvor der efter lovgivningen som udgangspunkt er adgang til aktindsigt også for virksomheder, der er involverede i nationale konkurrencesager, gøres der generelt undtagelse for, hvad der betegnes som internt arbejdsmateriale, såsom udkast, notater og referater. Sådanne dokumenter vil typisk gengive foreløbige overvejelser, herunder eventuelle tidligere, nu fravegne, vurderinger af sagen, som det efter min mening med rette ikke findes nødvendigt eller i øvrigt hensigtsmæssigt, at sagens parter eller part gøres bekendt med. Den eneste rimelige begrundelse, der kunne være for at udlevere et sådant dokument, er den, Domstolen har omtalt i den netop nævnte kendelse, hvori den henviser til sin egen

kendelse af 18. juni 1986, British American Tobacco og Reynolds Industries [14], nemlig at et sådant dokument kan være egnet til at belyse, om der foreligger magtfordrejning. Som Domstolen siger, er en undersøgelse af Kommissionens interne arbejdsdokumenter med henblik på at afgøre, om Kommissionens afgørelse hviler på andre grunde end dem, der er anført i begrundelsen, et ekstraordinært oplysningsmiddel. At gribe til dette må forudsætte, at omstændighederne ved den pågældende afgørelse giver grundlag for alvorlig tvivl om afgørelsens reelle motiver og navnlig om, at der har været forfulgt andre formål end dem, der lovligt kan forfølges i henhold til fællesskabsretten.

Der er i den foreliggende sag ikke fremkommet noget, der indicerer, at magtfordrejning skulle foreligge. Kommissionen har således været berettiget til at nægte at udlevere rapporten. De anbringender, der er gjort gældende i så henseende, bør derfor efter min opfattelse forkastes.

b) Internt arbejdsmateriale vedrørende pressekonferencen

Ved kendelsen af 11. december 1986 tog Domstolen endvidere stilling til en anmodning fra ICI om aktindsigt i internt arbejdsmateriale udarbejdet til brug for den ovennævnte pressekonference. Det fremgår af kendelsen, at ICI var af den opfattelse — hvilket støttedes på forskellige udtalelser i pressen — at Kommissionen havde taget hensyn til forhold, der ikke var nævnt i meddelelsen af klagepunkter, og som virksomhederne, herunder ICI, derfor ikke havde haft lejlighed til at kommentere. Endvidere skulle disse omstændigheder heller ikke fremgå af den nu anfægtede beslutning. Heroverfor mente Kommissionen, at god administration måtte tilsige, at dens medarbejdere frit skulle kunne nedskrive deres interne overvejelser, uden at disse automatisk skulle komme tredjemand i hænde. Som omtalt ovenfor vedrørende udlevering af høringskonsulentens rapport, udtalte Domstolen i den nævnte kendelse først, at aktindsigt i Kommissionens interne arbejdspapirer er et ekstraordinært oplysningsmiddel, som kun skal anvendes, når der kan rejses alvorlig tvivl om de virkelige grunde til en afgørelse. Domstolen henviste herefter til, at ICI's påstande, fremsat på grundlag af udtalelser i pressen om, at afgørelsen skulle hvile på et andet grundlag end det, der stod i afgørelsen, ikke fremgik af de artikler, hvortil ICI henviste. Domstolen udtalte endvidere, at journalisters udtalelser og interview med ansatte i Kommissionen ikke kan sidestilles med institutionens opfattelse, der er fastlagt i den anfægtede beslutning. Domstolen var herefter af den opfattelse, at der ikke — på dette stadium af sagen — fandtes nogen rimelig grund til at tro, at afgørelsen skulle hvile på et andet grundlag end det, der stod i afgørelsen.

Som det blev fremhævet under den mundtlige forhandling, tog Domstolen ved kendelsen alene stilling til spørgsmålet, således som dette forelå på tidspunktet for kendelsen. Domstolen holdt således udtrykkelig muligheden åben for, at der senere kunne komme nye momenter frem, som kunne stille sagen i et andet lys, og ICI's repræsentant anmodede under domsforhandlingen også direkte Retten om at genoverveje spørgsmålet.

14 — Forenede sager 142/84 og 156/84, Sml. s. 1899.

Efter min opfattelse kan det ikke undre, at sagsøgerne har følt en betydelig grad af utryghed ved at se tal på op til 40% nævnt som virkning af det påståede kartel, medens virkningen heraf ikke er kvantificeret i beslutningen. Et kartels virkninger på markedet har efter den retsopfattelse, som jeg senere i forslaget til afgørelse vil gøre mig til talsmand for, alene betydning for udmåling af bøderne. Men selv i dette begrænsede perspektiv er virksomhedernes frygt for, at de under pressekonferencen nævnte tal for virkningen skal være lagt til grund for udmålingen af bøderne, forståelig.

Hverken under den skriftlige eller under den mundtlige forhandling er der fremkommet noget, der kan give en endegyldig forklaring på, hvad det er, der er sket. Det nærmeste vi er kommet det, er Kommissionens forklaring under retsmødet om, at den embedsmand, som afholdt pressekonferencen, muligvis kan have misfortolket de kurver, der figurerer i bilagene til beslutningen. Det bidrager ikke til at højne Kommissionens anseelse, at dens talsmand på en pressekonference fremkommer med udtalelser som de refererede, hvis der ikke i beslutningen er grundlag herfor.

Det er vel imidlertid et karakteristisk træk ved pressekonferencer, at det, der siges, let kan få et mere absolut præg end egentligt tilsigtet, ligesom faren for uoverlagte udtalelser ofte er nærliggende. Der må således efter min opfattelse i almindelighed skulle mere til end sådanne udtalelser for at underbygge en mistanke om, at der er noget galt. Det må i denne forbindelse fremhæves, at den udsendte pressemeddelelse ikke indeholder de nævnte tal. Det bør endvidere nævnes, således som Kommissionen gjorde i sit indlæg under artikel 91-proceduren, at beslutningens bilag 9, der er offentligt tilgængeligt materiale, faktisk viser stigninger i den nævnte størrelsesorden. At den pågældende kommissionsansatte på denne baggrund måske har givet udtryk for, at de nævnte prisstigninger var udtryk for kartellets virkninger, er måske ikke helt uforståeligt. Heller ikke de fremlagte presseklip viser efter min opfattelse noget af betydning for sagen. At der blandt kommissionsmedlemmer kan have været en divergerende opfattelse af, hvilken bødepolitik der skulle anlægges, er af ligeså ringe betydning for sagens afgørelse som eventuelle overvejelser over resultaterne af den lobbyvirksomhed, som aviserne hævder har fundet sted fra virksomhedernes side.

Sagsøgerne har ikke på deres side kunnet pege på nogen — endsige nye — momenter, som underbygger deres mistanke om, at Kommissionen skulle have lagt de nævnte tal til grund i forbindelse med bødefastsættelsen eller i øvrigt brugt dem i forbindelse med sagens afgørelse. Der er efter min opfattelse således fortsat ikke grundlag for at hævde, at det materiale, som blev udarbejdet til brug for pressekonferencen, burde have været fremlagt i sagen. Jeg foreslår derfor, at sagsøgernes anbringender vedrørende dette spørgsmål forkastes.

c) Øvrige spørgsmål om aktindsigt og forelæggelse af bevismateriale for virksomhederne

Som ovenfor anført kræver hensynet til en forsvarlig administration og retspleje, at per-

soner og virksomheder, der risikerer at blive pålagt et bødeansvar, har fuld adgang til at forsvare sig. Dette indebærer, at de pågældende skal have kendskab til alt relevant materiale.

I fællesskabsretten består der imidlertid som almindelig regel ikke en sådan ubetinget adgang til aktindsigt (jf. navnlig Domstolens dom i sagen VBVB og VBBB mod Kommissionen [15]).

Den af Domstolen opstillede metode til at sikre retten til at varetage sit forsvar er en anden, nemlig at forvaltningen skal sørge for, »at den berørte virksomhed bliver i stand til på hensigtsmæssig måde at ytre sig om dokumenter, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for, at der er begået en overtrædelse« [16]. I sagen VBVB og VBBB mod Kommissionen forudsætter Domstolen dog, at aktindsigt vil blive anordnet, hvis der er konkrete holdepunkter for at antage, at der har været benyttet dokumenter, som virksomheden ikke har kendskab til, hvilket er i overensstemmelse med de ovenfor under a) og b) nævnte kendelser. Domstolen har endvidere præciseret sin opfattelse således, at det ikke er et bestemt dokument i sig selv, »men de slutninger, som Kommissionen har draget på grundlag af dem«, der er afgørende. Herefter siger Domstolen, at en virksomhed med føje kan gå ud fra, at dersom et dokument ikke er omtalt i meddelelsen af klagepunkter, vil det heller ikke blive anvendt i beslutningen. Det følger heraf, at dokumenterne ikke kan benyttes som bevis under en eventuel retssag [17].

I sin Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken meddelte Kommissionen, at den ville give virksomhederne adgang til sagsakterne i konkurrencesager. Det hedder herom nærmere (s. 30-31):

»Ifølge Domstolens faste praksis kan meddelelsen om klagepunkter begrænse sig til en summarisk, men klar angivelse af de væsentlige faktiske omstændigheder, som Kommissionen støtter sig på, dog således, at denne altid i løbet af den administrative procedure skal stille det for varetagelsen af forsvaret fornødne materiale til rådighed. Hvad dette angår, har Kommissionen ikke pligt til at overgive de implicerede virksomheder samtlige de dokumenter, på hvilke den støtter sin argumentation; det er tilstrækkeligt, at den stiller de dokumenter til rådighed for dem, som vedrører væsentlige faktiske omstændigheder.

I overensstemmelse med denne praksis giver Kommissionen allerede virksomhederne mulighed for at fremkomme med bemærkninger til ethvert dokument og ethvert forhold, som Kommissionen fremfører mod dem i meddelelsen af klagepunkter. Endvidere giver Kommissionen de virksomheder, der fremsætter anmodning herom, adgang til at gøre sig bekendt med selve dokumenterne, når dette er nødvendigt af hensyn til en bedre forståelse af sagen. Det er desuden Kommissionens praksis i videst muligt omfang at give de implicerede virksomheder meddelelse om de relevante punkter i formelle klager.

15 — Dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, Sml. s. 19, på s. 59, præmis 23, 24 og 25.

16 — Michelin mod Kommissionen, citeret ovenfor, note 12.

17 — Jf. dom af 25.10.1983, AEG mod Kommissionen, citeret ovenfor, præmis 27.

Kommissionen påtænker endog at gå ud over de krav, der er opstillet af Domstolen, idet den i princippet vil give de virksomheder, der er impliceret i en sag, adgang til at gøre sig bekendt med sagens akter. Men en sådan adgang kan dog kun finde sted inden for visse grænser på grund af Kommissionens pligt til ikke at videregive forretningshemmeligheder til andre virksomheder og nødvendigheden af, at Kommissionens interne dokumenter og arbejdsdokumenter bevarer en fortrolig karakter.«

I Den Tolvte Beretning om Konkurrencepolitikken blev der opstillet følgende regler herfor (s. 42-43):

»Kommissionen har konkretiseret sine planer, som blev omtalt i Den Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken, om at gå ud over de krav, der er opstillet af Domstolen, ved at gøre det lettere for virksomhederne at udøve deres forsvarsrettigheder i forbindelse med den administrative procedure. Kommissionen giver derfor i fremtiden de virksomheder, der er impliceret i en sag, adgang til at gøre sig bekendt med sagens akter.

Virksomhederne oplyses om, hvilke dokumenter Kommissionen har i sagen, idet der til meddelelsen af klagepunkter eller til skrivelsen, hvori en klage afvises, er vedføjet en fortegnelse over alle disse, med angivelse af, hvilke af dokumenterne eller dele af disse virksomhederne har adgang til at få indsigt i.

Virksomhederne har mulighed for at gennemgå disse dokumenter i Kommissionen. Hvis en virksomhed kun ønsker at gennemgå enkelte af dem, kan Kommissionen fremsende kopier heraf.

Kommissionen betragter dog en række dokumenter som fortrolige, hvorfor der ikke er adgang til at få indsigt i disse. Det drejer sig om følgende dokumenter:

— dokumenter eller dele heraf, der indeholder andre virksomheders forretningshemmeligheder

— Kommissionens interne dokumenter, såsom notater, udkast eller andre arbejdsdokumenter

— alle andre fortrolige oplysninger, som f.eks. oplysninger om de klagende parters identitet, hvis disse ikke ønsker denne afsløret, samt oplysninger, der fremsendes til Kommissionen med et forbehold om, at disse er at betragte som fortrolige.

Når en virksomhed fremsætter en velbegrundet anmodning om at få indsigt i et dokument, der normalt ikke er adgang til at få indsigt i, kan Kommissionen give den pågældende virksomhed et ikke-fortroligt resumé af dette.

For lettere at kunne afgøre, om der skal være adgang til indsigt i et givet dokument eller ej, anmodes virksomhederne om, når de fremsender oplysninger, at angive, om og i bekræftende fald i hvilket omfang disse oplysninger bør betragtes som fortrolige.

De således fastsatte retningslinjer skulle kunne anvendes uden vanskeligheder, undtagen for så vidt angår akter i sager, der er

påbegyndt før disse retningslinjers ikrafttræden, og hvor det ikke har været muligt at tage hensyn til de nye bestemmelser. I tilfælde af en anmodning om aktindsigt i sådanne sager må der tages stilling fra gang til gang.«

I Den Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken redegør Kommissionen nærmere for en række forhold i forbindelse med aktindsigt. Det siges bl.a. (s. 65-66):

»Kommissionen giver ikke aktindsigt, før sagen formelt er indledt. Heraf følger, at virksomheder ikke har mulighed for at få indsigt i sagsakterne, før de har modtaget en formel meddelelse om klagepunkter fra Kommissionen. Til denne meddelelse af klagepunkter er føjet en fortegnelse over alle dokumenter i Kommissionens akter med en angivelse af, hvilke af dokumenterne eller dele af disse virksomhederne har adgang til at få indsigt i.«

I sin Attende Beretning om Konkurrencepolitikken (1988) skriver Kommissionen om de indhøstede erfaringer (s. 50):

»Domstolens domme i sagerne 'AKZO/forretningshemmeligheder' og BAT mod Kommissionen, tvinger Kommissionen til at udvise særlig forsigtighed ved behandlingen af fortrolige oplysninger. Efter en omhyggelig undersøgelse af dette problem er Kommissionen kommet til den konklusion, at principperne i de eksisterende ordninger bør fastholdes. Dog er det nødvendigt at behandle ethvert dokument fra en virksomhed fortroligt, såfremt offentliggørelse heraf kunne påføre den, der har givet oplysningen, en betragtelig skade. Dette gælder for dokumenter, der indeholder forretningshemmeligheder, men kan også gælde andre private dokumenter, der tilhører en virksomhed, og som den ikke ønsker, at tredjemand eller sagens andre parter skal have adgang til. Specielt bør sagens parter principielt ikke kunne få adgang til fortrolige (følsomme) oplysninger fra tredjemand under sagsbehandlingen.

I tilfælde, hvor der er indledt sag mod flere konkurrerende firmaer, må Kommissionen i almenvellets interesse sikre, at aktindsigten ikke medfører udveksling af kommercielt følsomme oplysninger mellem de implicerede virksomheder. Denne regel finder også anvendelse, selv om virksomhederne indbyrdes enes om at give afkald på fortrolig behandling af sådanne oplysninger.

...

Alt efter omstændighederne kan sagens parter få indsigt i dokumenter eller oplysninger enten ved at få direkte adgang til Kommissionens akter eller ved at få tilsendt kopier heraf...«

Som det vil ses, består der herefter for så vidt to konkurrerende systemer, der begge har til formål at sætte virksomhederne i stand til at varetage deres forsvar. Dette forhold har utvivlsomt medvirket til at skabe nogle af de problemer, der fremføres af sagsøgerne i forbindelse med deres anbringender om, at de ikke har fået forelagt alle dokumenter i sagen.

De fleste af sagsøgerne har gjort gældende, at de ikke har fået forelagt et antal af de dokumenter, hvorpå Kommissionens beslutning hviler.

Der er i hovedsagen tale om 3 kategorier af dokumenter:

1) dokumenter, som ikke er tilsendt virksomheden, men som virksomheden havde adgang til at gøre sig bekendt med, da sagsøgerne i juni 1984 fik adgang til Kommissionens arkiver

2) de dokumenter, som var vedlagt den generelle meddelelse af klagepunkter, men som ikke er udtrykkeligt og identificerbart nævnt i klagepunkterne

3) dokumenter, som Kommissionen erkender ved en fejltagelse at have undladt at tilsende virksomhederne.

Der findes endvidere en fjerde kategori, nemlig de dokumenter, som efter Kommissionens opfattelse ikke »vedrører« den konkrete sagsøger, og med hensyn til hvilke Kommissionen udtrykkeligt i svarskrifterne anfører, at disse dokumenter for så vidt ikke gøres gældende mod den sagsøger, som dokumentet ikke »vedrører«.

Med hensyn til den førstnævnte kategori gør en række sagsøgere for det første nogle praktiske forhold gældende, nemlig at plads- og kopieringsforholdene i forbindelse med den adgang til arkiverne, som blev givet, var utilstrækkelige til at give ordentlige muligheder for at undersøge den meget omfattende sagsakt, der blev præsenteret. Kommissionen bestrider, at der skulle have været problemer i så henseende. Sagsøgerne er imidlertid af den opfattelse, at Kommissionen allerede på grund af de anførte praktiske problemer burde have udpeget de dokumenter, som den agtede at gøre brug af.

Når det imidlertid påtænkes, at sagsøgerne er virksomheder, der kan skaffe sig enhver tænkelig ekspertbistand, og har gjort det, er det ikke holdbart uden en nærmere redegørelse fra sagsøgernes side at hævde, at praktiske problemer har været til hinder for, at de kunne udnytte deres muligheder for at gøre sig bekendt med det materiale, som de fik adgang til.

Imidlertid har sagsøgerne endvidere gjort gældende, at den adgang til aktindsigt, som de har fået, ikke er tilstrækkelig til, at Kommissionen herefter kan gøre de dokumenter, som de har haft adgang til at sætte sig ind i, gældende imod dem. Til støtte herfor henviser de til Domstolens ovenfor citerede praksis, hvorefter dokumenter, der tjener som bevismæssigt grundlag for beslutningen, skal nævnes udtrykkeligt i meddelelsen af klagepunkter eller eventuelt i de supplerende meddelelser, der er givet sagsøgerne. Heroverfor mener Kommissionen, at dokumenter, som virksomhederne fik adgang til at gøre sig bekendt med, må kunne gøres gældende mod virksomhederne.

Det anførte viser tydeligt det skisma, der er opstået, og som Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at tage stilling til.

Det kan dog udledes af Domstolens praksis, at det ikke ubetinget kan kræves, at Kommissionen uopfordret sender kopier af dokumenterne, hvis disse i øvrigt er således

identificeret i meddelelsen af klagepunkter, at virksomhederne har mulighed for at anmode om en kopi [18]. På den anden side er der intet i den foreliggende praksis, der tyder på, at Domstolen skulle være indstillet på at ændre sin opfattelse af, hvorledes et dokument skal foreholdes en virksomhed, for at det kan tjene som bevis mod denne. I så henseende er AEG-sagen illustrerende, idet virksomheden måtte forudsættes at være bekendt med dokumenterne, der var fundet hos virksomheden selv.

I de foreliggende sager havde den adgang til aktindsigt, som Kommissionen havde indført, ganske vist foreligget i mindst et år efter meddelelse herom i en publikation, som må antages at være kommet til interesserede miljøers kundskab. På den anden side har de, der fik adgang til sagsakten, næppe kunnet være klar over, at Kommissionen ville gøre den indrømmede aktindsigt gældende som støtte for et anbringende om, at det ikke skulle være nødvendigt at henvise til et dokument, i hvert fald ved at medsende det. Efter en samlet vurdering vil det på denne baggrund efter min opfattelse være rigtigst i de foreliggende sager at lade de dokumenter udgå af den enkelte sag, som hverken er medsendt til virksomheden eller er nævnt i meddelelsen af klagepunkter eller det senere fremsendte materiale [19].

Med hensyn til den anden gruppe af dokumenter, som virksomhederne har fået tilsendt, men som angiveligt ikke er identificeret i beslutningen, stiller sagen sig noget anderledes. Det ligger fast, at virksomhederne har modtaget kopier af dem, og meddelelsen var i sig selv egnet til at advare om, at Kommissionen agtede at gøre brug af dem i forbindelse med en eventuel beslutning. Sagsøgerne har således haft adgang til at udtale sig om disse dokumenters bevisværdi, hvilket efter Domstolens dom i AEG-sagen er baggrunden for, at dokumentet skal være »omtalt« i meddelelsen af klagepunkter. Dette forudsætter naturligvis, at sagsøgerne i meddelelsen af klagepunkter med rimelig sikkerhed har kunnet fastslå, hvad det var, Kommissionen ville forsøge at bevise. Som det vil fremgå af det følgende afsnit, er det min opfattelse, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter sammenholdt med skrivelserne af 29. marts 1985 har skabt så megen klarhed om, hvad det var, den søgte at påvise, at sagsøgerne allerede på dette tidspunkt måtte være klar over, i hvilket lys de skulle se de enkelte dokumenter og udtale sig om dem. Det er derfor min opfattelse, at der ikke er grundlag for at lade disse dokumenter udgå af sagen.

De dokumenter, som ved en fejltagelse ikke var medsendt, det vil sige den tredje af de ovennævnte kategorier, må efter det anførte udgå af sagen, medmindre de i meddelelsen af klagepunkter eller i skrivelserne af 29. marts 1985 er omtalt så klart, at virksomhederne har haft mulighed for at kunne anmode om en kopi. De pågældende dokumenter må dog undersøges i relation til spørgsmålet om, hvorvidt de kan antages at kunne have været af betydning for virksomhedernes forsvar (jf. nedenfor om den fjerde gruppe af dokumenter).

18 — Jf. Schwarze: *Europäisches Verwaltungsrecht*, II, s. 1294, note 77, hvorefter virksomheder i kartelsager har krav på i hvert fald efter begæring at få udleveret en kopi af relevante dokumenter.

19 — Jf. herved Domstolens reaktion i sagen AEG mod Kommissionen, citeret ovenfor, note 17.

Den fjerde kategori er mindre problematisk i én henseende, idet Kommissionen selv direkte anfører, at dokumenterne ikke gøres gældende imod den enkelte sagsøger. Opgaven består i denne forbindelse for så vidt blot i at konstatere, at dokumentet faktisk ikke er benyttet i sagen mod den pågældende virksomhed. Det forhold, at Kommissionen hævder, at et antal af sagens dokumenter ikke »vedrører« eller »angår« en bestemt virksomhed, volder imidlertid problemer i to andre henseender.

For det første med hensyn til beviset for selve kartellets eksistens og herunder navnlig for én aftale eller rammeaftale. Efter den bevismodel, som Kommissionen har opstillet, har den først villet føre bevis for selve kartellet og dernæst for den enkelte sagsøgers deltagelse. Det første skal være bevist ved bilagene til den generelle meddelelse af klagepunkter, det vil sige ved de »101 bevisdokumenter«; det sidstnævnte ved de bilag, der er medsendt til den enkelte sagsøger. Når Kommissionen således ikke har sendt samtlige bilag til alle, og dermed har delt bevisførelsen op i to faser — med den tvivlsomme logik, der ligger i, at det skulle være muligt særskilt at bevise eksistensen af et kartel, som jo dårligt kan bestå i andet end de enkelte virksomheders deltagelse — må dette også af Retten lægges til grund for bevisvurderingen. Det må undersøges, om selve kartellets eksistens kan anses for bevist på grundlag af de »101 dokumenter« uden inddragelse af de bilag, der er sendt alene til enkelte sagsøgere i forbindelse med de individuelle meddelelser af klagepunkter. I modsat fald ville det jo netop kunne hævdes, at dokumenterne var benyttet mod samtlige sagsøgere.

For det andet volder den af Kommissionen fulgte fremgangsmåde vanskeligheder i relation til det spørgsmål om adgang til aflastende materiale, som sagsøgerne har fremhævet stærkt under sagen. Efter det ovenfor anførte kan de nævnte dokumenter ikke benyttes mod sagsøgerne, men disse gør den manglende adgang til dokumenterne gældende som en sagsbehandlingsfejl under henvisning til, at dokumenterne muligvis kunne tale til deres fordel.

Kommissionen beskriver f.eks. baggrunden for den manglende aktindsigt således (BASF, svarskrift s. 61, punkt 3.2):

»Af de øvrige ti dokumenter, som nævnes i stævningens s. 9-11, fik sagsøgeren ikke adgang til ni, fordi de enten var uden betydning for sagen mod sagsøgeren (de angår alene de i de enkelte dokumenter udtrykkeligt nævnte virksomheder), eller fordi de kun indeholder en bekræftelse af andre dokumenter, som var sagsøgeren bekendt (dette gælder den i beslutningens 29. betragtning nævnte notits vedrørende et internt møde hos Shell den 5.7.1979) ...«

Dette citat viser — udover at Kommissionen herved har spillet sig en mulighed for at bestyrke andre beviser, som måske ikke er for stærke, af hænde — at Kommissionen faktisk mener, at det er dens opgave i et sagskompleks som dette at afgøre, hvilke dokumenter der kan være af interesse for hvilke virksomheder i deres forsvar. Det er forståeligt, at Kommissionen i forbindelse med sagens gennemførelse måske har fokuseret noget kraftigt på, hvilket materiale der kan

danne grundlag for beslutningen, men det er mindre forståeligt, at Kommissionen ikke har kunnet indse, at den ville løbe ind i alvorlige problemer ved ikke uden videre at ville indrømme aktindsigt i som udgangspunkt alt materiale, bortset fra materiale omfattet af artikel 20 i forordning nr. 17.

Som det blev fremhævet under domsforhandlingen, er også Kommissionen af den opfattelse, at sagen må bedømmes på grundlag af en samlet vurdering af bevisernes vægt. Sagsøgernes synspunkt om, at de burde have haft adgang også til de dokumenter, som alene gøres gældende mod andre virksomheder, forekommer således berettiget. Jeg mener på den baggrund, at det bør fastslås, at alle berørte virksomheder skal have adgang til som udgangspunkt alle bevisdokumenter i et sagskompleks som dette, hvor der i særlig grad er behov for at kunne nå til et bevismæssigt resultat på grundlag af en samlet vurdering af alle sagens omstændigheder.

Det er vanskeligt af Domstolens praksis at udlede noget entydigt fingerpeg om Domstolens holdning til spørgsmålet. En antydning findes dog i sagen AEG mod Kommissionen (Sml. 1983, s. 3192, præmis 24), hvori det hedder, at AEG med rette havde anført, at Kommissionen ikke kunne påberåbe sig et dokument, når en del af det ikke var blevet forelagt for selskabet, »samt at det ikke tilkom sagsøgte at tage stilling til, om den pågældende virksomhed kunne bruge et dokument eller en del af et dokument som led i sit forsvar«. Domstolen lod herefter dokumentet i sin helhed udgå af sagen. Det fastslås dermed, at det ikke er Kommissionens opgave at vurdere, hvad virksomheden kan bruge til sit forsvar. Denne præmisudtalelse er ved første øjekast ikke i særlig god overensstemmelse med Domstolens øvrige praksis, hvorefter der som ovenfor gennemgået ikke består nogen generel adgang til aktindsigt, og hvorefter sagens ramme udgøres af de dokumenter, som Kommissionen har benyttet som grundlag for beslutningen. På den anden side har denne praksis i hvert fald ikke udtrykkeligt taget stilling til aktindsigt i relation til bevisdokumenter, som findes i sagen, men som efter Kommissionens opfattelse ikke »vedrører« en bestemt anden sagsøger.

Det må på denne baggrund være tilladt at fastslå, at Domstolens retspraksis i hvert fald ikke er i strid med synspunktet om, at sagsøgerne burde have haft adgang også til de dokumenter, som bruges mod andre virksomheder.

Det er uden videre klart, at det ikke er nogen adækvat reaktion at lade sådanne dokumenter udgå af sagen, idet sagsøgernes tilkendegivne formål jo netop er eventuelt at benytte dokumenterne til at påvise deres manglende deltagelse i en eller flere relationer[20]. Endvidere ville det heller ikke være rimeligt af denne grund at lade dokumenter udgå, som eventuelt er velegnede som bevis imod andre virksomheder.

Det bør i parentes nævnes, at sagsøgerne naturligvis skal have adgang til at påberåbe sig dokumenter, som det faktisk lykkedes

20 — Jf. herved K. P. E. Lasok: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, s. 260, note 4.

dem at finde, selv om Kommissionen ikke mener, at de vedrører den pågældende virksomhed [jf. f.eks. Shell's brug af Solvay-dokumentet af 6.9.1977, som Shell tog en kopi af, da der blev givet adgang til arkiverne (svarskrift i Shell-sagen, s. 69)]. Dokumenterne kan på ingen måde anses for »ulovligt tilvejebragt«.

Hvis der i en sag forekommer dokumenter, som sagsøgerne ikke har fået forelagt, som de burde have haft forelagt, og som kan have betydning for deres forsvar, findes der, så vidt jeg kan se, herefter alene to reaktionsmuligheder. Enten må beslutningen annulleres ud fra princippet om, at Rettens opgave alene er en legalitetskontrol, hvis det efter en vurdering af dokumenternes indhold må konstateres, at de kan have haft reel betydning for andre sagsøgere end dem, dokumenterne efter Kommissionens opfattelse »vedrører«. Eller også må Retten påtage sig opgaven konkret at vurdere, hvilken betydning beviser, der alene findes i sag X, har for sag Y.

Det må imidlertid under alle omstændigheder kræves, at dokumenterne kan have haft reel og konkret betydning. I de foreliggende sager har ingen af de dokumenter, som vi har set, og som ikke er udsendt til alle, f.eks. det netop nævnte Solvay-dokument, været egnet til at ændre billedet på noget væsentligt punkt. På baggrund af det temmelig klare og overbevisende bevismateriale, der foreligger vedrørende de fleste af Kommissionens klagepunkter, forekommer det mig endvidere ikke sandsynligt, at de — få — af de nævnte dokumenter, som ikke er fremlagt i sagen, skulle kunne medføre en så ændret, samlet vurdering af bevismaterialet, at det ville føre til et andet resultat.

6. *Ændret juridisk bedømmelse under sagen*

Efter artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 (jf. artikel 1 og 2 i forordning nr. 99/63), skal Kommissionen give de virksomheder, over for hvilke den påtænker at træffe beslutning i henhold til Traktatens artikel 85 og 86, skriftlig meddelelse om de klagepunkter, der tages i betragtning. Hermed skal tvistens genstand fastlægges, og på dette grundlag skal de berørte virksomheder have lejlighed til at udtale sig før beslutning træffes (jf. artikel 4 i forordning nr. 99/63).

I de foreliggende sager har flere af sagsøgerne gjort gældende, at den retlige vurdering af sagen skulle være ændret under den administrative behandling. Dette anbringende, som med særlig styrke er gjort gældende af sagsøgerne Hoechst, Hüls og Chemie Linz, behandles i det følgende.

Anbringendet om, at Kommissionen har ændret sin retlige vurdering af sagen under denne, kan sammenfattes således: Efter sagsøgernes opfattelse har Kommissionen under hele den administrative procedure givet udtryk for, at der forelå en lang række overtrædelser af artikel 85, stk. 1, medens den først i sin beslutning har kvalificeret forholdet som en enkelt aftale eller, som det hedder i beslutningens betragtning 81,

stk. 3, en »rammeaftale«. De sagsøgere, der gør dette gældende, støtter sig på ordlyden dels af meddelelsen af klagepunkter, dels Kommissionens skrivelse af 29. marts 1985. Heroverfor gør Kommissionen gældende, at den allerede i meddelelsen af klagepunkter og tillige i skrivelsen af 29. marts 1985 har redegjort for sagen på en måde, der er i overensstemmelse med den opfattelse, som har fundet udtryk i beslutningen. Kommissionen henviser yderligere til, at der efter Domstolens praksis ikke nødvendigvis skal være fuldstændig identitet mellem på den ene side meddelelsen af klagepunkter og på den anden side beslutningen.

Sagsøgernes nærmere argumentation for, at denne påståede ændring af den retlige kvalifikation har forringet deres muligheder for at forsvare sig, kan resumeres således: En rammeaftale er nødvendigvis og pr. definition forudgående i forhold til enkeltaftaler. En rammeaftale er en retlig handling, hvorigennem aftaleparterne forud opstiller regler, som efterfølgende skal udfyldes og konkretiseres i det enkelte tilfælde. En rammeaftale støtter sig i hvert fald delvis på andre retlige og faktiske forudsætninger end en fortsat handling. Medens beviset for en rammeaftale fritager Kommissionen for nødvendigvis at producere et urokkeligt bevis for enkeltaftaler eller andre konkurrencebegrænsende foranstaltninger, er en fortsat lovovertrædelse i juridisk forstand en efterfølgende sammenfatning af enkelthandlinger til en eneste handling. I modsætning til rammeaftalen forudsætter den fortsatte lovovertrædelse imidlertid bevis for en uafbrudt række af enkeltaftaler. »Rammeaftalen« på den ene side og den »fortsatte lovovertrædelse« på den anden side er således indbyrdes forskellige begreber, såvel med hensyn til disses faktiske forudsætninger som retlige følger. Efter sagsøgernes opfattelse er det, der betegnes som Kommissionens ændrede holdning, udtryk for, at Kommissionen på grund af virksomhedernes indvendinger har erkendt, at beviserne for en fortsat lovovertrædelse er mangelfulde, hvorfor den nu gør gældende, at der foreligger en rammeaftale, for stadig at kunne fastholde, at der har foreligget et kartel i hele tidsrummet fra 1977-1983.

Sagsøgernes opfattelse er således, at der i beslutningen er sket en væsentlig ændring af grundlaget, idet man nu skal forsvare sig imod det, der betegnes som »en enkelt, uafbrudt aftale efter artikel 85, stk. 1«, og imod »en overordnet rammeaftale, der blev udmøntet i en række mere detaljerede delaftaler, som blev udarbejdet fra tid til anden«, hvilket i beslutningens artikel 1 er udtrykt som »at have deltaget i en aftale og samordnet praksis, der havde sin oprindelse i 1977«. Som modstykke hertil henviser de tysksprogede sagsøgere til det første stk. i meddelelsen af klagepunkter, hvori det på tysk siges, at beslutningen vedrører »eine Vielzahl« af aftaler og/eller samordnet praksis og til, at der hele vejen igennem meddelelsen tales om aftaler, samordnet praksis, overtrædelser osv. i flertal.

Heroverfor har Kommissionen for det første henvist til Domstolens retspraksis[21], hvorefter beslutningen ikke nødvendigvis skal være en kopi af fremstillingen af klagepunkter. Kommissionen skal ifølge dommene nemlig tage hensyn til resultatet af den administrative procedure, det være sig med henblik på at frafalde klagepunkter, som har vist sig

21 — Dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, på s. 118 ff., præmis 91, 92 og 93, og dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, van Landewyck mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 3125, på s. 3244, præmis 67-74.

ikke at holde, eller med henblik på at restrukturere og supplere den faktiske og retlige argumentation, hvorpå de klagepunkter, som opretholdes, støttes. Som Domstolen anfører, er denne mulighed ikke i strid med artikel 4 i forordning nr. 99.

Herudover har Kommissionen henvist til, at den allerede i de klagepunkter, som tilstilledes sagsøgerne den 25. maj 1984, flere steder gjorde gældende, at der forelå et fortsat og institutionaliseret samarbejde (jf. punkt 128 og 132). I sit brev af 29. marts 1985 vedrørende aftaler og samordnet praksis anførte Kommissionen i øvrigt, at den ikke udelukkede muligheden for, at der forelå en »kerneaftale« mellem de fire største producenter, og at aftalerne med hensyn til de øvrige deltagere hvilede på en plan, der var tilstrækkeligt detaljeret til at kunne sidestilles med en »aftale« eller »aftaler« efter artikel 85. Efter Kommissionens opfattelse var de præciseringer, som således skete, tilstrækkeligt klare til at give mulighed for at opstille et passende forsvar. Under den administrative procedure var der mulighed for en særdeles tilbudsgående drøftelse vedrørende kartellets virkelige karakter, og Kommissionen har i sin beslutning draget konsekvenserne af denne debat, ligesom sagsøgerne i høj grad har udnyttet deres muligheder for at forsvare sig.

Det kan næppe undre, at det netop er tre af de tysksprogede sagsøgere, der særligt har gjort det her behandlede anbringende gældende, idet det første punkt i den generelle meddelelse af klagepunkter på tysk har fået en lidt anderledes udformning end på de øvrige sprog, der benyttes i sagen. Medens der på engelsk tales om, at meddelelsen vedrører »a complex of agreements and/or concerted practices«, på fransk om »un ensemble d'accords et/ou de pratiques concertées«, på italiensk om »un complesso di accordi e/o di pratiche concordate« og på nederlandsk om »een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen«, tales der i den tyske udgave som nævnt om »eine *Vielzahl* von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen« (min fremhævning). Medens Kommissionen i sine skriftlige indlæg ikke udtrykkeligt nævnte dette, hævdede den under domsforhandlingen under særlig henvisning til ordet »ensemble«, at den fra først af havde gjort gældende, at det var den samlede mængde af aftaler mv., der udgjorde overtrædelsen af artikel 85, stk. 1, ikke de enkelte aftaler.

Medens det på de øvrige sprog giver fornuftig mening at tale om, at der i meddelelsens punkt 1 sigtes til en sum eller et kompleks af aftaler i den forstand, som Kommissionen hævder, synes dette ikke at kunne være tilfældet på tysk, idet »Vielzahl« kun kan henvise til et (større) antal aftaler mv., ikke til summen af disse. Det første trin af undersøgelsen af dette anbringende må herefter være at søge at fastslå, hvorvidt de øvrige dele af meddelelsen af klagepunkter samt Kommissionens brev af 29. marts 1985 har givet sagsøgerne så gode holdepunkter for at fastslå, hvad der var tale om, at man kan bortse fra ordet »Vielzahl«. Altså at sagsøgerne på det i øvrigt foreliggende grundlag burde indse, at det ikke var et »Vielzahl«, men »a complex«, der var tale om. Hvis dette besvares bekræftende, må det herefter undersøges, om sammenholdelsen af på den ene side meddelelsen af klagepunkter og Kommissionens brev af 29. marts 1985, og

beslutningen på den anden side, i øvrigt giver et så rimeligt ensartet billede, at man kan sige, at der alene har været tale om restrukturering og supplering af den juridiske vurdering af klagepunkterne, eller om der, som sagsøgerne hævder, er tale om et fuldstændigt nyt grundlag.

I den udsendte meddelelse af klagepunkter har Kommissionen i ganske detaljeret form kronologisk beskrevet, hvad der efter dens opfattelse er foregået, og denne den faktiske del af den generelle meddelelse af klagepunkter har da også kun givet anledning til spredt kritik i den her behandlede sammenhæng.

I punkt 127 i den tyske version hedder det bl.a. »... ob sämtliche Regelungen und Massnahmen...«, medens der i de øvrige versioner tales om »a complex«, »l'ensemble« eller lignende udtryk. I punkt 128 siger Kommissionen — overensstemmende i de sproglige versioner[22] — »... at det vedvarende samarbejde mellem parterne inden for rammerne af møderne...«. I punkt 132, sidste punktum, er ordlyden følgende: »Producenterne ville nemlig kontrollere markedet og erstattede normal konkurrence med et vedvarende, institutionaliseret samarbejde på højt niveau.« Det relevante indhold af skrivelsen af 29. marts 1985 er resumeret ovenfor.

Med det indhold, der er citeret her, af de skrivelser, som er afgørende, er det, med forbehold, for så vidt angår de tysksprogede versioner, min overbevisning, at det må have stået virksomhederne klart, at det var det vedvarende og institutionaliserede samarbejde, der efter Kommissionens opfattelse er genstanden for subsumptionen under artikel 85, ikke de enkelte elementer som sådan og hver for sig. I beslutningen hedder det overensstemmende, at der er tale om en »aftale« etc. samt »et kompleks af planer...«, en »overordnet plan«, »hele det kompleks af planer og ordninger«, »bred enighed om en plan« og »rammeaftale«.

Beslutningen er på sin side ikke fuldstændig klar med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der sigtes til en forudgående aftale eller til det, som af nogle sagsøgere kaldes en »fortsat lovovertrædelse«, eller med andre ord, om Kommissionen mener, at samarbejdet var således beskaffent, at det som en samlebetegnelse kunne benævnes rammeaftale, eller om man mener, der har foreligget en aftale fra først af. Dette er blevet stærkt kritiseret. Men beslutningen giver — om end måske ikke på nogen mesterligt klar måde — nøjagtig samme generelle indtryk af, at det er det vedvarende, institutionaliserede samarbejde som sådan, der rammes af artikel 85, stk. 1.

Med hensyn til de tysksprogede versioner af meddelelsen af klagepunkter er situationen måske lidt mere flydende, men uanset de noget upræcise formuleringer, må det i lyset af, hvem der var adressater for meddelelsen af klagepunkter, dog have stået de pågældende klart, at Kommissionen ikke gjorde de enkelte elementer gældende hver for sig.

I Domstolens dom i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen[23] er den oven-

22 — Der tales i den tyske tekst om fortgesetzte Zusammenarbeit, hvilket kan betyde stadigt samarbejde, men naturligvis giver associationer til fortgesetzte Handlung i strafferetlig forstand.

23 — Citeret ovenfor, note 21.

nævnte udtalelse om fortolkningen af artikel 4 i forordning nr. 99 i nogen grad præciseret, uden at det i øvrigt ud af dommen kan ses, hvilke forskelle mellem meddelelsen af klagepunkter og afgørelsen, der var tale om. I dommens præmis 94 hedder det, at den nævnte bestemmelse er overholdt, hvis beslutningen ikke beskylder de pågældende for andre overtrædelser end dem, der omtales i meddelelsen af klagepunkter, og kun tager faktiske forhold i betragtning, som de pågældende har haft lejlighed til at udtale sig om.

I van Landewyck-dommen[24] var forholdet det, at Kommissionen alene havde nævnt den første af betingelserne for fritagelse efter artikel 85, stk. 3, i den anden af to meddelelser af klagepunkter, medens den i beslutningen havde taget stilling til to af de andre betingelser i artikel 85, stk. 3, hvilket forhold af Domstolen karakteriseres som to nye klagepunkter (præmis 70). Under hensyn til, *at* sagsøgerne rent faktisk havde udtalt sig udførligt om samtlige betingelser i forbindelse med anmeldelsen, *at* en af betingelserne var nævnt udtrykkeligt i den første af meddelelserne af klagepunkterne, og *at* Kommissionen havde refereret sagsøgernes udtalelser om den nævnte betingelse i sin beslutning, forkastedes anbringendet, for så vidt angår denne betingelse, idet, som det bl.a. siges, de to meddelelser måtte læses i sammenhæng. Med hensyn til den anden betingelse forkastede Domstolen sagsøgerens anbringende under henvisning til, at indholdet af denne betingelse i øvrigt udgjorde hovedindholdet i den anden meddelelse af klagepunkter — som sagsøgeren havde svaret på — om end i en anden sammenhæng end anført i beslutningen.

24 — Citeret ovenfor, note 8.

Som anført er det ikke i den foreliggende sammenhæng gjort gældende, at afgørelsen skulle hvile på et andet faktisk grundlag end meddelelsen af klagepunkter. Herefter er spørgsmålet, i hvilket omfang Kommissionen ved restrukturering af sin argumentation er berettiget til at ændre det retlige grundlag. ACF Chemiefarma-dommen synes i realiteten ikke at tage stilling til dette. Af van Landewyck-dommen kan formentlig alene udledes, at en tilføjelse af et eller flere retlige elementer af samme karakter, som det hvorpå Kommissionen har bygget sin afgørelse, udgør et eller flere klagepunkter i artikel 4's forstand, uden at der i øvrigt tages stilling til spørgsmålet om ændring af den retlige kvalifikation. Interessant er imidlertid i sidstnævnte dom, at Domstolen i realiteten i en konkret vurdering af sagens omstændighed undersøger, hvorvidt sagsøgerne faktisk har haft og har gjort brug af muligheden for at ytre sig om det, der senere blev en del af grundlaget for beslutningen.

Det synes derfor at være nødvendigt konkret at undersøge, om de pågældende sagsøgere faktisk har forstået meddelelsen af klagepunkter i overensstemmelse med beslutningens indhold. I sit svar på meddelelsen af klagepunkter siger Hoechst, at Kommissionen gør »en aftale og/eller samordnet praksis« gældende mod virksomheden, uden at den retlige kvalifikation drøftes i relation til »rammeaftale« eller »fortsat forbrydelse«. Hverken Hüls eller BASF anfører noget, der kan tydes i hverken den ene eller den anden retning. Chemie Linz henviser derimod til punkt 1 i meddelelsen med citat af ordene »eine Vielzahl von Vereinbarungen und / oder abgestimmten Verhaltensweisen«, uden at den nærmere mening

med dette udtryk diskuteres. Der kan således ikke udledes noget entydigt af denne gennemgang af virksomhedernes svar.

Svarene på meddelelserne af klagepunkter viser imidlertid, at sagsøgerne, bortset fra helt sporadiske juridiske drøftelser, der ikke angår nærværende spørgsmål, alene omtaler de faktiske omstændigheder, som Kommissionen foreholder dem, uden at svarene på nogen måde bærer præg af, at de skulle have været opmærksom på, hvorledes deres senere forsvar skulle indrettes. Der er således ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at virksomhederne på grundlag af formuleringerne i meddelelsen af klagepunkter ved deres besvarelse heraf har været ledt ind på et bestemt retligt spor, som slet ikke vedrører det, Kommissionen senere har fulgt i beslutningen.

Trods den manglende fuldstændige overensstemmelse mellem meddelelsen af klagepunkter og beslutningen er jeg derfor af den opfattelse, også for de tysksprogede versioners vedkommende, at der ikke foreligger nogen tilsidesættelse af artikel 4 i forordning nr. 99/63, men derimod en tilladelig præcisering af den retlige vurdering af sagen set i lyset af svarene på meddelelserne af klagepunkter.

7. Referatet af de mundtlige forhandlinger for Kommissionen

En række af sagsøgerne har gjort gældende, at det er en væsentlig sagsbehandlingsfejl, at Det Rådgivende Udvalg alene havde det af Kommissionen udarbejdede udkast til referat til sin rådighed, da det afgav udtalelse i henhold til artikel 10 i forordning nr. 17, men derimod ikke de af sagsøgerne indsendte forslag til ændringer af referatet. Tilsvarende kritik er rejst, for så vidt angår Kommissionens medlemmer, da disse traf beslutning.

Kommissionen har oplyst, at sagsøgernes bemærkninger til udkastet ikke forelå, da Det Rådgivende Udvalg afgav udtalelse. Derimod var sagsøgernes kommentarer vedlagt referatudkastet, da sagen blev forelagt Kommissionen med henblik på afgørelse. På deres side bestrider sagsøgerne ikke det af Kommissionen oplyste.

Kommissionen bestrider ikke udtrykkeligt, at der her foreligger en sagsbehandlingsfejl, men gør under særlig henvisning til Domstolens dom af 10. juli 1980 i sagen Distillers Company mod Kommissionen[25] gældende, at det skete ikke kan antages at have påvirket indholdet af beslutningen. Dog henviser Kommissionen til, at der ikke gælder nogen frister for udsendelsen af referatudkastet, ligesom der efter Kommissionens opfattelse ikke findes regler for, til hvem udkastet henholdsvis det godkendte referat skal sendes.

Kommissionen henviser nærmere til den omstændighed, at såvel kommissærerne som Det Rådgivende Udvalg i det foreliggende tilfælde traf afgørelse med fuldt kendskab til sagsøgernes synspunkter. Med hensyn til Det Rådgivende Udvalg støttes denne opfattelse på det forhold, at repræsentanter for samtlige medlemsstater deltog i de mundtlige forhandlinger for Kommissionen, idet

25 — Sag 30/78, Sml. s. 2229.

dog Grækenland og Luxembourg kun deltog i møderne i 1984. Ifølge Kommissionen er det i denne forbindelse uden betydning, om det var de samme embedsmænd, der både overværede de mundtlige forhandlinger og deltog i Det Rådgivende Udvalgs møde. Endelig henviser Kommissionen generelt til, at sagsøgerne ikke har gjort gældende, at udkastet til referat ikke skulle indeholde en korrekt gengivelse af sagsøgernes væsentligste udtalelser.

Som anført af generaladvokat Warner[26] må det efter indholdet af navnlig bestemmelserne i artikel 10 i forordning nr. 17 og artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 antages, at såvel Det Rådgivende Udvalg som Kommissionens medlemmer skal have et endeligt og godkendt referat af den mundtlige forhandling for Kommissionen til rådighed på det tidspunkt, da disse afgiver udtalelse, henholdsvis træffer beslutning.

Dette synspunkt synes at finde støtte i Domstolens domme i sagerne Buchler & Co. mod Kommissionen[27] og ICI mod Kommissionen[28].

Domstolen tager ganske vist ikke direkte og udtrykkelig stilling til problemet, men afgør indsigelsen i de refererede sager under henvisning til, at der ikke på væsentlige punkter er konstateret sådanne afvigelser i det endelige, godkendte referat i forhold til udkastet, at dette kan antages at have kunnet virke vildledende på Det Rådgivende Udvalgs eller Kommissionens medlemmer med hensyn til sagsøgernes udtalelser under den mundtlige forhandling for Kommissionen.

I de foreliggende sager må det efter det oplyste efter min opfattelse for det første lægges til grund, at Kommissionens medlemmer har haft det fornødne beslutningsgrundlag.

Med hensyn til Det Rådgivende Udvalg må det på baggrund af Domstolens praksis for det andet undersøges, hvorvidt der kan konstateres afvigelser, som kan antages at have kunnet give udvalgets medlemmer et urigtigt indtryk af den enkelte sagsøgers udtalelser. Flere sagsøgere har gjort anbringendet gældende ex tuto uden nærmere at præcisere, hvori afvigelserne skulle bestå. Efter min opfattelse er dette ikke tilstrækkeligt. Det må kræves, at den pågældende sagsøger udtrykkeligt har gjort gældende, på hvilke væsentlige punkter referatet afviger fra udkastet. Uden en sådan nærmere og detaljeret redegørelse fra sagsøgernes side for, på hvilke punkter de foreløbige referater efter deres opfattelse reelt er misvisende, er det ikke muligt for Retten at udøve sin kontrolfunktion. Det kan i sager som de foreliggende ikke være Rettens opgave selv at skulle gennemgå, side for side, henholdsvis de foreløbige og de endelige referater med henblik på at fastslå, hvilke afvigelser der forekommer, for herefter at vurdere, hvad sagsøgerne eventuelt kunne have grund til at være utilfredse med. Da ingen af sagsøgerne nærmere har præciseret indsigelsen, vil det efter min opfattelse være rigtigst at forkaste disse indsigelser allerede af de anførte, processuelle grunde.

26 — Distillers Company mod Kommissionen, citeret i note 25; jf. nærmere Sml. 1980, s. 2294 ff.

27 — Dom af 15.7.1970, sag 44/69, Sml. 1970, jf. Rec. 1970, s. 733, på s. 755.

28 — Dom af 14.7.1972, sag 48/69, Sml. s. 151, på s. 157 ff., præmis 27-32.

B — *Afgørelsens begrundelse*

1. *Begrundelseskravet generelt*

Hovedparten af sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens afgørelse er utilstrækkeligt begrundet. I dette afsnit vil der blive taget stilling til en række synspunkter, som i det væsentlige er fælles for flere eller alle sagsøgere. Spørgsmål om begrundelsen vedrørende bødens størrelse behandles nedenfor i tredje del.

Efter Traktatens artikel 190 skal bl.a. Kommissionens retsakter begrundes. Begrundelseskravet har som formål at give retsaktens adressat mulighed for at bedømme, om afgørelsen er materielt rigtig, men skal også tjene som grundlag for den judicielle kontrol af forvaltningens afgørelse. Endvidere kan et krav om udførlig begrundelse af forvaltningsakter være egnet til at tvinge forvaltningen til for sig selv at klargøre grundene til en afgørelse [29].

Domstolen har om begrundelsespligten generelt udtalt, at denne må anses for opfyldt, når begrundelsen klart og sammenhængende angiver de faktiske og retlige overvejelser, der ligger til grund for beslutningen [30]. Dette gælder ifølge den netop nævnte dom også, hvor der er tale om en beslutning, hvorved der pålægges bøder. Begrundelsespligtens omfang afhænger i høj grad af, hvad der skal begrundes, og må ses i lyset af den materielretlige sammenhæng. Således bevirker f.eks. en vid skønsbeføjelse for forvaltningen, at der i begrundelsen skal redegøres indgående for de overvejelser, der har ligget til grund for udøvelsen af skønnet [31]. Begrundelsespligtens relative karakter er særlig tydeligt fremhævet f.eks. i sagen Usinor mod Kommissionen [32], hvori det bl.a. hedder, at spørgsmålet om, hvorvidt begrundelseskravet er opfyldt, må bedømmes ud fra den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, arten af de grunde, som angives, samt den interesse, adressaten kan have i begrundelsen.

Det kan ud over det anførte være vanskeligt nærmere generelt at angive positive krav til begrundelsens indhold og omfang. I en sag fra et andet retsområde [33], nemlig arbejdskraftens frie bevægelighed, har Domstolen udtalt, at når det drejer sig om at sikre beskyttelsen af et effektivt værn for en grundrettighed, som Traktaten giver arbejdstagerne i Fællesskabet, må det kræves, at disse kan hævde denne ret under *de bedst mulige betingelser*, og at afgørelsen af, om sagen bør prøves judicielt, træffes på grundlag af *et fuldt kendskab til sagen*. Efter min opfattelse kan kravene til begrundelsen i sager som de foreliggende, navnlig i betragtning af disse sagers indgribende karakter, dårligt være mindre.

29 — Jf. Schwarze, s. 1349, note 84.

30 — Se Chemiefarma-dommen, citeret i note 21, da. udg. s. 117, præmis 76 og 77.

31 — Dom af 15.7.1960, sag 36/59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft m.fl. mod Den Høje Myndighed, Rec. 1960, s. 856 ff.

32 — Dom af 1.7.1986, sag 185/85, Union sidérurgique du Nord et de l'Est de la France (Usinor) SA mod Kommissionen, Sml. s. 2079, på s. 2098, præmis 20.

33 — Dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens, Sml. s. 4112.

Begrundelsen er som ovenfor nævnt grundlaget for den judicielle kontrol efter Traktatens artikel 173 (jf. 168 A). Der er i henhold til denne bestemmelse tale om en legalitetskontrol, som dog af Domstolen har været udøvet forholdsvis intensivt i tidligere konkurrencesager[34]. Det forhold, at der alene er tale om en legalitetskontrol, er ikke ændret ved de retsakter, der ligger til grund for Rettens virksomhed. Imidlertid ligger det klart efter præamblen til Rådets afgørelse af 24. oktober 1988[35], at der i selve oprettelsen af Retten, som både første og sidste instans med hensyn til prøvelsen af faktum i de forelagte sager, ligger en tilskyndelse til at foretage en intensiv efterprøvelse af, om Kommissionens bevismæssige grundlag for at træffe den anfægtede beslutning var holdbart.

Denne konstatering har også en afledet effekt med hensyn til begrundelsen. Uanset de vanskeligheder, der altid vil være forbundet med at give en bevismæssig konstatering sprogligt udtryk, når denne hviler på en samlet vurdering af en overvældende mængde bevisfakta, må dette ske i begrundelsen. Det følger af den gældende ordning, og herefter må Kommissionen indrette sig.

På det her omhandlede område består der en særlig fare for, at argumentationen glider, således at spørgsmål, som naturligt må anses for materielretlige, i et vist omfang søges inddraget under begrundelseskravet. Det er derfor vigtigt at holde fast ved, at begrundelseskravet, selv om dets omfang er bestemt af sagens karakter, er rent formelt. At en begrundelse således eventuelt hviler på en urigtig retsopfattelse eller en fejlagtig bevismæssig vurdering, er derfor ikke en mangel ved begrundelsen, men derimod ved selve den retlige eller faktiske vurdering, der ligger til grund for sagens afgørelse.

Spørgsmålet om begrundelsespligtens omfang har i særlig grad givet anledning til tvist på de punkter, der er behandlet i de nedenfor anførte afsnit.

2. *Kommissionens pligt til i beslutningen at kommentere beviser og argumentation fremkommet før beslutningen*

Det her omhandlede problem har været rejst i adskillige tidligere sager. Sagsøgernes synspunkt har været og er også i de foreliggende sager, kort udtrykt, at Kommissionen tilsidesætter sin pligt til at begrunde afgørelsen fyldestgørende, når den ikke i beslutningen tager stilling til samtlige eller i hvert fald de væsentligste argumenter og beviser, som virksomhederne har fremført under den administrative procedure. Synspunktet gøres gældende under forskellige betegnelser og i forskellige sammenhænge, men substansen er den samme.

Dette synspunkt indebærer en stillingtagen til to forskellige spørgsmål. Først må det undersøges, hvad der efter gældende ret ikke nødvendigvis skal medtages i begrundelsen.

34 — Jf. U. Everling: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1989, s. 877.

35 — Jf. EFT C 215 af 21.8.1989, s. 1, indeholdende Rådets afgørelse af 24.10.1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans, som offentliggjort i EFT L 319 af 25.11.1988 og ændret ved berigtigelse, offentliggjort i EFT L 241 af 17.8.1989.

Dernæst må det klarlægges, hvilke positive krav der i denne henseende eventuelt kan stilles til begrundelsen med henblik på at opfylde de generelle krav hertil, der er opstillet i Domstolens praksis.

I Consten og Grundig-sagen [36] udtalte Domstolen helt generelt, at forvaltningen under en sådan procedure (dvs. konkurrencesag for Kommissionen), der ikke er judiciel, ikke havde pligt til at begrunde, hvorfor man forkastede anbringender fremsat af de private parter. I sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen [37] udbyggede Domstolen udtalelsen, idet den anførte (Rec. s. 692, da. udg. s. 117, præmis 76 ff.), at det ikke er nødvendigt for at opfylde begrundelsespligten efter artikel 190, at Kommissionen kommenterer alle de faktiske og retlige omstændigheder, som parterne har fremført under den administrative procedure. Domstolen fastslog herefter, at begrundelsen er tilstrækkelig, når den klart og sammenhængende angiver de faktiske og retlige overvejelser, som Kommissionen har gjort sig, således at både afgørelsens adressat og Domstolen kan sætte sig ind i Kommissionens tankegang. Endelige fremhæver Domstolen, at Kommissionen ikke har tilsidesat væsentlige formforskrifter, når den udelader synspunkter, som den *med rette eller urette* anser for sagen uvedkommende.

I sagen van Landewyck mod Kommissionen [38] (Sml. s. 3244, præmis 64-66) siges det om en given begrundelse, at den delvis giver svar på sagsøgerens argumenter uden dog at indeholde en detaljeret tilbagevisning af dem. Derimod indeholder begrundelsen en selvstændig redegørelse i generelle vendinger for, hvorfor Kommissionen var nået til en nærmere bestemt opfattelse. Herefter udtalte Domstolen, at det netop ikke kan kræves, at Kommissionen kommenterer alle faktiske og retlige spørgsmål, som hver enkelt virksomhed har rejst.

I dom af 2. marts 1983, GVL mod Kommissionen [39], siges det (Sml. s. 500, præmis 12), at Kommissionen ikke er forpligtet til i sin beslutning at kommentere samtlige de bemærkninger, som virksomhederne er fremkommet med som svar på meddelelsen af klagepunkter, når blot den i beslutningen givne begrundelse i sig selv kan bære det resultat, som Kommissionen når frem til under den administrative procedure.

Af Domstolens praksis kan for det første udledes, at det er Kommissionen, der suverænt fastsætter temaet for, hvad der skal drøftes under sagen. Hvis Kommissionen mener, at retstilstanden er X, og bevistemaet er Y, har den ikke pligt til i beslutningen at diskutere retstilstanden A og bevistemaet B. Kommissionen er altså herre over sagens ramme og er på ingen måde forpligtet til at gå nærmere ind på beviser eller argumentation, som den, med rette eller urette som Domstolen siger, måtte anse for irrelevant i forhold til den således definerede ramme om sagen. Kommissionen behøver heller ikke at kommentere argumenter, der for så vidt er relevante, men kan give en

36 — Dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Rec. s. 429, på s. 492, da. udg. Sml. 1965-1968, s. 245. Denne linje er senere fortsat: se f.eks. dom af 21.2.1973, sag 6/72, Continental Can mod Kommissionen, s. 239, præmis 6, samt VBVB og VBBB mod Kommissionen, sagen citeret ovenfor i note 15.

37 — Jf. note 21.

38 — Jf. ovenfor note 7.

39 — Sag 7/82, Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GmbH (GVL) mod Kommissionen, Sml. s. 483.

selvstændig redegørelse for, hvorfor den er nået til et nærmere bestemt resultat, når blot redegørelsen i sig selv kan bære resultatet.

Det kan naturligvis være i Kommissionens interesse i et vist omfang at kommentere de argumenter og beviser, der er fremkommet under den administrative procedure for at undgå påstande, som også er fremkommet under denne sag om, at Kommissionen fra sagens start har lagt sig fast på et bestemt synspunkt, den ikke senere har villet fravige. At sådanne påstande i øvrigt harmonerer dårligt med anbringender, der samtidig er fremsat i nærværende sagskompleks om, at Kommissionen har ændret opfattelse undervejs, er en anden sag.

Som fremhævet af generaladvokat Sir Gordon Slynn i dommen af 21. februar 1984, Hasselblad [40], kan der imidlertid på den anden side tænkes tilfælde, hvor to opfattelser må holdes op mod hinanden og analyseres i forhold til hinanden. Dette kan være nødvendigt for at vise, at alt relevant materiale er inddraget, og at det, der er indbragt i sagen af parterne, ikke kan føre til noget andet resultat. Det ville således efter min opfattelse være en mangel ved begrundelsen, hvis Kommissionen ignorerede bevismateriale, der var forelagt af virksomhederne, og som rettede sig mod et bevistema, som også Kommissionen ifølge beslutningens indhold anså for relevant. Tilsvarende gør sig derimod næppe gældende med hensyn til den juridiske argumentation. Der er normalt ikke nogen rimelig grund til i en konkret forvaltningsakt at diskutere løsningen af et teoretisk juridisk problem. Det må være tilstrækkeligt, at Kommissionen tager stilling til sagen, som den foreligger, og begrunder denne stillingtagen faktisk og retligt. At Kommissionen endvidere alene i summarisk form tilbageviser virksomhedernes kritik af Kommissionens bevisvurdering, således som denne fremgår af meddelelsen af klagepunkter, er ligeledes uden betydning, blot beslutningen i øvrigt efter sit indhold kan bære resultatet.

Den væsentlige del af Kommissionens kommentarer til de synspunkter og beviser, som virksomhederne fremkom med under den administrative procedure, findes i beslutningens afsnit E: »Kommissionens vurdering af producenternes anbringender«, det vil sige betragtning 70-77. Punkt a), b) og c) giver, læst i sammenhæng med beslutningen i øvrigt, en udmærket redegørelse for, hvorfor Kommissionen ikke mener, at virksomhedernes argumenter er holdbare. Selv hvis det efter gældende ret kunne kræves, at Kommissionen skulle tilbagevise virksomhedernes argumentation, er dette efter min opfattelse sket i fuldt tilstrækkeligt omfang. Punkt c) indeholder en omtale af professor Albach's analyse af det tyske marked. Bortset fra, som det fremgik under domsforhandlingen, at professor Albach's resultater hverken er ubestridte eller ubestridelige, giver dette afsnit i Kommissionens beslutning en udmærket forklaring på, hvorfor Kommissionen mener at kunne opretholde sit synspunkt, uanset resultatet af undersøgelsen af markedet. Med deres anbringender synes de sagsøgere, der har gjort dette gældende, nærmest at sige, at Kommissionen bliver nødt til at bøje sig for uafbeviselige kendsgerninger og i øvrigt følge virksomhedernes synspunkter. Det er muligt, at der kan rokkes ved Kommissionens synspunkter på dette felt;

40 — Sag 86/82, Sml. s. 883, på s. 915, 2. spalte.

men det er ikke en mangel ved begrundelsen, at Kommissionen ikke har ladet sig overbevise. Helt tilsvarende synspunkter gør sig gældende med hensyn til afsnit d) om den revision, som af et revisionsfirma blev foretaget af virksomhedernes nettosalgspriser. Kommissionen har således efter min opfattelse i tilstrækkelig grad kommenteret relevant bevismateriale, som sagsøgerne har forelagt Kommissionen.

3. *Individualiseringen af beslutningen*

Det er gjort gældende, at beslutningen er udformet på en sådan måde, at det ikke har været muligt for hver enkelt sagsøger at se, hvad det er, der er gjort gældende imod denne sagsøger. Navnlig har Rhône-Poulenc hævdet at være blevet »offer« på grund af den måde, hvorpå beslutningen er udformet, idet denne virksomhed, der trådte ud af markedet i 1980, hævder ikke at have været i stand til at se, hvorpå Kommissionen støtter afgørelsen i forhold til denne virksomhed. Rhône-Poulenc er derfor af den opfattelse, at den holdes ansvarlig for noget, som andre har gjort senere. Dette spørgsmåls formelle side kan efter min opfattelse naturligt anskues som en del af problemet om, hvorvidt begrundelseskravet må antages at være opfyldt i forhold til den enkelte sagsøger.

I dommen af 16. december 1975, Suiker Unie mod Kommissionen [41], udtaler Domstolen, at intet forbyder Kommissionen at træffe afgørelse vedrørende flere overtrædelser ved én enkelt beslutning, endog selv om nogle adressater ikke er berørt af alle overtrædelserne, når blot det for hver enkelt adressat er muligt med sikkerhed af beslutningen at uddrage de klagepunkter, der vedrører den pågældende. Videre siger Domstolen — uden nærmere begrundelse — at Kommissionens beslutning opfylder dette krav vedrørende de to virksomheder, som havde rejst problemet. I van Landewyck-sagen [42] bekræfter Domstolen, at forskellige administrative procedurer kan slås sammen til én beslutning, uden at der i øvrigt tilføjes noget af interesse for nærværende spørgsmål.

Det følger således — efter min opfattelse med rette — af praksis, at hver enkelt adressat blot »med sikkerhed« skal kunne uddrage de »klagepunkter«, der vedrører den pågældende. Der findes imidlertid — jeg havde nær sagt naturligvis — ikke i domspraksis nogen indikation af den præciseringsgrad, som kræves af beslutningen, for at der ud af denne kan udledes noget »med sikkerhed«.

I det foreliggende tilfælde beskriver Kommissionen i beslutningens kapitel A indgående de markedsforhold, der efter dens opfattelse er relevante. Dette afsnit giver ikke anledning til problemer. I kapitel C beskriver Kommissionen i betragtning 15-68 de dokumentbeviser, den er i besiddelse af; først disse bevisers karakter (betragtning 15), og derefter, synes jeg med stor omhu, den oprindelige mindsteprisaftale, de regelmæssige møder, mødernes formål, målprissystemet, prisinitiativerne og disses gennemførelse, de enkelte prisinitiativer, de hævdede kvoteordninger og de fire største producenters særstilling. I kapitel F nævnes udtrykkeligt samtlige virksomheder, og der tages stilling til, i hvilket omfang disse efter Kommissionens opfattelse har deltaget. Fra betragtning 79-94 gives der detaljeret udtryk for Kommissionens juridiske vurdering på en måde, som, hvis Retten i øvrigt giver

41 — Sag 40/73, Sml. s. 1663, s. 1921, præmis 111.

42 — Jf. note 8, s. 3236, præmis 32.

Kommissionen medhold i vurderingen, fuldt ud kan bære resultatet som juridisk begrundelse betragtet. Kommissionen tager stilling til sin internationale kompetence i betragtning 95, og i betragtning 96-102 tager den stilling til de tvivlsspørgsmål, som der måtte kunne være med hensyn til de enkelte virksomheder som strafferetlige ansvarssubjekter, og i betragtning 103 tages der stilling til forældelsesproblemet. I betragtning 104 og 105 nævnes for den enkelte virksomheds vedkommende den periode, hvori denne virksomhed efter Kommissionens opfattelse har deltaget.

Der foreligger således for det første en entydig tidsmæssig afgrænsning generelt set. Kommissionen har endvidere taget stilling til i hvert fald de væsentligste af de omstændigheder, der kan begrunde ansvar, og Kommissionen har givet en detaljeret beskrivelse af det, der efter dens opfattelse er det realiserede gerningsindhold, ligesom Kommissionen har givet en beskrivelse af sin opfattelse af intensiteten af de enkelte virksomheders medvirken. Jeg finder på den baggrund ikke, at sagsøgerne har ret i deres opfattelse vedrørende beslutningens begrundelse.

4. *Fortolkningen af artikel 85 som formelt problem*

Det sidste problem, der kan være anledning til at tage op under den generelle gennemgang af sagen, er nogle sagsøgeres anbringende om, at Kommissionens manglende sondring i beslutningen mellem på den ene side en aftale i artikel 85's forstand og på den anden side samordnet praksis, udgør en tilsidesættelse af væsentlige retssikkerhedsgarantier, hvilket skulle forringe sagsøgernes muligheder for at opstille et effektivt forsvar imod Kommissionens beslutning.

Synspunktet har sin baggrund i den fortolkning af artikel 85, som sagsøgerne mener er den rigtige, nemlig at der skal kunne påvises faktiske handlinger i markedet for, at gerningsindholdet i begrebet samordnet praksis er realiseret. Synspunktet er herefter det, at beviset for de to forskellige typer overtrædelse er af forskellig karakter, og at bevistemaet dermed er forskelligt. Når dette forholder sig således, må Kommissionen efter sagsøgernes opfattelse være forpligtet til nøjagtigt at redegøre for, hvad den anser for aftale, og hvad den mener er samordnet praksis. Når Kommissionen ikke har gjort dette, er der efter sagsøgernes opfattelse tale om en sådan sløring af billedet, at deres muligheder for at gennemføre et effektivt forsvar er forringet.

Sagsøgerne bestrider imidlertid ikke, at Kommissionen med føje har kunnet affatte sin beslutning som sket, hvis den har ret i, at samordnet praksis ikke nødvendigvis begrebsmæssigt forudsætter en manifestation i markedet. På sin side vil Kommissionen antagelig være enig i, at hvis sagsøgerne har ret, burde beslutningen have været udformet således, at det klart kunne ses, hvad Kommissionen anså som samordnet praksis, og hvad der bliver anskuet som aftale.

Det ligger imidlertid som nævnt ovenfor fast, at begrundelseskravet skal ses i forhold til den retsopfattelse, som Kommissionen faktisk giver udtryk for.

Som det vil ses, afhænger besvarelsen af dette spørgsmål således af fortolkningen af begrebet samordnet praksis i artikel 85, stk. 1, og begrundelsen, der i sig selv på udmærket måde redegør for Kommissionens synspunkt, jf. navnlig beslutningens betragtning 87, stk. 3 og 4, opfylder derfor efter min opfattelse kravene i Traktatens artikel 190. Hvis Kommissionens retsopfattelse underkendes, vil begrundelsen derved også blive mangelfuld, men det vil da være uden særskilt interesse.

C — *Begrebet »virksomhed« som »handlingssubjekt«*

I beslutningens betragtning 96-102 redegør Kommissionen for sine overvejelser med hensyn til spørgsmålet om, hvilken betydning en række reorganiseringer inden for den europæiske petrokemiske industri har for placeringen af ansvaret for de overtrædelser, der er omfattet af beslutningen. Disse overvejelser vedrører bl.a. Anic's, Rhône-Poulenc's og Saga Petrokjemi's forhold.

I beslutningens betragtning 96, stk. 2, hedder det bl.a., at:

»Anic's interesser inden for polypropylen... blev overtaget af Montepolimeri..., men Anic er ikke ophørt med at eksistere som selvstændig virksomhed. Kommissionen finder ikke, at Anic ved at have overdraget sine aktiviteter på dette område... fritages for ansvaret for overtrædelser, selskabet deltog i indtil sidste halvdel af 1982. Det samme gælder Rhône-Poulenc, der afhændede sine polypropyleninteresser i begyndelsen af 1981.«

I beslutningens betragtning 97-100 beskriver Kommissionen herefter indgående de strukturelle forandringer, der fandt sted med hensyn til Saga Petrokjemi. Det fremgår heraf bl.a., at Saga Petroleum indtil 1982 besad 56% og efter dette tidspunkt 100% af aktierne i Saga Petrokjemi, men at Kommissionen ikke fandt grundlag for at identificere de to virksomheder i relation til bødeansvaret og dermed tilskrive Saga Petroleum overtrædelser begået af Saga Petrokjemi. I 1983 solgtes Saga Petroleum til Statoil, og den 1. januar 1984 ophørte Saga Petrokjemi med at eksistere som en selvstændig juridisk person, da, som det hedder »virksomheden blev optaget i Statoil«, det vil sige fusionerede med Statoil. Det hedder videre, at virksomheden nu udgør »et særskilt profitcenter inden for Statoil«. Herefter siges det, at Statoil nu under eget navn driver de aktiviteter inden for termoplast, som tidligere blev udøvet af Saga Petrokjemi, hvis salgssteder i Danmark og Det Forenede Kongerige nu formelt er datterselskaber af Statoil, men udøver nøjagtig »samme funktioner som hidtil i relation til salg og markedsføring af termoplast«.

Kommissionen siger videre, at det »ikke med nogen rimelighed« kan nægtes, at den kunne have pålagt Saga Petrokjemi en bøde,

hvis virksomheden var fortsat i sin oprindelige form. Efter Kommissionens opfattelse er det centrale punkt i sagen spørgsmålet om, hvorvidt den »virksomhed, der begik overtrædelsen, efter fusionen og uanset ændringerne i dens struktur og retlige status, stadig eksisterer eller er blevet opløst«, hvilket alene kan afgøres ud fra fællesskabsretlige regler. Kommissionen definerer herefter begrebet »virksomhed« som enhver enhed, der udøver kommerciel virksomhed, og som for selskabers vedkommende kan være et moderselskab eller et datterselskab eller den enhed, der dannes af moderselskabet og datterselskabet tilsammen.

Kommissionen er af den opfattelse, at den virksomhed, der begik overtrædelsen, altså Saga Petrokjemi, »fortsatte med at eksistere«, selv om den blev optaget i en større koncern. Ifølge Kommissionen er det herefter afgørende, om der findes en økonomisk og funktionel kontinuitet mellem den oprindelige virksomhed og dens efterfølger, også selv om efterfølgeren ikke har fortsat de ulovlige aktiviteter. Med hensyn til denne funktionelle og økonomiske kontinuitet henviser Kommissionen derpå til, at efterfølgeren, Statoil, ikke har opløst Saga Petrokjemi eller har likvideret dens aktiver, men derimod har videreført erhvervsaktiviteterne og overtaget Saga Petrokjemi's funktioner i forbindelse med driften og markedsføringen af produktionen. Videre henvises til annoncer i fagpressen, hvori kontinuiteten i drift, ledelse og medarbejderstab understreges, og til at den ledende medarbejder i Saga Petrokjemi, der deltog i »chefmøderne«, fortsatte i sin hidtidige stilling og senere blev forfremmet til direktør for Statoil's petrokemi- og plastafsnit. Kommissionen konkluderer herefter, at den virksomhed, der begik overtrædelsen, fortsat kan identificeres i økonomisk henseende, hvorfor ansvaret for lovovertrædelsen ikke bortfaldt ved fusionen. Ansvaret for overtrædelsen påhviler herefter den virksomhed, der gennem fusion overtog den virksomhed, som begik lovovertrædelsen.

I beslutningen sondrer Kommissionen mellem på den ene side de norske forhold og Anic's og Rhône-Poulenc's situation på den anden side, idet det siges, at i de to sidstnævnte tilfælde eksisterer de virksomheder, der begik lovovertrædelsen, fortsat som selvstændige enheder, selv om de havde afhændet deres interesser inden for polypropylen til andre producenter, jf. beslutningens betragtning 101, stk. 1.

Rhône-Poulenc har ikke rejst indsigelse mod at blive holdt ansvarlig for eventuelle overtrædelser begået i tiden, indtil denne virksomhed solgte sine polypropylenaktiviteter. Anic derimod har gjort gældende, at det er med urette, at Kommissionen har pålagt Anic bøde for handlinger begået før overdragelsen af Anic's polypropylenaktiviteter til Montedipe. Anic finder, at der herved er sket en forskelsbehandling til skade for Anic set i forhold til de norske virksomheder og i øvrigt til Kommissionens tidligere praksis, hvorefter bødeansvaret skulle »følge« den overdragne aktivitet. Ved sagens start gjorde Anic endvidere gældende, at der forelå en modstrid mellem Kommissionens syn på relationen Anic-Montedipe og dens opfattelse af forholdet mellem Anic og SIR, idet Anic var af den opfattelse, at Kommissionen havde tilregnet Anic eventuelle overtrædelser begået af SIR forud for Anic's overtagelse af dette firmas polypropylenaktiviteter.

For så vidt angår forholdet mellem SIR og Anic, forelå der, således som det har vist sig under sagen, til dels en misforståelse, idet Kommissionen under retsmødet har oplyst ikke at have haft til hensigt at lade Anic bære følgerne af handlinger begået af SIR. Misforståelsen synes opstået derved, at Kommissionen i høj grad har støttet sig på bevismateriale, hvori SIR/Anic nævnes sammen, og da Anic faktisk i 1982 overtog SIR's polypropylenaktiviteter gennem datterselskabet SIL SpA, der senere blev overtaget af Enoxy Chimica SpA, har Anic troet, at Kommissionen havde tilregnet Anic eventuelle overtrædelser begået af SIR. Kommissionen benægter imidlertid, at dette skulle være tilfældet, og bestrider hverken Anic's oplysninger om, at der ikke indtil overtagelsen var nogen forbindelse mellem SIR og Anic, eller at der ikke på SIR's produktionsanlæg er foregået nogen produktion af betydning for Anic's regning.

Det kan således fastslås, at Kommissionen ikke har villet lade noget bødeansvar »følge« overdragelsen af SIR's aktiviteter på polypropylenområdet til Anic. Imidlertid er Anic fortsat af den opfattelse, at Kommissionen har fastsat bøden for Anic uden at tage skyldigt hensyn til SIR's markedsandele i den relevante periode. Endvidere mener Anic, at Kommissionen med urette har undladt at tillægge det forhold, at Anic og SIR i en række bevisdokumenter er nævnt sammen, bevismæssig betydning til fordel for Anic, idet, som det siges, den fælles betegnelse SIR/Anic jo ligeså vel kan betyde, at overtrædelsen helt eller delvis er begået af SIR og ikke af Anic. Kommissionen bestrider begge Anic's synspunkter. Spørgsmålet er af bevismæssig karakter og vil blive behandlet nedenfor i afsnittet om Anic.

Med hensyn til SIR har Anic herefter rejst spørgsmålet, hvorfor denne virksomhed ikke er blevet retsforfulgt af Kommissionen, når Kommissionen netop hævder ikke at have villet placere ansvar for SIR's tidligere aktiviteter hos Anic. Kommissionen forklarer, at forfølgning ikke skete, fordi SIR var trådt i likvidation. Heroverfor har Anic oplyst, at SIR fortsat eksisterer, idet virksomheden blev overtaget af et konsortium af bl.a. banker, og at SIR nu indgår som et led i Montedison-koncernen. Det henstår imidlertid fortsat noget uklart efter sagens oplysninger, hvad der i grunden er blevet af SIR.

Efter det vi har hørt fra Kommissionen, synes det imidlertid at ligge klart, at Kommissionen er af den opfattelse, at hvis nogen skulle have været retsforfulgt i anledning af SIR's overtrædelser, var det ikke Anic på grund af dette selskabs overtagelse af SIR's polypropylenaktiviteter, men derimod den resterende del af SIR. At Kommissionen, tilsyneladende af opportunitetsgrunde, har valgt ikke at søge at gennemføre et ansvar over for den likviderende virksomhed, finder jeg ikke kan tages til indtægt for en påstand om, at Kommissionen skulle have manglet konsekvens i sin holdning til de forskellige situationer, heller ikke selv om den manglende retsforfølgning skulle skyldes en fejlvurdering med hensyn til udsigterne til at placere et ansvar. Kommissionens holdning til ansvarsplaceringen er således rimeligt klar inden for nærværende sags rammer og går igen i relationen Anic-Montedipe, i hvilken relation det rejste problem er reelt.

Der må som følge heraf tages stilling til, hvorledes der må forholdes med et ansvar, som er pådraget, men endnu ikke sanktioneret på det tidspunkt, da der sker en overdragelse eller anden overførelse af den enhed, med hensyn til hvilken en lovovertrædelse er begået. Der er med andre ord tale om at afgøre, hvad der skal ske med hensyn til »virksomheden« i betydningen »handlingssubjekt« i forbindelse med omstruktureringer, der medfører ændrede ejerforhold. Det springende punkt er naturligvis set fra overdragelsessiden, om det skal være muligt at overdrage en virksomhed med tilhørende latent strafansvar efter konkurrencereglerne, og set fra erhververSiden, om en erhverver, der ikke selv har handlet lovstridigt, skal kunne mødes med et bødekrav, der udspringer af en økonomisk aktivitet, han har overtaget, efter at den lovstridige adfærd har fundet sted. Til dette er der for det første at bemærke, at medens selve de lovstridige handlinger kan tilregnes virksomheden på objektivt grundlag med den følge, at der uden hensyn til subjektive forhold hos dem, der har handlet på virksomhedens vegne, kan gives pålæg om at bringe overtrædelserne til ophør, forudsætter bødepålæg efter artikel 15 i forordning nr. 17 altid forsæt eller uagtsomhed (jf. artiklens stk. 2).

For det andet er dette spørgsmål for så vidt forskelligt fra, hvem der som bødekravets adressat kommer til at hæfte for bøderne. Det vil savne mening at pålægge en afdeling af en virksomhed en bøde, hvis bøden ikke kan tvangsfuldbyrdes over for denne enhed. Det vil således altid være nødvendigt at søge den juridiske, eller efter omstændighederne fysiske, person, for hvem bødekravet kan gøres gældende (jf. herved beslutningens betragtning 101, stk. 2, hvilket i sig selv kan give anledning til problemer).

Med hensyn til ansvarsplaceringen har Anic nærmere anført, at Kommissionen ved bedømmelsen af Anic's forhold har benyttet en anden definition af begrebet »virksomhed«, end den har gjort med hensyn til de norske foretagender. I det »norske tilfælde« har Kommissionen opfattet virksomheden som en økonomisk-funktionel enhed og ikke som juridisk person. Anic eksisterer imidlertid ikke fortsat som »virksomhed« inden for polypropylensektoren, men derimod som juridisk enhed, der ejer en række andre økonomisk-funktionelle enheder, som ikke beskæftiger sig med polypropylen. Den sondring, som Kommissionen bygger på, nemlig overdragerens fortsatte eksistens efter overtagelsen, får ifølge Anic absurde og tilfældige konsekvenser, idet den alene lader overdragerens ansvar afhænge af, om han i øvrigt driver erhvervsmæssig virksomhed, og hvordan denne er organiseret. At Kommissionens synspunkt er selvmodsigende viser sig — hævdes det af Anic — ved en sammenligning mellem Anic's situation og forholdet i peroxygensagen mellem PCUK og Atochem, som Kommissionen nævner i beslutningens betragtning 101. Hvis Kommissionens synspunkt skal følges, ville det have været tilstrækkeligt for Anic for at undgå ansvar, at man havde overdraget aktiviteterne i selskabets øvrige sektorer til andre selskaber i ENI-gruppen. Kommissionens sondring savner således grundlag. Det er nemlig ifølge Anic vanskeligt at se, hvorledes eksistensen eller ikke-eksistensen af den »juridiske indpakning« kan begrunde, at Kommissionen skulle kunne forfølge snart »virksomheden« og snart den »juridiske ind-

pakning«. Uanset om Kommissionen vil anse virksomheden eller den juridiske emballage for afgørende for ansvarets placering, må den konsekvent forfølge synspunktet uafhængigt af en efterfølgende konstatering af, om den enhed, Kommissionen anser for afgørende, fortsat eksisterer. Anic gør gældende, at der med overdragelsen af dens polypropylensektor er sket en egentlig virksomhedsoverdragelse, idet nemlig alle materielle og immaterielle aktiver, herunder maskiner og knowhow på polypropylenområdet, blev overdraget til Montedipe. Polypropylensektoren udgjorde en økonomisk enhed for sig inden for Anic, og denne økonomiske enhed blev overdraget. Anic kan som selskab anskues som en samling af forskellige virksomheder. Det forhold, at én af dem er blevet overdraget, medens de øvrige er forblevet hos Anic, synes ikke at adskille Anic's situation i tilstrækkelig grad fra de norske virksomheder.

Kommissionen har heroverfor henvist til, at der ikke består nogen modstrid mellem dens behandling af de norske virksomheder og Anic. Medens den norske virksomhed fortsat eksisterede som en del af Statoil med i det væsentlige uforandrede økonomiske og funktionelle karakteristika, er Anic forblevet den samme virksomhed før og efter overdragelsen af sine produktionsfaciliteter inden for polypropylensektoren. For så vidt angår de norske virksomheder, er Kommissionen ikke gået ud fra, at begrebet virksomhed er sammenfaldende med et produktions- eller et aktivitetsområde. Ifølge Kommissionen er begrebet virksomhed derimod et komplekst begreb, der omfatter personelle og materielle elementer, som indgår i udøvelsen af en nærmere bestemt økonomisk aktivitet. Konkurrenters og kunders opfattelse kan bidrage til identifikationen af virksomheden. Anic er også efter overdragelsen af polypropylenaktiviteterne forblevet Anic i kunders og konkurrenters øjne. Disse har kunnet konstatere, at Anic ikke længere var aktiv i polypropylensektoren, men har også kunnet konstatere, at Anic har fortsat sine aktiviteter som virksomhed. Anic udgjordes nemlig ikke af flere virksomheder, det vil sige én pr. produktion. Som virksomhed har Anic ét formål, som ikke er blevet ændret af overdragelsen af polypropylenaktiviteterne, hvorfor Anic må anses for at være fortsat som virksomhed.

Problemet med at finde frem til den skyldige, eller som Kommissionen senere har udtrykt det i PVC- og LdPE-sagerne[43], »identificering af virksomhederne«, kan opstå dels i forholdet mellem moder- og datterselskaber, og dels i forbindelse med overdragelse, ejerskifte i øvrigt eller andre former for omstruktureringer. I moderselskab / datterselskab-relationen kan en virksomhed i den her omhandlede forbindelse være moderselskabet, datterselskabet eller den økonomiske enhed, der dannes af moderselskab og datterselskab tilsammen. Denne problemstilling har været fremme flere gange i domspraksis og er behandlet indgående i litteraturen[44]. Det tilsvarende spørgsmål i overdragelsestilfældet har kun givet anledning til få afgørelser.

I Suiker Unie-dommen[45] var der rejst spørgsmål om placeringen af ansvaret hos

43 — Beslutninger af 21.12.1988, IV/31.865, PVC og IV/31.866, LdPE (EFT L 74 af 17.3.1989, henholdsvis s. 1 og 21).

44 — Jf. senest Rütsch: *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, Köln, 1987, og Lipowsky: *Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen*, München, 1987.

45 — Citeret ovenfor i note 41.

»Coöperatieve Vereniging Suiker Unie VA«, der påbegyndte sin virksomhed den 2. januar 1971, og som bestred, at der kunne pålægges den ansvar for overtrædelser begået før dette tidspunkt. Forholdet var nærmere det, at fire kooperativer i 1966 som en overgangsordning havde dannet et samarbejdsorgan med kooperativerne som deltagere, men i 1970 dannede man et andelsselskab, hvori medlemmerne af de oprindelige fire kooperativer deltog direkte. Herefter blev samarbejdsorganet, som havde deltaget i overtrædelserne, nedlagt. Suiker Unie hævdede nu, at man ikke kunne være ansvarlig for samarbejdsorganets handlinger, idet man ikke havde overtaget aktiver herfra, men alene kunne antages at have været efterfølger for de fire oprindelige kooperativer i retlig og økonomisk henseende. Hertil siger Domstolen (præmis 84-88, s. 1926), at da Suiker Unie havde overtaget alle rettigheder og forpligtelser fra de fire kooperativer i den tidligere sammenslutning, måtte Suiker Unie anses som økonomisk successor såvel i forhold til den tidligere sammenslutning som i forhold til dennes medlemmer, der havde haft til hensigt at tillægge Suiker Unie denne rolle. Endvidere henviser Domstolen til, at det var ubestridt, at navnet »Suiker Unie« altid dækkede samme virksomheder, som i vidt omfang var ledet af de samme personer og havde hjemsted på samme adresse og til, at det end ikke var gjort gældende, at Suiker Unie's adfærd på markedet var forskellig fra den tidligere sammenslutnings adfærd. Domstolen konkluderer herefter, at Suiker Unie og dens forgængers adfærd på markedet udgjorde »så åbenbart en enhed, at den samlede adfærd må tilregnes« Suiker Unie. I sit forslag til afgørelse beskæftigede generaladvokat Mayras sig indgående med spørgsmålet (s. 2070 og 2071). Han fremhævede bl.a., at bøder efter konkurrencereglerne pålægges virksomheder i deres egenskab af økonomiske enheder, og at det må være den økonomiske virkelighed, der er afgørende. Han antydede endvidere omgåelsesfaren og mente, at Kommissionen kan påtale den tidligere adfærd over for den ny juridiske person på betingelse af, »at den dækker den samme økonomiske enhed«.

I tilknytning til dommen af 28. marts 1984, Rheinzink GmbH mod Kommissionen [46] gør generaladvokat Rozès ligeledes opmærksom på omgåelsesmuligheden. Hun fremhæver endvidere, at det ikke er den fortsatte handling, hvilket vel ofte ville være fortsat ulovlig adfærd, der er afgørende, men derimod en afvejning af de indicier, som Domstolen i sukker-sagerne havde lagt til grund for at konstatere handlingsfællesskabet, nemlig *at* Suiker Unie havde overtaget samtlige kooperativernes rettigheder og forpligtelser, *at* det var ubestridt, at der var tale om de samme virksomheder, og *at* det end ikke var gjort gældende, at Suiker Unie's adfærd på markedet var forskellig fra den tidligere sammenslutnings handlemåde. Hun afviste, at det alene var en fortsat ulovlig adfærd, som kunne være afgørende. Afgørende var derimod overtagelsen af rettigheder og forpligtelser fra det tidligere foretagende samt det forhold, at hovedsædet og ledelsen af virksomheden var uændrede. På denne baggrund konkluderede hun i den pågældende sag, at selv om der ikke var identitet mellem Rheinzink GmbH og en tidligere virksomhed »Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.«, var de forbindelser, der både økonomisk og juridisk forelå mellem de to selskaber, af en sådan art, »at deres adfærd må antages at være udtryk for en så ubrudt udøvelse af den samme virksomhed«, at de anførte overtrædelser måtte kunne tilregnes Rheinzink GmbH. Domstolen konstaterer (præmis 9, s. 1699), at Rheinzink GmbH i det hele havde overtaget det tidligere selskab og havde videreført dettes erhvervs-

46 — Forenede sager 29/83 og 30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA og Rheinzink GmbH mod Kommissionen, Sml. s. 1679, på s. 1718.

mæssige aktiviteter, og siger derpå, at en ændring af en virksomheds juridiske form og navn ikke fritager den nye virksomhed for den tidligere virksomheds konkurrencestridige adfærd, når virksomheden økonomisk set forbliver den samme.

Med hensyn til Kommissionens praksis kan der for det første være anledning til at se nærmere på peroxygenbeslutningen, som Kommissionen henviser til i polypropylenbeslutningens betragtning 101, sidste stk., og som også drøftes i den foreliggende sag. I peroxygenbeslutningen hedder det (betragtning 49, stk. 4):

»Foruden Air Liquide var der på de for beslutningen relevante tidspunkter kun én fransk leverandør, nemlig PCUK, der hørte ind under Pechiney-Ugine-Kuhlmann-konglomeratet. I 1983 blev den franske kemiske industri reorganiseret, og PCUK's peroxygenforretninger blev overført til Atochem, der er en del af Elf-Aquitaine-koncernen. Kommissionen mener, at da Atochem er den nuværende ejer af det forretningsforetagende, som begik overtrædelserne, og da Atochem har overtaget PCUK's aktiver og forretninger inden for denne sektor, må en beslutning rettes til Atochem, der således bliver ansvarlig for betalingen af de bøder, der pålægges i anledning af de af PCUK begåede overtrædelser.«

Kommissionen har i polypropylenbeslutningen nu anført, at PCUK, som var den virksomhed, der begik overtrædelsen, blev opløst, efter at overtrædelsen var ophørt, og virksomhedens interesser inden for peroxygen blev overtaget af Atochem. Kommissionen siger videre, at den dengang fastslog, at eftersom PCUK var ophørt med at eksistere som en selvstændig juridisk person, måtte enhver beslutning rettes til Atochem, der havde overtaget virksomhedens peroxygeninteresser og økonomiske mål. At PCUK senere blev likvideret er nok rigtigt og støttes i øvrigt af oplysningerne i PVC-beslutningen (betragtning 43), men dette fremgår ikke af peroxygenbeslutningen. Det fremgår således navnlig ikke, at Kommissionen skulle have lagt vægt på spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterede en resterende del af virksomheden. Kommissionen synes efter ordlyden snarere at have lagt vægt på overtagelse af aktiver og økonomisk mål, det vil sige overtagelse af peroxygeninteresserne, uden at spørgsmålet om den overdragende virksomheds fortsatte eksistens skulle have været af betydning. At Kommissionen formentlig tidligere har haft den opfattelse, som Anic tillægger Kommissionen, nemlig at ansvaret følger produktionen og indtjeningen, synes endvidere at fremgå af PVC-beslutningen (betragtning 44), hvoraf det bl.a. fremgår, at Norsk Hydro, der havde erhvervet PVC-aktiviteter fra en virksomhed, som fortsat eksisterer, ifølge Kommissionens oprindelige opfattelse måtte være ansvarlig for tidligere overtrædelser, men at Kommissionen nu, det vil sige i PVC-beslutningen, erkender, at overdrageren burde havde været holdt ansvarlig.

I PVC- og LdPE-beslutningerne siger Kommissionen generelt om spørgsmålet:

»Hvor en producent har undergået en reorganisering eller afhændet sine LdPE-interesser, er hovedopgaven:

i) at identificere den 'virksomhed', som begik overtrædelsen

ii) at fastslå om denne virksomhed i det væsentlige stadig eksisterer, eller om den er blevet opløst.

Spørgsmålet om en virksomheds identitet skal afgøres på grundlag af fællesskabsretten, og ændringer i organisation i forhold til national selskabsret er ikke afgørende.

Det er således irrelevant, at en virksomhed har solgt sine LdPE-aktiviteter til andre; køberen overtager ikke af den grund sælgerens ansvar for dennes deltagelse i kartellet. Hvis den virksomhed, som begik overtrædelsen, fortsat eksisterer, er den trods overdragelsen fortsat ansvarlig herfor.

Hvis selve den virksomhed, som begik overtrædelsen, derimod er blevet overtaget af en anden producent, følger ansvaret med og påhviler den fusionerede enhed.«

I begge beslutninger gennemgår Kommissionen derpå forskellige konkrete tilfælde. Uden en nærmere gennemgang af disse tilfælde må det efter ovenstående, og det Kommissionen har gjort gældende i de foreliggende sager, formentlig være berettiget at fastslå, at Kommissionens opfattelse nu går ud på, at ansvaret følger med, hvis der sker en fusion, således at hele den tidligere virksomhed indgår i den nye som »virksomhed« betragtet. Derimod forbliver ansvaret, hvor det er, hvis der består en resterende virksomhed, i hvert fald hvis denne »i det væsentlige stadig eksisterer«.

Det synes, som om Kommissionen i sine beslutninger har vaklet noget mellem den individualiserende metode, med hvilken den behandlede Saga Petrokjemi / Statoil, og en mere enkel variant, hvorefter det afgørende skulle være, om det tidligere foretagende i det væsentlige fortsat eksisterer. Kommissionen har således været et let offer for Anic's angreb.

Som det klart fremgår af Domstolens citerede praksis og for så vidt også af Kommissionens praksis, må det i ethvert tilfælde afgøres konkret, hvad der er blevet af den skyldige »virksomhed«. I polypropylenbeslutningen og i sine processkrifter i Anic-sagen har Kommissionen redegjort udmærket for de fleste af de faktorer, der kommer i betragtning. I beslutningens afsnit vedrørende Saga Petrokjemi har Kommissionen endvidere på forbilledlig vis beskrevet, hvorfor Statoil efter Kommissionens opfattelse måtte bære ansvaret.

Der må således under alle omstændigheder gennemføres en nøjagtig analyse af, hvorledes den kombination af materielle og personelle elementer, der må antages at udgøre »virksomheden«, indgår i den forandrede struktur. Det må i denne forbindelse på ny erindres, at bødeansvaret er et forsætshenholdsvis et uagtsomhedsansvar, og at de personelle faktorer, som Domstolen har lagt vægt på i den refererede praksis, derfor må tillægges væsentlig betydning.

Den opfattelse, som man muligvis kan have Kommissionen mistænkt for at nære, nemlig at en eventuel resterende virksomhedsstruktur under alle omstændigheder kan pålægges et bødeansvar, er derfor næppe uden videre korrekt, selv om den måske gennemsnitligt rammer det rigtige. På den anden side kan der være grund til at understrege, at der ud fra almindelige overvejelser om bødeansvarets forudsætninger og funktion må kræves tungtvejende grunde for i mangel af særlig hjemmel at statuere, at et ansvar kan pådrages gennem erhvervelse af en produktionsenhed med hensyn til hvilken, der af overdrageren er begået en lovovertrædelse. Dette synes Kommissionen da også at være opmærksom på. Uden at der herved skal tages stilling til beslutningen, for så vidt angår de norske virksomheder, vil det være et element af væsentlig betydning for ansvarsplaceringen, om de ledelsesorganer og/eller den persongruppe, der har stået bag overtrædelserne, er medfulgt ved overdragelsen.

Med hensyn til tilfældet Anic er oplysningerne sparsomme. Over for Kommissionens påstand om, at Anic fortsat er en fungerende »virksomhed« i den forstand, hvori begrebet er søgt fastlagt ovenfor, indeholder sagen faktisk kun Anic's oplysning om, at man har solgt samtlige materielle og immaterielle rettigheder, herunder produktionsanlæg og knowhow. Over for Kommissionens påstand om, at Anic også efter overdragelsen af polypropylenaktiviteterne er forblevet Anic i kunders og konkurrenters øjne og over for Kommissionens påstand i beslutningens betragtning 101 om, at tilfældene Anic og Rhône-Poulenc er anderledes end Saga, hvor bl.a. ledelse og personale fulgte med ved overdragelsen til Statoil, har Anic navnlig ikke oplyst noget om, at de ledelsesorganer og/eller persongrupper, der havde ansvaret for polypropylenaktiviterne, skulle have forladt Anic og være fulgt med over til Montedipe.

Det forhold, at Anic har overdraget selv samtlige materielle og immaterielle rettigheder, herunder produktionsanlæg og knowhow til Montedipe, er på baggrund af Domstolens ovenfor gengivne praksis og ud fra de betragtninger, jeg har anført om bødeansvarets forudsætninger og funktioner, efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt til, at Anic ikke længere skulle bære ansvaret, når det må lægges til grund, at Anic i sin daværende form og med sine daværende ledelsesorganer og ledere i det væsentlige fortsat består, blot uden polypropylenproduktion.

D — *Fortolkningen af artikel 85*

1. *Indledning*

Artikel 85, stk. 1, forbyder alle aftaler mellem virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. I bestemmelsens — ikke udtømmende — opregning under litra a) til e) nævnes de former for adfærd, som sagsøgerne i de foreliggende sager har gjort sig skyldige i efter Kommissionens opfattelse. Ifølge stk. 2 er alle aftaler eller vedtagelser,

der er forbudt i medfør af stk. 1, uden retsvirkning.

I de sager, der nu foreligger for Retten, har fortolkningen af artikel 85 navnlig givet anledning til tvist med hensyn til fortolkningen af begrebet »samordnet praksis« og med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt en flerhed af handlinger eller efter omstændighederne undladelser, der er af til dels ganske heterogen karakter, med rette kan anskues som én eneste aftale, henholdsvis samordnet praksis efter artikel 85, stk. 1.

Et spørgsmål, der vel begrebsmæssigt kan anskues selvstændigt i forhold til ovennævnte problemer, men som har nær tilknytning hertil, er, om forbudsnormen i artikel 85 dækker deltagelse som sådan i et kartel med den følge, at deltagerne i og med deltagelsen kan holdes ansvarlige for samtlige overtrædelser begået i kartellet. Spørgsmålet har under disse sager været drøftet under etiketten »kollektivt ansvar«.

Inden jeg går nærmere ind på spørgsmålet om fortolkningen af »samordnet praksis«, kan det dog være nyttigt først at knytte nogle få bemærkninger til fortolkningen af begrebet »aftale« efter artikel 85.

2. *Begrebet aftale*

På baggrund af Domstolens praksis er det muligt forholdsvis præcist at definere begrebet »aftale« i artikel 85, stk. 1's, forstand. En aftale omfattet af artikel 85 kan selvfølgelig være indgået på en sådan måde, at den ville være retligt bindende for parterne, hvis det ikke netop var fordi, den var ugyldig efter artikel 85, stk. 2. Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at en aftale efter artikel 85 også kan være en »gentlemen's agreement«[47], hvis forpligtende og normerende karakter følger ikke af juridiske, men af socialpsykologiske faktorer. En aftale kan være et vedvarende kontraktforhold[48], og den kan formentlig også være stiltiende, ligesom den ikke behøver at være skriftligt fikseret.

Konkurrencebegrænsende aftaler er forbudt, når blot de har til »formål« at begrænse konkurrencen. Domstolen fastslog dette meget klart allerede i Grundig-dommen[49]. Spørgsmålet om, hvad der nærmere må kræves for, at en aftale kan have konkurrencebegrænsning som formål, vil blive behandlet nedenfor under afsnittet vedrørende indsigelsen om, at de i sagen omhandlede aftaler ikke havde konkurrencebegrænsning som »objektivt« formål.

Det er vigtigt at fastslå, således som Domstolen senest har gjort det i Sandoz-dommen, at der er tale om et rent korrelatdelikt, således at det ikke er nødvendigt at søge at klarlægge aftalens faktiske virkninger. Denne form for overtrædelse af artikel 85,

47 — Jf. sagen Chemiefarma mod Kommissionen, citeret ovenfor i note 21, præmis 106-116.

48 — Jf. Sandoz-dommen.

49 — Citeret ovenfor i note 36.

stk. 1, er med rette blevet beskrevet som et abstrakt faredelikt[50].

En aftale efter artikel 85 (»aftaler... til følge...«) kan imidlertid også have karakter af rent forårsagelsesdelikt; i disse tilfælde er det ikke nødvendigt at påvise et konkurrencebegrænsende formål[51]. Det er på den anden side klart, at et konkret sagsforhold samtidig kan realisere begge gerningsindhold.

I de foreliggende sager er det imidlertid ikke begrebet »aftale«, der på det fortolkningsmæssige plan giver anledning til vanskeligheder. Det er derimod som nævnt begrebet »samordnet praksis«, der rejser betydelige fortolkningsproblemer.

3. *Begrebet samordnet praksis*

a) Problemstillingen

Spørgsmålet om fortolkningen af begrebet »samordnet praksis« som omfattet af forbuddet i artikel 85 har hidtil kun foreligget til bedømmelse for Domstolen i ganske få sager. Der kan — som det vil ses af det følgende — bl.a. på grund af de pågældende sagers forskellige faktiske omstændigheder kun i begrænset omfang søges fortolkningsbidrag i denne praksis til afgørelsen af den særlige problemstilling i det nu foreliggende sagskompleks.

Som det fremgår af proceduren i de verserende sager, er der betydelige vanskeligheder ved at nå til en blot nogenlunde klar fastlæggelse af det begrebsmæssige indhold af på den ene side deliktet samordnet praksis, der har til formål, og på den anden side samordnet praksis, der har til følge.

Meget af debatten i teorien og i de foreliggende sager har efterladt indtrykket af, at mange i virkeligheden er nået til den konklusion, at kombinationen samordnet praksis / formål nærmest må beskrives som en begrebsmæssig anomali, hvilket i realiteten har ført til en bortfortolkning af denne deliktstype. Det må da også erkendes, at en deliktstype, der ser ud til på en gang at indeholde elementer af et korrelatdelikt (formål) og et forårsagelsesdelikt (praksis der er samordnet), kan være vanskelig at arbejde med.

Kommissionen hævder, at der er bevis for, at den påståede samordnede praksis er blevet ført ud i livet ved iværksættelse af parallelle foranstaltninger. Den mener også, at markedet er blevet påvirket. Men efter Kommissionens opfattelse er det for at statuere overtrædelse af artikel 85 ikke nødvendigt at påvise andet, end at samordning har fundet sted. Den samordnede praksis udgøres således efter Kommissionens opfattelse — som denne har fundet udtryk under sagen — af samordningen som sådan.

Det kan tænkes, at Retten vil finde, at der foreligger bevis for, at de elementer af sa-

50 — Jf. Hildebrandt: *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, s. 40, Dannecker, Fischer-Fritsch: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, s. 15; jf. også Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, ad art. 85, nr. 28.

51 — Jf. således bl.a. Consten og Grundig-dommen, citeret ovenfor i note 36.

gen, som med rette måtte kunne betegnes som samordnet praksis, har haft en mærkbar indflydelse på markedet eller i hvert fald, at der foreligger bevis for iværksættelse af parallelle foranstaltninger. Det er imidlertid også muligt, at Retten må komme til det resultat, at det ikke med den fornødne sikkerhed er muligt at fastslå hverken konstaterbare virkninger på markedet eller i det mindste adfærd, der må antages at kunne føres tilbage til en bestemt samordning.

Det vil da være af selvstændig interesse at vide, hvorledes man skal bedømme den situation, at man ved, at der er sket en samordning, men ikke nøjagtigt kan konstatere, hvad der er sket senere.

Der foreligger nu for Retten et sagskompleks, hvori de faktiske omstændigheder er af en sådan karakter, at det bliver Retten, der for første gang skal tage stilling til, om samordnet praksis efter artikel 85 også kan omfatte tilfælde, hvor der ikke foreligger bevis for bestemte, faktiske handlinger på markedet, men alene for møder mellem markedsaktørerne, hvorunder der er udvekslet oplysninger om priser og produktionsmængder mv., der normalt betragtes som forretningshemmeligheder, og hvor formålet hermed efter indholdet af de drøftelser, der har fundet sted mellem parterne, må antages at have været at samordne den senere markedsadfærd. Med andre ord er spørgsmålet, om samordnet praksis i artikel 85 forudsætter en manifestation i markedet som element i gerningsindholdet, eller om den praktiske adfærd, som udgøres af selve samordningen under møderne, kan anses for ulovlig efter bestemmelsen, også selv om der ikke efter samordningen kan påvises nogen konkret, kausalt betinget faktisk adfærd fra de virksomheder, der har deltaget i samordningen.

Parternes indlæg under sagen må endvidere give anledning til overvejelser over, om der inden for rammerne af artikel 85 kan konstateres et område for strafbart forsøg; med andre ord om »samordnet praksis... som har til formål...« efter artikel 85 i sig selv udgør et fuldbyrdet og ikke blot et *forsøg* på at fuldbyrde gerningsindholdet samordnet praksis, »der har til følge«.

b) Spørgsmålets betydning i de foreliggende sager

Det er for så vidt bemærkelsesværdigt, at problemet bliver stillet så entydigt op netop i disse sager, hvor — som det fremgår af beslutningens betragtning 87, stk. 3 — Kommissionens opfattelse er, at hovedparten af det, der er foregået, må anses for aftale efter artikel 85, stk. 1. Kommissionen opregner faktisk kun to forhold som eksempler på, hvad der efter dens opfattelse muligvis bedre kan opfattes som samordnet praksis end som aftale. Der er tale om den ordning, som efter Kommissionens opfattelse fandtes med hensyn til gensidig information vedrørende leverede mængder i 1981 og 1982, samt om tilfælde, hvor en virksomheds tilslutning til og samarbejde om enkelte delelementer alene foreligger stiltiende, f.eks. Shell's påståede, mere passive samarbejde om kvoteordningerne.

Kommissionen har imidlertid ment, at dette burde medtages, og har samtidig anført eller i hvert fald antydet, at en lang række andre delelementer eller delaspekter af virksomhedernes handlemåde i øvrigt nærmest kan siges at have karakter af samordnet praksis.

Kommissionen har undladt at sondre, hvorved der lægges op til at få prøvet spørgsmålet om, hvorvidt de to former for forbudt adfærd, aftaler og samordnet praksis, har en sådan ensartet struktur og så ensartede karakteristika, at det med henblik på anvendelsen ikke er nødvendigt entydigt at kvalificere de påtalte handlinger som det ene eller det andet.

I de foreliggende sager, hvor det, der kan karakteriseres som samordnet praksis, som det vil fremgå nedenfor af min stillingtagen til beviserne i sagen og som hævdet af Kommissionen, er af begrænset omfang, ville det formentlig uden det store ekstraarbejde have været muligt for Kommissionen at udforme beslutningen alternativt, således at den for det tilfælde, at Retten måtte forkaste Kommissionens principale synspunkt, havde foretaget en sondring mellem de elementer, som den anser for aftale, og dem, der anses for samordnet praksis.

Det har Kommissionen imidlertid ikke gjort, og spørgsmålet er herefter, hvad der skal ske, hvis Retten ikke er enig i Kommissionens opfattelse på dette punkt. Skal Retten selv foretage opdelingen eller skal beslutningen annulleres? Med den foreliggende retspraksis fra Domstolen som baggrund, efter hvilken Domstolen har foretaget en temmelig indgående, selvstændig vurdering af sagerne, ville det næppe være udelukket, at Retten foretog en selvstændig efterprøvelse. En sådan efterprøvelse støder imidlertid på i hvert fald to vanskeligheder. For det første vil beslutningen, hvis Kommissionens opfattelse ikke følges, så vidt jeg kan se, falde på begrundelsen. Under denne forudsætning indeholder begrundelsen nemlig slet ikke tilstrækkeligt i betragtning 86-88 til at opfylde kravene i artikel 190 til en fyldestgørende begrundelse. Den anden vanskelighed er, at Kommissionen i beslutningens betragtning 87 antyder, at alle dele i sagsøgernes handlinger efter dens opfattelse kan indeholde elementer af både aftale og samordnet praksis. Rettens kontrolfunktion efter Traktatens artikel 173 kan efter min opfattelse imidlertid ikke medføre, at Retten i virkeligheden skal bearbejde sagen fra grunden, hvilket den ville komme til, hvis den selv for hvert enkelt element i handlingsforløbet skulle foretage en vurdering af, hvorvidt der var tale om aftale eller samordnet praksis. Hvis Kommissionen ikke får medhold på dette punkt, må beslutningen følgelig annulleres i sin helhed.

c) Parternes anbringender og argumenter

I sin skrivelse af 29. marts 1985 præciserede Kommissionen i vidt omfang sine tanker om forholdet mellem aftaler og samordnet praksis inden for rammerne af artikel 85, stk. 1. I beslutningen er dette udbygget, således som i et vist omfang refereret ovenfor i nærværende forslag under del I, afsnit A, stk. 1. I beslutningens betragtning 86-88 redegør Kommissionen under henvisning til Domstolens udtalelser i ICI- og Suiker Unie-dommene for, hvorfor den mener, at

det ikke er nødvendigt at sondre, men derimod naturligvis at fastlægge den »nedre« grænse for, hvornår et samarbejde kan anses for en overtrædelse af artikel 85.

I svarskriftets generelle del giver Kommissionen den mest indgående beskrivelse; en beskrivelse der senere blev uddybet under de mundtlige forhandlinger for Retten.

Kommissionen anfører således, at »aftaler« og »samordnet praksis« i Traktatens forstand omfatter alle slags arrangementer, hvorved producenter gensidigt påtager sig begrænsninger i deres handlemuligheder i stedet for selv og uafhængigt at fastlægge deres fremtidige konkurrencepolitik. Sådanne arrangementer forudsætter altid direkte eller indirekte kontakter mellem konkurrenter, hvad enten disse tager form af egentlige aftaler, uformelle aftaler af typen »gentlemen's agreement« eller blot i et praktisk samarbejde. Formålet med at opstille de to begreber aftale og samordnet praksis i artikel 85, er efter Kommissionens opfattelse at undgå ethvert »hul« i bestemmelsens anvendelsesområde. Artikel 85 kan således anvendes på alle aftaler, udtrykkelige som stiltiende, formelle som uformelle. Den kan endvidere finde anvendelse på det blotte faktiske eller praktiske samarbejde. Dette samarbejde er ikke nødvendigvis ensbetydende med et fælles handlingsmønster i markedet, idet forbuddet i artikel 85 også omfatter det blotte formål at fordreje konkurrencen.

Kommissionen beskriver herefter de forskellige grader af samarbejde. Først aftaler, der ikke behøver at være juridisk bindende — hvilket de jo ifølge artikel 85, stk. 2, i øvrigt aldrig er, hvis de er omfattet af stk. 1. Uanset om man vælger at anse uforbindende overenskomster for aftaler efter artikel 85, eller man vælger at forbeholde begrebet samordnet praksis for praktisk samarbejde, der ikke har fundet et formaliseret udtryk, er det hele spektret af konkurrencebegrænsende arrangementer, der efter Kommissionens opfattelse er omfattet af artikel 85. Udtrykket samordnet praksis beskriver i virkeligheden et praktisk samarbejde på det rent faktiske plan, et samarbejde der ikke behøver at være resultatet af en plan eller en egentlig samordning. Domstolens domme i sagerne Suiker Unie [52] og Züchner [53] hævdes af Kommissionen at vise, at samordnet praksis allerede kan foreligge, når der tages kontakt mellem konkurrenter forud for deres optræden på markedet. Denne kontakt kan efter omstændighederne bestå i en udveksling af oplysninger, uden at det kan kræves, at der foreligger en aftale herom. Eventuelt kan der tænkes at foreligge en aftale om at udveksle oplysninger, hvilket i sig selv kan være omfattet af artikel 85, hvis dette kan siges at have til formål eller til følge at begrænse konkurrence. For at en sådan udveksling af oplysninger skal kunne anses for en samordnet praksis, der i hvert fald har til formål at begrænse konkurrencen, skal de udvekslede oplysninger angå parternes hensigter med hensyn til deres fremtidige adfærd på markedet, og konkurrenterne må ikke kunne aflæse oplysningerne ved en direkte iagttagelse af markedet. Det underliggende formål med en sådan udveksling af oplysninger er at give den enkelte virksomhed mulighed for at fastlægge sin markedsadfærd ud fra den forudsætning, at konkurrenterne opfører sig tilsvarende. En sådan udveksling af oplysninger kan kun forklares ved, at der består en berettiget forventning mellem dem, der udveksler oplysningerne, om at de andre hand-

52 — Jf. note 41.
53 — Jf. note 3.

ler, således som de forudgående gav udtryk for, at de ville.

Når sagsøgerne på deres side hævder, at en samordnet praksis skal have manifesteret sig i markedet, er dette efter Kommissionens opfattelse udtryk for, at sagsøgerne sammenblander spørgsmålet om beviset for eksistensen af en samordnet praksis og selve denne.

Der er nu efter mit skøn ikke meget, der tyder på, at sagsøgerne generelt sammenblander begreberne eller i øvrigt har misforstået problemstillingen. De er blot uenige i Kommissionens synspunkt.

Den mest koncentrerede fremstilling af sagsøgernes synspunkt findes i advokat Hermann's procedure under domsforhandlingen, hvor han bl.a. anførte, at minimumskravet for at artikel 85, stk. 1, kan anses for overtrådt med hensyn til begrebet samordnet praksis er, at det bevises, *at* mindst to virksomheder har foretaget en samordning, uanset måden hvorpå dette er sket, *at* samordningen er blevet fulgt op af en hertil svarende praksis på markedet, *at* denne praksis har haft en konkurrencebegrænsende virkning, samt *at* en eventuel konkurrencebegrænsende virkning kunne forudses.

Sagsøgerne anerkender dog også, at en samordnet praksis efter artikel 85, stk. 1, kan bestå i en samordnet praksis, der blot har »til formål«, uden at der skal kunne dokumenteres en sådan virkning, nemlig — som sagsøgerne ser det — når virksomhederne forfølger et konkurrencebegrænsende mål gennem bestemte handlinger i markedet, men ikke er i stand til at gennemføre deres forehavende.

Begge parter gennemgår i deres indlæg nøje Domstolens praksis, men når til helt forskellige resultater. Det vil derfor være praktisk først at se på bestemmelsens baggrund, og hvad der kan udledes af Domstolens, som nævnt sparsomme, praksis. Generaladvokaternes forslag til afgørelse i disse sager indeholder endvidere udtalelser, som parterne har henvist til, og som skal undersøges nærmere. Endelig indeholder teorien visse fortolkningsbidrag.

d) Den historiske baggrund

Som bekendt har traktatforfatterne ved udformningen af artikel 85, stk. 1, hentet en vis inspiration i begreberne »concerted actions«, »concerts of action« og »concerted practices« [54], begreber der er dannet i amerikansk retspraksis på grundlag af Sherman Acts Section 1, navnlig dennes begreb »conspiracy«.

Det fremgår af amerikansk retspraksis, at konkurrencebegrænsende følger ikke er nødvendige som element i gerningsindholdet

54 — Jf. f.eks. Mayras i Sml. 1972, s. 175.

i »conspiracy«, ligesom der ikke behøver at være foretaget andre handlinger end selve konspirationen [55].

Som anført af Joliet [56] har begrebet »concerted action« haft betydning ved fastlæggelsen af den retlige betydning af bevidst, parallel adfærd, når der ikke forelå direkte beviser for »conspiracy«. Begrebet har således haft betydning i tilfælde, hvor man har set problemstillingen fra markedssiden og på grundlag af en vurdering af markedet sammenholdt med andre indicier har skullet fastslå, om den konstaterede praksis kunne antages at have været »samordnet på ulovlig måde«.

Et direkte bevis for »sammensværgelsen« er, som nævnt, derimod tilstrækkeligt til at udgøre en overtrædelse af Sherman Act.

I de foreliggende sager går sagsøgernes anbringende vedrørende artikel 85's tilblivelseshistorie nærmere ud på, at traktatforfatterne, bl.a. under indtryk af de allieredes noget vagt formulerede dekarteliseringslovgivning i Tyskland efter krigen, ikke ønskede at overtage det — efter sagsøgernes opfattelse ligeledes noget udflydende — amerikanske begreb »conspiracy«. I stedet valgtes af retssikkerhedsmæssige grunde dels begrebet aftale, et begreb med nogenlunde faste konturer, og dels begrebet samordnet praksis, og sidstnævnte begreb, forstår jeg, netop inspireret af amerikansk retspraksis, som det delelement af »conspiracy«, der vedrører handlinger i markedet.

Nu er fortolkning af Traktaterne på grundlag af forarbejderne som bekendt et vanskeligt område inden for fællesskabsretten, bl.a. fordi en stor del af forarbejderne ikke er offentliggjorte. På konkurrencerettens område illustreres vanskelighederne f.eks. af Ellis' [57] gennemgang af de kendte mere eller mindre officielle forarbejder til artikel 85. Det er da formentlig også karakteristisk, at sagsøgerne ikke har påvist bestemte, skriftlige elementer i artikel 85's tilblivelseshistorie til støtte for deres opfattelse.

Det er vel ikke usandsynligt, at sagsøgerne kan have ret i deres betragtninger om den retshistoriske baggrund, men den betydning, der kan tillægges denne, er næppe overvældende. Det kan, når henses til bestemmelsens formulering, der tydeligvis tager sigte på udtømmende at ramme al konkurrenceskadelig virksomhed, der er uforenelig med fællesmarkedet, ikke uden meget sikre holdepunkter herfor antages, at traktatforfatterne har villet undtage et stort område for tvivlsom forretningsmæssig foretagsomhed fra bestemmelsens anvendelsesområde. Domstolen har ikke antaget noget sådant i de sammenhænge, hvori den har haft lejlighed til at udtale sig, således som det fremgår af de nedenfor refererede afgørelser. Jeg ser heller ingen afgørende fortolkningsdata, som påtvinger Retten en sådan begrænsning af artikel 85's anvendelsesområde. På den anden side giver historiske overvejelser hel-

55 — Jf. U. S. v. Kissel, (U. S. Supr. Court 1910) *173 Fed. 823, 218 US 601*, Multiflex, Inc. v. Samuel Moore & Co., and Eaton Corp. (5th Circ. 1983), *1983-2 Trade Cases, 65, 507*, og American Tobacco Co. m.fl. mod U. S. (CCA-6 1944), *1944-45 Trade Cases, 57, 317* (s. 57, 587).

56 — *Cahiers de droit européen*, 1974, s. 258.

57 — Jf. Joseph Ellis: »Source material for Article 85 (1) of the EEC Treaty« i *Fordham Law Review*, Vol. XXXII, 1963, nr. 2, s. 247-278.

ler ingen støtte for Kommissionens opfattelse.

e) Domstolens udtalelser vedrørende begrebet samordnet praksis

Domstolens første domme om dette emne blev afsagt i 1972[58]. De har senere været genstand for en omfattende og til dels kritisk debat, som vil blive omtalt nedenfor under litra g).

I disse sager var sagsforholdene i væsentlig grad forskellige fra de omstændigheder, der nu foreligger til pådømmelse. Det var prisforhøjelser, som blev gennemført på markedet, der i sig selv gav Kommissionen anledning til mistanke om, at der forelå en samordning af en praksis, som ubestridt var gennemført på markedet. Tvisten drejede sig om, hvorvidt prisforhøjelsernes ensartethed kunne forklares med markedets oligopolitiske struktur, og der er i dommen kun refereret et enkelt møde (præmis 96), hvor virksomhederne kan have haft lejlighed til at foretage den samordning, som er kernepunktet i diskussionerne i de foreliggende sager.

Med hensyn til definitionen af begrebet afgjorde Domstolen først et spørgsmål, som indtil da havde været omdiskuteret, nemlig om samordnet praksis i artikel 85, stk. 1's forstand har et selvstændigt anvendelsesområde, eller om der alene er tale om en slags lovbestemt regel om bevislettelse for tilfælde, hvor man i det væsentlige alene har iagttagelser af markedet at holde sig til, og hvor beviset for en aftale regelmæssigt vil være umuligt at føre, medmindre man vil udvande begrebet aftale fuldstændigt[59].

Domstolen siger herom i dommens præmis 64 og 65:

»Når artikel 85 sondrer mellem begrebet 'samordnet praksis' og begreberne 'aftaler mellem virksomheder' og 'vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder', er det for med forbuddene i denne artikel at ramme en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde.

Den samordnede praksis indeholder således ikke som sådan alle de elementer, der hører til en aftale, men kan navnlig følge af en koordinering, som giver sig udslag i deltagernes adfærd«.

Begrebet »samordnet praksis« har således ifølge Domstolen et selvstændigt anvendelsesområde, der kan karakteriseres som et samarbejde, der ikke er en aftale. Nøgleordet er her koordinering, og spørgsmålet i de nu foreliggende sager er, om det er koordineringen som sådan, eller om det er »koordinering, som giver sig udslag i deltagernes adfærd«, som er afgørende.

58 — Dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd mod Kommissionen, Sml. da. udg. 1972, s. 151, og tilsvarende domme af samme dato i sagerne 49/69-57/69.

59 — Jf. Piriou: *Cahiers de droit européen*, 1973, s. 52, og Joliet a. st., s. 266, begge med yderligere henvisninger.

Det bør endvidere nævnes, at Domstolen i dommens præmis 118 og 119 sagde:

»Den enkelte producent kan frit ændre sine priser og herved tage hensyn til konkurrenternes aktuelle og potentielle adfærd, men det strider mod Traktatens konkurrenceregler, at en producent samarbejder med sine konkurrenter — uanset på hvilken måde — om at fastlægge en koordineret aktion med hensyn til en prisforhøjelse og sikre det heldige udfald heraf ved forudgående fjernelse af enhver usikkerhed om de andres adfærd vedrørende de væsentlige led i denne aktion, såsom forhøjelsernes størrelse, genstand, tid og sted.

Under disse omstændigheder og i betragtning af de særlige kendetegn ved markedet for de pågældende produkter tilsigtede sagsøgeren med sin adfærd i fællesskab med andre retsforfulgte virksomheder at erstatte de konkurrencemæssige risici og usikkerheden ved deres spontane reaktioner med et samarbejde, der indebærer en samordnet praksis, som er forbudt ved Traktatens artikel 85, stk. 1«.

Disse sidste udtalelser relaterer sig til gennemgangen af markedet og Domstolens egen opfattelse af de offentligt annoncerede prisforhøjelsers karakter. Spørgsmålet er imidlertid igen, om det alene er samarbejdet om at fastlægge en koordineret aktion, eller det tillige er sikringen af det heldige udfald, der har været afgørende for Domstolens opfattelse.

Når henses til, at Domstolen naturligvis udtalte sig inden for rammerne af de da foreliggende sager, hvor spørgsmålet jo netop var, om en bestemt, konstateret faktisk ensartet markedsadfærd skyldtes en samordning, og der ikke i øvrigt i dommen findes noget, der tyder på, at Domstolen ved de gengivne præmisser også havde haft situationer som den, der foreligger her i polypropylensagerne, i tankerne, kan dommen næppe tages til indtægt for hverken sagsøgernes eller Kommissionens synspunkter i de nu foreliggende sager.

Domstolens dom i »sukker«-sagerne [60] kommer måske noget nærmere det af Kommissionen nu hævdede synspunkt. Det hedder nemlig i præmis 172-176:

»SU og CSM gør gældende, at da begrebet 'samordnet praksis' forudsætter en plan og det formål på forhånd at udelukke usikkerheden vedrørende konkurrenternes fremtidige adfærd, må der kræves mere end, at de pågældende hver især gensidigt har været sig bevidst, at deres respektive beslutninger var indbyrdes parallelle eller supplerende, idet man ellers ville straffe ethvert forsøg fra en virksomheds side på at reagere så hensigtsmæssigt som muligt over for konkurrentens udspil.

De kriterier om koordination og samarbejde, som er fastlagt ved Domstolens retspraksis, og som langt fra stiller krav om udarbejdelse af en egentlig 'plan', skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag Traktatens konkurrencebestemmelser, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på

60 — Jf. ovenfor note 41.

det fælles marked, herunder valget af de virksomheder, han vil give tilbud og sælge til.

Selv om dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd, forhindrer det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller mulig konkurrents markedsadfærd, eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til — eller overvejer — selv at følge.

Det fremgår af de citerede dokumenter, at der har fundet kontakter sted mellem sagsøgerne, og at disse netop har haft til formål på forhånd at udelukke usikkerheden vedrørende deres konkurrenters fremtidige adfærd.

Som følge heraf kan sagsøgernes argument ikke lægges til grund.«

I denne sag drejede diskussionen sig altså om, hvorvidt det for anvendelsen af artikel 85, stk. 1, er nødvendigt at konstatere en »plan«, hvilket Domstolen besvarede benægtende. Der tages imidlertid kun stilling til karakteren af det samarbejde, som kan rammes af bestemmelsen, ikke til, på hvilket tidspunkt der kan siges at foreligge en fuldbyrdet overtrædelse.

I Züchner-dommen [61] spurgte en tysk retsinstans Domstolen, om der foreligger en samordnet praksis, når banker ved indbyrdes betalinger og kapitaloverførsler inden for Fællesskabet opkræver et fast gebyr på 0,15% af det overførte beløb.

I dommen opstillede Domstolen først en syntese af sine udtalelser i ICI- og »sukker«-sagerne, idet den i præmis 12-14 sagde:

»Som Domstolen bl.a. har fastslået ved dom af 14. juli 1972 (ICI mod Kommissionen, sag 48/69, Sml. 1972, s. 151), består begrebet samordnet praksis, jf. Traktatens artikel 85, stk. 1, i en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde.

Domstolen har endvidere ved dom af 16. december 1975 (Suiker Unie mod Kommissionen, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Sml. 1975, s. 1663) fastslået, at de for begrebet samordnet praksis forudsatte kriterier koordination og samarbejde, som langt fra stiller krav om udarbejdelse af en egentlig plan, skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag Traktatens konkurrencebestemmelser, hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked, og de vilkår han vil tilbyde sin kundekreds.

61 — Citeret ovenfor i note 3.

Selv om dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters konstaterede eller forventede adfærd, udelukker det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang.«

Domstolen kom senere i dommen ind på samordningen. I dommens præmis 21 hedder det således:

»Dette er et spørgsmål vedrørende faktum, som det alene tilkommer den forelæggende ret at afgøre. Det må således undersøges, om der mellem de banker, som udviser parallel adfærd, har været kontakt eller i det mindste været udvekslet oplysninger om eksempelvis størrelsen af de faktisk opkrævede gebyrer for overførsler af samme art, som er eller vil blive foretaget senere, og om satsen for det faste gebyr set ud fra markedets vilkår afviger fra den, som ville være gældende ved fri konkurrence. Endvidere må der lægges vægt på antallet og størrelsen af de banker, der på markedet for pengeoverførsler mellem medlemsstaterne deltager i en sådan praksis...«

Domstolen besvarede det stillede spørgsmål således:

»En parallel adfærd bestående i, at bankerne opkræver et fast gebyr af de beløb, de overfører for deres kunder fra én medlemsstat til en anden, udgør en samordnet praksis, der er forbudt i medfør af Traktatens artikel 85, stk. 1, hvis den nationale ret finder, at den pågældende adfærd opfylder de betingelser for koordinering og samarbejde, der kendetegner en sådan praksis, og hvis denne mærkbart kan påvirke konkurrencevilkårene på markedet for tjenesteydelser vedrørende disse overførsler.«

Som det vil ses af de refererede udtalelser, kan der ikke i denne dom hentes nye momenter med henblik på afklaring af spørgsmålet, set i forhold til sagen Suiker Unie mod Kommissionen. Også i denne sag foreligger der klart en praksis i den forstand, hvori sagsøgerne opfatter dette begreb i nærværende sager, og Domstolens udtalelser refererer sig således i realiteten til denne praksis.

Det er på den baggrund min opfattelse, at der vel ikke af Domstolens praksis kan udledes noget, der direkte taler imod Kommissionens synspunkt, men faktum i de sager, der hidtil har foreligget til pådømmelse for Domstolen, har været væsentligt forskelligt fra faktum i de nu foreliggende sager. Domstolens beskrivelse af samordnet praksis må nødvendigvis ses på denne baggrund og kan således ikke antages at give noget svar på spørgsmålet, om gerningsindholdet i samordnet praksis efter artikel 85, stk. 1, er fuldbyrdet allerede ved samordningen, eller

om der må kræves efterfølgende faktisk og kausalt betinget adfærd fra de involverede virksomheders side.

f) Udtalelser fra Domstolens generaladvokater om spørgsmålet

I sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen[62] gjorde generaladvokat Gand sig til talsmand for det samme synspunkt som sagsøgerne i nærværende sager. I forbindelse med sin undersøgelse af, hvorvidt en »gentlemen's agreement« måtte anses for en aftale eller en samordnet praksis efter artikel 85, stk. 1, udtalte han således[63]:

»For det første: Skal den pågældende gentlemen's agreement anses for en aftale — som den omtvistede beslutning gør det — eller for en samordnet praksis? Selv om begge falder ind under Traktatens artikel 85, er sondringen ikke uden interesse, i det mindste for spørgsmålet om beviset for krænkelsen. Såfremt det viser sig, at en aftale har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, behøver man ifølge dommen i Grundig-sagen... ikke ved anvendelse 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 såvel skal påvises en faktisk adfærd hos de pågældende parter som en sammenhæng mellem denne adfærd og en forudfattet plan«[64].

I »farvestof«-sagerne[65] tilsluttede generaladvokat Mayras sig i det væsentlige den opfattelse, som generaladvokat Gand gav udtryk for i Chemiefarma-sagen. Hans opfattelse går dog nok på et enkelt punkt videre end Gand's. Han afviste først, at samordnet praksis som juridisk kategori alene skulle være udtryk for en særlig variant af begrebet aftale, hvorfor han hævdede, at man måtte tillægge Traktatens sondring selvstændig betydning og anskue samordnet praksis som en særlig kategori for at undgå, at virksomhederne omgår bestemmelsen ved ikke at efterlade sig skriftlige spor af deres aftaler. Dette synspunkt fulgte Domstolen som nævnt. Han udtalte herefter (s. 178):

»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 Domsto-

62 — Citeret ovenfor i note 21.

63 — Sammenlign da. udg. s. 139, 2. spalte.

64 — Domstolen udtalte sig i dommen ikke om sondringen mellem aftale og samordnet praksis.

65 — Jf. note 28 (da. udg. s. 171).

lens 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.«

I sit senere afsnit (s. 191) om påvirkning af konkurrencen udtalte han videre:

»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 synes generaladvokat Gand at være af samme opfattelse. Han udtalte: ...

»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.«

Det interessante ved denne udtalelse med henblik på de foreliggende sager er efter min opfattelse, at Mayras giver ansatsen til at opstille en forsøgslære inden for rammerne af artikel 85, stk. 1's begreb samordnet praksis. En ansats, der dog hverken af Domstolen eller dens generaladvokater er fulgt op eller kommenteret i senere domme.

Kommissionen tager generaladvokat Reischl's forslag i Fedetab-sagerne [66] til indtægt i sin opbygning af den argumentationskæde, som sagsøgerne angriber. Kommissionen mener, at Reischl's udtalelse om »et ubetydeligt kvalifikationsproblem« må betyde, at han er enig med Kommissionen. Reischl sagde dog faktisk følgende (s. 3310, 1. spalte):

»Mit indtryk er imidlertid, at netop denne dom [ICI] gør det tydeligt, at dette punkt i grunden angår et ubetydeligt kvalifikationsproblem. Sagen har nemlig vist, at der i hvert fald kan antages at foreligge samordnet praksis, som omhandlet i artikel 85,

66 — Jf. note 8.

stk. 1, netop en 'koordinering, der giver sig udslag i deltagernes adfærd'. Det er ganske ubestridt, at distributionsreglerne ikke alene blev udarbejdet i fællesskab, men at de også blev og bliver anvendt...«

En naturlig — og sammenhængende — læsning af Reischl's udtalelser viser efter min opfattelse snarere, at han mener, at alle elementer i gerningsindholdet samordnet praksis, således som sagsøgerne opfatter dette, forelå i Fedetab-sagen, hvorfor det i givet fald alene ville udgøre et »ubetydeligt kvalifikationsproblem« at henføre det, som Kommissionen i sin beslutning havde kvalificeret som aftale, under begrebet »samordnet praksis«. Om man kan det, kan naturligvis diskuteres, men hvis man endelig skal indlægge mere i bemærkningerne, taler de vel snarest til støtte for sagsøgernes synspunkter.

Kommissionen nævner endelig generaladvokat Slynn's udtalelser i Pioneer-sagerne [67]. Sir Gordon Slynn tager imidlertid ikke stilling til spørgsmålet om, hvori en samordnet praksis kan bestå, men behandler alene spørgsmålet om, hvorledes beviset for en samordning kan føres, nemlig bl.a. ved at se på praksis.

Den seneste udtalelse er fremsat af generaladvokat Van Gerven i dommen af 11. januar 1990, Sandoz [68], hvor det uden nogen uddybning udtales, at den relevante omstændighed bevisligt må have haft til *følge* at begrænse konkurrencen, uden at der i øvrigt tages stilling til det her foreliggende problem, hvad der da heller ikke efter sagens faktum var anledning til.

Sammenfattende om de ovenfor citerede udtalelser fra Domstolens generaladvokater kan det efter min opfattelse konkluderes, at der ikke her er støtte for Kommissionens opfattelse, snarere tværtimod, idet såvel generaladvokaterne Gand og Mayras som Reischl i deres udtalelser ud over samordningen forudsætter en efterfølgende faktisk adfærd. Hos Mayras, som citeret ovenfor, krydses dette synspunkt dog af hans bemærkninger om muligheden for at reagere over for forsøg. Imidlertid synes Mayras at blande det, han kalder den »nødvendige« »objektive adfærd«, nemlig de deltagende virksomheders »faktiske fælles adfærd«, sammen med den »reelle virkning på konkurrencebetingelserne«, og han omtaler den »faktiske følge«, der er omfattet, men eventuelt også »den mulige følge«, som forsøg. Mayras synes således at mene, at alene samordnet praksis, der har »til følge«, klart er omfattet, og at man må betragte samordnet praksis, der har »til formål«, som forsøg.

g) Teorien

I dette afsnit, der ikke tilsigter at være udtømmende, refereres nogle forfattere, hvis udtalelser om spørgsmålet efter min opfattelse i særlig grad er illustrerende for problemstillingen.

67 — Jf. note 8, s. 1929.

68 — Sag C-277/87, offentliggjort i sammendrag i Sml. 1990 I, s. 45.

Den formentlig mest dybtgående kommentar til »farvestof«-dommene er givet af *Joliet*[69], der i sin artikel navnlig fremhævede, at sammenblanding af begrebet samordnet praksis og beviset herfor bør undgås. Joliet opstillede som sin egen definition (s. 271 og 285), at konkurrenter før enhver handling på markedet gensidigt giver hinanden oplysning om deres hensigter, hvorved hver enkelt af de deltagende virksomheder giver de andre grund til at regne med, at virksomheden vil handle på en bestemt måde og dermed formindsker den usikkerhed, der hersker på markedet. Efter Joliet's opfattelse foreligger der således samordnet praksis, allerede når samordningen er sket, dvs. uanset om der efterfølgende er foretaget iværksættelseshandlinger fra de enkelte deltagere i samordningen eller ej, og uanset om samordningen har haft konkurrenceskadelige virkninger eller ej, når blot den var egnet til at medføre sådanne virkninger.

Til Joliet's opfattelse slutter sig *J. A. Van Damme*[70], der understreger, at samordnet praksis kan adskilles fra de faktiske virkninger på markedsvilkårene. Han begrunder dette med, at artikel 85, stk. 1, også omfatter samordnet praksis, der har til formål at fordreje konkurrencen. Det er dog interessant at bemærke sig, at Van Damme kun synes at sondre mellem tilfælde, hvor der på den ene side kun er påvist selve samordningen og på den anden side tilfælde, hvor der er påvist samordning, der har påvirket markedsbetingelserne. Den af Van Damme sidstnævnte gruppe er reelt samordning, der har »til følge« og ikke blot »til formål«. Han udsondrer således ikke mellemgruppen samordning, der har »til formål«, og som er fulgt op af efterfølgende iværksættelseshandlinger, der dog ikke lykkes og således ikke har faktiske følger for konkurrencen.

Heroverfor siges i *Schapira, Le Tallec* og *Blaise*[71], at man, hvis man vil holde sig inden for rammerne af en ordfortolkning, må lægge vægt på udtrykket »praksis«, der synes at udelukke, at der kan være tale om den blotte hensigt. Ud over samordningen skal der efter disse forfatteres opfattelse således også påvises faktiske iværksættelseshandlinger som følge af samordningen.

Goldman[72] siger i sin kommentar til »farvestof«-sagerne under omtalen af definitionen af en samordnet praksis, at dette begreb enten kan opfattes som en udveksling af viljeserklæringer, som deltagerne dog ikke har haft til hensigt at gøre juridisk bindende (eller som forpligtelser, hvorfra man kan frigøre sig ensidigt) eller som en ordning, hvorefter den samordnede deltagelse følger af udveksling af oplysninger og gensidige konsultationer mellem virksomheder, men i den sidste ende bestemmes frit af hver enkelt virksomhed. Goldman siger herefter, at man ud over at lade gentlemen's agreements og aftaler, hvorfra man kan frigøre sig ensidigt, være omfattet af begrebet samordnet praksis, kan anse praksis, hvorom der er truffet bestemmelse individuelt, men i forlængelse af informationsudveksling og konsultationer, for »samordnet«. Det fremgår således af den beskrivelse af begrebet samordnet praksis, der gives af Goldman, at han

69 — Jf. note 56.

70 — *La politique de la Concurrence dans la CEE*, 1977, publication de l'Institut Universitaire International, Luxembourg, éditions UGA.

71 — *Droit européen des affaires*, Thémis, Droit 1990, s. 278, Presses Universitaires de France.

72 — *Journal du droit international*, 1973, s. 925, på s. 938.

vil lade gerningsindholdet i samordnet praksis, der har »til formål«, være fuldbyrdet, *når* der er påvist samordning, f.eks. i form af konsultationer og udveksling af informationer, og *når* der efterfølgende foreligger handlinger, også selv om disse efterfølgende handlinger frit er bestemt af hver af de deltagende virksomheder. Det kræves således ikke, at handlingerne nødvendigvis er fastlagt i fællesskab, blot de følger efter samordningen. »Samordnede handlinger« kan således efter Goldman's opfattelse meget vel være helt forskellige såvel som parallelle. Samordningen, der har »til formål«, er således ikke i sig selv tilstrækkelig; den skal følges op af handlinger.

Piriou[73] (a. st. s. 53) gør sig i sin fortolkning af »farvestof«-dommene til talsmand for den opfattelse, at Domstolen har lagt afgørende vægt på den virkning, som samordningen har på konkurrencen. Hun udleder heraf, at samordningen skal være konkret udmøntet i en fjernelse af de konkurrencemæssige risici. Hun stiller sig derfor tvivlende over for generaladvokat Mayras' antydning af, at den mulige virkning af en samordnet praksis, dvs. forsøg herpå i sig selv vil kunne være omfattet af artikel 85, stk. 1. Piriou konkluderer (s. 58), at det af dommene kan udledes, at når der ikke af Domstolen stilles minimumskrav til karakteren af det samarbejde, der kan rammes af artikel 85, må f.eks. udveksling af oplysninger om priser være omfattet, idet det dog tillige må kræves, at samordningen viser sig gennem en ændring af den faktiske konkurrencesituation. Piriou synes således ikke at være opmærksom på den mellemgruppe, hvor der ud over samordningen er forekommet iværksættelseshandlinger, der dog ikke er lykkedes og således ikke har udløst de tilsigtede virkninger. Hendes beskrivelse synes nærmest at indebære, at hun bortfortolker gruppen samordning, der har »til formål«, fordi hun kræver, at samordningen skal vise sig gennem en ændring af den faktiske konkurrencesituation, dvs. at samordningen skal have haft følger.

Eric Colmant[74] giver udtryk for en opfattelse, der ligger nær sagsøgernes i de foreliggende sager, nemlig at en samordnet praksis kan have et ulovligt formål uden at have en sådan virkning. Dette er ifølge Colmant tilfældet, når virkningerne af virksomhedernes adfærd er utilstrækkelige til at skade konkurrencen, men er tilstrækkeligt tydeligt til, at man kan slutte sig til, at der må have foreligget et forsæt om at udøve konkurrenceskadelig virksomhed. Colmant hævder, at samordnet praksis forudsætter eksistensen af to elementer: for det første samordningen, det subjektive element, og for det andet en vis faktisk adfærd, det objektive element, og mellem disse to elementer skal der være en forbindelse.

Van Gerven[75] lægger vægt på, at der er ført bevis for den konkurrenceskadelige virksomhed, der følger af samordningen.

Schröter i Groeben / Boech[76] ligger i det væsentlige på linje med Joliet og J. A. Van Damme. Det siges bl.a., at kartelforbuddet allerede får virkning fra det tidspunkt, hvor der er sket en samordning af de deltagende

73 — *Cahiers de droit européen*, 1973, s. 50.

74 — *Revue du Marché commun*, 1973, s. 17.

75 — *Kartelrecht*, 1986.

76 — *Handbuch des Europäischen Rechts*, artikel 85, nr. 17 og 18, s. 106 ff.

virksomheders fremtidige adfærd, altså også før den tilsigtede adfærd er oversat til handling.

Koch i Grabitz[77] anfører ligeledes, uden nærmere begrundelse, at samordning som sådan kan udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1.

Bellamy og *Child*[78] mener ligeledes, at kontakt mellem virksomheder, oftest bestående af møder, drøftelser, udveksling af oplysninger eller »udmeldinger«, når disse har til formål at ændre markedsadfærden, er omfattet af begrebet samordnet praksis.

Kovar[79] udleder af »farvestof«-dommene, at Domstolen heri har opstillet to elementer i en definition, nemlig et objektivt, den parallelle adfærd, og et subjektivt, forsæt om en sådan adfærd.

Druesne[80] mener, at en samordnet praksis indeholder to aspekter, nemlig selve adfærden og viljen til at handle i fællesskab. Ifølge Druesne kan den blotte udveksling af oplysninger imidlertid udgøre en samordnet praksis, i det omfang virksomhederne ved at bringe deres hensigter til konkurrenternes kundskab øver en indflydelse på deres selvstændige forretningspolitik.

Deringer[81] anser det for tvivlsomt, om artikel 85, stk. 1, alene rammer den samordnede adfærd, eller om bestemmelsen tillige omfatter samordningen som forsøg.

Som det vil ses af denne korte gennemgang af dele af teorien fra 1973 frem til nu, er der betydelig uenighed om fortolkningen af begrebet »samordnet praksis«. Dele af teorien opfatter begrebet således, at selve samordningen er nok og ser således enten bort fra ordet praksis eller opfatter samordningen som en praksis i sig selv. Andre dele af teorien, herunder nyere teori, holder fast i, at der skal foreligge såvel samordning som praksis, af nogle beskrevet som henholdsvis en subjektiv og en objektiv del. Det fremgår imidlertid entydigt af teorien, at det er samordningen, der af alle anses for det centrale. Der er enighed om, at en praksis på markedet, der ikke kan henføres til en samordning, klart falder uden for artikel 85.

Det fremgår imidlertid også af gennemgangen af teorien, at de forfattere, der kræver, at der også skal foreligge en praksis, i nogen grad synes at forudsætte, at der skal være ført bevis for en virkning på markedet og

77 — *Kommentar zum EWG-Vertrag*, artikel 85, nr. 28, s. 10.

78 — *Common Market Law of Competition*, 3. udg. 1987, punkt 2-40, s. 60.

79 — *Clunet*, 1977, s. 219.

80 — *Droit matériel et politique de la Communauté européenne*, 1986, s. 163.

81 — *Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, artikel 85, nr. 23, s. 799.

ikke blot en adfærd, selv om den ikke har haft faktiske konsekvenser på konkurrencen. Gennemgangen af teorien giver således efter min opfattelse ikke nogen entydig eller mere overbevisende støtte for hverken Kommissionens eller sagsøgernes fortolkning af begrebet samordnet praksis.

h) Det fortolkningsmæssige udgangspunkt

Artikel 85 indeholder efter sin formulering som udgangspunkt nøjagtig de samme elementer med hensyn til samordnet praksis som med hensyn til aftale, nemlig et forbud mod en samordnet praksis, der har *til formål* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, og et tilsvarende mod samordnet praksis, der har noget sådant *til følge*. En ordfortolkning og en grammatisk fortolkning fører således entydigt til, at der kan opstilles en særskilt kategori, der hedder en samordnet praksis med et — ulovligt — formål.

Hvis man som en del af teorien og — synes det — generaladvokaterne i overensstemmelse med ordlyden af artikel 85 ud over samordningen kræver en påvist, dermed kausalt forbundet praksis, opstår problemet med at afgøre, hvor meget eller lidt der skal til for, at »praksisen« foreligger, når der er tale om samordnet praksis, som har »til formål«. Om en eventuelt påvist praksis har haft faktiske følgevirkninger på konkurrencen er i denne henseende uden betydning. På den anden side har Kommissionen i de foreliggende sager problemer med at forklare, hvordan den del af bestemmelsens gerningsindhold, der hedder praksis, ser ud, da en samordning, der har til formål at begrænse konkurrencen, efter Kommissionens opfattelse i sig selv udgør en samordnet praksis.

Som jeg skal søge at vise nedenfor, kan problemet formentlig reduceres til et spørgsmål om, hvornår der foreligger en fuldbyrdet lovovertrædelse. Som det vil fremgå, er der efter min opfattelse alene tale om, at det tidspunkt i et begivenhedsforløb, hvor man kan tale om en fuldbyrdet overtrædelse, der hedder en *samordnet praksis med et ulovligt formål,* ligger senere end det tilsvarende tidspunkt, for så vidt angår *aftaler med et ulovligt formål.*

i) Kræver »samordnet praksis« handling på markedet?

Som det fremgår af litra d) og e), kan der efter min opfattelse ikke hentes støtte i Domstolens praksis eller i de forskellige citerede generaladvokaters forslag for Kommissionens standpunkt, ligesom Kommissionens støtte i teorien ikke er klar og entydig.

Ordlyden af og den historiske baggrund for artikel 85 [82] giver heller ingen støtte for den antagelse, at samordnet praksis kan siges at

82 — Jf. ovenfor i afsnit d).

foreligge, allerede når og i og med at der udveksles konkurrencerelevante oplysninger, eller der på anden måde sikres en samordning.

Hvis man ser på hidtidig praksis som citeret ovenfor under litra e), kan det konstateres, at sagerne har været anskuet fra markedssiden. Opgaven har hidtil bestået i at afgøre, om det på grundlag af en iagttagelse af en faktisk adfærd på markedet og ud fra det i øvrigt foreliggende — ofte spinkle — bevismateriale har kunnet anses for godtgjort, at der til grund for den observerede adfærd på markedet har foreligget en samordning mellem de pågældende virksomheder. Det er da også klart, at når markedet opfører sig på en vanskeligt forklarlig måde, når der er afholdt et eller flere møder mellem normalt konkurrerende virksomheder, når der er udsendt mere eller mindre ensartede telexer med f.eks. prisinstruktioner mv., vil der typisk være stærke holdepunkter for at konkludere, at alt ikke er gået rigtigt til, selv om afgørende, direkte beviser savnes.

Når man ser en situation fra markedssiden, er det åbenbart, at det normalt er en *påfaldende, ensartet opførsel* på markedet, der vil vække Kommissionens mistanke. En samordnet praksis kan imidlertid udmærket tænkes at bestå i en indbyrdes forståelse mellem de deltagende virksomheder om, at A skal gøre X (f.eks. kræve en bestemt pris), medens B, C, D og E skal gøre Y (f.eks. kræve en bestemt pris minus 5 pfennig). Også i dette tilfælde foreligger der en samordnet praksis. Hvis vi for ræsonnementets skyld ser bort fra, at en så sofistikeret ordning næppe kan tænkes at kunne komme i stand uden noget, der bedst kan karakteriseres som en aftale, og vi forudsætter, at A skal gøre a, B skal gøre b, C skal gøre c etc., er det imidlertid ret oplagt, at en sådan samordning kan være overordentlig vanskelig at bevise, medmindre man tillige har kunnet skaffe sig andre beviser, der temmeligt direkte viser, hvad det er, der er sket. Ikke desto mindre foreligger der klart en samordnet praksis, der blot ikke i det ydre viser sig som ensartede, parallelle handlinger.

Når man står over for et marked, der opfører sig påfaldende og har visse andre indikationer for en ulovlig samordning, må de relevante faktorer selvfølgelig være overensstemmende. Hvis markedet på i øvrigt uforklarlig måde viser en faktisk pris, der er den »rigtige« markedspris plus 15%, nytter det for den bevismæssige situation ikke meget, at man har et telex, der siger den »rigtige« pris minus 15% eller for den sags skyld den »rigtige« pris plus 150%. Der skal kunne konstateres en bevismæssig sammenhæng; der skal kunne sluttes fra markedets opførsel via hermed konvergerende bevisdata til en sikker antagelse om, at der har foreligget en samordning, og hvordan denne har set ud.

Men hvordan ser det ud fra den anden side? Hvorledes er situationen, hvis man kender »samordningen«, men de øvrige faktorer henstår noget mere uklart. Er det, som Kommissionen mener, tilstrækkeligt, at der foreligger bevis for samordningen, altså, at

afstemningen eller udvekslingen af oplysninger er tilstrækkeligt? Eller med andre ord, at samordningen i sig selv *udgør* samordnet praksis?

Som ovenfor beskrevet, er der ikke megen støtte at hente for, at en sådan fortolkning af begrebet »samordnet praksis« skulle være rigtig. Det kunne måske være retspolitisk ønskeligt[83], men fortolkningen er vanskeligt forenelig med en naturlig læsning af bestemmelsens ordlyd og kan heller ikke støttes på bestemmelsens baggrund. Jeg finder derfor, at en sådan fortolkning bør forkastes.

Man må imidlertid spørge sig, hvad det er, der sker, når virksomhederne har foretaget en samordning? Hvorfor er samordningen noget så centralt, at det efter Domstolens opfattelse følger af artikel 85, at »enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller mulig konkurrents markedsadfærd...« er kategorisk forbudt, jf. dens udtalelser senest i de tidligere citerede »sukker«-sager og Züchner-sagen. Det skyldes efter min opfattelse, at sådanne virksomheder efterfølgende, nødvendigvis og normalt uundgåeligt vil agere på markedet med den baggrund af viden og på grundlag af den diskussion, der har fundet sted i forbindelse med samordningen. De har modtaget oplysninger om, hvilke overvejelser andre har gjort sig; de ved, at de andre virksomheder nu kender noget til deres egne forhold, og de vil have en større eller mindre grad af forvisning om, hvad man kan forvente sig, eller i hvert fald burde kunne forvente sig fra de andres side på baggrund af de drøftelser, man har haft. De handler med deres kunder og indretter deres produktion med en anden baggrund af viden og i en anden bevidsthedstilstand, end hvis de alene havde haft deres egen erfaring, generelle viden om og konkrete fornemmelse af markedet at stole på.

Man kan således efter min opfattelse hævde, at samordningen som udgangspunkt automatisk vil udløse efterfølgende handlinger på markedet, der vil være bestemt af samordningen, hvad enten virksomhederne gør det ene eller det andet med hensyn til deres politik på markedet, dvs. uanset om de efterfølgende handler mere eller mindre ensartet på markedet. Noget sådant vil efter min opfattelse også være tilfældet, hvis der sker en samordning i form af udveksling af konkurrencerelevante oplysninger, såsom aktuelle og forventede priser, uden yderligere koordinering mellem virksomhederne, dvs. alene med den forståelse mellem virksomhederne, at alle forudsættes at reagere rationelt i forhold til deres egen og de andre deltageres situation. Også i et sådant tilfælde sættes virksomhederne nemlig i stand til væsentligt sikrere at vurdere markedssituationen og at handle derefter. Udvekslingen af oplysningerne vil dermed alt andet lige medføre i hvert fald en væsentlig risiko for, at markedsforholdene bliver anderledes, end de el-

83 — Jf. Hans-Dieter Lübbert: *Das Verbot, abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, s. 90 og note 51.

lers ville have været. Det siger sig selv, at der i et sådant tilfælde normalt ikke vil være mulighed for at påvise en konkret, bestemt kausalforbindelse mellem handlingerne (praksis) og samordningen (udvekslingen af oplysningerne med det ulovlige formål).

Efter Traktatens artikel 85, stk. 1, er det *alle former* for samordnet praksis, der er forbudt. Denne del af bestemmelsen har således karakter af en opsamlingsbestemmelse[84], der med en bred formulering skal ramme alle andre former for konkurrenceskadeligt samarbejde mellem virksomheder end blot, hvad der kan henføres under begrebet aftaler. Domstolens udtalelser, som refereret ovenfor i afsnit e):

»... en form for koordinering, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med praktisk samarbejde«,

må opfattes på samme måde.

Der er på den baggrund efter min opfattelse, hvis det ligger fast, at en samordning har haft et ulovligt formål, og hvis man, som ovenfor anført af mig, kan lægge til grund, at der derpå ageres af virksomhederne på baggrund af samordningen, selv om der ikke af Kommissionen er ført bevis for de konkrete handlinger (en praksis), intet til hinder for herefter at sige, at der foreligger en samordnet praksis med et ulovligt formål, som er omfattet af artikel 85. Når virksomheder handler med en større sum af viden og mere eller mindre berettigede forventninger til andre, end de burde have haft og normalt ville have, er der altid og åbenbart en risiko for, at konkurrencen bliver mindre intens, end den ellers ville have været. En sådan risiko foreligger i særlig grad, når markedsforholdene er således, at helt fri konkurrence vil føre til stærkt faldende priser. Når en aftale med ulovligt formål efter artikel 85, som anført ovenfor under punkt 2, har karakter af et abstrakt faredelikt, har jeg svært ved at se, hvad der skulle være til hinder for at fortolke den for så vidt helt parallelle overtrædelse, der hedder samordnet praksis med et ulovligt formål, nogenlunde tilsvarende. Overtrædelserne har nøjagtigt samme karakter. Ved samordnet praksis skal der og vil der ud over samordningen foreligge en faktisk efterfølgende adfærd, der har sammenhæng med samordningen. Noget sådant kræves ikke ved aftalen. Det essentielle i overtrædelsen er imidlertid i begge tilfælde det forhold, at de erhvervsdrivende i disse tilfælde ikke længere uafhængigt tager stilling til den politik, de vil føre, og at der derved opstår en overvejende risiko for, at der kommer til at foreligge konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår.

I modsætning til hvad der ville følge af Kommissionens synspunkt, må det efter min opfattelse således kræves, at der er handlet med den viden og i den bevidsthed, der følger af samordningen. Forskellen er for det første, at hvor der ikke handles overhovedet, foreligger overtrædelse ikke. Hvis man

84 — Jf. Schröter i Groeben / Boech, a. st., nr. 13, s. 103.

f.eks. således umiddelbart efter samordningen bliver nødt til at træde ud af markedet på grund af udefra kommende, uvedkommende faktorer, f.eks. produktionsanlæggets tilintetgørelse, kan artikel 85 ikke bringes i anvendelse. Det ville derimod være tilfældet, hvis der forelå bevis for en aftale med ulovligt formål. For det andet betyder den her hævdede opfattelse, at det bliver i hvert fald teoretisk muligt at påvise, at den praksis, der følges, ikke er samordnet, således forstået, at det efter omstændighederne kan godtgøres, at man har frigjort sig fra den binding og den viden, der følger af samordningen. Dette kunne f.eks. tænkes at foreligge i forbindelse med en virksomhedsovertagelse, hvor en ny ledelse ville søge at rydde op eller simpelthen er uvidende om den samordning, der tidligere har fundet sted. I en kontinuerlig proces, som den der forelå i forbindelse med den hævdede karteldannelse i polypropylensagerne, er det naturligvis klart, at det kan vise sig vanskeligt i praksis at sandsynliggøre, at man efter en samordning har skiftet heste, før man har benyttet den viden, man har opnået gennem møderne.

Det er indlysende, at der med hensyn til de praktiske konsekvenser normalt ikke vil være de store forskelle mellem Kommissionens opfattelse og den hér forsvarede fortolkning af begrebet samordnet praksis. Hvis man lægger til grund, at en samordning vil og må have en art automatisk virkning, vil det i almindelighed være tilstrækkeligt, at der foreligger bevis for samordningen og for, at der derefter er handlet på markedet med den viden, der er en konsekvens af samordningen. Kommissionen behøver således ikke konkret at bevise bestemte, kausalt betingede handlinger. I forhold til virksomhederne er konsekvensen af det af mig anførte, at der i realiteten lægges en vis bevisbyrde eller i hvert fald en meget vidtgående oplysningspligt på virksomhederne, hvis det skal kunne anses for godtgjort, at den viden, der er erhvervet gennem samordningen, ikke er blevet benyttet i forbindelse med fastlæggelsen af virksomhedens politik. Det er da i den forbindelse også værd at mærke sig, at det af sagsøgerne under domsforhandlingerne blev erkendt, at det var nyttig viden, man erhvervede sig under møderne.

Den af mig her anlagte fortolkning af begrebet samordnet praksis, der som anført ikke har direkte og udtrykkelig støtte i Domstolens praksis, harmonerer eller ligger imidlertid efter min opfattelse på linje med denne retspraksis. Min fortolkning af begrebet er reelt forenelig med opfattelsen hos en væsentlig del af forfatterne i teorien, og den er navnlig forenelig med en naturlig læsning af bestemmelsens ordlyd. Det bemærkes i denne forbindelse, at der ikke er tale om en udvidende fortolkning af bestemmelsen, hvilket, fordi bestemmelsen er af quasi-pønal karakter, ville være dårligt foreneligt med alment accepterede retssikkerhedsgarantier, jf. således også Domstolens dom i sagen Parke, Davis og Co.[85]. Det skal endelig bemærkes, at med den her anlagte fortolkning sikres også, at hensynet til bestemmelsens »effet utile« ikke tilsidesættes, hvilket ville være en følge af den fortolkning, som sagsøgerne har søgt at overbevise Retten om er den rigtige.

85 — Jf. herved Domstolens dom af 29.2.1968, sag 24/67, Parke, Davis og Co. mod Probel, Reese, Beintema-Interpharm og Centrafarm, Sml. 1965-1968, s. 457, Rec. 1968, s. 81.

j) De to overtrædelsesformers struktur

I sagsøgernes procedurer blev det gjort gældende, at Kommissionen burde have sondret mellem »aftale« og »samordnet praksis«, fordi disse former for overtrædelse er af forskellig karakter, og herunder navnlig fordi bevistemaet er forskelligt.

Dette spørgsmåls betydning har jeg redegjort for ovenfor i afsnittet om fortolkningen af artikel 85 som formelt problem. Hvis det resultat, jeg er nået til, lægges til grund, er der imidlertid efter min opfattelse i realiteten så stor parallellitet mellem de to overtrædelsestypers struktur, at det ikke er nødvendigt at sondre i en situation som den, der foreligger til pådømmelse.

For så vidt angår aftaler, drejer bevistvisten sig i hovedsagen om to forhold. Dels om der er indgået aftaler (der har haft »til formål« etc.), og dels om disse har haft følger, som hævdet af Kommissionen. Følgerne er i sig selv et bevistema, dels for spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af artikel 85, fordi aftalen har haft disse følger og dels, subsidiært, med henblik på eventuelt at vise, at forholdet på grund af kartellets mindre eller manglende konkrete konkurrenceskadelige virkninger er af mindre grovhed. Spørgsmålet om følger har imidlertid også betydning som genstand for bevis eller måske snarere modbevis, for så vidt angår selve aftalernes eksistens. Et af sagsøgernes synspunkter er, at det, der ligner en aftale, ikke er det, for det har ikke haft de tilsigtede virkninger. I øvrigt føres der også på andet grundlag bevis med hensyn til aftalernes eksistens, eller i hvert fald søges Kommissionens påstand om deres eksistens undermineret verbalt.

Helt parallelt gælder det efter min opfattelse, at der med nøjagtigt samme tema kan føres bevis for eller i hvert fald gennemføres argumentation om samordningens eksistens gennem diskussionen af de foreliggende dokumentbeviser, motiver osv. uden hensyn til markedet. Når man, som jeg mener, i begge relationer må lægge vægt på formålet som selvstændigt element i en overtrædelseskategori, hvor blot tidspunktet for fuldbyrdelsen er forskelligt, er der efter min opfattelse ikke grundlag for at sige, at overtrædelserne er så forskellige af karakter, at det er nødvendigt at sondre.

Selv om jeg altså ikke kan være enig med Kommissionen i dennes opfattelse af begrebet samordnet praksis, er jeg enig i, at de to begreber på baggrund af den fortolkning, jeg finder rigtig, er så parallelt struktureret, at det i hvert fald ikke i den foreliggende sammenhæng er nødvendigt at sondre. Der vil derfor ikke i min senere gennemgang af beviserne i sagen i alle tilfælde blive taget udtrykkelig stilling til, om de enkelte dele af virksomhedernes adfærd kan karakteriseres som aftale efter artikel 85, stk. 1, eller om der snarere er tale om samordnet praksis.

4. *Kan der opstilles en forsøgslære inden for rammerne af artikel 85?*

Som anført i de foregående afsnit må begrebet samordnet praksis forstås således, at gerningsindholdet, for så vidt angår denne del af artikel 85, først kan anses for realiseret, når der er udvist en adfærd på markedet, og jeg har redegjort for, hvorledes denne opfattelse adskiller sig fra Kommissionens. Overtrædelse foreligger således efter min opfattelse, når det kan påvises, at en samordning, der har til formål at hindre, begrænse eller forvride konkurrencen, har fundet sted, og at virksomhederne derpå har ageret på markedet, hvilket de som anført ovenfor som udgangspunkt må anses for at gøre kausalt, når de inden for det eller de pågældende produkter fortsat handler på markedet efter samordningen. Alternativt foreligger der en overtrædelse, når en samordning, som måske ikke har konkurrencebegrænsende formål, har haft en konkurrencebegrænsning til *følge*, og når virksomhederne indså eller burde indse, at en sådan følge ville indtræde.

Hvis Retten er enig i dette synspunkt, er der for mig at se næppe praktisk set behov for at søge at isolere et område for strafbart forsøg inden for rammerne af artikel 85. Som Kommissionens beslutning er udformet, synes det imidlertid nødvendigt at undersøge, om der kan siges at foreligge et område for strafbart forsøg, navnlig med hensyn til samordnet praksis.

Artikel 85 indeholder dels et abstrakt faredelikt, nemlig aftale der har ulovligt formål, og dels to forårsagelsesdelikter, dvs. aftaler og samordnet praksis, og de følger som er resultatet heraf. I den ovenfor givne fortolkning befinder samordnet praksis / formål sig i en mellemposition.

For så vidt angår deliktet aftale / formål, er det klart, at en fuldbyrdet overtrædelse af artikel 85 foreligger, når aftalen er indgået. For så vidt angår deliktet aftale / følge, er gerningsindholdet realiseret, når konkurrencebegrænsende virkninger af aftalen (uanset dens formål) har vist sig.

Formentlig under indtrykket af det nærmere indhold af det, han kaldte den »objektive« side af den samordnede praksis, rejste generaladvokat Mayras som nævnt ovenfor i »farvestof«-sagerne [86] spørgsmålet om, hvorvidt en samordnet praksis kunne rammes af artikel 85 allerede på forsøgsstadiet, dvs. før der er handlet på markedet. Hans udtalelse er gengivet ovenfor s. 933.

Hvis vi ser på deliktet aftale / formål, synes det mig klart efter formuleringen af artikel 85, at det ikke har været meningen at lade dette deliktsbegreb omfatte også den situation, hvor det f.eks. måtte lykkes Kommissionen at bryde ind i virksomhedernes forhandlinger, før en aftale var indgået. Det samme gælder efter formuleringen af artikel 85, for så vidt angår samordnet praksis. Dertil kommer, at elementære retssikkerhedsmæssige betragtninger taler for, at der ikke uden udtrykkeligt lovmæssigt grundlag søges skabt et forsøgsområde uden om artikel 85, et område der i virkeligheden udvi-

86 — Sammenlign da. udg. 1972, s. 197, 2. spalte.

der denne bestemmelse. Der kan da heller ikke, hverken i senere praksis fra Domstolen eller i teorien, hentes støtte for, at forsøg på at fuldbyrde de gerningsindhold, der er beskrevet i artikel 85, skulle være ulovligt.

Det er derfor min opfattelse, at der ikke inden for rammerne af artikel 85 er plads til at fastlægge et selvstændigt område for forsøg. Bestemmelsen har da i øvrigt også efter den fortolkning, Domstolen har anlagt af begrebet aftale og samordnet praksis, og efter den af mig anførte fortolkning af samordnet praksis et så bredt anvendelsesområde, at der formentlig ikke i praksis ville være reelt behov for at kunne pålægge bøde også for forsøg.

5. *Var virksomhedernes adfærd objektivt egnet som middel?*

I et af sine indlæg under domsforhandlingen udtrykte professor Albach konkluderende som sit personlige synspunkt, at samtlige de tiltag, som virksomhederne havde forsøgt sig med, måtte antages som væsentligste effekt at have haft en placebovirkning på nervøse forretningsfolk. Han forklarede bl.a., at en prisaftale kan være en effektiv strategi i et oligopol, når salgsprisen ikke dækker omkostningerne. Men, forklarede han videre, teorien og erfaringen viser, at iværksættelsen er vanskelig i et marked med 17 producenter og praktisk taget umulig i en periode med stor overkapacitet. Han beskrev herefter sine undersøgelser, ifølge hvilke de såkaldte målpriser ikke kan antages at have haft nogen virkning af betydning på det stærkt konkurrenceprægede marked. Endvidere har sagsøgerne søgt at påvise, at de udsendte prisinstruktioner ikke havde nogen sammenhæng med de i møderne drøftede målpriser, og at i hvert fald de reelt opnåede priser ikke svarede til målpriserne. Endvidere er der forelagt beviser, f.eks. professor Budd's rapport, ifølge hvilke sagsøgernes adfærd ikke alene ikke har haft nogen indflydelse på markedet, men heller ikke kunne få det, idet markedet måtte anses for upåvirkeligt af de forsøg, som virksomhederne — hvilket jeg forudsætter i denne sammenhæng — iværksatte.

Dette har bl.a. givet anledning til anbringender vedrørende det nærmere indhold af begrebet formål i artikel 85, stk. 1.

Det gøres således gældende (ICI), at det allerede af bestemmelsens ordlyd fremgår, at det er aftalens eller den samordnede praksis' såkaldt objektive formål, der skal tages i betragtning ved bedømmelsen af sagen, ikke mødedeltagernes subjektive hensigter. Sagsøgeren gør herved gældende, at formålet med arrangementerne må bedømmes ud fra den faktiske økonomiske sammenhæng, hvori dette indgår, ligesom der henvises til Domstolens domme af 30. juni 1966 [87] og 9. juli 1969 [88]. Sagsøgeren vil heraf udlede, at vurderingen af et arrangement ikke kan adskilles fra de faktiske virkninger på konkurrencen, heller ikke når det er aftalens eller den samordnede praksis' formål, der står til bedømmelse. Kommissionen må således ef-

87 — Sag 56/65, Société technique minière mod Maschinenbau Ulm GmbH, Sml. 1965-1968, s. 211.

88 — Sag 5/69, Völk mod Vervaecke, Rec. 1969 s. 295, Sml. 1969, s. 69.

ter sagsøgerens opfattelse med henblik på at kunne fastslå, at arrangementets formål var at begrænse konkurrencen, bevise, at det var tilstrækkeligt sandsynligt, at formålet kunne opnås. Ud fra en antagelse om at have bevist, at det påståede kartel hverken har haft eller har kunnet have virkninger på markedet, blev det herefter gjort gældende, at Kommissionen ikke har godtgjort, at formålet var at begrænse konkurrencen. Kommissionen har heroverfor anført, at der ikke af de citerede domme kan udledes noget krav om, at en aftale eller et andet arrangement skal have haft faktisk virkning for, at der herudaf kan sluttes noget om formålet med aftalen eller arrangementet. Kommissionen har endelig hævdet, at den har påvist såvel en større potentiel som faktisk virkning af kartellet, end den nævnte retspraksis kræver.

Efter sagsøgerens anbringende kan den udviste adfærd således ikke være ansvarspådragende, når det, som sagen foreligger bevismæssigt efter sagsøgerens opfattelse, ikke var muligt at påvirke markedet, uanset hvad man gjorde. Når adfærden, som forholdene var, ikke kunne få nogen virkninger, kunne den dermed heller ikke have som formål at begrænse konkurrencen i artikel 85's forstand.

Hvis vi for hypotesens skyld går ud fra, at markedet faktisk ikke blev påvirket, er spørgsmålet, hvorledes en utvivlsom hensigt til at overtræde konkurrencereglerne skal bedømmes.

Det er vanskeligt i den citerede eller i øvrigt i Domstolens praksis at finde nogen støtte for den af sagsøgeren hævdede opfattelse.

I sagen Völk mod Vervaecke var spørgsmålet, om en aftale, der efter sin karakter kan være omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, alligevel ikke var det af særlige grunde. Domstolen sagde først, at en aftale kun kan falde ind under bestemmelsen, når det med tilstrækkelig sandsynlighed kunne forudses, at den kan udøve skadelig indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne, og når den har til formål eller følge at skade konkurrencen. Disse betingelser — siger Domstolen videre — skal ses i den sammenhæng, hvori aftalen virker, og den konkluderer herefter, at en eneforhandlingsaftale kan falde uden for forbuddet i artikel 85, stk. 1, når den under hensyn til de involverede parters svage stilling på markedet kun påvirker dette i ringe omfang. I sagen var der tale om virksomheder med en beskeden markedsandel.

I de foreliggende sager er der ikke tale om mindre virksomheder med en beskeden markedsandel, hvor risikoen for en reel påvirkning af markedet er ringe. Der er derimod tale om de største petrokemiske virksomheder i Europa, som tilsammen dækkede næsten hele markedet. Forholdene i Völk-sagen var således helt anderledes end i de foreliggende sager, og dommen er derfor ikke af præjudikatsværdi for afgørelsen på dette punkt.

Det er endvidere vanskeligt at se nogen sammenhæng mellem sagsøgernes situation og dommen i sagen Société technique minière mod Maschinenbau Ulm. Domstolen siger, at man skal tage aftalens formål i betragtning under hensyn til den økonomiske

sammenhæng, hvori den skal gælde, og at påvirkningen af konkurrencen skal følge af selve aftalens bestemmelser eller en del af disse. Der var også her tale om en eneforhandlingsaftale.

Prisaftaler og produktionsaftaler er efter traditionel opfattelse, og navnlig efter den opfattelse, der har fundet udtryk i artikel 85, stk. 1, litra a) og b), skadelige for konkurrencen. Men hvad nu, hvis det måtte vise sig, at prisaftaler normalt ikke kan anvendes til at trodse markedskræfterne? Eller hvis det i netop denne sag ikke var muligt. At prisaftaler altså generelt eller i det konkrete tilfælde er eller var uegnede som middel.

Hvis det skulle forholde sig således, måtte der nok være anledning til nogle overvejelser vedrørende grundlæggende kartelretlige spørgsmål. En sagsøger, der vil forsøge at komme igennem med sådanne synspunkter, der synes at have karakter af egentlige og væsentlige nydannelser inden for konkurrenceretten, bør imidlertid fremkomme med særdeles overbevisende materiale, der underbygger hans idéer.

Det måtte efter min opfattelse i hvert fald kræves, at der kunne påvises generel enighed i den økonomiske teori om, at det aldrig kunne lade sig gøre at påvirke markedet med de midler, der er forsøgt bragt i anvendelse, og noget sådant har vi på ingen måde belæg for. I professor Albach's udtalelse kan der efter min mening højst indlægges, at de deltagende parter, under de markedsforhold der forelå, næppe var i stand til at påvirke markedet nævneværdigt. Det i øvrigt fremlagte materiale giver heller ikke væsentligt belæg for påstanden, og i hvert fald er der ikke fremlagt materiale, der — uden at være produceret til lejligheden — generelt viser noget om spørgsmålet.

På denne baggrund er det min opfattelse, at sagsøgerens (ICI's) anbringender om den såkaldte »objektive« fortolkning af begrebet formål i forhold til samordnet praksis i de foreliggende sager må forkastes, allerede fordi grundbetingelsen, at midlet var objektivt uegnet, ikke kan antages at have været til stede.

6. *Foreligger der én aftale og én samordnet praksis?*

Der er endvidere af sagsøgerne rejst indsigelse imod, at det samlede begivenhedsforløb fra 1977 til 1983 er kvalificeret som én aftale og én samordnet praksis, eller som en rammeaftale; det ord, som nogle af sagsøgerne har vendt sig meget stærkt imod.

Det er vanskeligt at se, hvorledes kvalifikationen som sådan i den foreliggende sammenhæng kan have nogen afgørende betydning. Det er således efter min opfattelse ikke afgørende, om man eventuelt ville betegne det, der er sket, for én fortsat overtrædelse, eller om det rigtige er at kalde det, der er sket, for én aftale og én samordnet praksis.

Ud fra en oprindelig og naturlig forståelse af ordet aftale kan det imidlertid nok virke noget anstrengt at bruge dette udtryk om en

møderække mv., hvorunder der over en årrække hævdes at være blevet talt og aftalt, lagt planer, modificeret planer, opgivet planer, udsat planer osv.

Det ville måske være ligeså naturligt at hæfte betegnelsen fortsat lovovertrædelse på det, der hævdes at være foregået. Hvis forholdet, som hævdet af Kommissionen, er, at repræsentanter for en række virksomheder, der alle var klar over de fælles problemer, er blevet enige om at drøfte nærmere, hvad der kunne gøres for at forhindre en ødelæggende priskrig, og hvis det i den forbindelse blev aftalt at mødes med mellemrum, og idéerne efterhånden har udkrystaliseret sig, således at dette har udviklet sig til et ganske avanceret system, som skulle tjene til at kompensere for de indlysende vanskeligheder, der var forbundet med at få et priskartel med 17 virksomheder til at fungere i et marked med betydelig overkapacitet, ser jeg i grunden ingen hindring for at karakterisere dette som aftale og som samordnet praksis.

Sagsøgerne mener imidlertid, at begrebet rammeaftale er et kunstgreb, der skal tjene til at skjule huller i Kommissionens bevisførelse. Jeg mener ikke, dette er tilfældet. Det må imidlertid erkendes, at det kræver stor påpasselighed, når man først på grundlag af en større mængde bevisdata har uddraget begrebet »én aftale«, da ikke af dette begreb at deducere til noget, der ikke var der i forvejen.

Som sagen er blevet forelagt fra nogle af virksomhedernes side, kan der være grund til at understrege, at man må opfatte rammeaftalen som samlebegreb, hvilket Kommissionen så vidt ses også gør, jf. navnlig afgørelsens punkt 81. Det må dog erkendes, at Kommissionens bemærkninger herom i beslutningen i nogen grad savner klarhed. Det ligger imidlertid fast, at der ikke er påvist nogen forudgående aftale om at træffe de foranstaltninger, som først blev ført ud i livet måske år senere. Jeg er således for så vidt enig i den »skråplansteori«, der blev drøftet under domsforhandlingen.

Kommissionen har pålagt bøder for en række pris- og andre initiativer og støtteforanstaltninger, og det er dette, der skal bedømmes uafhængigt af, om det for beskrivelsens skyld betegnes som én aftale og én samordnet praksis. Som middel til at give en samlet beskrivelse af det, der er foregået, er begrebet én aftale og én samordnet praksis derfor tilfredsstillende, men begrebernes anvendelse må ikke benyttes til at dække over svagheder i bevisrækken.

Hvis der således ud fra et synspunkt om fortsat lovovertrædelse kan konstateres et tomrum fra midten af 1978 til efteråret 1979, må dette helt tilsvarende gælde for rammeaftalen, der dermed ikke længere er én aftale, men to, med de eventuelle forældelsesproblemer det kan medføre.

Sagsøgernes argumentation på dette punkt kan således efter min opfattelse ikke i sig selv føre til annullation af beslutningen, men det må kontrolleres, at Kommissionen har beviser for sine påstande og ikke er blevet forledt af sin egen beskrivelse af det, der samlet er foregået, til at deducere herfra til forhold, for hvilke der ikke i øvrigt foreligger bevis.

7. Kollektivt ansvar efter artikel 85, stk. 1?

I de foreliggende sager har der fundet en til dels meget heftig debat sted med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen ved sin beslutning har pålagt virksomhederne et kollektivt ansvar i den forstand, at en eller flere virksomheder skulle være blevet holdt ansvarlige for noget, som andre har gjort, men som de ikke selv har deltaget i. Problemet har en snæver sammenhæng med beskrivelsen af overtrædelsen i beslutningens artikel 1. Sagsøgerne ser en risiko for, at de gennem Kommissionens beskrivelse af overtrædelsen som én aftale og én samordnet praksis kan blive holdt ansvarlige for alle elementer af overtrædelsen, således som disse i beslutningens artikel 1 er beskrevet under litra a)-e), også selv om det måtte kunne lægges til grund, at de ikke har deltaget i et eller flere af elementerne.

Som det fremgår af mine bemærkninger i foregående afsnit, er der efter min opfattelse ikke grundlag for at hævde, at det skulle være muligt at konstruere sig frem til én forudgående, grundlæggende aftale om i det væsentlige samtlige elementer i det, der antages at være foregået senere. Dette er da også blevet erkendt af Kommissionen under domsforhandlingerne, som hér hævdede, at noget sådant heller ikke var anført i beslutningen. Når dette er tilfældet, er det allerede af den grund ikke muligt at pålægge den enkelte sagsøger ansvar for alle handlinger foretaget af samtlige karteldeltagere, selv om det er påvist, at de har deltaget i en bestemt periode.

Det må imidlertid medgives, at Kommissionen et par steder i beslutningen har formuleret sig således, at man kunne få indtrykket af, at Kommissionen uden videre har villet anse alle virksomhederne for ansvarlige for alt, hvad der er foregået i kartellet i den periode, hvori de har været med. Således hedder det i beslutningens betragtning 83, stk. 2:

»Det centrale punkt i den foreliggende sag er, at producenterne i en lang periode gik sammen om at nå et fælles mål, og hver enkelt deltager må tage ansvaret ikke blot for den direkte rolle, den pågældende selv spillede heri, men også for aftalen som helhed. Omfanget af hver enkelt producents deltagelse kan derfor ikke fastslås på basis af den periode, for hvilken der er fundet prisinstruktioner fra den pågældende producent, men kun på basis af hele det tidsrum, hvor han deltog i det fælles forehavende.«

I f.eks. svarskriftet i BASF-sagen anfører Kommissionen om spørgsmålet bl.a. at:

»Det tilføjes, at overtrædelse af artikel 85, stk. 1, i EØF-Traktaten hører til de ulovlige handlinger, der kun kan begås af flere gerningsmænd i fællesskab. Enhver gerningsmands medvirken til de andre karteldeltageres overtrædelse må således nødvendigvis tilregnes ham som hans egen gerning, da overtrædelsen netop ligger i samvirket. Dette udelukker ikke, at enkelte gerningsmænd tilsluttede sig kartellet på forskellige tidspunkter...«

Medens den sidstnævnte udtalelse fra Kommissionens side rammer det rigtige uden dog at sige ret meget, er beslutningens betragtning 83, stk. 2, egnet til at skabe uklarhed.

Beslutningens egentlige gerningsbeskrivelse fremgår imidlertid selvsagt af beslutningens artikel 1, hvorefter overtrædelsen består i at have »deltaget i en aftale og samordnet praksis«, bestående af en række elementer. Gerningsbeskrivelsen »deltagelse« i en aftale, dvs. et kartel således som dette i beslutningen er defineret som »aftale«, synes der ikke i sig selv at kunne rejses indvendinger imod. At hævde, at en virksomhed har været aftalepartner eller deltager i en samordnet praksis, er i sig selv en korrekt beskrivelse af overtrædelsen.

Når Kommissionen derimod i betragtning 83, stk. 2, siger, at hver enkelt deltager må bære ansvaret ikke alene for sin medvirken, men også for udførelsen af aftalen i sin helhed, antydes der et ansvar, der rækker ud over de handlinger, den enkelte virksomhed selv har deltaget i, og det er her problemet ligger. Det skal dog tilføjes, at Kommissionen i samme betragtning i beslutningen præciserer, at den enkelte deltagers ansvar for deltagelse i kartellet kun vedrører den periode, hvori denne deltager var med i kartellet.

Det er selvsagt rigtigt, som Kommissionen siger i svarskriftet i BASF-sagen, at overtrædelser af artikel 85 er kollektive i den forstand, at der skal to eller flere virksomheders samvirke til at begå overtrædelsen, og at den enes medvirken til den andens overtrædelser er en nødvendig og selvfølgelig konsekvens af overtrædelsens kollektive karakter. Man bør derimod efter min mening ikke, når grundkravet er, at man skal have indgået en aftale eller være impliceret i en samordnet praksis, kunne holdes ansvarlig for andres overtrædelser i videre omfang, end man selv har deltaget. Det er derfor ikke uden videre rigtigt, når Kommissionen synes at antyde, at den enkelte virksomhed må være ansvarlig for andet end det, der følger af virksomhedens egen deltagelse.

Når der i sagen diskuteres længe frem og tilbage om kollektivt ansvar, er der imidlertid grund til først at fastslå, hvad der *ikke* kan karakteriseres som kollektivt ansvar, selv om det måske af nogle sagsøgere bliver opfattet således.

Hvis man ser på, hvorledes den påståede karteldannelse må antages at have fungeret i praksis, er det let at indse, at det kan være endog overordentlig vanskeligt i detaljer at fastslå den enkeltes medvirken. Hvem har fået idéen til dette eller hint initiativ? Hvem har sørget for at overtale dem, der måske var mindre entusiastiske? Hvem kom mest velforberedt til møderne osv.? Det siger sig selv, at det i tilfælde, hvor der ikke foreligger erkendelse fra de deltagende virksomheder, ofte ikke kan lade sig gøre at rede disse tråde ud under en administrativ procedure, hvor det meste af bevisgrundlaget hviler på dokumentbeviser. Der er naturligvis også grænser for, hvor langt det i sager af denne karakter er nødvendigt at dykke ned i de fineste detaljer. Det må således være forsvarligt af retstekniske grunde i et vist omfang

og om nødvendigt at nøjes med at give en lidt bredere beskrivelse af den enkeltes deltagelse. Det vil næppe i noget medlemslands retsorden være en afgørende hindring for domsfældelse for f.eks. falskmøntneri, at det ikke er muligt at påvise, hvem der har påfyldt trykfarven, og hvem der har betjent trykpressen, når det må antages, at alle har været til stede og har deltaget.

Der er ved en rimelig og begrænset anvendelse af dette synspunkt ikke grundlag for at påstå, at nogen skulle være pålagt et kollektivt ansvar, men derimod blot om, at retsordenen undlader at overspænde kravene til en detaljeret beskrivelse og bevisførelse på punkter, hvor denne sjældent vil være mulig, og hvor de formodede gerningsmænd selv har bragt sig i en sådan situation, at en vis lempelse af beviskravene må anses for ubetænkelig. I modsat fald måtte Kommissionen formodentlig i et betydeligt antal tilfælde på forhånd opgive retsforfølgningen i sager, hvor der utvivlsomt er tale om et ulovligt kartel, men hvor det ikke er muligt i detaljer at føre bevis for den enkeltes medvirken i kartellets aktiviteter. Et sådant resultat ville berøve artikel 85 en ganske betydelig del af dens gennemslagskraft i praksis.

Et andet aspekt af ovennævnte spørgsmål er de generelle krav til styrken af Kommissionens beviser. Hvis det f.eks. bevismæssigt — ud fra en samlet vurdering af det foreliggende materiale — må lægges til grund, at en virksomhed har været impliceret i et prisinitiativ, uanset der ikke er fundet skriftlig dokumentation for prisinstruktioner og lignende, er der ikke på nogen måde tale om at pålægge et kollektivt ansvar, men derimod alene om en simpel bevisvurdering.

Spørgsmålet om det, som virksomhederne betegner som kollektivt ansvar, opstår først i det øjeblik, det *ikke* kan lægges til grund, at en virksomhed har deltaget i et eller flere elementer i overtrædelserne.

Det er muligvis disse bevismæssige problemer, der skinner igennem i det ikke særlig vellykkede andet punktum i beslutningens betragtning 83, stk. 2.

Hvis man som jeg opfatter Kommissionens udtalelser som værende blot udtryk for disse synspunkter, er der ikke noget at bebrejde Kommissionen.

Hvis Retten ikke mener, at der er bevismæssigt grundlag for at fastslå, at en virksomhed har deltaget i overtrædelsen i en bestemt henseende, må dette element i beslutningens artikel 1 udgå for denne virksomheds vedkommende. Så vidt jeg kan se, har Kommissionen ikke, jf. mine bemærkninger ovenfor om rammeaftalens karakter, lagt op til en »alt eller intet«-afgørelse. Der er derfor efter min opfattelse intet til hinder for, at et eller flere elementer i beslutningens artikel 1 af bevismæssige grunde i givet fald udgår, uden at dette i sig selv berører den

principielle konstatering af, at den eller de pågældende virksomheder i øvrigt har overtrådt artikel 85, forudsat det er bevist, at den eller de pågældende virksomheder har deltaget i andre dele af overtrædelserne.

Når man læser Kommissionens beslutning, navnlig betragtning 78 og betragtning 107-109, er der ikke umiddelbart noget, der tyder på, at Kommissionen faktisk har pålagt bestemte virksomheder ansvar for, hvad andre har gjort. Dette må imidlertid undersøges konkret i forhold til den enkelte virksomhed, hvilket vil ske nedenfor under gennemgangen af beviserne vedrørende de enkelte virksomheder.

Uanset Kommissionens konsekvente benægtelse under domsforhandlingen af at have villet pålægge et kollektivt ansvar, er der imidlertid under skriftvekslingen, f.eks. svarskriftet i Hercules-sagen, s. 65-66, fremkommet udtalelser, der næppe kan forstås på anden måde end, at Kommissionen vil hævde i hvert fald et element af kollektivt ansvar. Det hedder således på anførte sted, at sagsøgerne ved beslutningen er blevet fundet skyldige i én »fortsat« aftale og samordnet praksis, *hvorved producenterne i det hele* eller *som gruppe* (generally) — Kommissionens understregning — udførte de handlinger, der er beskrevet i beslutningens artikel 1, litra a)-e).

Der er for mig at se ikke noget at sige til, at sagsøgerne tager bestemt afstand fra en sådan opfattelse. Denne formulering genfindes imidlertid ikke i beslutningens artikel 1, som sammen med begrundelsen for beslutningen er afgørende. Det tilkommer naturligvis Retten og Domstolen at foretage den endelige fortolkning af beslutningen, ikke Kommissionen selv. Kommissionens opfattelse som udtrykt i nævnte svarskrift kommer i betænkelig nærhed af en ansvarsnorm, der i virkeligheden vil pålægge bødeansvar for den blotte kontakt med lovovertrædere eller tilhørsforhold til en sammenslutning med ulovligt formål, og dette er der, som ovenfor anført, ikke grundlag for i artikel 85. Hvis der måtte være et behov for en sådan regel, må det være et lovgivningsanliggende at gennemføre den.

E — *Generelt om bevisvurderingen samt om bevistyper og beviser*

1. *Generelt*

Når bortses fra helt elementære forhold, er bevislæren vanskelig at håndtere på teoretisk grundlag. Der er derimod ofte stor lighed i opfattelserne, når to eller flere personer, det være sig professionelle dommere, lægdommere eller andre, der beskæftiger sig med bevis, skal tage stilling til konkrete bevisspørgsmål.

Det kunne på denne baggrund være fristende at gå direkte over til at behandle sagens beviser. Sagsøgerne har imidlertid fremsat en så overvældende mængde betragtninger over den bevismæssige situation i sagerne, at det forekommer hensigtsmæssigt at komme med nogle generelle bemærkninger om bevisspørgsmålene.

2. *Den frie bevisbedømmelse*

Det er vigtigt først at slå fast, at der for Domstolens og dermed også Rettens virksomhed gælder et princip om fri bevisbedømmelse, ubundet af diverse regler, som nationale retsordener opstiller. Når der ses bort fra de undtagelsestilfælde, der er opstillet i Fællesskabernes egen retsorden, er det alene de forelagte bevisers troværdighed, der er afgørende for bedømmelsen heraf[89]. I de foreliggende sager er det alene de beviser, som ikke kan benyttes af Kommissionen mod virksomhederne, fordi de ikke blev forelagt virksomhederne under den administrative procedure, der kommer i betragtning som undtagelse fra dette princip, således som jeg har redegjort for ovenfor.

F. eks. Suiker Unie-sagen[90] viser klart, at Domstolen ikke lader andet end en samlet vurdering af et dokuments beviskraft og simple regler for bevismæssig logik være afgørende for bevisvurderingen, jf. navnlig dommens præmis 156-166, s. 1939-1941.

Det samme må gøre sig gældende i de foreliggende sager. Dog må bevismæssige følgeslutninger naturligvis aldrig udvikle sig til svagt funderet spekulation. Der skal være tilstrækkeligt grundlag for afgørelsen, og rimelig tvivl skal komme sagsøgerne til gode efter grundsætningen in dubio pro reo.

En i disse sager meget væsentlig faktor er at se beviserne i deres helhed. Det er klart, at selv hvor der er mulighed for at give en rimelig, alternativ forklaring på et nærmere bestemt dokument og muligvis isoleret set på flere dokumenter, kan de pågældende forklaringer måske ikke stå for en nærmere prøvelse i forhold til en samlet bedømmelse af en hel bevisrække. Tilsvarende må det være tilladt, som Kommissionen gør, at slutte fra perioder, hvor beviserne er temmelig massive, til andre perioder, hvor der er noget større afstand mellem de enkelte beviser. Der skal nu engang en virkelig god forklaring til for at overbevise en retsinstans om, at der under en bestemt fase af en møderække foregik noget helt andet end det, der skete under tidligere og senere møder, når møderne havde samme deltagerkreds, fandt sted under ensartede, ydre omstændigheder, og ubestridt havde samme overordnede formål, nemlig at drøfte problemerne inden for den pågældende industrigren.

3. *Vidnebevis*

Kommissionen har under den administrative procedure ikke mulighed for at gennemtvinge afhøring af personer under vidneansvar. Bl. a. derfor hviler Kommissionens beslutninger i konkurrencesagerne i vidt omfang på dokumentbeviser. Således også i de foreliggende sager. Derimod har virksomhederne efter artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 mulighed for at begære personer afhørt. I polypropylensagerne som i, så vidt

89 — Jf. f.eks. K. P. E. Lasok: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 1984, s. 263.

90 — Jf. ovenfor, note 41.

jeg ved, mange andre sager har der imidlertid ikke været tale om, at personer med direkte tilknytning til de stedfundne begivenheder har afgivet forklaring om, hvad der skete på møderne, og hvad de mente med de notater, de udarbejdede. Derimod har i alt væsentligt virksomhedernes interne og eksterne juridiske og økonomiske rådgivere og repræsentanter fremlagt virksomhedernes synspunkter.

Kommissionen har påberåbt sig denne omstændighed til støtte for et synspunkt om, at når disse personer ikke er blevet afhørt, er der mindre grund til at fæste lid til de forklaringsmodeller, som nogle sagsøgere — i øvrigt med fremragende advokatorisk talent — opstiller for at godtgøre, at de fremlagte dokumenter ikke viser det, de ved en umiddelbar betragtning synes at vise. Jeg mener, at Kommissionen har ret i dette synspunkt. Det er påfaldende, at det skulle være nødvendigt at opstille varierende hypoteser om sagens rette sammenhæng, når personer med tilknytning til virksomhederne, hvoraf en stor del formentlig stadig er ansat, kunne fortælle, hvad meningen med det hele reelt var.

Nu skal man selvfølgelig ikke lægge afgørende vægt på, at bestemte forklaringer ikke er afgivet, men den af Kommissionen fremhævede omstændighed er efter min vurdering under alle omstændigheder et bevisdatum, der i en vis grad taler imod sagsøgernes forsøg på at afkræfte Kommissionens antagelser.

Man kunne som Shell hævde, at man nærede så lidt tillid til den mundtlige del af den administrative procedure for Kommissionen, at man fandt det klogest ikke at deltage. Men hvad ville da have afholdt sagsøgerne fra efter reglerne i procesreglementet at begære de pågældende afhørt for Retten? Sådanne begæringer er imidlertid ikke fremsat. Det forhold, at sagsøgere, der har åbenbare forklaringsproblemer, ikke begærer vidner, der kunne afgive forklaring, afhørt, taler ikke i deres favør.

4. *Dokumentbeviser*

De fleste sagsøgere har rejst tvivl om pålideligheden af de mødereferater og notater, på hvilke Kommissionen bygger sin afgørelse.

Den vigtigste gruppe af Kommissionens beviser er netop de berettende bevisdokumenter, bl.a. de notater, som er fundet hos ICI. Kommissionen gør gældende (beslutningens betragtning 70, stk. 5), at mødereferaterne giver et nøjagtigt, troværdigt og overensstemmende referat af, hvad der er passeret på møderne. Kommissionen fremhæver endvidere, at sagsøgerne på deres side ikke har fremlagt beviser, som kan rejse tvivl om pålideligheden af de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig (beslutningens betragtning 70, stk. 1).

Heroverfor hævdes det af sagsøgerne, med ICI som eksempel, at notaterne som kilde til forståelse af, hvad der generelt skete i sagsøgernes virksomheder, må anses for mangelfulde i alvorlig grad. Det hævdes fra

virksomhedernes side endvidere, at notaterne alene havde det begrænsede formål at informere mødedeltagernes kolleger i den enkelte virksomhed om, hvad der var blevet sagt på møderne, og hvad der kunne udledes heraf, samt at der efter møderne til notaterne blev foretaget tilføjelser af analyser og sammenligninger til den refererendes eget brug.

Endvidere gøres det gældende, at selv om notaterne troværdigt måtte gengive det sagte, er de langt fra pålidelige som referat af de faktiske forhold i industrien eller af den enkelte producents hensigter. Der henvises i denne forbindelse til de ikke sjældent forekommende bemærkninger om mangel på tillid mellem parterne og til, at virksomhedernes efterfølgende optræden viser den manglende vilje til at overholde de aftaler, som ifølge notaternes indhold blev indgået på møderne.

På sin side henviser Kommissionen navnlig til, at dokumenterne er udfærdiget i umiddelbar tilknytning til de stedfundne begivenheder, og at forfatteren eller forfatterne af notaterne ikke havde nogen som helst grund til ikke at referere korrekt, ligesom dokumenternes indhold ifølge Kommissionen på ingen måde bærer præg af overdrivelser. Som ovenfor nævnt fremhæver Kommissionen, at ingen af virksomhederne har begæret de involverede personer afhørt i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63.

Ved vurderingen af bevisværdien af et beretttende bevisdokument må der først og fremmest tages hensyn til sandsynligheden af den beretning, som dokumentet indeholder. Der må herved navnlig tages hensyn til, fra hvem dokumentet hidrører, under hvilke omstændigheder det er blevet til, hvem det er rettet til, og om dokumentet efter sit indhold virker fornuftigt og troværdigt.

Set på det helt generelle plan er det på ingen måde usandsynligt, at virksomheders repræsentanter mødes for at indgå aftaler eller at samordne praksis, som hævdet af Kommissionen. At dette er sket i mange tilfælde, har Kommissionen som bekendt med held forsvaret for Domstolen.

Dokumenterne i de foreliggende sager hidrører fra ansatte, som over for deres kolleger og foresatte skal redegøre for indholdet af møder, som de har deltaget i. Hvis vi ser bort fra Hercules-sagen, har vi ingen antydninger af, at disse personer ikke skulle have opfyldt deres opgaver fuldt loyalt og efter bedste evne. Ud fra almindelige bevisregler må det anses for at være af væsentlig betydning, at dokumenterne er udarbejdet i umiddelbar tilknytning til møderne og tydeligvis uden tanke for, at dokumenterne skulle komme til uvedkommendes kundskab. En samlet indholdsmæssig vurdering af mødereferaterne viser efter mit skøn, at de er udarbejdet med omhu og af personer, der har et godt kendskab til, hvad de beskriver, og som i et behersket sprog på nøgtern måde og i kortfattet form gengiver, hvad den eller de refererende har opfattet af møderne. De er klare og logiske og bærer på ingen måde præg af, at den eller de pågældende i nogen væsentlig grad skulle have misforstået eller misfortolket, hvad der er sket. Det må naturligvis også have formodningen imod sig, at store erhvervsvirksomheder sender medarbejdere til møder, som

virksomhederne med sikkerhed har anset for vigtige, hvis ikke disse medarbejdere var i stand til på fornuftig og pålidelig måde at redegøre for, hvad der var sket på møderne.

For så vidt angår ICI-sagen, gøres det som nævnt gældende, at der i en række tilfælde er blevet indføjet analyser og andre tilføjelser til referaterne til brug for den refererende selv. Dette fremgår ikke umiddelbart af referaterne, og trods Kommissionens opfordring hertil har ICI ikke præciseret, hvilke tilføjelser og analyser der skulle være tale om. Hertil kommer, hvilket der kan være grund til at fremhæve endnu engang, at ICI ikke har begæret den eller de pågældende afhørt for således at underbygge sine påstande.

På denne baggrund er det min opfattelse, at der ikke kan være betænkeligheder forbundet med som udgangspunkt at anse referaterne og notaterne for pålidelige kilder til forståelsen af, hvad der skete i møderne, og således lade en naturlig sproglig forståelse af dokumenternes indhold danne grundlag for antagelserne om, hvad der har været meningen med det, der blev drøftet.

5. *De økonomiske analyser*

Økonomiske analyser udgør ofte en vigtig del af bevismaterialet i konkurrencesager og kan være af stor værdi for Rettens forståelse af økonomiske sammenhænge. Det er således væsentligt at få information om, hvorledes et oligopolt marked kan antages at reagere på forskellige faktorer. Men — og det er det væsentlige — økonomisk ekspertise kan ikke træde i stedet for den juridiske bedømmelse og afgørelse. Når professor Albach således anstiller overvejelser over, hvad målpriser kan være i økonomisk sammenhæng, må det understreges, at dette ikke er og ikke kan være en juridisk vurdering. Selv om det endvidere måtte konstateres, at der ikke er sket nogen større påvirkning af markedet, er dette ikke bevis for, at der ikke er indgået aftale eller sket udveksling af oplysninger med det formål at regulere priserne. Det er Retten, der skal tage stilling til, hvad der er forbudt efter artikel 85, stk. 1, og til beviserne herfor, ikke den økonomiske videnskab.

Retten må således ud fra en samlet vurdering af beviserne se, om det der er foregået, udgør en forbudt adfærd, også selv om udtrykket målpriser set fra den økonomiske ekspertises side måske kan tænkes at betyde noget andet end enighed om priser, der skal tilstræbes opnået af alle. Det er dokumentbevisernes indhold, der skal vise, om mødedeltagerne havde til hensigt at påvirke priserne, eller om de blot ville informere hinanden om, hvad der efter deres opfattelse var rimelige priser på grundlag af en vurdering af markedet, og det er i givet fald Retten, der skal tage stilling til, om det er ulovligt i en meget lang periode at informere hinanden om, hvad man mener, at markedet kan bære.

6. *Målpriser og mængdemål som genstand for aftale eller samordning*

De påståede prisinitiativer blev ifølge Kommissionen søgt gennemført gennem anven-

delsen af de såkaldte målpriser. Ved bedømmelsen af de foreliggende beviser må det først fastlægges, hvad begrebet målpriser må antages at have betydet for virksomhederne under deres diskussion under møderne. Derpå må det afgøres, om det således fastlagte kan anses for omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1.

Om spørgsmålet siger Kommissionen f.eks., at den »jargon«, som benyttes i bevisdokumenterne vedrørende møderne, taler for sig selv. Kommissionen har ret til — siger den — at lade sig lede af almindelig sund fornuft og fortolke de udtryk, der benyttes i dokumenterne, i overensstemmelse med det de faktisk siger. Målpriserne, siger Kommissionen videre, må fornuftigvis forstås som udtryk for et bestemt prisniveau, som producenterne havde aftalt at nå, i det omfang markedet gav mulighed herfor.

Heller ikke efter min opfattelse kan mødereferaterne fortolkes anderledes.

Selve begrebet målpriser er måske imidlertid i virkeligheden kernen i meget af den uklarhed, som har præget proceduren i sagen. For som Kommissionen siger, må begrebet målpriser som omtalt i mødereferater mv. netop forstås som aftaler om, at virksomhederne så vidt muligt skulle nå et vist prisniveau. Som det viste sig, og som Kommissionen også er opmærksom på, var det ofte vanskeligt — ifølge sagsøgerne umuligt — at opnå de priser, som tilstræbtes. Sagsøgerne mener jo, at markedet *ikke* gav dem mulighed for at gennemføre nogen målpriser, men at målpriserne faktisk blev bestemt af markedet.

Heraf den endeløse debat om, hvorvidt det var sagsøgerne, der styrede markedet, eller det var markedet, der styrede sagsøgerne.

Heraf endvidere nogle af sagsøgernes imponerende bevisførelse i form af revisionsrapporter og økonomiske ekspertudtalelser mv., der alle går ud på at vise, at de tilstræbte priser ikke blev nået.

Næste led i argumentationskæden går hos de fleste sagsøgere ud på at vise, at sagsøgerne ikke havde aftalt noget eller i hvert fald ikke følte sig bundet af eventuelle aftaler, hvilket netop skulle være godtgjort i og med, at de i fællesskab tilstræbte priser ikke blev nået.

Sagsøgerne har dermed i realiteten sat sig den meget vanskelige opgave, det er at eliminere det meget sikre og veldokumenterede indhold af forhandlingerne, som man får indtryk af gennem mødereferaterne. Jeg mener ikke, at opgaven er lykkedes, og jeg finder, at det er ubetænkeligt at lægge til grund, at der har været aftalt, formentlig i form af »gentlemen's agreements«, målpriser mv. som af Kommissionen hævdet i det om-

fang, dokumentbeviserne i øvrigt giver støtte herfor.

At diskussionen overhovedet har kunnet føres, og at sagsøgerne har villet ofre så store ressourcer herpå, skyldes muligvis den begrebsmæssige elasticitet, der ligger i udtrykket målpriser, set i forhold til konkurrencereglerne.

Nogle ville måske hævde, at en aftale, der alene går ud på at søge at opnå en bestemt pris i det omfang, markedet tillader det, ikke i sig selv er udtryk for konkurrenceskadelig adfærd.

Men det er jo ifølge referaterne ikke det, der har været tale om. Meningen har tværtimod været at opnå en højere pris, end den deltagerne regnede med ellers at ville have kunnet opnå. Hensigten var klart at søge at påvirke prisniveauet i opadgående retning. »Formålet« i artikel 85, stk. 1's, forstand fremtræder helt entydigt.

På denne baggrund må det efter min opfattelse være uden betydning, at selve begrebet målpriser er så tilpas vagt, at det i det indbyrdes forhold mellem karteldeltagerne ville være vanskeligt at fastslå, hvornår en deltager havde tilsidesat en sådan aftale. At aftalerne på grund af deres noget ubestemte og vage indhold nærmest har karakter af »gentlemen's agreements« og således ikke ville have været egnede som grundlag for at fastslå indbyrdes juridiske eller moralske forpligtelser, er efter Domstolens praksis ikke afgørende.

Det må således i og for sig være af mindre betydning, om virksomhederne selv har ment at have haft en forpligtelse over for de andre, for forpligtelsen var efter sit indhold i forvejen noget udflydende.

Konklusionen af det anførte må være, at også en aftaletype, der *efter sit indhold* tager et, utvivlsomt nødvendigt, hensyn til de faktiske markedsforhold, er omfattet af artikel 85, stk. 1. Det kan endvidere på det bevismæssige plan konkluderes, at eventuelt manglende gennemførelse eller manglende fuldstændig gennemførelse i praksis af de tilstræbte priser, netop ikke er egnet som modbevis over for aftaler af denne type.

Flere sagsøgere bestrider da i realiteten heller ikke de faktiske omstændigheder, kun de retlige konsekvenser heraf. Således siger f.eks. ICI, at de mål, der blev omtalt på producentmøderne, var enige anbefalinger af, hvad producenterne havde til hensigt eller håbede at opnå, med forskellige grader af entusiasme.

Efter min opfattelse er denne redegørelse fuldt dækkende som beskrivelse af en aftale eller samordning, der er forbudt efter artikel 85, hvilket viser, at der i et vist omfang

alene er tale om et definitions- eller kvalifikationsproblem.

Hele sagen viser jo, at virksomhederne ikke har følt sig bundet af de aftaler, der er indgået, eller den samordning, der fandt sted, på samme måde som de ville have følt sig bundet af en aftale om at levere et parti polypropylen til en bestemt kunde på et bestemt tidspunkt. Når kunderne gik andre steder hen for at søge at opnå en lavere pris, efter at en prisforhøjelse havde fundet sted, har de ansvarlige for salget selvfølgelig ikke kunnet holde til en standsning af eller stor nedgang i afsætningen. Referaterne fra nogle møder viser imidlertid ganske klart, at man i høj grad har følt nødvendigheden af at søge at udrette noget i fællesskab, selv om der åbenbart ofte har været nogle, hvis solidaritet var tvivlsom.

Det er generelt ikke muligt at fastslå, hvilke virksomheder, der var mere eller mindre solidariske, selv om nogle enkelte var i de øvriges søgelys, og det behøver jo langtfra altid at have været de samme. Det er muligt, at der kan påvises en eller to virksomheder, der har haft større tilbøjelighed til at »snyde« end de andre, men billedet er langtfra entydigt, og det forhold, at den eller de pågældende måske har skaffet sig nogle fordele på de andres bekostning, kan efter min opfattelse ikke tages som udtryk for, at de ikke har deltaget.

Helt tilsvarende betragtninger gør sig gældende med hensyn til mængdemål og kvoter.

F — *Foreligger der bevis for et kartel?*

1. *Indledning*

Som ovenfor anført[91], må spørgsmålet om eksistensen af det påståede kartel af processuelle grunde afgøres på grundlag af de dokumenter, som Kommissionen har forelagt samtlige virksomheder på den måde, som må kræves ifølge Domstolens praksis. De beviser, der herefter kan benyttes til godtgørelse af kartellets eksistens, er i det væsentlige de 101 bevisdokumenter, som var medsendt den generelle del af meddelelsen af klagepunkter, samt de dokumenter, som medfulgte Kommissionens skrivelse af 29. marts 1985.

2. *Den påståede mindsteprisaftale*

I slutningen af 1977 påbegyndtes efter de foreliggende oplysninger en møderække, hvori deltog et antal polypropylenproducenter, der forsynede det europæiske marked. Møderne fandt sted frem til slutningen af september 1983. De blev afholdt med tiltagende hyppighed. Således blev der, hvilket i det væsentlige er ubestridt af sagsøgerne, i 1978 afholdt formentlig seks møder, i 1979 et ukendt, men formentlig mindre antal, i 1980 antagelig seks møder, i 1981 ti møder, i 1982 treogtyve møder og i 1983 — frem til slutningen af september 1983 — femten møder. Møderne skal efter Kommissionens opfattelse have haft som grundlæggende for-

91 — Jf. afsnit A, stk. 5, litra c).

mål at søge at påvirke polypropylenprisen i opadgående retning gennem fastsættelse af de såkaldte »målpriser«, og gennem diverse støtteforanstaltninger, der skulle tjene til at nå dette mål.

Forud for denne møderække var der efter Kommissionens opfattelse gået en periode, hvori en række virksomheder havde søgt at hæve prisen på polypropylen gennem en ordning, hvorefter nogle virksomheder skulle have aftalt at anvende en såkaldt *mindstepris*, ligesom andre virksomheder skal have tilsluttet sig ordningen på en måde, som udgjorde en ulovlig, samordnet praksis.

Kommissionens grundlæggende bevis, for så vidt angår *mindsteprisordningen*, er et notat, der antages at være udarbejdet på et tidspunkt i første halvdel af 1977 — muligvis i juni — af Hercules' marketingdirektør. Der er tale om notater, som marketingdirektøren har gjort under en telefonsamtale med en uidentificeret person. I dokumentet, der er noget fragmentarisk, som telefonnotater ofte er, og ikke uden videre forståeligt i alle detaljer, omtales først, at de største producenter har indgået en aftale. Ud for denne angivelse er nævnt virksomhederne Monte, Hoechst, Shell og ICI. Derefter anføres i stikordsform: »mindsteprissystem — mindstepriser fra den 1. juli — i hvert fald fra den 1. august, når nærværende kontrakter udløber — mindstepriser kun i en 4-måneders periode«. Herefter følger en bemærkning om et alternativ, der muligvis hentyder til noget da eksisterende. Imellem disse stikord gøres nogle bemærkninger om importører, bemærkninger der ikke umiddelbart synes at kunne sættes ind i nogen sammenhæng, som vi i øvrigt kender. Derpå følger en sætning, som formentlig betyder, at der skal afholdes et møde i oktober med henblik på at vurdere de gjorte fremskridt. Endelig er der en bemærkning om, at der skulle indføres mængdebegrænsninger det følgende år, muligvis — det mener i hvert fald Kommissionen — under forudsætning af, at mindsteprissystemet virkede. Endelig findes der i notatet kolonner med prisangivelse i fransk, britisk, belgisk og tysk mønt for forskellige kvaliteter. Det ser ikke ud til, at det, der findes på den angiveligt »næste« side, er skrevet med samme hånd, og det mere eller mindre ulæselige, der står, synes ikke at være påberåbt nogen steder af parterne.

Vi ved altså, at Hercules' marketingdirektør har modtaget oplysning fra en ukendt kilde om, at der mellem de »fire store« skulle være indgået en aftale, hvis indhold aftegner sig i telefonnotaterne — om end ikke i den konsistente form, som Kommissionens beslutning giver indtryk af.

Det fremgår således, at der skal have foreligget det, som Kommissionen senere (jf. skrivelsen af 29.3.1985, s. 2), kalder en »kerneaftale« mellem de fire største producenter, og at Hercules havde kendskab til denne. Mere ved vi ikke på grundlag af dette dokument, og navnlig ved vi ikke noget om andre producenter. Det er imidlertid efter dokumentets ordlyd ikke urimeligt at antage, at det var netop mellem de fire store producenter og ikke mellem andre virksomheder, der var indgået en aftale. Denne fortolkningsmulighed opstiller Kommissionen da også både i skrivelsen af 29. marts 1985 og senere som et alternativ.

Om dokumentet og om den påståede aftale siger de fire store producenter følgende:

Montedipe benægter, at der har foreligget en aftale efter artikel 85, stk. 1, i den forstand, hvori denne sagsøger opfatter begrebet, nemlig at en aftale alene foreligger, når parterne utvetydigt har givet udtryk for vilje til at forpligte sig, og når deres eventuelle, efterfølgende adfærd klart er udtryk for denne vilje. Sagsøgeren henviser herved dommen i sagen Chemiefarma mod Kommissionen, antagelig dennes præmis 112. Hvad man nu end måtte mene om Monte's fortolkning af denne dom, ligger det interessante imidlertid i Monte's egen beskrivelse af begivenhederne i 1977. Monte siger bl.a., at dette, eneste dokument, ikke viser hverken en aftale eller en plan. Realiteten var en anden, siger Monte. Det hedder herefter (stævningens s. 100):

»I den ovenfor beskrevne markedssituation havde seks eller syv producenter, herunder... (Monte), kontakt med hinanden, efter al sandsynlighed telefonisk, med henblik på at undersøge, hvilke foranstaltninger der i givet fald kunne tænkes iværksat for at mildne de meget alvorlige vanskeligheder, de stod over for på daværende tidspunkt...«

Under disse kontakter har man, siger Monte videre, angivet de priser, som ville have gjort det muligt at mildne disse vanskeligheder.

Heroverfor anfører Kommissionen, at der for det første ikke skulle være grund til for virksomhederne i fællesskab at regne sig frem til en pris, som ville have dækket omkostningerne. Det kunne hver enkelt have gjort. Endvidere anfører Kommissionen, at ICI og Shell har indrømmet, at den pågældende aktion havde til formål at blokere prisfaldet.

Efter min opfattelse må Monte's udtalelser i realiteten opfattes som en *erkendelse* af de faktiske omstændigheder på dette punkt. Som Kommissionen anfører, savner det sund fornuft, at meget store virksomheder skulle yde hinanden bistand alene med henblik på at foretage simple priskalkulationer. Man kan altid kalde tingene noget andet, end det de normalt hedder, og sammen at »angive« nogle priser er normalt i hvert fald reelt udtryk for en samordning af virksomhedernes prispolitik. Der måtte efter min opfattelse kræves overordentlig stærke holdepunkter for at fastslå, at en sådan fælles »angivelse« ikke skulle have betydning for virksomhedernes prispolitik, og sådanne holdepunkter foreligger ikke.

ICI erkender også i vidt omfang de faktiske omstændigheder. ICI benægter således ikke, at producenterne stod i telefonisk kontakt i kriseåret (1977), og at diskussionerne kan have drejet sig om det voldsomme fald i priserne i Vesteuropa. Det er også muligt, at nogle producenter har givet udtryk for det ønskelige i at fastsætte et minimumsprisniveau for at standse prisfaldet. ICI henviser herefter til det ovenfor refererede notat, som ICI imidlertid ikke finder overbevisende, idet prisen faktisk faldt til 1,0 DM / kg.

Heroverfor anfører Kommissionen, at notatet i sig selv forekommer troværdigt, og at både ICI og Shell har erkendt, at der fandt telefoniske kontakter sted mellem producen-

terne med henblik på at finde ud af, hvorledes prisfaldet kunne standses. Med hensyn til de faktiske priser anfører Kommissionen, at Monte i november 1977 annoncerede en prisforhøjelse, der lå tæt på den, der var anført i notatet, og inden for få dage gav de tre øvrige virksomheder, der var nævnt i notatet, meddelelse om lignende prisforhøjelser. Endelig tilkendegav ICI og en række andre producenter offentligt deres støtte til initiativet. Endelig viser den faktiske prisudvikling ifølge Kommissionen, at prisinitiativet blev kronet med held.

Shell erkender, at der kan have fundet drøftelser sted mellem denne sagsøger og Monte i eller omkring november 1977, og at Monte kan have omtalt muligheden for at gennemføre prisforhøjelser og kan have søgt oplysning om Shell's reaktioner på en prisforhøjelse. Efter Shell's opfattelse er dette ikke tilstrækkeligt til at fastslå en overtrædelse af artikel 85 på dette punkt. Heller ikke notatet om mindsteprisaftalen giver efter Shell's opfattelse tilstrækkelige holdepunkter for at fastslå en aftale som af Kommissionen hævdet. Til støtte for sin opfattelse henviser Shell til det dokument af 6. september 1977, der er nævnt i beslutningens betragtning 16, stk. 5, og hvorefter der skal have fundet et møde sted den 30. august 1977 i Belgien mellem Shell og Solvay med henblik på at diskutere polypropylenprisen. Dokumentet bidrager ifølge Shell til at vise, at virksomheden ikke er skyldig i nogen overtrædelse. Shell henviser navnlig til, at virksomhedens politik ifølge mødereferatet var, »koste hvad det vil«, at fastholde salget til et antal kunder i Benelux, og at Shell ikke så anden vej ud af overkapacitetsproblemerne end at udvikle polypropylenmarkedet gennem fornyelse af fremstillingsprocessen og udvidelse af anvendelsesmulighederne. Endvidere fremhæver Shell, at mødedeltagerne hverken direkte eller indirekte henviste til nogen prisaftale. Når prisfaldet var et væsentligt problem for begge virksomheder, ville det være besynderligt, at prisaftaler ikke var omtalt, hvis Kommissionens antagelse vedrørende mindsteprisaftalen var korrekt.

Det omtalte dokument, der først blev fremlagt i forbindelse med domsforhandlingen, findes ikke blandt de »101 bevisdokumenter« og blev i øvrigt ikke forelagt Shell. Det kan derfor — som erkendt af Kommissionen under domsforhandlingen — alene benyttes til fordel for Shell.

Kommissionen fastholder på sin side, at notatet vedrørende en mindstepris virker troværdigt, navnlig set i lyset af de i øvrigt foreliggende oplysninger. Endvidere er det Kommissionens opfattelse, at Solvay-dokumentet fra september 1977 ikke viser noget om, at der ikke skulle have foreligget en aftale om priser og heller ikke noget om, at der ikke blev talt om priser.

Hoechst udtaler sig ikke direkte om, hvorvidt der i 1977 har været kontakter mellem virksomhederne, herunder om prisdrøftelser kan have fundet sted. Om selve notitsen siger Hoechst, at det ikke entydigt fremgår af denne, at det anvendte udtryk, »agreement«, skal betyde en aftale efter artikel 85. Man kan ligeså vel tænke sig, at udtrykket alene betyder, at der har været enighed om nød-

vendigheden af en prisstigning. Endelig kan det ifølge Hoechst ikke udelukkes, at den, der har talt med Hercules' medarbejder, har ladet forstå, at der skulle foreligge enighed mellem de fire store, for på denne måde at opnå Hercules' støtte til sine egne bestræbelser. Hoechst tilføjer, at Kommissionens påstand om, at prisforhøjelsen blev udskudt, ikke støttes af dokumentbeviser.

Heroverfor henviser Kommissionen til, at Hercules-noten er et autentisk dokument, der er udarbejdet på tidspunktet for de påståede begivenheder, og om hvis nøjagtighed der ikke er grund til tvivle. Endvidere er notatet i god overensstemmelse med de ensartede prisforhøjelser, som en række producenter bebudede på EATP-mødet i Paris den 22. november 1977 og i fagpressen.

Som indicium for notatets materielle rigtighed henviser Kommissionen endvidere til, at Hercules, der altså var blevet bekendt med den påståede aftale, allerede på et møde i maj 1977 havde givet udtryk for, at det måtte påhvile de traditionelle ledere inden for denne industrigren at bringe orden i det da herskende kaos. Det er imidlertid de ovenfor nævnte begivenheder i november 1977, der efter Kommissionens opfattelse bekræfter indholdet af notatet om de fire stores aftale. Fredag den 18. november 1977 havde Monte annonceret en prisforhøjelse i tidsskriftet European Chemical News, angivet som en minimumspris på 1,30 DM for raffia og henholdsvis 1,40 DM og 1,50 DM for to andre kvaliteter. Tirsdag den 22. november afholdtes i Paris et møde i organisationen EATP, i hvilket deltog såvel producenter som aftagere af polypropylen.

På mødet meddelte Hoechst, at denne virksomhed dagen i forvejen havde annonceret en prisforhøjelse. ICI gav udtryk for, at man støttede Monte's initiativer, idet dog ICI's repræsentant ikke kunne give nærmere detaljer, men sagde, at ICI's kunder ville modtage meddelelse inden for kort tid. Også Shell udtalte sig på en måde, som må opfattes som en støtte til initiativet. Endvidere udtalte Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Saga og Solvay deres støtte til initiativet. Chemie Linz meddelte, at det var nødvendigt for virksomheden at følge disse nye priser. Hercules' repræsentant sagde, at selv om han endnu ikke kendte detaljerne i Monte's initiativ og heller ikke vidste, om initiativet ville blive støttet af de andre anerkendte industriledere, ville det være Hercules' politik at give sin fulde støtte til enhver indsats for at hæve polypropylenprisen til et rimeligt niveau, der var i overensstemmelse med fremstillingsomkostningerne. Rhône-Poulenc henviste til, at denne virksomhed den foregående fredag gennem pressen havde fået kendskab til Monte's planlagte prisforhøjelser. Ifølge Rhône-Poulenc var det ikke muligt på én gang at vende tilbage til et økonomisk, acceptabelt niveau, der lå omkring 3,50 FF, men Rhône-Poulenc havde besluttet at følge Monte, således at Rhône-Poulenc's basispris fra den 28. november 1977 ville være 3,00 FF. Solvay meddelte, at man ville indrette sig efter de priser, der allerede var nævnt af de største producenter.

Det således passerede refereredes derpå i samme uges udgave af European Chemical

News under overskriften »Montedison PP's prisforhøjelse støttes af europæiske producenter«.

3. *Fortsættelsen af mindsteprisaftalen*

Prisen på polypropylen steg derpå efter det foreliggende i den kommende tid til 1,20 DM / kg for basiskvaliteten raffia og i april 1978 refererede European Chemical News Montedison for at planlægge en prisforhøjelse på »ikke under 10%« før sommerferien, formentlig i juni.

På et møde i EATP den 26. maj 1978 meddelte Monte, at den prisforhøjelse, som havde fundet sted i november 1977, ikke havde bragt industrien tilbage til et tilfredsstillende prisniveau, og at novemberinitiativet derfor alene kunne betragtes som et første skridt, der måtte følges op af endnu et, formentlig i anden halvdel af 1978. På samme møde sagde DSM, at man ville støtte bevægelsen hen imod at bringe priserne op på et rimeligt niveau. Hercules sagde blandt andet, at behovet for at bringe priserne op på et minimumsniveau på 1,30 DM / kg ikke var blevet og ikke ville blive formindsket. ICI's repræsentant sagde blandt andet, at man ville give sin fulde støtte til at opnå det prisniveau, der blev bebudet i Paris. Rhône-Poulenc udtalte, at den tidligere prisforhøjelse kun udgjorde et skridt, og at en yderligere prisforhøjelse på 10% ville være nødvendig. Shell udtalte sig ikke klart om priser. Solvay fremhævede, at de aktuelle priser ikke var tilstrækkelige til at sikre producenterne et tilstrækkeligt overskud, og at priserne fortsat måtte forhøjes.

4. *Møderne mellem producenterne*

Før ovennævnte møde i maj 1978 var en gruppe producenter ifølge ICI's oplysninger begyndt at mødes med henblik på at diskutere problemerne i industrisektoren. Møderne påbegyndtes ifølge ICI »omkring december 1977«. ICI oplyser, at der i 1978 afholdtes ca. seks såkaldte chefmøder, og at idéen om målpriser blev udviklet »under de tidlige møder, der blev afholdt i 1978« (altså ikke nødvendigvis, som Kommissionen siger, i begyndelsen af 1978). Under henvisning til at der blev afholdt seks møder i 1978 og til, at idéen om målpriser blev udviklet i 1978, er Kommissionen herefter af den opfattelse, at den under EATP-mødet i maj 1978 udtrykte solidaritet må hvile på en forudgående aftale mellem producenterne.

5. *Vurdering af situationen i 1977*

I tiden før 1978 forelå der en slags indledende fase i kartellets historie, der — som Kommissionen gør det — i et vist omfang kan bedømmes særskilt. Denne fase er bevismæssigt karakteriseret ved, at Kommissionen lægger afgørende vægt på det ovenfor nævnte notat om de fire store producenters mindsteprisaftale. Som det vil ses, sker der derefter et skifte i det bevisgrundlag, hvorpå Kommissionen støtter sin afgørelse, idet der, for så vidt angår tiden fra slutnin-

gen af 1977 eller begyndelsen af 1978 og videre frem, lægges afgørende vægt på, at der har fundet møder sted, hvorunder producenter — ubestridt — har diskuteret de problemer, som industrisektoren stod over for.

For mig at se har den medarbejder hos Hercules, der har modtaget den telefoniske meddelelse, utvivlsomt fået fat i nogle væsentlige oplysninger, og der synes på baggrund af notatet ikke at være rimelig grund til at tvivle på, at der har foreligget en aftale eller i hvert fald en »forståelse« mellem de fire store producenter. Notatet er meget specifikt med hensyn til, hvilke priser der skulle opnås, og selve prisangivelsernes niveau svarer nogenlunde til det, der i foråret 1978 blev den faktiske gennemsnitspris, og det, der både i efteråret 1977 og foråret 1978 blev anset for at være en acceptabel minimumspris, nemlig 1,30 DM / kg. Det er vanskeligt at forestille sig, at oplysningerne i notatet skulle være mere eller mindre frit opfundne, ligesom det måtte kræve i hvert fald en vis bestyrkelse bevismæssigt, hvis det skulle lægges til grund, at nogen skulle have »plantet« oplysningerne hos Hercules med henblik på at formå denne virksomhed til at tilslutte sig noget, som endnu ikke var kommet i stand. Hertil kommer, at i hvert fald to af de fire store producenter i vidt omfang har indrømmet de faktiske omstændigheder. Det dokument, som Shell påberåber sig som indicium for, at denne sagsøger ikke har været impliceret i noget ulovligt, giver efter min opfattelse ikke fornøden støtte for Shell's påstand. Ganske vist nævnes der ikke i dokumentet nogen prisaftale, men hvis aftalen netop har haft de fire store producenter som deltagere, således som Herculesnotatet siger, kan det ikke undre, at man ikke udtrykkeligt har diskuteret prisaftaler med Solvay. Endvidere skal man naturligvis i almindelighed være forsigtig med at lægge for megen vægt på, hvad der ikke står i et dokument.

Det bør herefter efter min opfattelse lægges til grund, at der i midten af 1977 har været en aftale eller samordning som anført i notatet. Hvad der derefter er sket frem til november, ved vi ikke. Men vi ved, at der da kom en prisforhøjelse fra Monte, der temmelig omgående opnåede de andre store producenters opbakning, en prisforhøjelse, der som nævnt i vidt omfang svarede til notatets indhold. Vi ved også, at prisen rent faktisk steg til ca. 1,20 DM / kg. Det er på denne baggrund ikke urimeligt yderligere at lægge til grund, at den oprindelige prisaftale blev udsat til senere iværksættelse, som hævdet af Kommissionen.

Kommissionen mener, at dette udgør den »kerneaftale«, der tidligere har været omtalt, og Kommissionen anfører, at det forhold, at Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz og Solvay gav deres støtte til prisinitiativet på Paris-mødet, taler stærkt i retning af, at disse producenter har været impliceret i aftalen / den samordnede praksis. Dette støttes ifølge Kommissionen yderligere af, at ICI og Shell erkender at have været i kontakt med andre producenter, uden at det dog har kunnet fastslås hvilke. En anden mulighed, siger Kommissionen, er, at de fire store producenter alene har indgået kerneaftalen, og at de andre ikke deltog i udarbejdelsen heraf, og end ikke forud for EATP-mødet havde tilkendegivet deres tilslutning over for de fire store. De deltog imidlertid ifølge Kommissionen under alle omstændigheder i en samordnet praksis ved

bevidst at samarbejde med de fire store om gennemførelsen af disses aftale.

Alternativet er naturligvis, at det hele var iscenesat til ære for virksomhedernes kunder og for offentligheden.

For så vidt angår de fire store producenter, er der, som nævnt, efter min opfattelse fornødne holdepunkter for at anse dem for skyldige, som hævdet af Kommissionen. Der ses ikke at være grund til at tvivle om Hercules-notatets rigtighed og en naturlig læsning af dets indhold giver god støtte for Kommissionens opfattelse. Hertil kommer, at to af de virksomheder, der udtrykkeligt nævnes i notatet, i realiteten har erkendt forholdet. De efterfølgende begivenheder passer endvidere udmærket med indholdet af notatet, og det er ikke vanskeligt at forestille sig, at iværksættelsen af prisforhøjelsen har skullet afvente et gunstigt tidspunkt, hvilket der jo også et par gange senere blev tale om.

Jeg mener ikke, at det er utænkeligt eller usandsynligt, at der i en situation, som den der forelå, blev truffet hurtige beslutninger om at følge den ledende producent, så meget desto mere som man netop den 22. november havde et egnet forum til at bekendtgøre sine hensigter. Vi har som nævnt oplysning om, at nogle virksomheder har haft drøftelser med de fire store, men vi ved ikke hvem, og en identifikation ville være nødvendig for at fastslå en egentlig medvirken for den enkelte virksomheds vedkommende. Det er klart, at der kan have været ført drøftelser i korridorerne i forbindelse med mødet i Paris, og der kan være truffet beslutninger efter telefoniske konsultationer, men vi har nu engang ikke rådighed over bevismidler om noget sådant. Det må derfor efter min opfattelse lægges til grund, at de øvrige virksomheder, dvs. Rhône-Poulenc, Chemie Linz, Hercules og Solvay, hver især og uafhængigt har truffet beslutningen om at følge Montedipe.

For så vidt angår de øvrige virksomheder, som Kommissionen anser for impliceret, stiller sagen sig efter min opfattelse anderledes. Hercules-notatet nævner udtrykkeligt de fire store, og det er da naturligt som udgangspunkt at gå ud fra, at de andre ikke var med. Hercules har modtaget oplysning om aftalen, og visse andre har antagelig også, men vi ved ikke hvem. Vi ved i det hele taget ikke noget væsentligt om, hvad der skete frem til november, da Monte annoncerede sin prisforhøjelse. Spørgsmålet er nu, om de virksomheder, som på mødet i Paris gav deres støtte til prisinitiativet, kan antages fra fredag den 18. til tirsdag den 22. november på egen hånd at have truffet beslutning om at følge initiativet, eventuelt med den viden, at de fire store var enige.

Dette gælder efter min opfattelse også, selv om det måtte lægges til grund, at de nævnte virksomheder har haft kendskab til de fire stores — ulovlige — aftale, hvilket jo Hercules må antages at have haft. At følge et prisniveau, som man ikke selv har været med til at fastlægge, kan efter min mening ikke i sig selv være ulovligt, ligeså lidt som det er ulovligt i øvrigt at følge en »price-leader«, og her er der jo tale om, at de fire

store samlet har gennemført en form for »price-leadership« [92]. Et modsat resultat ville indebære et forbud for virksomhederne mod at forholde sig intelligent til et eksisterende marked, hvilket ikke kan være meningen med konkurrencereglerne (jf. således også Domstolens dom i ICI-sagen, præmis 118).

Jeg kan på denne baggrund heller ikke være enig med Kommissionen i dens alternative eller subsidiære opfattelse af det passerede. Det er rigtigt, at virksomhederne på EATP-mødet udtalte deres støtte til prisforhøjelserne og til at nå frem til et prisniveau på 1,30 DM / kg. Men hvis det må lægges til grund, at beslutningerne er truffet individuelt, er det da ulovligt at give udtryk herfor i et forum, der må betegnes som offentligt? Som udgangspunkt bør dette ikke være tilfældet. Det kan naturligvis ikke udelukkes, at offentlige kanaler, på grundlag af en underliggende forståelse, benyttes til at udveksle signaler, som samlet må betragtes som en samordning af praksis [93], men i de foreliggende sager synes der ikke at være tilstrækkelige holdepunkter for, at dette skulle være tilfældet.

For så vidt angår året 1977, må det herefter efter min opfattelse fastslås, at de fire store, Monte, ICI, Hoechst og Shell, har deltaget i en mindsteprisaftale som påstået af Kommissionen, medens der ikke bevismæssigt er grundlag for at fastslå, at det har været tilfældet for de øvriges vedkommende.

6. *Vurdering af situationen i 1978*

Som nævnt er Kommissionen af den opfattelse, at den solidaritet, der blev givet udtryk for på EATP-mødet i maj 1978, kan føres tilbage til underhåndsdrøftelser, som efter Kommissionens opfattelse kan have fundet sted på de chefmøder, der blev afholdt i 1978, og hvori en væsentlig del af producenterne deltog. Som yderligere støtte for sin antagelse henviser Kommissionen til ICI's oplysning om, at idéen om målpriser blev udviklet i løbet af 1978.

Endelig gør Kommissionen generelt gældende, at indholdet af de møder, hvorfra der findes referater, i almindelighed kan antages at være målestok for indholdet af de møder med hensyn til hvilke, der ikke foreligger nærmere oplysninger. Dette synspunkt bestrides generelt af sagsøgerne, og mere specifikt er det gjort gældende (Rhône-Poulenc), at Kommissionen har undladt at tage hensyn til, at kartellet har udviklet sig med tiden fra en måske mere beskeden begyndelse til et senere, mere raffineret system.

Mere direkte beviser, som dem der i sagerne findes for senere perioder, savnes for 1978, og det eneste prisinitiativ, som Kommissionen mener at have fundet, er »anden del« af mindsteprisaftalen fra 1977. Det er naturligvis mistænkeligt, at konkurrerende virksomheder afholder mere eller mindre regelmæssige møder for at diskutere markedet, efter-

92 — Sammenlign fra amerikansk retspraksis, Hunt mod Mobil Oil Corp. (Supreme Court, 1977) 465 F. Supp. 195, 231, hvorefter det ikke er tilstrækkeligt til at anse ulovlig handlemåde for godtgjort, at en virksomhed har været til stede, hvor ulovligheder blev begået, og eventuelt endog har haft viden om andres ulovlige handlinger.

93 — Jf. herved Van Damme's afstandtagen på dette punkt fra Joliet's ovenfor refererede kritik af ICI-dommen: *La politique de la concurrence dans la CEE*, s. 150.

spørgslen, efterspørgsels-/udbudsbalancen og prisniveauet på de enkelte delmarkeder, således som ICI oplyser. Yderligere betænkeligt bliver det, når der drøftes målpriser, målkvoter, markedsandele, kompenserende foranstaltninger og kundeledelsessystemer, som ICI også nævner. Det er klart, at når der er sket noget ulovligt i 1977 og, som jeg senere skal komme til, der foreligger beviser for ulovligheder i 1979 og videre frem, må der også hvile et dubiøst skær over de første møder, vi har kendskab til. På den anden side ved vi efter en samlet vurdering af kartellet, at det har udviklet sig til et stadig mere finmasket net af ordninger, der skulle virkeliggøre virksomhedernes prisønsker.

Spørgsmålet er herefter, fra hvilket tidspunkt det er retligt forsvarligt at fastslå, at de drøftelser, der har fundet sted, har fortættet sig til fælles idéer i en sådan grad, at der er grundlag for at henføre forholdet under artikel 85, stk. 1, som aftale eller samordnet praksis. Vi ved fra ICI, at idéen om målpriser er opstået i løbet af 1978, men det har ikke nærmere kunnet præciseres hvornår. Vi ved også fra ICI, at der indtil slutningen af 1978 eller begyndelsen af 1979 alene blev afholdt de såkaldte chefmøder, medens ekspertmøderne mellem lavere rangerende medarbejdere med mere kendskab til salg først begyndte i 1979.

Der er efter det forløb, vi kender, efter min opfattelse ikke megen tvivl om, at der i 1978 har været ført drøftelser, der har haft en slags ulovligt formål og senere har ført frem til noget ulovligt, men der skal nu engang foreligge bevis for, at drøftelserne har ført til en eller anden form for konkrete resultater i form af aftaler eller samordnet praksis. Og sådant bevis har vi ikke for denne periode.

På denne baggrund finder jeg, at det for det første må fastslås, at der ikke er tilstrækkeligt sikre holdepunkter for at konstatere, at idéerne vedrørende målpriserne skulle have konkretiseret sig allerede i begyndelsen af 1978. Det er således efter min mening tvivlsomt, om det kan anses for godtgjort, at de udtalelser, der fremkom på EATP-mødet i maj 1978, var udtryk for aftalt spil. I hvert fald for så vidt angår andre end de fire store, er der efter min opfattelse ingen sikre holdepunkter. Deres støtte til prisforhøjelser kan ligesom i 1977 udmærket forklares som en reaktion på Monte's annoncerede prisforhøjelse; eventuelt konkretiseret med et passivt kendskab til en aftale indgået af de fire store.

For disse sidstes vedkommende ville det måske være mindre betænkeligt at fastslå, at de har fortsat den ulovlige aktivitet, som vi må antage, at de har udøvet i 1977. Med hensyn til de fire store producenter gælder det imidlertid også, at der i hvert fald i en ikkeuvæsentlig del af 1978 i udpræget grad savnes bevis for, hvad der eventuelt er foregået.

Sammenfattende vil jeg herefter konstatere, at Kommissionen, i hvert fald for så vidt an-

går en væsentlig del af 1978, ikke for nogen af virksomhedernes vedkommende har ført bevis for aftaler eller samordnet praksis i strid med artikel 85, stk. 1.

For så vidt angår de fire store producenter, må, som jeg senere skal vende tilbage til, bødeansvaret for det, Kommissionen efter min opfattelse har ført bevis for vedrørende 1977 og begyndelsen af 1978, anses for forældet.

7. Vurdering af situationen i 1979

De bevisdokumenter, der vedrører året 1979, er tabeller fundet hos ICI, omtalt i beslutningens betragtning 54, samt et notat vedrørende et møde afholdt den 26. september 1979. Hertil kommer de prisinstruktioner, som angår det første af de i beslutningen nævnte prisinitiativer.

I den første tabel (bilag 55 til den generelle del af meddelelsen af klagepunkter), der bærer overskriften »producenternes salg til Vesteuropa (bortset fra Tyrkiet)«, opregnes i de tre første kolonner producenternes salg i årene 1976-1978. Der er tale om tal for samtlige sagsøgere i de foreliggende sager samt for de øvrige vesteuropæiske producenter. I en fjerde kolonne findes tal for året 1979 med tilføjelsen »faktisk«. I en femte kolonne findes det tilsvarende tal under overskriften »revideret mål« for 1979. Den næste tabel (bilag 56), der er opdelt i en hovedkolonne under overskriften »salg« og kolonner betegnet »+ % gg 1979«, »kvote 1980« samt »forslag I«, »forslag II« og »forslag III«, hidrører ifølge ICI — hos hvem tabellen er fundet — antagelig fra en af de tyske eller østriske producenter. I sidstnævnte tabel opregnes ifølge ICI først producenternes faktiske salg til Vesteuropa i årene 1976-1979. Stadig ifølge ICI indeholder kolonnen »+ % gg 1979« en beregning af den enkelte virksomheds tal for 1979 med tillæg af enten 5 eller 10%. Kolonnen »kvote 1980« er forfatterens forslag til »mængdemål« for 1980. Kolonnerne »forslag I, II, III« var beregnet til at blive udfyldt af ICI's repræsentant. Kolonnen »forslag III« indeholder de endelige mængdemål, som blev foreslået som »kvote« for året 1980.

Tallene i den første tabels kolonne, »1979, faktisk«, svarer nøje til kolonnen for 1979 i den anden tabel. Tallene i den første tabels kolonne, »revideret mål 1979«, afviger fra kolonnen »1979, faktisk« med forholdsvis få procentpoints (op til 5-7). De samme tal for »1979, faktisk« genfindes i andre skemaer.

Om produktionsmængder siges det i notatet fra mødet af 26. september 1979 dels, at det var anerkendt, at et fast kvoteringssystem var væsentligt, og dels hedder det »go for 80% scheme as per recent Zurich note«. Om sidstnævnte kryptiske bemærkning forklarer ICI (artikel 11-besvarelsen, s. 23): På et møde i Zürich opdelte de tilstedeværende producenter de totale salgstal for Vesteu-

ropa i de første otte måneder af 1979 i et gennemsnitstal for det månedlige salg. Det antoges, at den månedlige efterspørgsel i årets sidste tre måneder ikke ville overstige 80% af den gennemsnitlige månedlige efterspørgsel i årets første otte måneder. Derfor blev det på mødet foreslået, at producenterne skulle begrænse deres ambitioner, således at de tog hensyn til det anførte forhold.

Et yderligere dokument, som Kommissionen nævner i sin beslutning, betragtning 54, stk. 3, vedrørende de franske producenter, må [jf. ovenfor i afsnit A, stk. 5, litra c)] udelades af processuelle grunde, da det ikke er udsendt til alle.

Som jeg senere skal vende tilbage til, er en kvoteordning for 1980 forholdsvis veldokumenteret. Der er næppe heller megen tvivl om, at udtrykket »revideret mål« for 1979 må betyde, at der har foreligget en eller anden ordning, der vedrører en større eller mindre del af året 1979. Vi har ikke kendskab til, hvornår den første af de ovenfor beskrevne tabeller er udarbejdet, men sammenstillingen af de faktiske tal for 1979 med nogle reviderede måltal for 1979 peger vel nærmest i retning af, at der for forfatteren har været tale om en efterfølgende konstatering af overensstemmelse eller manglende sådan. Logisk set er der naturligvis intet til hinder for, at der i løbet af året 1979 — eventuelt sent på året — opstilles måltal for salget og i givet fald også reviderede måltal. Referatet af mødet den 26. september 1979 viser jo i hvert fald, at der på dette tidspunkt er blevet arbejdet med problemet.

Som beskrevet i det følgende afsnit er der efter de foreliggende beviser ingen grund til at tvivle om, at der har foreligget et prisinitiativ i sidste halvdel af 1979. En kvoteordning, der skulle være blevet indført allerede fra starten af 1979, er derimod efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt dokumenteret. Det må antages, at der har foreligget en eller anden ordning i de sidste måneder af 1979, men — efter de foreliggende beviser — ikke den af Kommissionen påståede kvoteaftale.

På denne baggrund er det min opfattelse, at Retten — hvis den i øvrigt er enig i min bevisbedømmelse vedrørende det senere passerede — bevismæssigt må lægge til grund, at de første overtrædelser, bortset fra mindsteprisaftalen fra 1977, har fundet sted et tidspunkt efter midten af 1979 og ikke, som påstået af Kommissionen, i 1978 og begyndelsen af 1979.

8. *Prisinitiativerne*

a) Prisinitiativet fra juli til december 1979

Kommissionens centrale bevis vedrørende dette prisinitiativ er et notat fra et møde afholdt den 26. og 27. september 1979. I notatet, der er fundet hos ICI, refereres først et »generelt niveau« med »1,70 til 1,75 DM«, »4,0 FF/4,1« samt »26-27 BFR«. Herefter siges det, at 2,05 (hvilket ubestridt må være DM) forbliver målet. Dernæst hedder det, at denne pris, dvs. 2,05, klart *ikke* kan nås i

oktober eller november, og at planen nu er den 1. december. Endelig siges det, for så vidt angår priser »1. nov. 1,90 eller 1,95 — skal besluttes nu...« og dernæst »but decision will be swift«, hvad dette så måtte betyde i sammenhængen.

Om Kommissionens yderligere bevismateriale bemærkes først, at de i beslutningens betragtning 29, stk. 2, og betragtning 31, stk. 1, nævnte dokumenter hidrørende fra Shell må lades ude af betragtning, da de ikke under den administrative procedure er udsendt til alle virksomhederne (jf. ovenfor s. 897 ff.).

I European Chemical News (herefter benævnt »ECN«) af 30. juli 1979 hedder det i en notits under overskriften »Montedison bebuder PP prisforhøjelser i Europa«, at Monte havde til hensigt at forhøje priserne over hele Europa med 8% fra den 27. august. Ifølge ECN bragte denne prisforhøjelse priserne op på henholdsvis 920 LIT / kg, 2,05 DM / kg, 4,70 FF / kg og 33 BFR / kg for salg til store kunder. Generaldirektøren for Monte's plasticdivision refereres herefter for, tillige med andre store producenter, at have antydet, at der ville komme en ny runde prisforhøjelser før årets udgang. Herefter refereredes ICI's direktør for polypropylenområdet for at have udtalt: »ICI støtter fuldt ud Montedison's initiativ«, hvorefter det anføres, at mange i industrien regner med, at ICI inden for kort tid vil annoncere tilsvarende forhøjelser. Endelig refereres Shell for at støtte Montedison, og at Shell's virksomheder i Europa ville søge at opnå de 2,05 DM / kg, som Monte havde sat sig som mål. Shell regnede med, at dets polypropylenpriser ville stige i slutningen af august eller i begyndelsen af september.

Ved en skrivelse dateret den 29. august 1979 anfører ATO-Chimie sine priser gældende fra den 1. september 1979 for partier på 20 tons som følger: 4,70 FF for »fibre«, 4,70 FF for »moulage homopolymère«, 5,00 FF for »moulage copolymère« og 4,90 FF for »film homopolymère«. Priser for andre kvaliteter findes også på listen. Endvidere er der anført pristillæg for forskellige kvaliteter og for kvanta mindre end 20 tons.

Ved næsten enslydende rundskrivelser af 24. juli og 26. juli 1979 gav BASF sine kontorer i Tyskland, Det Forenede Kongerige, Belgien, Frankrig og Italien meddelelse om prisforhøjelser, der skal gælde fra den 20. august 1979 i Tyskland og fra den 1. september 1979 i de øvrige lande. I skrivelserne begrundes forhøjelsen med stigninger i råstofpriser i tredje kvartal, og det siges, at tidspunktet for prisforhøjelserne er fastsat som sket på grund af ferien, selv om de allerede var tvingende nødvendige. De pr. de nævnte datoer fastsatte priser er anført således: »Grobtextil 2,05 DM / kg, Spritzguß 2,05 DM / kg, Folie 2,10 DM / kg« i en kvalitet, der kaldes »Novolen 11«, og 0,10 DM højere i en kvalitet, der hedder »Novolen 13«. De anførte priser betegnes som »minimumspriser«, medens »maksimumspriser« fastsættes til henholdsvis 2,45 DM / kg og 2,55 DM / kg for de to kvaliteter. I nogle af disse skrivelser med prisinstruktioner er det i øvrigt anført, at prisforhøjel-

serne er nødvendige, selv om en i slutningen af maj 1979 meddelt prisforhøjelse »i hvert fald ikke er slået fuldstændig igennem«. I brevene til kontorerne i de øvrige lande er priserne for »raffia« og »Spritzguß« anført med 33 BFR / kg, 4,70 FF / kg, 920 LIT / kg og 500 og 510 UKL / t.

Ved rundskrivelse dateret den 20. juli 1979 gav Hoechst under henvisning til stigende propylenpriser forvarsel om nye priser for polypropylen på grundlag af følgende basispriser for en kvalitet, der kaldes »Hostalen PP — Homopolymer natur / Granulat im Sack«: Tyskland 2,06 DM / kg, Frankrig 4,70 FF / kg, Storbritannien 500 UKL / t, Italien 925 LIT / kg og Belgien 32,50 BFR / kg. Prisforhøjelsen skulle ifølge skrivelsen gælde for alle leverancer, som fandt sted i september. Den nye prisliste udsendtes med rundskrivelse af 1. august 1979 og skulle gælde for alle leverancer, der fandt sted fra den 3. september. I prislisten, der angav kun at være til internt brug, er priserne angivet for leverancer på 20 tons med »fra« og »til« beløb. Seks forskellige kvaliteter er angivet med fra 202,00 til 207,00 DM/100 kg, medens alle andre kvaliteter er angivet med højere priser. Endvidere findes en kolonne med lidt forhøjede mindstepriser for kunder, der aftager mindre end 20 tons pr. leverance. Ifølge rundskrivelsen er priserne angivet som sket for at give et vist forhandlingsspillerum. Endelig anførtes det, at der skal optages kontakt med hovedkontoret i nogle sager, kaldet »særlige tilfælde / storkunder«.

I telex af 30. juli 1979 fra »ICI Europa« til »ICI Germany« er anført »minimumsmålpriser« for september: »raffia 2,05; ho moulding 2,05; co moulding 2,20; ho cast film; 2,10«, sidstnævnte overstreget med håndskrift og ændret til »2,05 DM / kg«. I noter til listen over priser er nævnt, at præmier og rabatter er som før, og at »oriented film« betales med 1,90 DM, der fra den 1. september vil blive 2,05 DM.

Ved rundskrivelse, dateret den 30. juli 1979, gav ICI meddelelse om en generel prisforhøjelse pr. 1. september med 25 UKL / t. Således skulle »Homopolymer — Film Yarn« stige fra en mindstepris på 475 UKL / t til 500 UKL / t. »Moulding« og »Film« skulle stige til henholdsvis 510 og 550 UKL / t og »Copolymer — General purpose« skulle stige til 550 UKL / t. Endvidere gives der udtryk for, at ICI forventer, at prisniveauet på kontinentet vil stige til 2,05 DM / kg i september. I en senere rundskrivelse, dateret den 28. september 1979, gøres der rede for, at prisniveauet på kontinentet stadig ligger noget under det niveau på 2,05 DM, som Montedison havde bebudet med udgangen af august. Herefter oplyses om prisniveauerne i Tyskland, Frankrig og Belgien, der angives med henholdsvis 1,70 til 1,75 DM / kg, 4,00 til 4,10 FF og 26,00 til 27,00 BFR. Herefter siges det, at det nu ligger klart, at 2,05 DM ikke vil blive nået på kontinentet, men at ICI stadig mener, at det er opnåeligt i november / december, og at man aktivt vil støtte forsøgene på at nå dette prisniveau. Som følge heraf gives der instruks om, at der ikke skal kræves 500 UKL / t fra den 1. oktober, men at store kunder i endnu en måned kan købe til 475 UKL / t.

Ved telex af 20. juni 1979 gav Chemie Linz sin salgsorganisation i Tyskland meddelelse om, at der den 19. juni var truffet endelig afgørelse om en prisforhøjelse til 1,90 DM for raffia. Herefter oplyses om, at konkurrenterne skulle tilstræbe en prisforhøjelse pr. 1. juli 1979, hvilket skulle give sig udslag i, at disse informerede deres lokalorganisationer. Det anførtes endvidere, at man ved en nødvendig formindsket prisfleksibilitet hos konkurrenterne må forvente flere kontakter fra forbrugerne. Endelig omtales, at det vil være nødvendigt og gennemførligt at sigte mod en yderligere prisforhøjelse pr. 1. september, der skal udgøre 0,15 DM. Herefter er der i parentes tilføjet (DM 2,05) og med håndskrift påført »Raffia«.

Ved skrivelse, dateret den 30. juli 1979, gav Shell meddelelse om, at virksomheden havde til hensigt at hæve prisen pr. 1. september med 25 UKL / t for alle kvaliteter. Ifølge skrivelsen skulle der udsendes breve med meddelelse til alle kunder i perioden fra den 30. juli til den 1. august. I skrivelsen omtaltes endvidere priserne på kontinentet, og det anføres, at Montedison havde udsendt en pressemeddelelse, hvorefter Monte ville hæve sine polypropylenpriser i Europa med virkning fra den 27. august til de priser, som også nævnes i notitsen i European Chemical News. Det siges herefter, at der i Europa nu handles til 425 UKL / t, hvorfor det vil være nødvendigt med en betydelig prisforhøjelse for at nå op på de annoncerede priser. Shell vurderer herefter, at der måske vil ske en gradvis stigning i september i stedet for en stigning på én gang den 1. september. Endelig udtrykkes det håb, at en tilsvarende situation ikke vil opstå i Det Forenede Kongerige. Under underskriften er med håndskrift tilføjet:

»Floor PPF 500
HPM 510«.

Endelig bør nævnes et udklip fra European Chemical News af 6. august 1979, der er fremlagt af Atochem. Under overskriften »ICI tilslutter sig det seneste PP-prisinitiativ« refereres det, at ICI, i tilslutning til den foregående uges prisinitiativer fra Montedison's side, havde bekendtgjort at have til hensigt at forhøje sine polypropylenpriser på det europæiske marked med 5-10% fra den 1. september. Homopolymer ville således stige til 500 UKL / t, hvilket skulle ses i forhold til niveauet pr. 1. juni på 480 UKL / t.

Når referatet af de interne Shell-møder den 5. juli 1979 og 12. september 1979 — som anført ovenfor, s. 972 — ikke kan benyttes som bevis mod virksomhederne, bliver grundlaget for visse af Kommissionens konklusioner i beslutningens punkt 29-31 i betydelig grad svækket. Således støttes antagelsen om, at prisinitiativet skulle være iværksat allerede pr. 1. juli 1979 alene i et vist omfang af Chemie Linz' telex af 20. juli 1979. Der fremgår nemlig intet direkte herom af mødereferatet fra mødet den 26. og 27. september.

Derimod er et initiativ pr. 1. september 1979 efter min opfattelse på grundlag af de ovenfor kort refererede beviser veldokumenteret. For det første fremgår det af referatet fra mødet den 26. og 27. september 1979, at der har været fastsat en målpris til ikrafttræden på et, uspecificeret, tidspunkt, der har ligget før den 26. september. Monte annoncerede en prisforhøjelse, der blev gengivet i

European Chemical News af 30. juli til ikrafttræden den 27. august. BASF, Hoechst og Chemie Linz havde imidlertid kort tid før offentliggørelsen bebudet nøjagtig samme prisforhøjelse til i det væsentlige samme tidspunkt. Shell og ICI udsendte deres meddelelser den 30. juli, og det er naturligvis tænkeligt, at disse virksomheder, som Shell nævner, har handlet på grundlag af en pressemeddelelse, som Monte kan have udsendt nogle dage før offentliggørelsen i European Chemical News. I hvert fald har disse virksomheder reageret endog meget hurtigt. *Når* det er dokumenteret, at der har været afholdt møder, *når* det ligger klart, at i hvert fald tre virksomheder på vanskeligt forklarlig måde var nået til nøjagtig samme opfattelse som Monte af, hvilket prisniveau, der skulle gælde fra en bestemt dato, og *når* det fremgår af det nævnte møderefera t, at netop dette prisniveau må have været forsøgt før den 26. september, er det efter min opfattelse imidlertid ubetænkeligt at lægge til grund, at niveauet og tidspunktet for iværksættelsen må have været genstand for aftale eller samordning.

b) Fra januar til maj 1981

For de møder, der, som anført af Kommissionen og erkendt af ICI og andre af sagsøgerne, fandt sted i 1980, har Kommissionen ikke kunnet finde møderefera ter. Det prisinitiativ for 1981, der ser ud til at være foregået i etaper, er i bilagene til Kommissionens skrivelse af 29. marts 1985 opdelt i tre afsnit, dækkende henholdsvis januar 1981, februar / marts 1981 og maj 1981.

Det interne Solvay-dokument, der nævnes i beslutningens betragtning 32, og oplysningerne heri kan ikke tages i betragtning, da det hverken er udsendt til virksomhederne under den administrative procedure eller i øvrigt fremlagt i sagen.

Kommissionen har i beslutningen anført, at et prisinitiativ blev indledt i slutningen af 1980, hvorved der fastsattes en målpris på 1,50 DM / kg. Der findes som grundlag for denne påstand alene en række prisinstruktioner fra forskellige virksomheder, der havde til formål at bringe prisen op på dette niveau, som producenterne ifølge European Chemical News af 10. november 1980 mente kunne opnås før årsskiftet.

I et memorandum af 8. december 1980 gav DSM intern meddelelse om retningslinjer for salgspriser, som skulle anvendes fra den 1. januar 1981. For en kvalitet kaldet »HEX« er for henholdsvis Vesttyskland, Frankrig og Det Forenede Kongerige anført tallene 1,30/1,50, 3,50/3,50 og 320/325. Som bemærkning til tabellen er anført »Rock Bottom / Verkoop Richtlijn«, hvilket Kommissionen i sin beskrivelse af dokumentet fortolker som henholdsvis en mindstepris og en målpris.

Den 22. oktober 1980 gav ICI sin filial i Tyskland meddelelse om »målpriser for slutningen af 1980«. For november var priserne angivet med 1,30, 1,50 og 1,85 og for december med 1,50, 1,70 og 2,00 for henholdsvis raffia og homopolymerisater og »copolymeri general purpose«. Ved intern cirkulæreskrivelse af 1. december 1980 gav

ICI meddelelse om mindstepriser gældende fra den 5. januar 1981 på 320 UKL / t for raffia, 380 UKL / t for »Homopolymer — Moulding« og 430 UKL / t for »Copolymer — General purpose«. I skrivelsen er det anført, at der var forlydende om, at Shell skulle have skrevet til sine kunder og annonceret en prisforhøjelse på 30 UKL / t fra den 1. januar 1981. Endvidere er der i skrivelsen givet anvisning på fremgangsmåden i tilfælde, hvor det måtte blive nødvendigt at gå på kompromis i forhold til målprisen. I telexmeddelelser, hvis datoer er ulæselige, til ICI i Frankrig og Italien anførtes priserne som »ønskede minimumspriser fra begyndelsen af næste år« som 3,50, 4,10, 4,00 og 4,30 for januar og 4,00, 4,40, 4,30 og 4,60 (FF) for februar og 720, 760, 750 og 850 for januar og 830, 860, 850 og 950 (LIT) for februar.

I et internt dokument fra Hoechst, der oprindelig er dateret den 29. oktober 1980, var angivet »Mindestpreise« og »Zielpreise / Minimum«, antagelig gældende for december 1980 og januar 1981. I dokumentet er basiskvaliteterne angivet med 1,50 DM / kg, 1,70 DM / kg og 1,95 DM / kg som målpriser. Mindstepriserne er angivet med 0,25 til 0,30 DM lavere. Dokumentets angivelser er overstreget, og med håndskrift er anført datoen den 5. januar 1981, og som dato for iværksættelse er angivet februar 1981. Prisen for basiskvaliteterne er som målpriser angivet med 1,75, 1,85 og 2,00 DM / kg.

Ved telex af 31. december 1980 informerede Chemie Linz sit salgskontor i Tyskland om, at priserne fra januar ville være 1,50, 1,70 og 1,95 DM / kg for basiskvaliteterne og fra februar 1,75, 1,85 og 2,00 DM / kg. Det anførtes i skrivelsen bl.a., at det sikkert ville være nødvendigt at finde overgangsløsninger i nogle tilfælde.

Den 9. december 1980 informerede Monte sine italienske salgsafdelinger om, at prisen fra den 31. december 1980 ville være 720, 750 og 870 LIT. Det anførtes, at man ville følge situationens udvikling med henblik på at sikre det bedst mulige resultat med hensyn til forholdet pris / mængde.

Shell udsendte den 17. december 1980 meddelelse om, at en række af Shell's selskaber havde fastsat minimumspriser gældende fra den 1. januar 1981 med 1,50 DM / kg, 1,70 DM / kg og 2,00 DM / kg for basiskvaliteterne. Det anføres endvidere, at der er oplyst yderligere en prisforhøjelse på 0,25 DM / kg fra den 1. februar.

Endelig viser instruktioner givet til Saga i Storbritannien tilsvarende tal.

ICI har, som nævnt ovenfor, s. 975, i sin cirkulæreskrivelse af 1. december 1980 anført: »It has become clear today via various messages from the marketplace that Shell...«. Der gives herved over for ICI's filialer en begrundelse for, at man (ICI) selv ønskede tilsvarende prisforhøjelser: »we will be supporting Shell's initiative...«. Heroverfor står, at der ikke er fremlagt andet i sagerne, der dokumenterer, at en »price leader« skulle

have annonceret et prisniveau, som andre blot har fulgt. De noget vage, anonyme udtalelser i European Chemical News synes således klart ikke at kunne begrunde, at prisniveauet hos så mange virksomheder blev indrettet så ensartet som tilfældet var. Hertil kommer, at ensartetheden i prismeddelelserne virker særdeles påfaldende.

På den baggrund er det min opfattelse, at beskrivelsen i beslutningens betragtning 32 er korrekt, med den modifikation, at det ikke kan ses, hvorpå Kommissionen støtter sin antagelse om, at der skulle have foreligget en oprindelig plan til iværksættelse den 1. december 1980.

Beslutningens indhold bekræftes i det meget detaljerede mødereferat af to møder i januar 1981, hvori en lang række virksomheder deltog (men ikke Petrofina som erkendt af Kommissionen under domsforhandlingen). Her refereres prisniveauet i en række lande. Med hensyn til Tyskland siges det, at priserne var steget, men ikke til de aftalte niveauer, især med hensyn til raffia.

Referatet afsluttes med »enighed« om, at målet på 1,75 DM skulle holdes, og at det »uden undtagelse« skulle stige til 2,00 DM pr. 1. marts, således som refereret i beslutningens betragtning 33.

De prisinstruktioner, der blev udsendt og som er omtalt i beslutningens betragtning 33, sidste stykke, er i alt væsentligt i overensstemmelse hermed, bortset fra ATO's instruktioner, der afviger noget.

Efter det anførte finder jeg således ingen grund til at rejse tvivl om det væsentlige i Kommissionens beviskonstateringer, for så vidt angår indholdet af beslutningens betragtning 32 og 33.

Den sidste del af »initiativet« fra januar til maj 1981 ser efter det foreliggende ud til at have været noget af en fiasko. En gennemgang af prisinstruktionerne, som Kommissionen nævner i beslutningens betragtning 34, viser, at de dér nævnte virksomheder, tilsyneladende forgæves, har forsøgt at sætte priserne op som anført. Som jeg har redegjort for, er det efter min opfattelse imidlertid ikke afgørende for vurderingen af, om der har foreligget en overtrædelse, at initiativet brød mere eller mindre sammen. På den baggrund og når henses til, at der umiddelbart før blev afholdt et møde mellem virksomhederne, og at der ikke er fremkommet oplysninger, som giver en alternativ, troværdig forklaringsmodel, er der ikke rimelig tvivl om, at priserne må have været samordnet eller aftalt.

c) Fra august til december 1981

Den ovenstående, detaljerede gennemgang af bevisdokumenterne vedrørende de første prisinitiativer har vist, at der i alt væsentligt har været solidt grundlag for Kommissionens bevisvurderinger. Det er således hovedsageligt kun udeladelsen af de dokumenter, der af processuelle grunde — som nærmere begrundet ovenfor under afsnit A, stk. 5, litra c) — ikke kan benyttes, der har ændret billedet en smule.

Jeg skal derfor — også af hensyn til længden af nærværende forslag — begrænse mig til de steder i beslutningens omtale af de senere prisinitiativer, hvor jeg finder noget særligt at bemærke.

I den periode, der har forbindelse med det i overskriften nævnte prisinitiativ, blev der ifølge tabel 3 til Kommissionens beslutning afholdt møder den 28. juli, 4. august, 28. august, 17. november, 20. november samt den 16. og 18. december 1981.

Under det møde den 15. juni 1981, som er nævnt i beslutningens betragtning 35, drøftede C. R. Green, ICI, J. E. Lane, Shell, og E. Zacchi, Monte, forskellige mulige løsninger på det problem, der bestod i, at den opadgående tendens for priserne var aftaget i årets første 4-5 måneder. Som en af mulighederne navntes en prisforhøjelse på 0,20 DM / kg med virkning fra den 1. juli.

Som Kommissionen anfører i beslutningen i indledningen til dette punkt, havde Shell og ICI allerede tidligere, dvs. ved de ovenfor nævnte skrivelser, gjort opmærksom på, at der kunne komme prisforhøjelser i september / oktober.

Ifølge beslutningen udsendte ICI og Shell »nogle dage« efter mødet den 15. juni meddelelse om, at disse virksomheders medarbejdere skulle forberede markedet på en prisforhøjelse på grundlag af en raffia-pris på 2,30 DM / kg i september. Den således antydede umiddelbare sammenhæng mellem mødet den 15. juni og ICI's og Shell's meddelelser, der udsendtes henholdsvis den 17. juni og den 19. juni, holder ikke uden videre stik. Shell taler ganske vist om en minimumspris på 2,00 DM / kg i juli, men den eneste hermed overensstemmende oplysning i sagen er oplysninger i et referat af et møde afholdt den 27. maj 1981 mellem C. R. Green, ICI, og J. E. Lane og G. Dewick, Shell, hvor en foretagen prissammenligning viser en gennemsnitspris på 1,8 DM for raffia og 2,1 til 2,2 DM for copolymerisater (bilag 64/1 til den generelle meddelelse af klagepunkter). Dette dokument er imidlertid end ikke påberåbt af Kommissionen i denne forbindelse. Af mere konkrete oplysninger i de to meddelelser fremgår alene, at man ønskede en prisforhøjelse til 2,30 DM / kg i begyndelsen af september, og dette har jo ikke uden videre noget at gøre med den i mødereferatet omtalte eventuelle prisforhøjelse pr. 1. juli 1981. Der kan således ikke konstateres nogen direkte sammenhæng mellem de to dokumenter.

Skrivelsen af 17. juli 1981 fra Solvay til denne virksomheds salgskontorer i Benelux, der så vidt ses ikke er fremlagt i sagen, kan ikke bruges som bevis mod virksomhederne.

Efter det oplyste afholdtes der et ekspertmøde den 28. juli 1981, og vi har et dokument, der kunne se ud til at stå i en vis sammenhæng med dette møde, nemlig et notat, som er skrevet af en af Hercules' ledere til Bastiaens. Heri hedder det, at de »officielle« priser for august og september er henholdsvis 2,00 og 2,20 DM for raffia, henholdsvis 2,25 og 2,40 DM for »moulding« samt henholdsvis 2,40 og 2,55 DM for copolymerisater.

I beslutningens betragtning 35, stk. 2, taler Kommissionen om, at der skal have bestået en oprindelig plan om, at en pris på 2,30 DM / kg skulle tilstræbes i september 1981, og at denne plan sandsynligvis er blevet ændret på mødet den 28. juli. Som det vil være fremgået af ovenstående, er det eneste holdepunkt, der findes for en antagelse om en oprindelig, samordnet plan, Shell's og ICI's skrivelser herom af henholdsvis den 17. og den 19. juni 1981, og vi har ingen oplysninger om, at der skulle være afholdt møder i perioden forud for den 28. juli, bortset fra mødet den 15. juni.

Det vi ved er altså, at ICI og Shell efter mødet den 15. juni begge har haft planer om at opnå et prisniveau på 2,30 DM pr. 1. september. Det første mere solide indicium, der findes, er imidlertid afholdelsen af mødet den 28. juli 1981 sammenholdt med notatet fra Hercules af 29. juli om de »officielle priser« for august og september.

På den baggrund finder jeg ikke, at der foreligger tilstrækkeligt bevis for en »oprindelig plan« som omtalt i begyndelsen af beslutningens betragtning 35, stk. 2.

De i beslutningens betragtning 35, stk. 3, nævnte prisinstruktioner vedrørende priser pr. 1. oktober 1981 udsendtes således: BASF udsendte den 7. august meddelelse om priser pr. 1. september og den 7. september om priser pr. 1. oktober. DSM udsendte prisinstruktioner ved skrivelse af 6. august 1981. Hoechst udsendte 2 skrivelser, henholdsvis (formentlig) den 29. juli og den 13. august. ICI udsendte skrivelser den 4. august og den 7. september 1981 vedrørende priser pr. henholdsvis 1. september og 5. oktober. Monte udsendte skrivelse den 4. september 1981 for månederne september og oktober. Shell udsendte den 28. august meddelelse om prisniveau pr. første september og første oktober. Den i beslutningens betragtning 36, stk. 1, nævnte påståede prisforhøjelse er i denne skrivelse blot nævnt som »nov. 2,5 DM / kg«.

ICI udsendte den 23. december 1981 meddelelse om priser i januar 1982. Shell udsendte den 5. november 1981 meddelelse om målpriser for november og december. Den 27. november udsendtes priser for januar 1982.

En gennemgang af disse prisinstruktioner viser, at Kommissionen med rette kan kalde dem for næsten identiske. Når henses til, at der notorisk er afholdt møder kort tid før hovedparten af prisinstruktionerne udsendtes, finder jeg det, når tillige henses til, at der i øvrigt foreligger veldokumenterede prisinitiativer, for ubetænkeligt at lægge til grund, at der også har fundet et sådant sted, for så vidt angår september og antagelig resten af 1981.

d) Perioderne fra juni til juli 1982 og fra september til november 1982

For så vidt angår denne periode, har Kommissionen påtalt to prisinitiativer. Disse er særdeles veldokumenterede gennem møde-referater og giver ikke anledning til særlige bemærkninger.

e) Priskartellets ophør

Det sidste prisinitiativ, der er nævnt i beslutningen, tager ifølge denne sin begyndelse i juli 1983. Med hensyn til perioden indtil det sidste møde, afholdt den 29. september 1983 (muligvis den 30.9.), før Kommissionens kontrolbesøg fandt sted, giver beslutningens indhold ikke anledning til bemærkninger. Ligesom med hensyn til perioden juni 1982 til november 1982 er beviserne så massive, at der ikke er grund til en detaljeret behandling i dette forslag til afgørelse. Det bemærkes, at to dokumenter hidrørende fra Shell, som er nævnt i beslutningens betragtning 49, ikke kan gøres gældende til støtte for kartellets eksistens. Der er tale om et dokument kaldet »PP W. Europe-Pricing« og en intern rapport af 14. juni 1983. Ifølge Kommissionen har samtlige sagsøgere haft mulighed for at gøre sig bekendt med disse dokumenter, da der blev givet adgang til aktindsigt. Dette er imidlertid som tidligere anført ikke tilstrækkeligt efter min opfattelse.

Det forhold, at disse to dokumenter ikke kan benyttes, svækker dog efter min opfattelse ikke Kommissionens konklusion.

Der har endelig været rejst spørgsmål om, hvorledes den periode, der ligger efter det sidste møde, eventuelt efter Kommissionens kontrolbesøg, skal bedømmes.

En række sagsøgere har gjort gældende, at priskartellet må anses for afsluttet, i hvert fald, da det sidste møde blev afholdt. Herover for er Kommissionen af den opfattelse, at virksomhederne også efter den 29. september 1983 har samordnet deres praksis på grundlag af de tidligere indgåede aftaler.

Spørgsmålet om, hvorvidt kartellet har haft en vis virkning også efter Kommissionens kontrolbesøg, forekommer ikke særlig vigtigt i denne sag, idet der under alle omstændigheder alene har været tale om, at kartellet kan have haft virkning i yderligere et par måneder. Når dette sammenholdes med kartellets varighed, må det være klart, at spørgsmålet om, hvorvidt aftaler indgået før den 13. og 14. oktober 1983 har været fulgt i nogen tid efter de nævnte datoer, ikke har den store betydning for bødeudmålingen.

Sagsøgernes opfattelse af retstilstanden med hensyn til kartellets sidste periode er imidlertid ikke rigtig. Den ulovlige aktivitet kan ikke anses for ophørt, da Kommissionen skred ind og dermed eventuelt satte en stopper for den organiserede mødeaktivitet. Det er kartellets virkninger, der er afgørende.

Om problemet hedder det i Domstolens dom af 3. juli 1985 i Binon-sagen[94]: »Artikel 85 ville imidlertid også finde anvendelse, såfremt udgiverne havde udvist samme parallelle adfærd også efter ophør af den tidligere aftale, selv om der ikke var nogen ny aftale... afgørende for, om der foreligger en konkurrencebegrænsning efter Traktatens artikel 85 ff., er de økonomiske virkninger af de pågældende aftaler eller af enhver an-

94 — Sag 243/83, SA Binon & Cie mod SA Agence et messageries de la presse, Sml. s. 2015, på s. 2040, præmis 17.

den tilsvarende form for samordning eller koordination, og ikke så meget aftalernes juridiske form«. I lighed hermed siges det i dommen af 25. juli 1976, EMI Records mod CBS United Kingdom[95], at aftaler også er omfattet af artikel 85, hvis de har virkninger også efter, at de formelt er ophørt med at gælde. I de to nævnte tilfælde var forholdene noget anderledes end i de foreliggende sager. Der var da tale om regulære aftaler, der formelt var ophørt, ikke om dispositioner truffet inden for rammerne af et kartel, hvor aftalerne ifølge sagens natur er præget af, at aftaleparterne udmærket var klar over ulovligheden af deres forehavender.

Principperne må imidlertid være de samme. Hvis det således kan konstateres, at der er fulgt et parallelt mønster i tiden efter mødernes ophør, er det nærliggende at antage, at tidligere indgåede aftaler eller samordning er blevet ført ud i livet i tiden efter Kommissionens kontrolbesøg. Efter mit skøn er der ikke megen tvivl om, at prisinstruktionerne for den pågældende periode, dvs. oktober og november 1983, viser, at der må have foreligget aftaler eller samordning. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at kartellet først kan anses for ophørt et par måneder efter det sidste møde. Dette gælder, selv om det i beslutningens betragtning 51, stk. 3, nævnte dokument, fundet hos ATO, ikke kan benyttes mod virksomhederne, da det ikke er udsendt til alle.

95 — Sag 51/75, EMI Records Limited mod CBS United Kingdom Limited, Sml. 1976, s. 811, på s. 849, præmis 30, 31 og 32.

9. *Kvoteordningerne*

Som det fremgår af mine bemærkninger ovenfor under afsnit F, punkt 7 vedrørende situationen i 1979, finder jeg ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der skal have foreligget en kvoteordning for hele 1979. Den første kvoteordning, der vil blive behandlet i dette afsnit, er derfor den af Kommissionen påståede kvoteaftale for året 1980.

Som anført i Kommissionens beslutning, punkt 7, og som det fremgår af bevisdokumenterne, har virksomhederne opereret med »mængdemål«, »målmængder«, »kvoter« eller »ønsker«. Disse begreber rejser nøjagtig de samme fortolkningsmæssige vanskeligheder som dem, der gør sig gældende med hensyn til »målpriser«. Som anført ovenfor under afsnit E, punkt 6, må det imidlertid antages, at aftaler eller samordning er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, også selv om de efter deres indhold tager væsentligt hensyn til de faktiske markedsforhold. Det samme gælder med hensyn til målkvoter.

a) Ordningen for 1980

I referatet fra mødet den 26. september 1979 hedder det som tidligere omtalt, at et fast kvoteringssystem er væsentligt (»essential«). Dette viser, at der på daværende tidspunkt blev arbejdet med problemet, og som ovenfor nævnt i afsnit F, punkt 7, foreligger der visse indikationer af, at der har eksisteret en art kvoteringsordning i slutningen af 1979.

I den tidsmæssigt set anden ende af den påståede kvoteordning findes mødereferatet fra et ekspertmøde afholdt i januar 1981. Heri opregnes de foreløbige salgstal for december 1980, og der foretages en sammenligning mellem salget i fjerde kvartal af 1980 og de tilsvarende måneder i 1979. Det konstateres, at salget i hver enkelt måned i fjerde kvartal af 1980 har ligget over salget i de tilsvarende måneder for 1979, og at det samlede salg i 1980 kun lå 3% under salget i 1979. Herefter opregnes i en kolonne salgstallene for hver enkelt virksomhed. Kolonnen er modstillet en anden kolonne, hvori for hver enkelt virksomhed er opregnet måltal, baseret, som det hedder i mødereferatet, på »et 1,2 millioner tons marked i Vesteuropa i 1980«. I en kommentar til tallene siges det, at af de fire store producenter afveg alene ICI fra målet. DSM, siges det videre, bestred ethvert løfte om at skære ned i forhold til det oprindelige mål; tallene for Amoco var i det store og hele gætterier, og tallet for Hercules syntes ikke at stemme overens med indtrykket af denne virksomheds aktivitet i 1980. Derpå oplyses, at der ikke forelå tal for Solvay og BP, men at man ved at sammenlægge de øvrige tal når frem til et skøn på et samlet salg på 90 kilotons mod et mål på 71 kilotons.

ICI's måltal er angivet med 139,2 kilotons, og det faktiske salg med 128,1 kilotons. Om ICI's situation hedder det, at en del af ICI's problem klart stammede fra det alvorlige tilbageslag i Det Forenede Kongerige, men en vigtigere faktor havde været den reelle »tilbagetrækning fra Dundee«, der fulgte af, at ICI havde forsøgt at lede priserne opad tidligere på året.

Fra selve året 1980 foreligger en tabel (bilag 60 til den generelle meddelelse af klagepunkter), hvortil henvises i beslutningens betragtning 55, stk. 1 og 2. På den maskinskrevne tabel, der bærer overskriften »polypropylen — salgsmål 1980 (kilotons)«, er med håndskrift påført datoen den 28. (muligvis den 26.) februar 1980. I tabellen findes 4 kolonner, der bærer overskrifterne »1980 mål / baseret på 1979; Petrofina justeret«, »åbningsforslag«, »foreslåede justeringer« samt »vedtagne mål«. I den sidstnævnte kolonne er opført tal for hver enkelt virksomhed, tal der sammenlagt giver, hvad der kaldes »max. 1 390« (kilotons). Nederst på dokumentet er anført »1 390 kilotons vil udgøre +12,1% i forhold til 1979«. Ud for virksomhederne Saga, Tagsa / Paular, BASF og Petrofina er anført en asterisk, der henviser til en bemærkning i dokumentet om, at tallene »skal kontrolleres«. Ud for Petrofina er der i kolonnen »foreslåede justeringer« anført »max. 20«, hvilket gentages i kolonnen »vedtagne mål«. Dette stemmer med, at Petrofina efter det oplyste først trådte ind på markedet i 1980.

De tal, der er anført i kolonnen »åbningsforslag«, svarer næsten undtagelsesfrit til de tal, der er nævnt i kolonnen »forslag I« i det tidligere omtalte dokument (bilag 56), der blev fundet hos ICI, men som må hidrøre fra én af de tyske producenter. Endvidere indeholder samme kolonne i dette doku-

ment en række tal i parentes, der, sammenholdt med tallene i dokumentets kolonne »forslag II«, svarer til førstnævnte dokuments kolonne »agreed targets«, for så vidt angår de virksomheder for hvilke, der var foreslået »justeringer«. I bilag 56's kolonne »forslag III« er anført tal, der i alt væsentligt svarer til de »vedtagne mål« i førstnævnte dokument, og som er sammenregnet til 1 378 kilotons. Forskellene findes med hensyn til Petrofina (15 i stedet for 20), BASF (60 i stedet for 64) og Saga (35 i stedet for 38), dvs. i alt 12 kilotons, og vedrører tre af de fire virksomheder, som ifølge bilag 60 skulle kontrolleres.

De tal, der findes i bilag 60 i kolonnen »vedtagne mål«, genfindes i bilag 57, et dokument hidrørende fra ICI, dateret den 8. oktober 1980, hvori foretages en sammenligning mellem 1980-kvoter og de forskellige virksomheders teoretiske kapacitet. De genfindes endvidere i bilag 58 i kolonnen »salg 1980, ønsker«. I dette dokument, der hidrører fra ICI og er dateret den 9. oktober 1980, er endvidere anført et faktisk salg for de enkelte virksomheder, hvilket tilsammen udgør 1 170 kilotons. Endelig findes i bilag 59, der også hidrører fra ICI, kolonner, der viser »mål« for 1980, samlet udgørende 1 382 kilotons, sammenholdt med »faktisk« salg opført i to kolonner, en maskinskreven med runde tal og en håndskreven med nøjagtige, sidstnævnte udgørende i alt 1 207,9 kilotons. Disse tal svarer med ganske små afvigelser til de tal, der nævnes i referatet fra mødet i januar 1981.

Ved bedømmelsen af det således foreliggende må det straks konstateres, at det er overordentligt påfaldende, at der fra tre forskellige kilder, nemlig ATO, ICI og en uidentificeret tysk virksomhed, foreligger detaljerede skemaer med opgørelser over kvoter, med »åbningsforslag«, ændringsforslag og endelige forslag eller vedtagelser, der næsten i mindste detalje svarer til hinanden.

Når hertil kommer mødereferaterne vedrørende mødet den 26. og 27. september 1979 og i januar 1981, der bekræfter, at drøftelser fandt sted i sidste halvdel af 1979 og bekræfter indholdet af tabellerne, finder jeg ingen grund til at tvivle på, at det sagsforløb, der er gengivet i beslutningens betragtning 55, for så vidt angår 1980, i alt væsentligt må anses for korrekt fremstillet og velunderbygget. Særligt afslørende finder jeg bemærkningen i mødereferatet for januar 1981 om, at DSM benægtede enhver aftale om at skære ned i forhold til det oprindelige mål. DSM er citeret for at have solgt 46,1 kilotons, hvilket skal sammenholdes med, at denne virksomhed i dokumentet af 28. februar 1980 var anført med en kvote på 45 kilotons.

b) Perioden fra 1981-1982

Med hensyn til denne periode (beslutningens betragtning 56-59) forelå der ifølge Kommissionen ingen endelig kvoteaftale. I beslutningens artikel 1, litra e), er virksomhedernes påståede overtrædelse beskrevet som en opdeling af markedet, som skal være

gennemført ved, at virksomhederne, i mangel af en endelig aftale for hele året, opstillede et krav om, at de enkelte producenter »begrænsede deres salg i hver måned på basis af salget i en foregående periode...«.

Som forholdet således er beskrevet, er der utvivlsomt tale om en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, hvis Kommissionen er i stand til at føre bevis for sin påstand.

1981

Det første dokument, Kommissionen citerer i denne sammenhæng, er det ovenfor omtalte referat af et ekspertmøde i januar 1981. Som det er refereret ovenfor under punkt 8, litra b), hedder det i referatet, at der var enighed om, at man skulle forblive ved målprisen på 1,75 DM i februar (1981), og at 2,00 DM skulle gennemføres uden undtagelse i marts. Herefter hedder det: »I mellemtiden skal den månedlige mængde begrænses til 1/12 af 85% af 1980-målet...« og, som det hedder »with a freeze on customers«.

Af et udateret, internt notat fundet hos ICI (omtalt i beslutningens betragtning 56, stk. 3, bilag 63) fremgår det, at der på et møde havde været drøftet forskellige alternativer med hensyn til kvoteordninger. Det fremgår ikke, om der er tale om et internt møde hos ICI eller et møde mellem producenter. ICI's holdning var ifølge notatet, at mængden skulle begrænses til det niveau, som markedet kunne forventes at aftage, nemlig 1,35 mio. tons. Det omtales derpå, at selv om der »ikke har været yderligere drøftelser med Shell«, kunne de fire store producenter lægge linjen ved at acceptere en reduktion i den markedsandel, der var målet for 1980, med 0,35%, under forudsætning af, at de mere ambitiøse, mindre producenter, såsom Solvay, Saga, DSM, Chemie Linz eller Anic / SIR, også modererede deres krav. Endelig siges det, at under forudsætning af, at de fire store producenter er enige, kunne anomalierne formentlig bedst håndteres under individuelle drøftelser på senior-chefniveau, om muligt »før møderne i Zürich«. Derefter følger en tabel, der omtaler en kompromismulighed med de forskellige virksomheders andel udtrykt i procent af disses målmængde for 1980.

Endvidere findes det under afsnittet for 1980 omtalte bilag 61 til den generelle del af meddelelsen af klagepunkter, i hvilken tabel der tillige findes en kolonne, der bærer overskriften »1981 — ønsker«. Hertil kommer som bilag 62 et skema, der refererer tre forskellige forslag, der er søgt samarbejdet og som er sammenholdt med virksomhedernes ønsker.

Af det i beslutningen nævnte referat (bilag 64) af et møde den 27. maj 1981 mellem Shell og ICI fremgår klart, at der ikke på daværende tidspunkt var indgået nogen kvoteaftale. Af det ligeledes omtalte møde-referat dateret den 17. juni 1981 fremgår, at der heller ikke på dette tidspunkt var skabt nogen kvoteordning.

I et skema fundet hos ICI, men angiveligt hidrørende fra Monte (bilag 65), er der fo-

retaget en sammenligning for perioden januar — december 1981 mellem det, der kaldes »faktisk« salg og »teoretisk«. Et sidste skema i denne forbindelse (bilag 67), som er dateret den 21. december 1981, viser samtlige producenters månedlige salg i 1981. Til og med oktober er tallene maskinskrevne, for november og december er de håndskrevne. En yderligere kolonne indeholder en håndskreven sammenligning for hele året.

Det sidste dokumentbevis, som Kommissionen påberåber sig, er et notat udarbejdet af ICI's medarbejder, M. E. Robinson, i midten af 1981, da han overtog stillingen som marketingdirektør for termoplastic (bilag 66). Den relevante del af notatet refererer Kommissionen således: »Har ikke 1981-aftale, men folk bruger 1980 som model«.

Som nævnt mener Kommissionen, at der mellem virksomhederne har været opstillet et indbyrdes krav om, at de begrænsede produktionen. I beslutningens betragtning 57, stk. 2, omtaler Kommissionen en nødløsning, som skulle bestå i, at salget blev reguleret på basis af en teoretisk opdeling af det disponible marked, en opdeling der var baseret på 1980-kvoterne.

Når bortset fra årets første måneder fremgår det temmelig klart af dokumentbeviserne, at producenterne ikke kunne enes om nogen kvoteordning. Som grundlag for Kommissionens antagelse om, at der skulle have foreligget en nødløsning af en sådan karakter, at den må anses for omfattet af artikel 85, stk. 1, foreligger imidlertid alene en oplysning om, at »folk« brugte 1980-kvoten. At en medarbejder hos Monte eller ICI på et tidspunkt, der må have ligget sidst i 1981 eller først i 1982, har foretaget en sammenligning mellem et teoretisk grundlag og et faktisk grundlag, synes at være et noget spinkelt grundlag for de vidtrækkende slutninger, som Kommissionen drager. Det er naturligvis mistænkeligt, at en medarbejder hos ICI åbenbart har været i besiddelse af nøjagtige salgstal for hver enkelt virksomhed, og der er således gode holdepunkter for at antage, at oplysninger om salg har været udvekslet under møderne. Men der er efter min opfattelse ikke den tilstrækkelige indbyrdes sammenhæng mellem de refererede bevisdata til at konstatere, at virksomhederne skulle have pålagt hinanden at begrænse salget.

Efter det anførte er der efter min opfattelse fornødent bevis for, at der i årets første måneder var aftalt en kvoteringsordning til støtte for prisinitiativet i februar og marts i overensstemmelse med indholdet af mødereferatet fra januar. Når bortses herfra er der derimod ikke i de foreliggende skemaer og i den lapidariske bemærkning i det nævnte notat tilstrækkelige holdepunkter for Kommissionens bevisvurdering. Jeg finder det derfor betænkeligt at tiltræde Kommissionens opfattelse på dette punkt.

1982

For 1982 har virksomhederne efter Kommissionens opfattelse ligeledes pålagt hinanden at begrænse salget, uden at der i øvrigt kunne opnås enighed om en kvoteordning. Bilagene 69-71 til den generelle del af meddelelsen af klagepunkter viser de forslag,

der blev fremlagt, men det i beslutningens betragtning 58 nævnte mødenotat fra et møde den 10. marts 1982 kan ikke benyttes mod virksomhederne, da det ifølge det oplyste alene er meddelt ICI. Dokumentet skal ifølge svarskrifterne i nogle af sagerne alene være meddelt ICI, som da heller ikke gør gældende, at dokumentet ikke er meddelt på forskriftsmæssig måde. Imidlertid synes dokumentet slet ikke at være fremlagt i sagen. Kommissionen har erkendt, at der er tale om en fejl og har i stedet henvist til et referat fra samme møde, hidrørende fra Hercules; et referat der var vedlagt den generelle del af meddelelsen af klagepunkter som bilag 23. Med hensyn til forslagene om mængdekontrol indeholder dette referat imidlertid ikke andet væsentligt end en liste over de forskellige virksomheders teoretiske produktionskapacitet. Der er således efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at virksomhederne i den første halvdel af 1982 har foretaget sig andet med hensyn til mængdekontrol end at udveksle oplysning om faktisk salg og mere generelle oplysninger om de enkelte virksomheders forhold.

Betragtning 59 i beslutningen indeholder en beretning om ICI's tiltag i forbindelse med virksomhedens overtagelse af ledelsen i »gruppen«. Med hensyn til kvoteringsordninger ligger det klart, at ICI ønskede og forudsatte et effektivt fungerende kvotesystem, der skulle træde i kraft i begyndelsen af 1983. I mellemtiden, understregedes det — ifølge mødereferatet fra august 1982 ser det ud til, at det var ICI, der understregede over for de andre — at virksomhederne burde søge at begrænse deres salg til den markedsandel, de havde haft i årets første måneder, og — stadig ifølge referatet fra mødet i august — set i forhold til et marked på 120 kilotons.

De i betragtning 59, stk. 2 og 3, nævnte oplysninger hidrørende fra ATO indeholder om aftaler eller lignende alene en bemærkning om, at man i slutningen af 1982 er nået til noget, der ligner enighed om ønsker og markedsandele.

Disse beviser godtgør efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt sikkert, at der er opnået nogen enighed om at begrænse salget i 1982. Det eneste, der synes at foreligge herom, er en henstilling fra ICI, om hvis modtagelse blandt de øvrige der ikke foreligger nærmere. Det fremgår således, at indsatsen koncentreredes om at søge at nå frem til et brugbart system for 1983.

På denne baggrund kan jeg ikke være enig med Kommissionen i, at der skulle foreligge bevis for, at virksomhederne skulle være nået til nogen form for enighed om at begrænse salget i 1982.

c) Kvoteordningerne i 1983

For de to første kvartaler af 1983 mener Kommissionen at have konstateret en enighed mellem producenterne om et kvotesystem.

Af de fremlagte dokumenter fremgår da også tydeligt, at ICI i forbindelse med over-

tagelsen i midten af 1982 af ledelsen af »gruppen« lagde stor vægt på indførelsen af en kvoteordning. Bevismaterialet viser i øvrigt, at ICI's medarbejdere har udfoldet meget betydelige bestræbelser på at bringe en ordning i stand.

Navnlig når der må ses bort fra dokumenter, som af processuelle grunde ikke kan benyttes mod virksomhederne (der er tale om ICI's baggrundsnotat for et møde med Shell i maj 1983 — beslutningens betragtning 63, stk. 2, 2. pkt. — og Shell's plan for første kvartal af 1983 — beslutningens betragtning 63, stk. 3), er det imidlertid vanskeligt at finde nogen dokumentation for, at der skulle være opnået enighed om en kvoteaftale som påstået. Det eneste sted i bevismaterialet, der viser noget, der ligner enighed, er det interne Shell-dokument, der er nævnt i beslutningens betragtning 64 (bilag 90), og hvori der tales om »det fastsatte mål for Shell«. Imidlertid findes der ikke i sagen yderligere vedrørende andet kvartal af 1983. Efter min opfattelse er dette materiale for spinkelt til at anse det for godtgjort, at der har foreligget en aftale for andet kvartal.

Med hensyn til første kvartal anfører Kommissionen i beslutningens betragtning 63, stk. 1,' at en række virksomheder fandt en kvotetildeling, som var blevet drøftet på et møde den 2. december 1982, for acceptabel. Der siges imidlertid intet om, hvorledes de andre forholdt sig, og det ligger endvidere ikke klart, hvorledes de, der havde accepteret, ville reagere, hvis de øvrige forlangte større andele. Heller ikke i det i øvrigt foreliggende materiale foreligger der efter mit skøn grundlag for at fastslå, at der blev opnået enighed, for så vidt angår første kvartal.

Der er således efter min opfattelse ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der har foreligget en aftale om en kvoteordning for nogen del af året 1983.

10. *Kontostyring og kontoledelse*

I beslutningens artikel 1, litra c), er »kundeledelsessystemet« udtrykkeligt nævnt som element i de foranstaltninger, virksomhederne traf med henblik på at muliggøre de prisforhøjelser, som de ønskede.

Konto- eller kundeledelsessystemerne, der er nærmere beskrevet i beslutningens betragtning 27, havde til formål at dæmme op for den kundevandring eller »kundeturisme«, der er omtalt flere steder i bevismaterialet. Som anført af ICI har der antagelig været tale om to systemer, som blev søgt gennemført. Om det førstnævnte foreligger der ikke mange oplysninger, men det fremgår, at man i hvert fald har truffet forberedelser til at gennemføre en ordning, og at der blev lagt detaljerede planer for en række lande. Dette skete på et møde den 2. september 1982. På et møde den 2. december 1982 blev det foreslået at gennemføre idéen på mere generelt plan, og der blev udpeget en lang række kunder, der skulle indgå i sy-

stemet. Fra et møde den 3. maj 1983 er refereret en meget indgående drøftelse af hver enkelt kundes forhold.

Der kan efter min opfattelse på grundlag af disse beviser ikke være rimelig tvivl om, at Kommissionen har ret i, at der har været benyttet et eller flere styringssystemer med henblik på at søge at standse eller neutralisere kundevandringen. Det er ikke vanskeligt at forestille sig, at et system som det beskrevne brød sammen efter nogen tid. Det er utvivlsomt vanskeligt at bringe et sådant system til at fungere i et marked med tyve udbydere og et meget betydeligt antal aftagere. Mødereferaterne fra 1983 viser imidlertid, at det har fungeret i nogle måneder.

11. *Andre ledsageforanstaltninger*

Hovedparten af de øvrige foranstaltninger, der er nævnt i beslutningens betragtning 27, og som skulle tjene til at lette gennemførelsen af prisforhøjelser, må anses for integrerede dele af de væsentlige overtrædelser, nemlig pris- og mængdeaftalerne. Der er således næppe grund til en særskilt behandling af disse emner, der nærmest har karakter af detaljer i en større helhed. Der er imidlertid ud fra de foreliggende beviser ikke rimelig tvivl om, at Kommissionen har ret i sine antagelser om, hvad der er foregået i så henseende.

En undtagelse danner efter min opfattelse Kommissionens påstand om, at virksomhederne skal have aftalt at omdirigere leverancer til oversøiske markeder for derved at skabe en mangelsituation i Vesteuropa, der kunne bane vej for en prisforhøjelse. Efter de foreliggende beviser forekommer det mig tvivlsomt, om virksomhederne har foretaget sig andet end at oplyse hinanden om, hvilket salg de har haft til oversøiske markeder, i bevisdokumenterne kaldet »resten af verden«. Det er naturligt for virksomheder at søge at afsætte en overskudsproduktion på andre markeder end dem, der ligger nærmest. Der må imidlertid kræves stærke holdepunkter i bevismaterialet for at fastslå, at virksomhederne ligefrem havde til hensigt at skabe en mangelsituation på det vesteuropæiske marked. Sådanne holdepunkter foreligger efter min opfattelse ikke, og det vil derfor efter min opfattelse være rigtigst ved afgørelsen af sagerne at se bort fra Kommissionens påstand om, at der skulle have foreligget en aftale om at omdirigere leverancer fra Vesteuropa.

G — *Forældelse*

Efter artikel 1, stk. 1, litra b), i forordning (EØF) nr. 2988/74 [96] forældes Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder eller sanktioner for overtrædelse af bestemmelser inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret efter fem år for overtrædelser som dem, der er omfattet af de foreliggende sager.

Ifølge artikel 1, stk. 2, regnes forældelsesfristen fra den dag, overtrædelsen er begået.

96 — Rådets forordning af 26.11.1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner: EFT L 319 af 29.11.1974, s. 1.

Ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen først fra den dag, overtrædelsen er ophørt.

Forældelsesfristen afbrydes ifølge artikel 2, stk. 1, 1. led, ved ethvert skridt, der af Kommissionen eller af en medlemsstat på begæring af Kommissionen foretages med henblik på at undersøge eller forfølge en overtrædelse. Afbrydelsen får virkning fra den dag, det pågældende skridt meddeles mindst én af de virksomheder, der har deltaget i overtrædelsen, og har i henhold til samme artikels stk. 2, virkning over for alle virksomheder, der har deltaget i overtrædelsen.

I de foreliggende sager gjorde en række virksomheder allerede under den administrative procedure gældende, at mindsteprisaftalen fra 1977 fungerede uafhængigt af de senere ordninger, og at der således måtte være indtrådt forældelse af bødeansvaret, for så vidt angår denne del af sagen. I beslutningens betragtning 103 afviste Kommissionen dette synspunkt under henvisning til de »helt klare reelle og formelle forbindelser« mellem ordningerne.

Nogle af sagsøgerne har påberåbt sig forældelsesreglerne under proceduren for Retten. Under hensyn til forældelsesreglernes karakter er det næppe nødvendigt, at en sagsøger udtrykkeligt har henvist til forordning nr. 2988/74. Det må være tilstrækkeligt, at virksomheden har gjort gældende, at der ikke kan pålægges bøde for et bestemt sagsforhold.

Kommissionen ser i det passerede uden videre en tilstands- eller vedvarende overtrædelse og gør ligesom i beslutningen gældende, at der består en sådan indbyrdes sammenhæng mellem mindsteprisaftalen fra 1977 og det senere passerede, at den overtrædelse, der påbegyndtes i 1977, først kan anses for ophørt nogen tid efter Kommissionens kontrolbesøg i virksomhederne den 13. og 14. oktober 1983.

Heroverfor fastholder sagsøgerne deres synspunkter om, at de arrangementer, der måtte have foreligget i 1977, var væsensforskellige og helt adskilte fra det senere passerede.

Det er uomtvistet, at en eventuel, løbende forældelsesfrist blev afbrudt den 13. oktober 1983, da Kommissionen påbegyndte sine kontrolbesøg, og spørgsmålet er herefter, om nogen overtrædelse, henholdsvis del af en overtrædelse, kan antages at være begået, henholdsvis ophørt, før den 13. oktober 1978.

Hvis Retten er enig i min bevisvurdering som ovenfor beskrevet, er jeg ikke i tvivl om, at Retten må fastslå, at de forhold, der vedrører mindsteprisaftalen fra 1977, er forældede. Efter min vurdering var mindsteprisaftalen i det højeste en slags forløber for det, der skete senere. Den havde vel samme formål som de senere aftaler, men var efter det vi ved ikke resultatet af forhandlinger inden for samme rammer. Der består endvidere efter de beviskonstateringer, jeg har foretaget, en klar tidsmæssig adskillelse mellem mindsteprisaftalen og det første resultat af sagsøgernes møderække, som vi med til-

strækkelig sikkerhed kan fastslå, nemlig prisinitiativet i sidste halvdel af 1979. Ganske vist påbegyndtes den møderække, som dannede rammen om de senere overtrædelser, i en vis tidsmæssig sammenhæng med mindsteprisaftalen, men der er ikke påvist konkrete, ulovlige resultater af møderækken førend i 1979.

Efter min opfattelse bør det derfor lægges til grund, at overtrædelserne med hensyn til mindsteprisaftalen ophørte senest i foråret 1978, og at bødeansvaret herfor derfor er forældet. Konsekvensen heraf bør, som det vil fremgå af del III om bødespørgsmålet, være en vis nedsættelse af bøderne.

II — De enkelte sager individuelt

I denne del gennemgås dels den bevismæssige situation for hver enkelt sagsøgers vedkommende, og dels enkelte anbringender, som kun gøres gældende af en eller nogle få sagsøgere. Der vil ikke blive gjort bemærkninger om enhver detalje i samtlige sagsøgeres argumentation, hvilket næppe ville være muligt, hvis forslaget skal holdes inden for — trods alt — nogenlunde rimelige rammer. Dette gælder navnlig de økonomisk prægede argumenter og anbringender, der, som det vil være fremgået af det foregående, kun kan tillægges begrænset vægt ved vurderingen af, om artikel 85, stk. 1, er overtrådt. Tilsvarende gælder med hensyn til den bevismæssige situation, idet detaljerede drøftelser af ethvert element i bevisrækken må anses for noget overflødig i de tilfælde, hvor de fældende beviser er klare og utvetydige. Der erindres om, at der ovenfor under del I, afsnit F, punkt 5 er taget stilling til spørgsmålet om de mindre virksomheders deltagelse i mindsteprisaftalen fra 1977, hvorfor der som udgangspunkt ikke vil blive gjort bemærkning herom i det følgende.

A — *Rhône-Poulenc* (sag T-1/89)

Det ligger fast, at Rhône-Poulenc afhændede sine polypropylenaktiviteter ved udgangen af 1980. Sagsøgeren hører således til blandt de virksomheder, for hvilke der kun foreligger et forholdsvis sparsomt direkte bevismateriale. Den periode, der foreligger til bedømmelse, er tidsrummet fra efteråret 1979, hvor kartellet — som anført ovenfor i del I, afsnit F, punkt 7 — bevismæssigt kan antages at have begyndt sin virksomhed, og til slutningen af 1980. At det direkte bevismateriale ikke er omfattende, har givet parternes argumentation i sagen en særlig karakter og giver i sig selv anledning til, at der må tages klar stilling til et af de væsentlige bevisproblemer i sagen, nemlig den bevismæssige betydning af selve mødedeltagelsen.

Efter min opfattelse er beviserne i Rhône-Poulenc-sagen svagere end i nogen af de øvrige sager. Af dokumentbeviser foreligger der alene mødereferatet vedrørende mødet den 26. og 27. september 1979 samt de tabeller, hvori kvoteringsordningerne omtales, herunder noten fundet hos ATO vedrørende de producenter, der drev produktionsvirksomhed i Frankrig. Herudover findes som

bevis ICI's oplysninger om, at Rhône-Poulenc deltog i kartellets møder i hvert fald fra 1979. Endelig hviler sagen på en række følgeslutninger fra sagens øvrige elementer. Sagen giver således anledning til overvejelse over kravene til styrken af de beviser, som Kommissionen skal være i besiddelse af som grundlag for en beslutning. I denne forbindelse må der i høj grad lægges vægt på, at konkurrencesager af denne art reelt har pønal karakter, hvilket naturligvis taler for at sætte beviskravene højt. På den anden side bør man ikke undervurdere betydningen af og styrken i indirekte beviser.

Rhône-Poulenc gør gældende, at Kommissionen ikke er i besiddelse af væsentlige beviser mod denne sagsøger. Der henvises navnlig til, at langt hovedparten af de foreliggende dokumentbeviser vedrører en periode, der ligger efter Rhône-Poulenc's udtræden af markedet, hvilket efter sagsøgerens opfattelse må betyde, at beviserne ikke kan gøres gældende mod denne virksomhed. Kommissionens bevismæssige overvejelser, der af Rhône-Poulenc kaldes en slags formodning med tilbagevirkende kraft, er således ikke korrekte efter denne sagsøgers opfattelse. Ved afgørelsen har Kommissionen ifølge Rhône-Poulenc bl.a. ikke taget hensyn til markedets udvikling, idet situationen frem til 1982 var præget af ubalance og lav rentabilitet, hvorfor vurderingen af virksomhedernes adfærd ikke bør være den samme før og efter udgangen af 1980. Endvidere har Kommissionen undladt at tage hensyn til kartellets udvikling.

Med hensyn til dokumentbeviserne vedrørende den periode, i hvilken Rhône-Poulenc var på markedet, anfører sagsøgeren først, at referatet vedrørende mødet den 26. og 27. september 1979, der blot er et anonymt, håndskrevet notat, ikke nævner navnet på nogen deltager. Om tabellerne vedrørende kvoter gøres det gældende, at der ikke af disse kan udledes væsentlige indicier for nogen aftale, som Rhône-Poulenc skulle have deltaget i. I denne forbindelse henviser Rhône-Poulenc for det første til, at skønt også virksomhederne Amoco, Taqsa, Paular og BP er nævnt i disse tabeller, har Kommissionen udtrykkeligt eller stiltiende anerkendt, at disse virksomheder ikke har deltaget i noget kartel. For det andet bestrider Rhône-Poulenc, at man, som Kommissionen har gjort, kan kvalificere som »kvoter« noget, der i realiteten blot er salgsmål, hvilket sidste i øvrigt forklarer, at disse tal tid efter anden ændredes under hensyn til det faktiske salg i årets løb. Med hensyn til Kommissionens antagelse af, at Rhône-Poulenc har deltaget i chefmøderne og ekspertmøderne fra 1979, henviser Rhône-Poulenc til, at beviset herfor alene består i ICI's oplysninger herom. Ifølge sagsøgeren er disse oplysninger holdt i vage og generelle vendinger og kan ikke i sig selv være tilstrækkelige til at bevise Rhône-Poulenc's deltagelse i møderne eller i det påståede kartel. Endelig henviser sagsøgeren til, at der ikke er fundet nogen som helst andre beviser, der vidner om dennes adfærd på markedet, såsom prisinstruktioner og lignende.

Kommissionen henviser heroverfor for det første til sin hovedtese om, at indholdet af de møder, hvorfra der ikke foreligger referat, må have været det samme som indholdet af de møder, hvis indhold vi kender. Kommissionen støtter altså sit synspunkt på netop den formodning med tilbagevirkende

kraft, som Rhône-Poulenc angriber. Til støtte herfor henviser Kommissionen navnlig til ICI's oplysninger om, at idéerne om målpriser blev udviklet i 1978, og at kartellet i hvert fald må antages at have fungeret fuldt ud fra 1979. Med hensyn til de fundne tabeller henviser Kommissionen til, at de ikke ser ud til at indeholde præcise tal for Amoco og Hercules, og at det af referatet af et senere møde fremgår, at tallene for Amoco blev betegnet som gætterier. Med hensyn til tabellerne vedrørende året 1980 henviser Kommissionen herudover til, at den kvote, som Rhône-Poulenc ifølge dokumenterne fik tildelt, nøje svarer til det faktiske salgstal (2,97% mod 2,98% af et marked, der oprindelig var anslået til 1 382 kilotons, men blev 1 207,9 kilotons). Kommissionen ser heri en adfærd, der viser, at Rhône-Poulenc tog de indgåede aftaler alvorligt. Kommissionen anser Rhône-Poulenc's deltagelse i møderne bevist ved de af ICI givne oplysninger og ved, at Rhône-Poulenc aldrig har bestridt at have deltaget i møderne.

Rhône-Poulenc's tilfælde giver som nævnt bevismæssigt navnlig anledning til at overveje spørgsmålet om, hvorvidt selve deltagelsen i møderne sammenholdt med enkelte yderligere indicier kan antages at være tilstrækkeligt som bevis for deltagelse i kartellet.

For så vidt angår selve deltagelsen, har Rhône-Poulenc ifølge ICI's oplysninger deltaget regelmæssigt i hvert fald siden 1979. Hverken Rhône-Poulenc eller andre har kunnet give nogen forklaring på, hvorfor ICI skulle fremkomme med sådanne oplysninger, hvis ikke ICI mente at kunne stå inde for dem. Der synes ikke at være nogen fornuftig grund til, at ICI skulle søge at sværte sine konkurrenter i denne forbindelse, og man må vel snarere antage, at ICI har været forsigtig i sin besvarelse af Kommissionens spørgsmål. Om pålideligheden af ICI's oplysninger er det endvidere værd at bemærke sig, at de fleste af de øvrige sagsøgere, som ifølge ICI deltog i møderne, faktisk har erkendt mødedeltagelsen som anført af ICI. Heroverfor står alene Rhône-Poulenc's påstand om, at det ikke ved ICI's oplysninger er bevist, at denne sagsøger har deltaget. Rhône-Poulenc har derimod ikke benægtet deltagelse. Selv om Rhône-Poulenc, som det fremgår af besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter, ikke længere har nogen ansatte, der i sin tid beskæftigede sig med polypropylenproduktionen, var det mindste man kunne forvente sig, at Rhône-Poulenc selv havde undersøgt spørgsmålet så grundigt, at man havde turdet fremkomme med en benægtelse af at have deltaget i møderne. I så fald havde Kommissionen haft mulighed for at iværksætte yderligere efterforskning med henblik på at opnå en bekræftelse eller afkræftelse af benægtelsen. Det er efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt blot at forholde sig passiv, når der foreligger oplysninger, der på troværdig måde indicerer deltagelse. Jeg finder det på denne baggrund forsvarligt at lægge til grund, at Rhône-Poulenc har deltaget i møder fra 1979 til slutningen af 1980.

For Rhône-Poulenc's vedkommende foreligger der ud over angivelserne i kvotetabellerne alene mødedeltagelsen som holdepunkt for deltagelse i kartellet. Som refereret i indledningsafsnittet til mit forslag og

som antaget i amerikansk praksis[97] er deltagelse i ét møde, hvori andre aftaler noget ulovligt, i almindelighed ikke tilstrækkeligt til at anse deltagelse i ulovlighederne for godtgjort. Der kan som regel gives en rimelig forklaring på, at man er kommet til stede uden hensigt om at deltage i en overtrædelse af konkurrencereglerne. Men efter min opfattelse er det vanskeligt at forklare deltagelse på denne måde i mere end ét eller eventuelt nogle ganske få møder uden, at mistanken om delagtighed i de andre mødedeltageres ulovligheder bliver overhængende. Når hertil kommer, at der ikke er fremkommet oplysninger, der giver en fornuftig, alternativ forklaring på meningen med mødedeltagelsen, og at Rhône-Poulenc — til forskel fra Amoco og BP — figurerer med nøjagtige tal, er det efter min vurdering forsvarligt at lægge til grund, at Rhône-Poulenc har deltaget i kartellet fra dettes begyndelse i efteråret 1979 og indtil virksomhedens udtræden af markedet med udgangen af 1980.

Særligt med hensyn til de af Kommissionen nævnte prisinitiativer, hvoraf kun initiativet fra juli til december 1979 fandt sted, medens Rhône-Poulenc var på markedet, gør sagsøgeren gældende, at der ikke findes nogen form for dokumentation af Rhône-Poulenc's deltagelse, end ikke indicier herfor. Virksomhedens adfærd er i realiteten fuldstændig ukendt.

Heroverfor henviser Kommissionen til, at Rhône-Poulenc ved at deltage i hemmelige møder, hvorunder målpriser blev aftalt, ikke kan unddrage sig ansvaret for deltagelse i kartellet, blot fordi der ikke er fundet skriftlige prisinstruktioner for denne virksomheds vedkommende. Kommissionen anfører endvidere, at de foreliggende oplysninger om Rhône-Poulenc's overholdelse af kvotesystemet tyder i retning af, at Rhône-Poulenc ikke deltog i møderne fuldstændig gratis, og at virksomhedens adfærd var i overensstemmelse med det aftalte. I øvrigt, mener Kommissionen, kan man ikke anskue kvoteordningerne og prisordningerne hver for sig.

Til det af Rhône-Poulenc anførte må for det første siges, at det forhold, at en adfærd ikke er kendt, naturligvis ikke er ensbetydende med, at der ikke kan have været en adfærd, der var i overensstemmelse med de indgåede aftaler. Som anført af Kommissionen findes der endvidere væsentlige holdepunkter for at antage, at Rhône-Poulenc faktisk overholdt de kvoter, som var fastsat for denne virksomhed for året 1980. På denne baggrund, og når det lægges til grund, at Rhône-Poulenc har deltaget i møderne, er der efter mit skøn ikke væsentlig grund til at tvivle om, at Rhône-Poulenc har gjort brug af den viden, som sagsøgeren opnåede gennem møderne.

Med hensyn til intensiteten af Rhône-Poulenc's deltagelse foreligger der ikke oplysninger, der peger i retning af, at denne sagsøger har været særlig aktiv eller særlig tilbageholdende.

Et anbringende, der har en vis sammenhæng med den bevismæssige situation, er Rhône-Poulenc's påstand om, at Kommissionen har tilsidesat en lighedsgrundsætning i og med,

97 — Jf. note 92, jf. også generaladvokat Sir Gordon Slynn i sagen SA Musique Diffusion Française m.fl. mod Kommissionen (se note 2).

at Kommissionen har anset Rhône-Poulenc for deltager i kartellet, medens den har ladet BP og Amoco gå fri, selv om Kommissionen efter Rhône-Poulenc's opfattelse havde bedre beviser mod disse to virksomheder end mod sagsøgeren.

Heroverfor oplyser Kommissionen, at det har været afgørende for dens bevisvurdering, at de nævnte virksomheders deltagelse i kartellets mødevirksomhed ikke har kunnet bevises, og at den derfor har ment at måtte opgive forfølgningen mod disse virksomheder på trods af en vis mistanke.

Jeg mener ikke, at Rhône-Poulenc har ret i sit synspunkt. Uanset, om Kommissionen via en klage fra en dertil berettiget kunne være blevet forpligtet til at søge at gennemføre en sag mod BP og Amoco — hvilket i sig selv er stærkt tvivlsomt — kan undladelsen af at forfølge disse virksomheder under normale omstændigheder ikke afføde nogen refleksvirkninger over for andre. I de foreliggende sager er Amoco og BP på den ene side og på den anden side Rhône-Poulenc på grund af det bevismateriale, der foreligger for de respektive parter, ikke sammenlignelige tilfælde. Dertil kommer, at det end ikke er gjort gældende, at Kommissionens forfølgning af nogen virksomheder og undladelse af at forfølge andre skulle hvile på andet end saglige grunde. Når usaglige grunde kan udelukkes, må der efter min opfattelse indrømmes Kommissionen en vid skønsmargin med hensyn til, hvilke sager den mener at kunne gennemføre og hvilke ikke. I polypropylensagerne har Kommissionen sat grænsen ved beviset for mødedeltagelsen og har således ikke ment, at sager mod BP og Amoco ville kunne holde. Et sådant bevisskøn må klart ligge inden for Kommissionens skønsmargin, også selv om andre måske ville mene, at sagerne havde kunnet gennemføres. I øvrigt forekommer skønnet mig fornuftigt. Som følge af det anførte mener jeg, at Rhône-Poulenc's anbringende i så henseende må forkastes.

Rhône-Poulenc har endelig gjort gældende, at afgørelsens begrundelse er utilstrækkelig i forhold til denne virksomhed, idet Kommissionen ikke har taget hensyn til, at kartellet har udviklet sig i løbet af den tid, det eksisterede, og således uberettiget har ladet Rhône-Poulenc undgælde for handlinger, som først er foretaget efter denne sagsøgers udtræden af markedet.

Det er vanskeligt at se berettigelsen af dette synspunkt. Afgørelsen må naturligt læses således, at virksomhederne bebrejdes at have deltaget i det, der foregik, medens de deltog i kartellet, og der er da heller ikke ifølge sagens oplysninger grund til at tro, at Kommissionen har ment noget andet.

B — *Petrofina* (sag T-2/89)

Det fremgår af fremstillingen ovenfor, at jeg er enig med Kommissionen i, at et tungtvejende bevisdatum mod en virksomhed er selve deltagelsen i møder, hvorunder der er foregået drøftelser, der med sikkerhed har haft konkurrencebegrænsende foranstaltnin-

ger som genstand. I det omfang mere regelmæssig deltagelse ikke kan fastslås, må der andre, stærke holdepunkter til for at konstatere deltagelse i kartellet. Ligesom med hensyn til Rhône-Poulenc volder spørgsmålet om mødedeltagelsen visse problemer, for så vidt angår Petrofina.

Som det bl.a. omtales i beslutningens betragtning 78, stk. 8, samarbejdede Petrofina fra begyndelsen i 1980 og indtil marts 1982 med Montedipe om driften af produktionsanlægget i Feluy i Belgien. Samarbejdet fandt sted gennem det fællesejede selskab Montefina. I marts 1982 overtog Petrofina selv salget af sin del af produktionen gennem sin egen salgsafdeling for kemiske produkter.

Petrofina har i sine processkrifter erkendt at have deltaget i møder fra maj 1982 og indtil slutningen af møderækken i september 1983. Med hensyn til perioden fra marts til maj 1982 henstår det noget usikkert, hvad Petrofina's standpunkt går ud på. I sit svar af 12. januar 1984 på Kommissionens anmodning om oplysninger siges det, at virksomhedens medarbejdere har deltaget i møder »fra marts 1982«. I et bilag til svaret opregner Petrofina herefter møder mellem maj 1982 og september 1983, hvori virksomheden har deltaget, begyndende med et møde den 18. maj 1982, ligesom man angiver, hvilke medarbejdere der har repræsenteret virksomheden. På grundlag heraf kunne det antages, at Petrofina har deltaget i møder fra marts 1982, uden at virksomheden har været i stand til at præcisere nærmere, hvem der har deltaget. På den anden side benægter Petrofina udtrykkeligt, at virksomheden var repræsenteret på det møde, der ifølge beslutningens betragtning 58, stk. 2, fandt sted den 10. marts 1982. Der foreligger ingen dokumentation i sagen, som modbeviser dette.

For så vidt angår tiden før marts 1982, er situationen temmelig uklar. I svaret af 12. januar 1984 anfører Petrofina, at virksomheden på grund af samarbejdet med Montedipe ikke havde beføjelse til alene at forpligte Montefina, og at man som følge heraf ikke kunne svare på dette selskabs vegne. Med hensyn til et eller to bestemte møder, nemlig møderne i januar 1981, hvorfra der foreligger referat (jf. beslutningens betragtning 33, stk. 3), har Petrofina på Rettens spørgsmål svaret, at Petrofina ifølge fornyede undersøgelser ikke ses at have deltaget i disse møder.

Kommissionen har svaret på et tilsvarende spørgsmål fra Retten, at det beror på en fejl, når det i nævnte betragtning 33, stk. 3, er anført, at Petrofina deltog i disse møder. Om Petrofina's eventuelle deltagelse i denne periode siger Kommissionen i øvrigt i beslutningens betragtning 78, stk. 8, at det ikke med sikkerhed kan fastslås, at virksomheden var særskilt repræsenteret før marts 1982.

Når henses til, at Kommissionen ikke direkte vil gøre gældende, at Petrofina var repræsenteret i møderne i januar 1981 eller i de øvrige møder frem til marts 1982 og til, at Petrofina's udtalelser vel nærmest må opfattes som en benægtelse, bør Retten efter min opfattelse lægge til grund, at medarbej-

dere fra Petrofina ikke har deltaget i disse møder. Man kunne i det mindste have forventet, at Kommissionen, når Petrofina svarer, at virksomheden ikke kan svare på Montefina's vegne, havde undersøgt, hvad der nærmere lå bag svaret.

I den individuelle meddelelse af klagepunkter mod Petrofina hedder det herom, at de to moderselskaber, dvs. Petrofina og Montedipe, må være ansvarlige i det omfang, overtrædelserne af Fællesskabets konkurrenceregler er begået (før marts 1982) af Montefina. En tilsvarende passus findes i øvrigt i meddelelsen af klagepunkter mod Montedipe.

For så vidt angår møder i perioden fra marts til maj 1982, må det formentlig efter Petrofina's egen erkendelse i svaret på meddelelsen af klagepunkterne kunne lægges til grund, at Petrofina har deltaget i møderne fra marts 1982 (bortset fra mødet den 10.3.1982).

Sagen savner imidlertid fuldstændig oplysning om, at Montefina skulle have været selvstændigt repræsenteret i møderne og ad denne vej eller på anden måde skulle have pådraget moderselskaberne et ansvar. Der er heller ingen oplysning om, at Montefina direkte skulle have repræsenteret moderselskaberne, uanset, som nævnt, at Petrofina's første svar nærmest lagde op til, at Kommissionen skulle spørge igen. Det må på denne baggrund være tilladt helt at se bort fra Kommissionens subsidiære synspunkt. En tredje mulighed rejstes af Retten under domsforhandlingen som et spørgsmål til Kommissionen, nemlig om Kommissionen mente, at Montedipe havde repræsenteret også Petrofina via samarbejdet i Montefina. Retten fik ikke noget egentligt svar på spørgsmålet.

Kommissionen mener imidlertid, at Petrofina også i perioden fra begyndelsen af 1980 til marts 1982 har været impliceret i kartellets forskellige ordninger, og beslutningens betragtning 78, stk. 8, lader forstå, at Petrofina kan have været indirekte repræsenteret ved møderne via sit samarbejde med Montedipe om fabrikken i Feluy.

Kommissionens grundlag for at anse Petrofina for deltager i kartellet eller medansvarlig for det, der er sket i perioden fra 1980 til marts 1982, støtter sig på to forskellige synspunkter. Som det fremgår af beslutningens betragtning 102, stk. 3, gør Kommissionen principalt gældende, at Petrofina på selvstændigt grundlag deltog i kartellet fra 1980. Subsidiært er Kommissionen imidlertid af den opfattelse, at virksomheden må være medansvarlig for Montefina's deltagelse i kartellet indtil marts 1982.

Det må på denne baggrund konstateres, at det henstår som i høj grad usikkert, hvorledes — om overhovedet — Petrofina var repræsenteret i møderne, eller hvilken forbindelse i øvrigt Petrofina havde med disse.

Det øvrige bevismateriale, hvorpå Kommissionen støtter sin antagelse om, at Petrofina var involveret i kartellet allerede fra 1980, er sammenfattet i Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål nr. 33. Det fremgår heraf, at Kommissionen i det væsentlige støtter sig på bilag 60 til den generelle meddelelse af klagepunkter, hvori bl.a. er anført »1980 mål (baseret på 1979 + Petrofina justeret)«. Efter Kommissionens opfattelse viser dette, at Petrofina har deltaget fra 1980, og at Petrofina derfor også må have deltaget i de prisinitiativer, der lå efter begyndelsen af 1980. I øvrigt baserer Kommissionens opfattelse sig på den omstændighed, at Petrofina i den her omhandlede periode fik tildelt særskilte kvoter, der altså ikke var bundet sammen med Montedipe's kvoter.

Når det som ovenfor beskrevet henstår som fuldstændig uklart, hvilken forbindelse Petrofina havde med mødeaktiviteten, er det af Kommissionen påberåbte bevisgrundlag efter min opfattelse så spinkelt, at Retten efter min opfattelse bør nå til det resultat, at der ikke kan konstateres nogen deltagelse i kartellet fra Petrofina's side i tiden før marts 1982. Eftersom Petrofina har samarbejdet med Montedipe i perioden frem til det nævnte tidspunkt, er det vel ikke utænkeligt, at Petrofina har været impliceret på den ene eller den anden facon; men sagen indeholder i virkeligheden ikke det mindste bevis herfor.

Med hensyn til den resterende del af perioden, dvs. fra marts 1982 til november 1983, gør Petrofina gældende, at virksomheden nok har deltaget i møderne, men at deltagelsen var rent passiv og alene havde til formål at indsamle oplysninger af betydning for Petrofina's konkurrencemæssige muligheder.

Der foreligger alene to skriftlige prisinstruktioner fra Petrofina, der oplyser, at prisinstruktioner i øvrigt blev givet mundtligt til virksomhedens sælgere.

At prisinstruktioner ikke blev givet skriftligt, er jo imidlertid på ingen måde ensbetydende med, at de ikke blev givet. Oplysninger om indholdet af mundtlige prisinstruktioner indgår blot ikke som et bevismæssigt element i sagen. De kan have været nøje overensstemmende med de skriftlige instruktioner, der blev udsendt af andre virksomheder, og de kan have været helt anderledes. Med de oplysningsmidler, som Kommissionen efter lovgivningen har til sin rådighed, har den næppe de store muligheder for at tilvejebringe sikre oplysninger om, hvad de mundtlige instruktioner gik ud på. På sin side har Petrofina imidlertid ikke gjort noget for at underbygge sin påstand om, at virksomheden handlede helt uafhængigt af aftaler eller samordning, som de øvrige virksomheder indgik. Det forhold, at en virksomhed, som hævdet af Petrofina, solgte til priser, der lå under målpriserne, er som ovenfor beskrevet ikke egnet som modbevis over for en påstand om, at deltagelse i en aftale eller samordnet praksis har foreligget. Hertil måtte kræves, at virksomheden fremkom med oplysninger, som viste, at den end ikke havde forsøgt at benytte en aftalt eller samordnet målpris som eget mål eller i øvrigt havde ladet sin markedsadfærd influere af aftalerne eller samordningen.

Fraværet af skriftlige prisinstruktioner kan således ikke i sig selv tages til indtægt for, at en virksomhed ikke har deltaget i kartellet.

I den foreliggende sag foreligger som nævnt to prisinstruktioner. Den første er dateret den 11. marts 1982, altså dagen efter et møde, det som anført må lægges til grund, at virksomheden ikke har deltaget i. Petrofina er af den opfattelse, at virksomheden måtte være berettiget til at nære forventning om, at Kommissionen ikke ville benytte dokumentet imod virksomheden, idet det hverken var at finde blandt de dokumenter, der udsendtes sammen med Kommissionens skrivelse af 29. marts 1985 eller er nævnt i beslutningen eller dennes bilag. Hertil bemærkes blot, at bilaget var medsendt den individuelle del af meddelelsen af klagepunkter, hvori bilaget udtrykkeligt gøres gældende mod sagsøgeren, og at der ikke i øvrigt i sagen findes noget, der viser, at Kommissionen skulle have frafaldet at gøre bilaget gældende. Forklaringen på, at bilaget ikke blev medsendt skrivelsen af 29. marts 1985 er naturligvis, at Kommissionen ikke udtrykkeligt har påberåbt sig et prisinitiativ pr. 1. april 1982 som bevis for kartellet. Det ligger imidlertid fast, at prisinstruktionen fra Petrofina svarer til det, der fremgår af referatet af mødet den 10. marts 1982. Når en virksomhed generelt har deltaget i mødeaktiviteten, er det, som Kommissionen nævner i beslutningens betragtning 83, ikke afgørende, om den, måske af tilfældige, praktiske årsager, er udeblevet fra et enkelt møde. Det var jo i alles interesse at sørge for at give den udeblevne meddelelse om, hvad der var sket. Om et dokument, der vedrører et forhold, som ikke udtrykkeligt er nævnt i beslutningen, overhovedet bør kunne benyttes mod virksomheden, er vel tvivlsomt, men at det foreligger, taler jo i hvert fald ikke imod Kommissionens synspunkt. Med hensyn til dokumentets indhold er der ikke meget at tilføje i forhold til mine generelle bemærkninger om prisinitiativerne. Det angiver en listepris samt et vist spillerum for salgsstedets forhandlinger med kunderne. At der ikke sælges til listepriser er helt almindeligt, men dette betyder jo på ingen måde, at det ikke var den pris, man stræbte efter.

Den anden skriftlige prisinstruktion er givet den 20. juli 1983. I denne gives instruktion om, at der med øjeblikkelig virkning skal kræves priser, der ses at svare til dem, som var aftalt på et møde den 1. juni 1983. I telexmeddelelsen henvises til tekniske problemer, der havde medført en standsning af produktionen. Petrofina gør gældende, at telexmeddelelsen ingen sammenhæng havde med eventuelle aftaler truffet på et møde afholdt den 1. juni. Den havde ifølge Petrofina alene til formål at bremse salget, hvilket altså skete ved at sætte prisen højere end den øjeblikkelige markedspris. Kommissionen bestrider for så vidt ikke denne forklaring, men fremhæver, at prisinstruktionen under alle omstændigheder stemmer beløbsmæssigt med det, der på mødet den 1. juni 1983, hvori Petrofina deltog, var aftalt til iværksættelse den 1. juli 1983.

Efter sagens oplysninger må det lægges til grund, at Petrofina's skriftlige prisinstruktion blev udsendt af de grunde, som virksomheden har anført. Imidlertid ligger det fast, at prisinstruktionen gav anvisning om at anvende den pris, som var aftalt på mødet den 1. juni. Selv om dokumentet altså næppe kan tages til indtægt for, at Petrofina alene har givet meddelelse om den anførte pris, fordi den var aftalt i mødet, taler den pågældende prisinstruktion heller ikke imod Kommissionens opfattelse. Dokumentet kan således i det hele næppe tillægges betydning.

Også selv om man måske ikke kan lægge alt for megen vægt på de to skriftlige prisinstruktioner i sig selv, er Petrofina's deltagelse efter det øvrige bevismateriale utvivlsom efter min opfattelse. Petrofina hører til blandt de virksomheder, der forklarer sin tilstedeværelse ved møderne med, at man var nødt til at deltage for at få de nødvendige oplysninger for som ny virksomhed at klare sig i konkurrencen. Rent bortset fra, at der kan rejses spørgsmål om ansvar for rent passiv modtagelse af oplysninger i en sådan situation, virker den givne forklaring simpelthen ikke troværdig. Det er så lidet sandsynligt, at en helt passiv rolle ikke skulle have sat sig blot nogen spor i det skriftlige bevismateriale, at man må kunne afvise forklaringen.

Med det billede, der blev brugt under domsforhandlingen i forbindelse med omtalen af, at adskillige virksomheder påstår at have haft en helt passiv rolle, må det siges, at det nu engang ikke er sandsynligt, at en gruppe erhvervsledere fra forskellige lande i EF gang på gang alle sidder omkring et bord og blot lytter som en gruppe ornitologer efter lyde, der ikke kommer.

Bevismaterialet modsiger da også en sådan antagelse for Petrofina's vedkommende. I dokumenterne er der angivelser for Petrofina's deltagelse både i prisinitiativer, mængdemål og kundeledelse.

Efter min opfattelse bør det herefter fastslås, at Petrofina har deltaget i kartellet, men alene fra marts 1982 og til dettes ophør omkring november 1983.

C — *Atochem* (sag T-3/89)

Ifølge beslutningens artikel 1 skal Atochem have deltaget i kartellet senest fra 1978 og indtil dettes ophør. Denne del af beslutningen stemmer dårligt overens med den begrundelse, som Kommissionen har givet i beslutningens betragtning 105, stk. 2, hvor Atochem ligestilles med Anic, BASF, DSM og Hüls. Der foreligger for så vidt en mangel ved begrundelsen. Da kartellets overtrædelser af artikel 85, stk. 1, imidlertid, efter den bevisvurdering som jeg har foretaget, ikke kan anses for bevist fra før efteråret 1979, får fejlen ingen betydning.

Atochem erkender at have deltaget i et vist antal møder med andre polypropylenproducenter i årene fra 1978 til 1983, men benægter at have deltaget i nogen overtrædelse af artikel 85, stk. 1. Atochem gør gældende, at virksomheden som nytilkommen på markedet havde behov for at indhente enhver oplysning, herunder sådanne som blev givet under producentmøderne, uden at binde sig til nogen som helst aftale om hverken priser eller mængder. Atochem nævnes af ICI som regelmæssig deltager i hele perioden.

Atochem har udsendt skriftlige prisinstruktioner, som stemmer overens med det, der blev nævnt på producentmøderne, og der

foreligger de samme beviselementer med hensyn til deltagelse i kvoteordninger og kundeledelsessystemer, som der findes med hensyn til de øvrige virksomheder.

Atochem har særligt gjort gældende, at de skriftlige prisinstruktioner, som blev givet, var udfærdiget på grundlag af oplysninger, som virksomheden var kommet i besiddelse af gennem læsning af European Chemical News. Heroverfor henviser Kommissionen til, at det ikke er afgørende, hvem der først har bebudet en prisforhøjelse, men hvordan denne er blevet vedtaget.

Heri må man efter min opfattelse give Kommissionen ret. Med hensyn til de prisinitiativer, som blev taget i 1979 og senere, var der ikke som i 1977 tale om, at en mindre gruppe producenter på egen hånd kan have truffet nogle beslutninger, som de øvrige tilsluttede sig efter at læst herom i fagpressen. Det fremgår tværtimod klart af bevismaterialet, at situationen var den, at der i møderne blev truffet beslutninger eller sikret forståelse om målpriser, som derpå bl.a. via fagpressen blev meddelt offentligheden.

Efter det anførte er det min opfattelse, at der foreligger tilstrækkeligt bevismæssigt grundlag for at fastslå Atochem's deltagelse i kartellet fra efteråret 1979 til kartellets ophør i efteråret 1983.

D — *BASF* (sag T-4/89)

Sammen med DSM og Hüls er BASF nævnt i beslutningens artikel 1 som deltager i kartellet fra et tidspunkt mellem 1977 og 1979 og indtil efteråret 1983. Hvis Retten, som jeg, vil lægge til grund, at kartellets virksomhed først kan antages at have udgjort en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, fra efteråret 1979, falder en væsentlig del af diskussionen i sagen om begyndelsestidspunktet for BASF's deltagelse bort.

I sin besvarelse af Kommissionens anmodning om oplysning anfører BASF, at medarbejdere fra virksomheden har deltaget sporadisk i møder i tiden før den 1. januar 1980. Med hensyn til perioden efter dette tidspunkt oplyser BASF om fire møder i 1981, hvori virksomheden har deltaget, og om et større antal møder i juni 1982 og senere. I stævningen kalder BASF sin deltagelse før juni 1982 for lejlighedsvis.

Efter min opfattelse bør man ikke lægge alt for megen vægt på den karakteristik, som BASF i processkrifterne giver af sin deltagelse i møder før juni 1982. I øvrigt er sagsøgerens deltagelse i kartellet fra efteråret 1979 dokumenteret på anden måde, navnlig ved de prisinstruktioner, som Kommissionen har benyttet til at godtgøre det samarbejde, som fulgte af de aftaler eller samordning af praksis, som blev indgået henholdsvis fandt sted i møderne. For det tredje er sagsøgeren

af ICI anført som deltager i møderne uden tidsbegrænsning. Det må i hvert fald være tilladt at konkludere, at deltagelsen i møderne var tilstrækkelige til at have givet BASF lejlighed til at følge med i, hvad der foregik under møderne, og indrette sig derefter.

Med hensyn til mængdemål ligger det ifølge de fremlagte tabeller klart, at BASF har deltaget på lige fod med de øvrige. BASF's benægtelse af at have deltaget i noget kundeledelsessystem forekommer ikke holdbar. Det ser oven i købet ud til, at Arenz fra BASF var den første, der gjorde opmærksom på den risiko, der lå i, at alle virksomhederne samtidig krævede nøjagtig samme pris, når en kunde henvendte sig. Ifølge mødereferatet fra det møde afholdt i september 1982, hvor dette blev sagt, enedes man om, at andre end den enkelte kundes hovedleverandør skulle tilbyde at sælge til en pris, der lå nogle få pfennig højere end den på dette tidspunkt aftalte pris, der var 2,00 DM. Referaterne fra de senere møder viser, at BASF ligesom de øvrige deltog i forsøgene på at dæmme op for følgerne af, at kunderne søgte derhen, hvor de kunne opnå de mest fordelagtige priser.

Jeg finder på dette grundlag, at det kan fastslås, at BASF har deltaget i kartellet i perioden fra efteråret 1979 til efteråret 1983 og har deltaget på lige fod med de øvrige virksomheder, som påstået af Kommissionen.

E — *Anic* (Enichem; sag T-6/89)

Anic har erkendt at have deltaget i producenternes møder i hvert fald fra efteråret 1979. Derimod henstår det noget usikkert, hvornår Anic's deltagelse i mødevirksomheden ophørte. I sit svar på Kommissionens anmodning om oplysninger skriver Anic, at virksomheden begyndte sin deltagelse i producentmøderne på et tidspunkt, der antagelig ikke lå langt fra møderækkens påbegyndelse. I beslutningens betragtning 19, stk. 1, er det anført, at Anic ikke deltog i møderne efter omkring midten eller udgangen af 1982, da Anic's interesser i polypropylensektoren blev overtaget af Montedipe. Kommissionen mener imidlertid, at Anic's deltagelse i kartellet varede frem til slutningen af 1982 eller begyndelsen af 1983 (jf. beslutningens artikel 1).

I Anic's besvarelse af Kommissionens anmodning om oplysninger anfører virksomheden, at den sidste deltagelse i et møde var i oktober 1982 i Zürich. Anic har senere anført, at denne oplysning beror på en fejl, og at virksomhedens mødedeltagelse sandsynligvis er ophørt i begyndelsen af 1982.

I et referat fra et møde i maj 1982 hedder det, at Anic / SIR ikke længere kommer. I et mødereferat fra september 1982 hedder det, at Anic måtte anses for et problem. Det anføres, at det var nødvendigt at udøve pres, og at Zacchi (Monte) blev anmodet om at få Morioni til at tale med Corradini (Anic). I et mødereferat vedrørende et møde afholdt den 2. november 1982 anføres det i

relation til situationen i Italien, at Anic ifølge Monte sammen med Saga, Amoco og BP måtte give anledning til bekymring.

Som Kommissionen erkendte under domsforhandlingen, findes der næppe i sagen bevis for, at Anic har deltaget i møder efter midten af 1982, og i hvert fald synes bemærkningen i mødereferatet fra maj 1982 om, at Anic ikke længere deltog, ikke at være modsagt af andre beviser. Det er muligt, at Anic kan have afgivet oplysninger til brug for forsøgene på at bringe en kvoteaftale i stand for året 1983, men der er efter min mening ikke tilstrækkelige holdepunkter i materialet for at antage, at Anic har deltaget i kartellets virksomhed efter midten af 1982. Dermed bør det lægges til grund, at Anic har deltaget fra efteråret 1979 indtil midten af 1982 og ikke som antaget af Kommissionen til slutningen af 1982 eller begyndelsen af 1983.

I perioden indtil midten af 1982 er Anic's deltagelse i kartellets prisinitiativer i det væsentlige dokumenteret gennem deltagelsen i møderne. Som omtalt under afsnittet om Rhône-Poulenc må dette anses for tilstrækkeligt bevis i den foreliggende situation, hvor deltagelse i mange møder over en længere periode er vanskeligt tænkelig uden deltagelsen i de foranstaltninger, hvorom der blev truffet beslutning i møderne. Der er i øvrigt ikke holdepunkter for at antage, som Anic mener, at handlinger, som tilskrives Anic, ligeså godt kan være foretaget af repræsentanter for SIR. Anic benægter jo i realiteten ikke sin egen deltagelse og i de fleste af de tabeller, der er fundet, nævnes disse to virksomheder da også hver for sig. At Anic og SIR nævnes sammen i mødereferatet fra maj 1982 betyder antagelig, at ingen af virksomhederne længere deltager i møderne.

Med hensyn til kvoteordningerne for den periode, hvori Anic har deltaget, foreligger samme beviser som mod de øvrige virksomheder. Kundeledelsessystemerne blev først indført fra det tidspunkt, da Anic's deltagelse må antages at være ophørt.

F — *Hercules* (sag T-7/89)

Hercules har særligt rejst spørgsmål om, hvorvidt virksomheden kan rammes af et bødeansvar i tilfælde, hvor en ansat måtte have handlet på egen hånd og i strid med sine foresattes instruktioner.

Det gøres gældende, at hr. Bastiaens' deltagelse var uofficiel, at han ikke havde sine overordnedes godkendelse, og at hans deltagelse var i strid med virksomhedens politik. Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at Bastiaens' deltagelse var eller burde have været kendt af hans overordnede, der efter Kommissionens opfattelse i hvert fald må have givet deres stiltiende godkendelse.

Bastiaens' deltagelse i møderne er eller i hvert fald forsøges omgærdet med nogen mystik. Det første spørgsmål, der melder

sig, er naturligvis: Hvad skulle han overhovedet i de møder? Sagsøgeren forklarer sin deltagelse med, at virksomhedens ledelse ikke tilstrækkeligt klart fik tilkendegivet over for Bastiaens, at sagsøgeren ikke ville deltage i de arrangementer, som sagsøgeren havde fået kendskab til i den første fase, dvs. i 1977. Det siges, at Bastiaens, ligesom møllet, flaksede omkring ilden, indtil han blev opslugt heraf, idet han begyndte at deltage i møderne. Han var ifølge sagsøgeren ansvarlig for at forudsige prisbevægelserne på markedet og for at vejlede de tilknyttede salgsselskaber om priser, og hans muligheder for at varetage denne opgave ville naturligvis forbedres, hvis han kendte de andre virksomheders hensigter. Sagsøgeren erkender, at det efterfølgende må konstateres, at virksomhedens øverste ledelse ikke førte tilstrækkeligt tilsyn med, hvad der foregik, men mener ikke, at det manglende tilsyn kan ligestilles med bevidst deltagelse fra virksomhedens side.

Kommissionen, der som nævnt mener, at Bastiaens' overordnede må have haft kendskab til, hvad der forgik, henviser til det oprindelige notat om mindsteprisaftalen og til et internt notat af 29. juli 1981, som begge ifølge Kommissionen og ubestridt af Hercules var stilet til Bastiaens og udarbejdet af hans overordnede. I sidstnævnte notat siges det: »Tro det eller ej, her er de 'officielle' priser for august og september«, hvorpå følger en række prisangivelser. Notatet slutter: »Dette har jeg modtaget på to tavler af en skægget herre, der kom ned fra et bjerg.«

Sagsøgeren forklarer endvidere indgående, at Bastiaens' stilling ikke indebar nogen fuldmagt til at forpligte virksomheden, idet han navnlig ikke havde rådighed over produktionen og dermed ikke kunne påtage sig at indgå aftaler om kvoter. Det siges, at han som overordnet dels havde en salgsdirektør, og dels virksomhedens administrerende direktør, hvortil salgsdirektøren refererede. På sin side hæfter Kommissionen sig ved, at Bastiaens havde titel af salgschef. Sagsøgeren understreger, at Bastiaens gentagne gange gav udtryk for, at hans deltagelse var »uofficiel«, og at han tilsyneladende ikke så meget har afgivet som indhentet oplysninger. Heroverfor henviser Kommissionen navnlig til, at Bastiaens tilsyneladende har været ret aktiv og haft gode idéer, og at han i hvert fald har været til stede.

De således foreliggende oplysninger giver et noget uklart billede. Er det, som Hercules hævder, den fremadstræbende medarbejder, der af karrieremæssige grunde tilsidesætter ordrer, der måske ikke er alt for klart formulerede? Eller er der, hvilket nok ligger implicit i Kommissionens opfattelse, tale om en virksomhed, der bevidst søger at begrænse opdagelses- og/eller bøderisikoen?

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Bastiaens var salgschef og havde ansvaret for vurderingen af markedet og som følge deraf må have haft faktisk indflydelse på prisfastsættelsen. Sagsøgeren har således utvivlsomt draget fordel af de indhentede oplysninger. Det er ligeledes dokumenteret

af Kommissionen, at Bastiaens' overordnede i nogle tilfælde har haft kendskab til, hvad der foregik på møderne, og notatet af 29. juli 1981 bærer i hvert fald ikke præg af, at hverken Bastiaens eller hans overordnede skulle have været uvidende om den generelle problemstilling. Der synes tværtimod at være tale om en betydelig grad af indforståethed. Endelig er det oplyst, at Bastiaens indtog en stilling som tredje led fra oven i en større virksomhed.

Hvordan det skulle kunne lade sig gøre at skjule, at en medarbejder i en rimeligt højt rangerende stilling deltager i møder, som den øverste ledelse fra tid til anden får kendskab til ad anden vej, forekommer gådefuldt. Det er muligt, at Bastiaens i et større eller mindre omfang har spillet dobbeltspil i forhold til sine overordnede. Det er også muligt, at Hercules gennem Bastiaens har spillet dobbeltspil i forhold til sine konkurrenter og gennem Bastiaens noget mysteriøse deltagelse har søgt at begrænse risikoen. Efter en samlet vurdering er jeg dog mest tilbøjelig til at mene, at Bastiaens overordnede må have haft kendskab til og i hvert fald stiltiende har godkendt, hvad der foregik, og at Hercules' indsigelse kan forkastes allerede på dette grundlag.

I sagen Melchers og Co. mod Kommissionen[98] lagde Domstolen vægt på den stillingsfuldmagt, som de, der handlede på virksomhedens vegne, sad inde med. Domstolen pålagde endvidere virksomheden bevisbyrden med hensyn til at godtgøre, at stillingsfuldmagten var overskredet.

98 — Sag 101/80 (én af Pioneer-sagerne), citeret i note 2 og 8.

Når der er tale om en stillingsfuldmagt, må det ligge klart, at fuldmagtens grænse som udgangspunkt må fastlægges på grundlag af objektive faktorer. Handlinger, der kendeligt for tredjemand udgør klare kompetenceoverskridelser, kan normalt ikke medføre ansvar for virksomheden. Retsstillingen synes derimod at være en noget anden, når en ansat handler inden for sin generelle stillingsfuldmagt, men i strid med ordrer, eller handler i yderkanten af sin stillingsfuldmagt.

Der findes ingen angivelse i de foreliggende dokumenter af, at Bastiaens klart og tydeligt gjorde opmærksom på, at han på ingen måde havde beføjelse til at foretage sig noget på sin virksomheds vegne, og at hans deltagelse ville være helt uden betydning for Hercules' adfærd på markedet. Noget sådant ville vel i øvrigt også være vanskeligt foreneligt med den stilling, han faktisk indtog i den sagsøgende virksomhed, hvortil kommer, at det formentlig også er tvivlsomt, om de andre mødedeltagere i så fald overhovedet havde givet ham lov til at deltage. Selve hans stilling i Hercules har ikke givet de andre deltagere anledning til at fastslå, at hans ord ikke havde nogen vægt. Bedømt ud fra det foreliggende bevismateriale synes de tværtimod at være gået ud fra, at han var i stand til at handle på Hercules' vegne.

Kombinationen af den stilling, han faktisk — og erkendt af Hercules — indtog, og af det forhold, at han havde en sådan position, at det lykkedes ham over en lang periode at give de andre indtrykket af, at han havde visse beføjelser, må efter min opfattelse medføre, at Hercules ikke har godtgjort, at Bastiaens overskred sin stillingsfuldmagt. Det er efter min mening ikke tilstrækkeligt,

at sagsøgeren nu bagefter hævder, at Bastiaens ikke havde bestemmende indflydelse med hensyn til produktionen mv., når sagsøgeren rent faktisk har ladet en højt rangerende medarbejder, der notorisk havde væsentlig indflydelse på prispolitikken, have så frie hænder, at han var i stand til at deltage. Jeg mener derfor, at dette anbringende må forkastes.

Ifølge Kommissionen har Hercules deltaget i kartellet fra dettes start til ophøret i november 1983. Heroverfor gør sagsøgeren gældende, at virksomheden i det højeste har spillet en væsentlig mindre rolle og har deltaget i et væsentligt kortere tidsrum end hævdet af Kommissionen.

Hercules erkender at have deltaget i møder fra maj 1979, men hævder at deltagelsen indtil maj 1982 var sporadisk og efter dette tidspunkt i hvert fald ikke regelmæssig. Efter august 1983 har ingen repræsentant for Hercules deltaget i møder eller haft kontakt med konkurrenter. Sagsøgeren henviser herved særligt til, at ICI i sin besvarelse af Kommissionens anmodning om oplysninger angiver, at Hercules' deltagelse i møderne var uregelmæssig, og at Hercules ikke i møderne oplyste om sine egne tal. Endvidere henviser Hercules til, at Monte i sit svar til Kommissionen har anført, at de vigtigste europæiske producenter i almindelighed deltog i møderne, bortset fra Amoco, Shell, BP og Hercules, idet Monte dog ikke helt vil udelukke, at sidstnævnte virksomhed deltog i nogle møder. Efter Hercules' opfattelse har Kommissionen uden grund undladt at tage hensyn til Hercules' ringe grad af deltagelse såvel ved skyldsvurderingen som ved bødefastsættelsen.

For perioden forud for maj 1982 har Bastiaens' deltagelse efter det foreliggende bevismateriale utvivlsomt ikke været så regelmæssig som mange af de øvriges. Hercules har selv i forbindelse med en intern undersøgelse fundet frem til, at Bastiaens med sikkerhed eller sandsynligvis forud for maj 1982 har deltaget i møder den 10. eller 11. maj 1979, den 1. eller 2. oktober 1980, den 27. eller 28. august 1981, den 16. december 1981, den 4. februar 1982 og den 9. eller 10. marts 1982. Hertil kommer et møde i Amsterdam, muligvis i 1979, og eventuelt et yderligere møde i London. Kommissionen har herudover henvist til, at Hercules i mødereferater fra 1983 anses for fast deltager.

Med hensyn til mødereferater og lignende foreligger det mødereferat fra et møde afholdt den 10. marts 1982, som nævnes i beslutningens betragtning 15, litra b) (bilag 23 til den generelle del af meddelelsen af klagepunkter), samt i øvrigt et referat fra et møde den 13. maj 1982. Skriftlige prisinstruktioner foreligger for perioden fra marts 1982. For perioden før marts 1982 foreligger den ovenfor omtalte note, hvorefter de officielle priser er blevet meddelt »på to tavler«. Endvidere foreligger der en kopi af en oversigt over prisudviklingen, som Bastiaens angiveligt har brugt som grundlag for et foredrag for virksomhedens sælgere. Heri hedder det blandt andet, at generel beslutsomhed bragte priserne op på 2,05 DM, det

tætteste man endnu var kommet offentliggjorte målpriser. Endelig bemærkes, at notatet vedrørende den oprindelige mindsteprisaftale fra 1977 hidrører fra Hercules.

Efter det anførte ligger det klart, at Hercules må have deltaget i kartellet i hvert fald fra marts 1982. Jeg vil ikke tillægge det afgørende betydning, at Bastiaens efter det foreliggende ikke selv er fremkommet med tal vedrørende sin arbejdsgiver. Hans deltagelse i møder og diskussioner og Hercules' udsendelse af prisinstruktioner, som stemmer overens med det aftalte, efterlader nemlig ikke rimelig tvivl om, at de øvrige har kunnet regne med, at Hercules' prispolitik fulgte de øvriges, hvilket må være tilstrækkeligt til at anse artikel 85, stk. 1, for overtrådt. Med hensyn til den periode, der ligger mellem efteråret 1979 og marts 1982, forekommer bevisgrundlaget noget svagere. Imidlertid ligger det fast, at Hercules har erkendt at have deltaget i et ikke ubetydeligt antal møder i denne periode, ligesom øvrige beviser dokumenterer, at Hercules under alle omstændigheder har været særdeles velinformeret om, hvad der foregik i kartellet. Jeg må derfor være af den opfattelse, at der er fornødent grundlag for at fastslå, at Hercules' deltagelse har strakt sig fra efteråret 1979 til kartellets ophør i 1983. Herved bemærkes, at Hercules' deltagelse i den kvoteordning for 1980, hvis eksistens må anses for bevist, ikke kan anses for mindre veldokumenteret end tilfældet er for de øvrige virksomheders vedkommende.

Hercules har i sin procedure lagt særlig vægt på, at de dokumentbeviser, som Kommissionen påberåber sig, er anden- eller tredjehåndsberetninger om forhold, som Hercules, bl.a. på grund af manglende kendskab til dokumenternes oprindelse, har været afskåret fra at undersøge nærmere. Som anført ovenfor i del I, afsnit E, punkt 2, må det imidlertid være en samlet bedømmelse af et dokuments beviskraft, der er afgørende, og hovedparten af de dokumenter, der påberåbes af Kommissionen, er efter en fornuftig målestok af meget stor bevisværdi. Det er i øvrigt vanskeligt at se, hvad der skulle have hindret Hercules i at søge yderligere afklaret, hvem der var ophavsmand til hvilke dokumenter, i det omfang det er kendt, f.eks. ved at rette henvendelse til Kommissionen.

G — *DSM* (sag T-8/89)

DSM anerkender at have deltaget med en vis regelmæssighed i kartellets møder fra den 1. januar 1981. For så vidt angår den forudgående periode, benægter sagsøgeren at have deltaget i møderne regelmæssigt eller i øvrigt på nogen struktureret vis.

Kommissionen, der ifølge beslutningens artikel 1 anser DSM for at have deltaget fra et tidspunkt mellem 1977 og 1979, gør heroverfor gældende, at DSM ifølge de foreliggende skemaer vedrørende mængdemål for 1979 og 1980 må have deltaget i hvert fald fra 1979.

Hvis Retten lægger min bevisvurdering vedrørende perioden fra 1977 til efteråret 1979 til grund, er det herefter DSM's mø-

dedeltagelse fra efteråret 1979 og til udgangen af 1980, der må anses for omtvistet. Når henses til, at ICI i sin besvarelse af Kommissionens anmodning om oplysninger har anført, at DSM hørte til de regelmæssige deltagere, bør der efter min opfattelse ikke lægges alt for megen vægt på virksomhedens egen karakteristik af mødedeltagelsen før den 1. januar 1981 som usystematisk eller ustruktureret, navnlig når der er tale om en periode, hvor der holdtes langt færre møder, end det senere blev tilfældet. Når hertil kommer, at DSM er nævnt på lige fod med de øvrige deltagere i de skemaer, som omtaler kvoter og mængder vedrørende 1979 og 1980, finder jeg det ubetænkeligt at lægge til grund, at DSM har deltaget i kartellet fra efteråret 1979.

I øvrigt har DSM udsendt adskillige prisinstruktioner, ligesom virksomheden i det foreliggende materiale er anført som »kundeleder«. Med hensyn til kvoteringsordninger foreligger der beviser af samme styrke som mod de øvrige sagsøgere.

DSM henviser i øvrigt til maximen »in dubio pro reo« og gør nærmere gældende, at Kommissionen ikke bør kunne kræve, at virksomhederne skal mønstre en overbevisende alternativ forklaring på det, som Kommissionen anser for fældende beviser. Det er for mig vanskeligt at se, at sådanne mere generelle overvejelser kaster noget nyt lys over bevisproblemerne i sagen. Den praktiske virkelighed er jo den, at der skal foreligge bevis for en overtrædelse, og at den, der skal bedømme beviserne, skal føle sig overbevist om det af Kommissionen anførte ud fra en samlet vurdering af bevisernes vægt. Som det er fremgået, bør man efter min opfattelse sætte bevisstyrkekravene højere, end Kommissionen har gjort, men der kan ikke i beslutningens tekst findes noget belæg for, at Kommissionen generelt skulle have misforstået almindelige principper for bevisbedømmelse, herunder princippet »in dubio pro reo«. Jeg mener derfor, at anbringendet bør forkastes.

H — *Hüls* (sag T-9/89)

Ifølge beslutningens artikel 1 skal Hüls have deltaget i kartellet fra et tidspunkt mellem 1977 og 1979 og mindst til november 1983. Efter den opfattelse, som jeg har givet udtryk for ovenfor under forslagets generelle del, opstår der imidlertid ikke spørgsmål om ansvar for nogen periode, der ligger forud for efteråret 1979.

Med hensyn til prisinitiativerne har Hüls i øvrigt i det væsentlige baseret sit forsvar på, at der ikke har foreligget eller *kan* have foreligget nogen aftale eller samordnet praksis omfattet af artikel 85, stk. 1. Den første del af argumentationen har sammenhæng med de fortolkningsspørgsmål, der er kernepunktet i nærværende sager, nemlig fortolkningen af begreberne aftale og samordnet praksis set i forhold til det i disse sager passerede. Den anden del af argumentationen støtter sig på overvejelser om adfærdens eventuelle virkninger på markedet og de konklusioner, som nogle vil drage af disse. Navnlig fremhæver Hüls professor Albach's opfattelse om, at den faktiske prisdannelse er vanskeligt foreneligt med en antagelse

om, at priserne skulle have været fastsat gennem kartelaftaler.

Til det af Hüls således anførte kan jeg i det hele henholde mig til mine bemærkninger ovenfor om fortolkningen af artikel 85 og om den generelle bevismæssige situation i sagen. Dog kan der være grund til på ny at understrege, at den økonomiske videnskab ikke ud fra teoretiske overvejelser kan eller skal afgøre, hvornår der foreligger en aftale eller samordnet praksis efter artikel 85. Det er en retlig afgørelse, der må træffes ud fra en samlet vurdering af alle de forelagte beviser, herunder naturligvis også de ekspert-erklæringer, der i denne sag er forelagt Retten.

Tilbage bliver herefter spørgsmålet om Hüls' mødedeltagelse, og hvad der i øvrigt fremgår af bevisdokumenterne om Hüls' rolle i sagen. Hüls anfører i denne forbindelse først, at virksomheden ifølge de af Kommissionen forelagte bilag har deltaget i møderne én gang i 1981 og fra 1982 hyppigere. I lokale møder vedrørende områder i EF har virksomheden ikke deltaget; heller ikke i et møde i Det Forenede Kongerige, afholdt den 18. oktober 1982.

I sit svar på Kommissionens meddelelser af klagepunkter vil Hüls ikke bestride at have deltaget i plenarmødet i januar 1981, ligesom det ikke skal have været udelukket, at Hüls' medarbejdere har deltaget i enkelte andre møder i 1981. I hvert fald, hedder det, må man gå ud fra, at Hüls tidligst har deltaget i møder fra januar 1981 og tidligst har deltaget regelmæssigt fra omkring maj 1982. Om lokale møder siges det, at en repræsentant for virksomheden alene har deltaget i en og anden drøftelse vedrørende det skandinaviske marked.

Heroverfor henviser Kommissionen først og fremmest til ICI's oplysninger om de øvrige virksomheders deltagelse i møderne, hvori ICI oplyser, at Hüls hørte til blandt de regelmæssige deltagere i møderne. Endvidere peger Kommissionen på, at Hüls er nævnt i listen over »reviderede« målmængder for 1979.

Efter det således anførte må det kunne lægges til grund, at Hüls i alt væsentligt har erkendt deltagelse fra begyndelsen af 1981, og at man bestrider deltagelse tidligere. Heroverfor står ICI's oplysninger, hvis pålidelighed i det væsentlige i øvrigt underbygges af de øvrige sagsøgeres erkendelser af varierende grad, og det forhold, at der ikke i øvrigt foreligger oplysninger, således som tilfældet var for Petrofina, der på nogen måde peger i retning af, at Hüls skulle have deltaget fra noget senere tidspunkt end det, der må antages at have været kartellets reelle begyndelse, nemlig efteråret 1979.

De skriftlige prisinstruktioner peger endvidere entydigt i retning af, at Hüls har deltaget på lige fod med de øvrige, mindre producenter, og Hüls er nævnt på nøjagtig samme måde som de øvrige.

I øvrigt går Hüls' forsvarsstrategi i det væsentlige ud på at hævde, at sagsøgeren i møderne har forfulgt en politik, der baserede sig på en kombination af mentalreservation og fejlinformation, hvilket navnlig skulle fremgå af forskellen mellem de fastsatte målpriser og de faktisk opnåede priser.

Som det vil være fremgået af mine generelle bemærkninger, viser forskellen mellem målpriser og faktiske salgspriser efter min opfattelse ikke, at virksomheden ikke deltog i udførelsen af de fælles planer. Vel kan det næppe undgås, at virksomheder, der også konkurrerer, i betydeligt omfang søger at fremme egne interesser på andres bekostning, når de skal forsøge at samarbejde, men en gennemført illoyal holdning til de øvrige som den, Hüls hævder at have haft, ville det næppe have været muligt at gennemføre over længere tid, uden at dette ville have sat sig spor i det foreliggende materiale. Det kraftigste udtryk herfor, der er fundet, er, at der i visse af mødenotaterne blev givet udtryk for, at nogle mindre producenter (i øvrigt ikke Hüls) var ambitiøse, samt at nogle var »balladem agere«. I mangel af konkrete holdepunkter for det modsatte må det være tilladt at beskrive Hüls' forklaring som utroværdig. Også kvoteordninger og kundeledelse har Hüls efter de foreliggende dokumenter deltaget i.

Det er på den baggrund min opfattelse, at der bevismæssigt er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at Hüls i det hele har deltaget i kartellet fra efteråret 1979 til omkring november 1983.

I — *Hoechst* (sag T-10/89)

Kommissionen har i sin beslutning anset Hoechst for at være én af de fire store producenter, som må bære et særligt ansvar for kartellets virksomhed (jf. navnlig beslutningens betragtning 67, 68 og 78).

Hoechst bestrider ikke deltagelse i de afholdte møder, men gør dog opmærksom på, at disse ikke var særligt talrige i tiden indtil 1981.

Hoechst's forsvar går i det væsentlige ud på at vise, at der ikke er solgt til de aftalte målpriser, og at virksomhedens omsætning heller ikke svarede til de aftalte kvoter. Endvidere peger Hoechst i sine processkrifter på de svagheder, som notorisk findes i Kommissionens bevismateriale. Endelig fremhæver Hoechst, at de i møderne udvekslede oplysninger med stor sandsynlighed ikke kunne bortvejre deltagernes usikkerhed med hensyn til de andres fremtidige adfærd på markedet og således eliminere konkurrencen. De rejste spørgsmål er alle behandlet i den generelle del af mit forslag til afgørelse.

Med hensyn til Hoechst's deltagelse i den særlige gruppe af store producenter fremgår det af bilaget vedrørende mindsteprisaftalen fra 1977, at Hoechst regnes blandt disse. Som det fremgår af min bevisvurdering med hensyn til situationen i 1977, er jeg enig med Kommissionen i, at det må anses for

bevist, at Hoechst på daværende tidspunkt har deltaget i den af Kommissionen hævdede kerneaftale. Ifølge ICI's svar på Kommissionens anmodning om oplysninger skal der, som nævnt i beslutningens betragtning 68, stk. 1, have eksisteret en særlig »forståelse« mellem de fire største producenter om, at hvis priserne skulle forhøjes, var det nødvendigt for disse fire virksomheder at gå i spidsen, også selv om det gik ud over deres eget salg. I et Shell-notat (bilag 94 til den generelle meddelelse af klagepunkter) hedder det, at: »... prisinitiativer taget af de store (Hoechst, M-P, ICI, Shell) har næppe nogen virkning«. I slutningen af 1982 påbegyndte de fire store at holde separate møder. Ifølge tabel 5 til beslutningen skal samtlige disse virksomheder have deltaget i i alt syv møder af denne art i tiden mellem den 13. oktober 1982 og den 22. august 1983. Hoechst bestrider at have deltaget i mødet den 13. oktober 1982 i Heathrow, og ICI har da heller ikke oplyst, at Hoechst skulle have deltaget. Som det fremgår af beslutningens betragtning 67, stk. 2, deltog Hoechst heller ikke i et møde med de øvrige store producenter den 17. juni 1981, hvorunder de forskellige muligheder blev drøftet.

Det nævnte skriftlige bevismateriale, sammenholdt med den kendsgerning, at Hoechst ikke — på nær nogle enkelte — bestrider deltagelse i hverken de generelle møder eller i de fire stores særlige formøder, og at Hoechst ikke bestrider de oplysninger, ICI har givet om mødernes indhold og formål, giver efter min opfattelse fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at Hoechst har deltaget i kartellets aktiviteter som hævdet af Kommissionen, bortset fra de dele heraf, som ifølge dette forslags generelle del ikke kan anses for tilstrækkeligt bevist.

J — *Shell* (sag T-11/89)

Shell's rolle i forbindelse med kartellets virksomhed ser umiddelbart ud til at være den mindst veldokumenterede, idet Shell ikke deltog i de øvrige virksomheders »chef- og ekspertmøder«.

Imidlertid deltog Shell som nævnt i de foregående afsnit i møder mellem de fire største producenter, ligesom Shell deltog i en række såkaldt lokale møder. Møderne mellem de fire største producenter, der i beslutningens betragtning 68, stk. 2, beskrives som »forberedende« møder afholdt forud for de såkaldte »chefmøder«, fandt notorisk sted dagen før chefmøderne, som ICI siger »af praktiske grunde«, fordi deltagernes hierakiske niveau var det samme som i chefmøderne.

Under retssagen har Shell ligesom under den administrative procedure bestridt, at disse møder på nogen måde kunne betragtes som formøder til chefmøderne eller, at der på møderne skete en samordning af deltagernes synspunkter med hensyn til emner, som skulle drøftes den følgende dag. Fra domsforhandlingen har vi indtryk af, at der var tale om socialt samvær uden specifikt formål. Den af Shell således afgivne forklaring forekommer på forhånd at være af begrænset troværdighed, og, som Kommissionen nævner i beslutningen, modbevises Shell's påstand af de foreliggende oplysninger, herunder oplysningerne om indholdet af møder mellem de fire store producenter i oktober 1982 og maj 1983.

Med hensyn til Shell's deltagelse i det oprindelige mindsteprisinitiativ fremgår min vurdering af dette spørgsmål af bemærkningerne herom i den generelle del af forslaget (jf. del I, afsnit F, punkt 5).

For så vidt angår tiden mellem efteråret 1979 og slutningen af 1982, ved vi, at Shell har erkendt, at virksomheden ofte modtog oplysninger fra ICI om målpriser mv. Vi ved også fra diverse mødereferater, at der foregik en betydelig kommunikation den modsatte vej, nemlig af oplysninger til deltagerne i plenarmøderne om Shell's stilling til forskellige spørgsmål. At der har været hyppige kontakter mellem ICI og Shell, fremgår af mødereferater fra møder den 27. maj 1981, den 17. juni 1981 og den 9. og 10. september 1982. Endvidere bør det i beslutningens betragtning 67, stk. 2, nævnte møde den 1. juli 1981, hvori tillige Montedipe deltog, nævnes.

Fra Shell International Chemical Company og fra Shell i Det Forenede Kongerige foreligger henholdsvis »prisanbefalinger« og prisinstruktioner, der følger de aftaler eller den samordning, der blev indgået eller fandt sted i plenarmøderne. Der er endvidere tilstrækkelige holdepunkter for at antage, at Shell har deltaget i kvoteordningen for 1980. De nationale Shell-organisationer har endelig efter bevismaterialet i et vist omfang deltaget som koordinatorer i kundeledelsessystemer.

Dette bevismateriale giver samlet efter min opfattelse tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at Shell har deltaget såvel i kartellet som sådant som i den særlige gruppe af de fire store, som påstået af Kommissionen. At Shell ikke fysisk har deltaget i plenarmøderne, hverken på ekspert- eller chefplan, har ikke efter min mening været afgørende, i det omfang det som i det foreliggende tilfælde er dokumenteret, at Shell har givet og modtaget de relevante oplysninger, henholdsvis til og fra møderne, og ses at have samordnet sig med resultaterne af møderne.

Endelig bemærkes, at jeg ikke kan lægge særlig vægt på de indsigelser fra Shell's side, der vedrører Shell-gruppens struktur eller interne organisation, som er forholdsvis decentraliseret (jf. herved beslutningens betragtning 102, stk. 1 og 2). Shell's hovedsynspunkt går ud på, at det foretagende, hvortil beslutningen er rettet, nemlig Shell International Chemical Company, ikke havde nogen form for instruktionsbeføjelse over for de selskaber, der varetog salget af polypropylen, og at Shell International Chemical Company, der af Shell beskrives som et rent serviceselskab, måtte indhente godkendelse fra de nationale Shell-virksomheder for at indgå nogen som helst aftale. Efter den foreliggende dokumentation ligger det imidlertid fast, at det var Shell International Chemical Company, der deltog i formøderne og koordinerede kommunikationen af priser. Der er således næppe megen tvivl om, at det var dette selskab, der stod i centrum af begivenhederne på Shell's side, og Shell's påberåbelse af den interne struktur må således efter min opfattelse snarest ses som et forsøg på at »strukturere« sig ud af et bødeansvar, hvilket naturligvis ikke er acceptabelt.

K — *Solvay* (sag T-12/89)

I sagsøgerens svar på Kommissionens anmodning om oplysninger erkendes deltagelse i producentmøder fra begyndelsen af 1978, hvilket stemmer overens med det af ICI oplyste. Solvay har således deltaget i kartellet i den periode, for hvilken der foreligger bevis for overtrædelse af artikel 85, stk. 1, dvs. fra efteråret 1979 til udgangen af 1983. Herved bemærkes særligt, at deltagelse i den oprindelige mindsteprisaftale ikke kan anses for bevist, bl.a. fordi det under sagen meget omdiskuterede notat af 6. september 1977, som nævnes i beslutningens betragtning 16, stk. 5, end ikke blev meddelt Solvay på den ifølge Domstolens praksis korrekte måde.

Solvay hører til blandt de virksomheder, der beskriver deres egen rolle som fuldstændig passiv. Dette argument modbevises af de foreliggende mødereferater, og de faktiske omstændigheder, hvorpå Kommissionen bygger sin afgørelse, bestrides i realiteten næppe. I stævningen omtales, at Solvay deltog i møderne alene med det formål at indhente tekniske og kommercielle oplysninger, som kunne bruges til at overvinde de handicaps, som fulgte af, at virksomheden var ny på markedet. Det hedder imidlertid videre, at »sagsøgeren i øvrigt ikke vil bestride, at denne informationsudveksling i sagsøgerens bevidsthed kunne være egnet til at begrænse virkningerne af den krise, som var opstået på grund af den for store produktionskapacitet på markedet«. Sagsøgeren henviser endvidere til, at sagsøgeren selv og flere andre virksomheder spillede dobbeltspil. Det refereres således, at sagsøgeren under de mundtlige forhandlinger for Kommissionen har sagt, at kunsten at »bluffe« nåede særdeles store højder på de pågældende møder.

Når man læser mødereferaterne, får man et udmærket indtryk af, at der har været et klima af konstruktiv, gensidig mistillid mellem mødedeltagerne, men også af, at mødedeltagerne har arbejdet seriøst med de problemer, de stod over for. Jeg mener ikke, at det er muligt af Solvay's teori om dobbeltspil at udlede noget, der kan være af væsentlig betydning for vurderingen af, om der forelå en overtrædelse af artikel 85, stk. 1.

Tilsvarende gælder argumentet om, at deltagernes interesser var så forskellige og indbyrdes uforenelige, at dette i sig selv skulle udelukke, at aftaler eller samordning kunne indgås eller opnås. Denne argumentation drejer sig i realiteten i høj grad om deltagernes motiv. Synspunktet går ud på, at medens de virksomheder, som var indarbejdet på markedet i 1977, måtte forsøge at holde fast på deres markedsandele og i øvrigt søge at opnå højere priser, bestod de nye producenters interesse i at tilkæmpe sig andele, om fornødent ved at underbyde de eksisterende virksomheder.

Som det kan ses af sagen, er synspunktet faktisk urigtigt. Flere steder i bevismaterialet er der nemlig tale om, at andre, dvs. navnlig de store producenter, begrænser deres salg og frivilligt afgiver markedsandele. Som teoretisk synspunkt holder det heller ikke. Som

anført ovenfor ved note 1, kan der for en eksisterende virksomheds synspunkt efter omstændighederne være lige så god mening i at søge på fredelig vis at integrere en ny markedsdeltager som at indlede f.eks. en priskrig.

I øvrigt går ICI's strategi i sagen ud på at angribe på ethvert punkt, hvor dette på nogen måde er muligt. I dette forslags generelle del har jeg i alt væsentligt taget stilling til ICI's anbringender.

Solvay's øvrige argumentation vedrører emner, som er behandlet ovenfor under forslagets generelle del. Heller ikke for Solvay's vedkommende er der nogen grund til at tvivle om, at pris- og kvoteaftaler eller samordning blev indgået eller opnået, selv om der solgtes til lavere priser, og selv om de solgte mængder ikke altid passede til den tildelte kvote.

ICI gør herudover bl.a. gældende, at det ikke kan antages, at den adfærd, som sagsøgerne udviste, faktisk påvirkede samhandelen mellem medlemsstater. Efter ICI's opfattelse hverken forøgede eller formindskede kartellets virksomhed samhandelen, ligesom den ikke havde nogen indflydelse på konkurrencestrukturen. Handelen mellem medlemsstaterne var allerede betydelig og forøgedes i den periode, hvori kartellet var i funktion.

Jeg mener derfor, at det må fastslås, at Solvay har deltaget i kartellet fra efteråret 1979 til dettes ophør i efteråret 1983.

Denne argumentation skal holdes op imod Kommissionens understregning (i beslutningens betragtning 93 og 94) af, at fastsættelse af målpriser mv. må have påvirket og må have fordrejet samhandelsmønstret.

L — *ICI* (sag T-13/89)

Den bevismæssige situation er for så vidt enklest for de helt centralt placerede sagsøgere, ICI og Montedipe. I disse sager er der i virkeligheden i høj grad tale om en argumentation, der vedrører spørgsmålet om grænserne for lovlig adfærd, ikke så meget om en vurdering af beviserne mod disse virksomheder, beviser der uden overdrivelse kan karakteriseres som temmelig massive. I begge tilfælde foreligger der i realiteten erkendelse af de faktiske omstændigheder, der efter Kommissionens opfattelse realiserer gerningsindholdet i artikel 85, stk. 1, og i begge tilfælde søges lovligheden af den udviste adfærd godtgjort på forskellig måde.

Det er indlysende, at man, hvis man går ud fra, at kartellet ikke har haft nogen som helst virkning på konkurrencen, samtidig må nå til den konklusion, at det heller ikke har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne. Det er imidlertid lige så klart, at aftaler og samordnet praksis af den art, som kartellet benyttede som middel til at søge at opnå højere priser, *kan* påvirke samhandelen mellem medlemsstater, hvilket nu engang er kriteriet efter artikel 85, stk. 1, og Domstolens faste praksis. En eller flere virksomheder kunne f.eks. være blevet foranlediget til

at trække sig tilbage fra markedet, fordi konkurrencen blev for voldsom uden kartellet. Det er klart, at markedet i så fald ville have været et andet, end det faktisk blev. ICI's indsigelse bør derfor forkastes.

I øvrigt kan ICI's ledende rolle i kartellet give anledning til nogle få bemærkninger. ICI gør gældende, at der ikke i ledelsen af gruppen lå nogen kvalificeret funktion. Gruppelederen havde ifølge ICI alene praktisk koordinerende opgaver. Heroverfor er Kommissionen af den opfattelse, at ICI har spillet en helt central rolle i kartellet. Ud over deltagelse i plenarmøder, deltagelse i møder mellem de fire store producenter og deltagelse i en lang række såkaldt lokale møder i flere lande, fremgår det af de foreliggende beviser, at ICI nærmest har fungeret som en slags »indpisker«. Der henvises her særligt til de i beslutningens betragtning 40 og 59 nævnte dokumenter, hvoraf direkte fremgår, at det må have været ICI, der fra midten af 1982 var den virksomhed, som med størst iver virkede for at få kartellet til at fungere efter hensigten. Jeg finder derfor, at der må gives Kommissionen medhold i vurderingen af ICI's rolle i kartellet.

ICI gør gældende, at Kommissionens vurdering af produktmarkedet har været fejlagtig på forskellige punkter (som ikke er nævnt andetsteds i nærværende forslag). ICI anfører således, at »de forholdsvis ubetydelige mængder« polypropylen, der ifølge beslutningens betragtning 7 indføres i Fællesskabet, kan have en særdeles betydelig, negativ indflydelse på markedspriserne. Efter ICI's opfattelse var forholdet endvidere det, at det først var i anden halvdel af 1983 (altså ikke i 1982), at der på ny opstod en rimelig grad af balance mellem udbud og efterspørgsel på det vesteuropæiske marked. Endelig gør ICI gældende, at Kommissionen har undervurderet industrisektorens problemer ved at undlade at tage hensyn til det betydelige fald efter 1977 i prisen på produkter, som kunne substituere polypropylen, herunder andre plasticprodukter. Truslen om, at efterspørgslen ville rette sig mod andre materialer, gjorde det således vanskeligt at holde polypropylenprisen i vejret, hvilket yderligere understregede virksomhedernes problemer.

Som Kommissionen med rette fremhæver, er det vanskeligt at se, hvorledes eventuelle fejlvurderinger på de nævnte punkter kan påvirke beslutningens lovlighed eller rigtighed. Om en beskeden importmængde påvirker priserne lidt eller meget er helt irrelevant for vurderingen af ansvaret og overtrædelsens grovhed. At det var vanskeligt at holde polypropylenprisen i vejret var jo tydeligt, og ICI's tanke fører vel nærmest til, at virksomhederne skulle præmieres, fordi de gav sig i kast med en lovovertrædelse, som det var vanskeligt at gennemføre med held, fordi der i sig selv var tale om en svær opgave. At markedet muligvis først kom i balance senere, end deltagerne antog, ændrer efter mit skøn intet ved det forhold, at det — om noget — må anses for en skærpende omstændighed, at deltagerne var indstillet på at fortsætte ulovlighederne på et tidspunkt, da de med rette eller urette troede, at markedet var i balance (jf. beslutningens betragtning 37, stk. 3, og nedenfor under del III, afsnit B).

M — *Montedipe* (sag T-14/89)

Ligesom ICI erkender Montedipe i alt væsentligt de faktiske omstændigheder, hvorpå Kommissionens beslutning bygger. Som Kommissionen fremhæver, baseres Monte's forsvar mod beslutningen i alt væsentligt på en opfattelse, der går ud på, at den udviste adfærd må anses for lovlig under de særlige forhold, der var gældende i polypropylensektoren i den omhandlede periode. Monte's synspunkter, der er præget af betydelig originalitet, kan sammenfattes i nogle få punkter.

For det første må kartellets virksomhed efter Montedipe's opfattelse anses for lovligt, fordi det havde til formål at forhindre, at de deltagende virksomheder solgte til underpriser, hvilket ville have været udtryk for illoyal konkurrence. Og da artikel 85, stk. 1, ikke beskytter illoyal konkurrence, var kartellet ikke i strid med denne bestemmelse. Som Kommissionen med rette fremhæver, kan sagsøgerens synspunkter ikke på nogen måde støtte en antagelse om, at kartellet skulle have været lovligt. Konkurrencereglerne har bl.a. til formål at forhindre, at en eller flere virksomheder, der indtager en dominerende stilling på markedet, hver for sig eller efter aftale holder kunstigt lave priser for at forhindre andre i at komme ind på markedet.

I de foreliggende tilfælde var situationen imidlertid den omvendte. Såvel de eksisterende som de nye virksomheder søgte jo at holde kunstigt høje priser, og det er under alle omstændigheder vanskeligt at tale om illoyal konkurrence, når man tager den — lave — pris, man kan opnå. Det er vel i øvrigt karakteristisk, at Monte under domsforhandlingen på forespørgsel gav udtryk for, at man næppe på egen hånd ville have været i stand til at udkonkurrere de nytilkomne producenter.

Som anført i indledningen til dette forslag til afgørelse har også erhvervsvirksomheder ret til at mødes og i fællesskab varetage deres interesser. Dette har ingen bestridt. Ifølge Monte's opfattelse er Kommissionens beslutning imidlertid udtryk for en krænkelse af meningsfriheden, informationsfriheden, forsamlingsfriheden og foreningsfriheden. Det er klart, at man til enhver tid må være på vagt over for nidkære embedsmænd, der i ethvert møde mellem erhvervsdrivende vil se et arnested for ulovlige aftaler eller ulovlig samordning af praksis. Trods de indlysende vanskeligheder, Fællesskabets myndigheder kan have med at skaffe bevis i sager af denne art, må bevisovervejelser aldrig udvikle sig til ren spekulation. På den anden side må det som nævnt være tilladt i et vist omfang at slutte fra deltagelse i en lang række møder, hvor der foregår noget ulovligt, til deltagelse i ulovlighederne, uden at nogen frihedsrettigheder er tilsidesat. Der er i virkeligheden tale om at holde bevisvurderingen inden for alment acceptable rammer. I de foreliggende sager er der for mig ingen tvivl om, at beviserne i sig selv er tilstrækkeligt overbevisende til at modbevise enhver teori om, at der ved beslutningen skulle være sket en de facto krænkelse af nogens frihedsrettigheder.

Den resterende del af Montedipe's argumentation — som ikke er behandlet andetsteds — kan formentlig sammenfattes således, at Monte mener, at nødretssynspunkter

må kunne føres i felten som grundlag for en påstand om kartellets lovlighed. Med et smukt eksempel redegør Monte for, at virksomhedens adfærd må sammenlignes med skibbrudnes, der alle følger en opfordring fra den ene til at svømme i land, hvilket skulle være den eneste rationelle handlemåde. Er opfordringen hertil et forslag om en aftale eller blot en simpel konstatering af den eneste vej til redning, spørger Monte. I konkurrenceretlig sammenhæng må svaret ubetinget være, at der foreligger en opfordring til at indgå en aftale. Konkurrenceretten, som denne fungerer under EØF-Traktatens artikel 85, har nemlig ikke til formål at forhindre, at nogen drukner. Der findes ikke i EØF-Traktaten noget solidaritetsprincip inden for konkurrenceretten, således som tilfældet er inden for EKSF-Traktatens rammer, og i hvert fald er det ikke virksomheder — som forudsættes at konkurrere — der kan søge at indføre det. Monte hævder i et yderligere anbringende, at kartellet har haft særdeles gavnlige virkninger, idet der er sket en forøgelse af produktionen, salget og forbruget samt en formindskelse af importen. Som Kommissionen anfører, kan det i høj grad diskuteres, om kartellet har haft eller kan have haft sådanne virkninger. I hvert fald er de ikke påvist, og forbuddet i artikel 85, stk. 1, gælder, uanset om nogle virksomheder måtte have været i stand til at øge deres salg gennem kartelaftaler.

Monte's ledende rolle er mindre veldokumenteret end ICI's. På den anden side er det ubestridt, at Monte ledede gruppen indtil midten af 1982, og der er ikke grund til at tro, at ledelsen skulle have indebåret mindre væsentlige opgaver før ICI's overtagelse.

N — *Chemie Linz* (sag T-15/89)

Chemie Linz skal ifølge beslutningens artikel 1 have deltaget i kartellet fra november 1977 og til dettes ophør.

Linz har gjort gældende, at virksomheden i hvert fald ikke har deltaget i kartellets møder fra disses begyndelse. Linz har fremhævet, at der først findes dokumentation for virksomhedens deltagelse fra begyndelsen af 1981. I øvrigt hævdes det, at sagsøgeren ikke længere er i stand til at fastslå, fra hvilket tidspunkt mødedeltagelsen påbegyndtes. I besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter har Linz i denne forbindelse henvist til, at virksomhedens deltagelse i møder fra begyndelsen forekommer højst usandsynlig i betragtning af virksomhedens svage stilling i fællesmarkedet. Herudover henvises til, at ICI's oplysninger om andre virksomheders mødedeltagelse ikke indeholder nogen nærmere beskrivelse med hensyn til, i hvilket tidsrum der kan være tale om mødedeltagelse. I øvrigt gør Linz i det væsentlige gældende, at deltagelsen alene har haft til formål at indhente oplysninger.

Heroverfor har Kommissionen henvist til, at Linz må have deltaget i kvoteordningen vedrørende 1979, og at Linz ifølge ICI's oplysninger har været en regelmæssig deltager i møderne, uden tidsmæssig begrænsning.

En gennemgang af de mødereferater og -noter, der er fremlagt som beviser i sagen, sammenholdt med ICI's udtalelse om Linz' deltagelse i kartellet, viser efter min opfat-

telse, at Linz har deltaget på lige fod med de fleste af de andre, mindre virksomheder, med hensyn til målpriser, kvoter og kontoledelse. Det fremgår endelig klart af mødereferaterne, at Linz gennem prisinstruktioner i tæt tilknytning til de respektive møder i kartellet har søgt at realisere målpriserne. Der er ud over Linz' egen udtalelse intet i sagen, der kan svække troværdigheden af de indicier om mødedeltagelse fra efteråret 1979, som følger af gennemgangen af beviserne.

Det må efter min opfattelse herefter bevismæssigt lægges til grund, at Chemie Linz har deltaget i kartellet fra efteråret 1979 til omkring november 1983.

III — Sanktionsspørgsmålene

A — *Kommissionens bødepolitik*

I medfør af artikel 15 i forordning nr. 17 kan Kommissionen som bekendt pålægge virksomheder bøder for forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencereglerne. Bøderne kan udgøre indtil 10% af de pågældende virksomheders omsætning i det seneste regnskabsår. Ifølge bestemmelsen skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

I de foreliggende sager er der pålagt bøder, der umiddelbart forekommer ganske høje set i forhold til det niveau, på hvilket bøder i konkurrencesager i øvrigt ligger. Det er således næppe forkert, når det i sagen er blevet fremhævet, at summen af bøderne i polypropylensagerne overstiger summen af samtlige de bøder, der tidligere er blevet pålagt. En sammenligning med f.eks. den oversigt, som findes hos Bellamy og Child[99], giver også indtryk af, at der er tale om et højt bødeniveau. Det er imidlertid ubestridt, og ubestrideligt, at bøderne i de foreliggende tilfælde udgør en beskeden del af de 10% af virksomhedernes samlede omsætning, som er maksimum ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

Samtlige virksomheder har uanset dette gjort gældende, at bøderne er for høje. Sagsøgernes indsigelser deler sig naturligt i indsigelser, der vedrører det generelle bødeniveau, og indsigelser, der mere specifikt drejer sig om den enkelte sagsøgers forhold.

Det siges ikke direkte i beslutningen, men både bødernes størrelse sammenlignet med tidligere pålagte bøder og den generelle del af Kommissionens svarskrift lader ane, at selv om der måske ikke er sket en egentlig skærpelse af det generelle niveau, har Kommissionen i hvert fald pålagt bøder, der er udtryk for en opadgående tendens. Der kan derfor være grund til at overveje spørgsmålet om holdningen fra de judicielle myndigheders side til Kommissionens bødepolitik som sådan.

99 — *Commom Market Law of Competition*, s. 498-500, jf. note 78.

I 1979 skærpede Kommissionen med Pioneer-beslutningen [100] bødeniveauet betydeligt for overtrædelsestyper med hensyn til hvilke, der forelå en fast praksis eller som i øvrigt efter Kommissionens opfattelse var særligt grove. Efter Kommissionens opfattelse var bødeniveauet ikke tilstrækkeligt højt til at virke præventivt i forhold til virksomhederne, der måske kalkulerede med at opnå så betydelige fordele ved ulovlig adfærd, at det kunne betale sig at løbe risikoen for en beskeden bøde. I sin Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken gav Kommissionen mere generelt udtryk for sin skærpede holdning til bødepolitikken, (s. 57 ff.).

Kommissionen henviste heri til, at der i de omtrent tyve år, konkurrencereglerne havde været i kraft, kun var blevet ikendt relativt små bøder, og at den havde konstateret, at bøderne ikke var store nok til at afholde virksomhederne fra fortsat at overtræde konkurrencereglerne, selv hvor der er tale om helt oplagte overtrædelser. Kommissionen henviste herefter til, at den i en beslutning fra udgangen af 1979 derfor havde bebudet, at den havde til hensigt at forstærke bødernes præventive virkning ved at forhøje det generelle bødeniveau, når der er tale om alvorlige overtrædelser, dvs. navnlig overtrædelser, som allerede tidligere er blevet straffet med bøder i henhold til kommissionsbeslutninger eller domstolsafgørelser. Med hensyn til aftaler, indgået mellem virksomheder, henviste den, uden at dette skulle betragtes som udtømmende, bl.a. til eksportforbud, markedsopsplitninger, horisontale eller vertikale prisfastsættelser samt kvoteordninger. For så vidt angår misbrug af dominerende stilling, nævntes uberettiget leveringsnægtelse, prisdiskrimination, langsigtede eksklusivaftaler eller præferenceaftaler om levering og ydelse af loyalitetsrabatter.

Med hensyn til fastsættelsen af bødens størrelse fremhævede Kommissionen, at der skal tages hensyn til en lang række forskellige faktorer, og at dette er årsagen til, at der ikke kan være tale om en matematisk udregning ud fra en fast formel, men derimod kun om en juridisk og økonomisk vurdering, der foretages i den enkelte sag på grundlag af ovennævnte principper.

I Pioneer-dommen [101] godkendte Domstolen denne nye skærpede holdning fra Kommissionens side. Domstolen udtalte bl.a. (s. 1905 ff.):

»Det bemærkes, at Kommissionens kompetence til at pålægge de virksomheder bøder, som forsætligt eller uagtsomt overtræder Traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, er et af de midler, som Kommissionen har fået tildelt, for at den kan udføre sin tilsynsopgave ifølge fællesskabsretten. Denne opgave indebærer ikke blot, at individuelle overtrædelser skal efterforskes og forfølges, men også en pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i Traktaten fastlagte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning.

100 — Beslutning af 14.12.1979: EFT L 60 af 5.3.1980, s. 21.

101 — Jf. note 8.

Følgelig bør Kommissionen, når karakteren af en overtrædelse fastslås med henblik på at fastsætte bødens størrelse, ikke blot tage hensyn til særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde, men også til den sammenhæng, overtrædelsen indgår i, og påse, at den trufne forholdsregel er af tilstrækkelig forebyggende karakter, især for så vidt angår den type overtrædelser, som i særlig grad kan bringe gennemførelsen af Fællesskabets formål i fare.

...

Kommissionen kunne derfor frit tage hensyn til det forhold, at denne form for adfærd stadig — skønt dens ulovlighed allerede blev fastslået i begyndelsen af den fælles konkurrencepolitik — er forholdsvis hyppig på grund af den fortjeneste, som visse virksomheder kan opnå herved, og følgelig skønne, at det var nødvendigt at pålægge større bøder for således at forstærke disses forebyggende virkning.

Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan af samme grund ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 17 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik. For at Fællesskabets konkurrenceregler kan gennemføres effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikkens krav.«

Med denne dom er en række punkter, som også har været omdiskuteret i de foreliggende sager, reelt blevet afklaret. Efter min opfattelse giver dommen således for det første sikker støtte for Kommissionens synspunkt om, at det som udgangspunkt er den, der formulerer sanktionspolitikken i relation til Fællesskabets konkurrenceregler. Dette er da også realt velbegrundet. Det er Kommissionen, der har den umiddelbare kontakt med det pågældende retsområde, og det er Kommissionen, der behandler det store antal sager, medens det ifølge sagens natur er forholdsvis tilfældigt, hvilke sager Retten og Domstolen får forelagt.

Heraf følger efter min opfattelse, at Fællesskabets domsmyndigheder under normale omstændigheder ikke bør føre deres egen sanktionspolitik, men — inden for rammerne af forordning nr. 17 — overlade fastsættelsen af det generelle bødeniveau til Kommissionen. Jeg er derfor i denne henseende enig med generaladvokat Warner, når han i BMW-sagen [102] gav udtryk for, at Domstolens fulde prøvelsesret i henhold til artikel 17 i forordning nr. 17 (jf. Traktatens artikel 172) ikke er ensbetydende med, at Domstolen i ethvert tilfælde bør sætte sit eget skøn med hensyn til udmålingen af en passende bøde i stedet for Kommissionens skøn.

Efter min opfattelse kan der alene være grund til at gribe ind, hvis Kommissionen umotiveret fraviger et forholdsvis fast niveau i en enkelt sag og dermed fraviger lighedsprincippet. At Kommissionen som hævdet af sagsøgerne skulle have gjort dette i de foreliggende sager, er der efter min opfattelse imidlertid ikke grundlag for at antage. I de parallelle afgørelser i PVC- og LdPE-sagerne [103] synes bøderne således også at ligge

102 — Dom af 12.7.1979, forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, BMW Belgium SA m.fl. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. s. 2435, på s. 2494.

103 — Jf. note 43.

højt, navnlig når henses til, at der ved bødefastsættelsen i disse sager er taget hensyn til, at flertallet af virksomhederne var blevet pålagt bøder for deres deltagelse i polypropylenkartellet. I de seneste, nogenlunde sammenlignelige afgørelser[104] ligger bødeniveauet også højt: 7 mio. ECU til hver af virksomhederne Solvay og ICI i sag IV/33.133-A samt 3 mio. ECU til Solvay og 1 mio. ECU til Chemische Fabrik Kalk i sag IV/33.133-B, hvortil kommer bøder på 20 mio. ECU til Solvay i sag IV/33.133-C og 10 mio. ECU til ICI i sag IV/33.133-D.

Da der således ikke er grund til at antage, at Kommissionen i polypropylenafgørelsen har fraveget det generelle bødeniveau, som den har anvendt siden Pioneer-dommen, bør Retten efter min vurdering tage udgangspunkt i det bødeniveau, som Kommissionen har benyttet i de foreliggende sager.

Selv om det ikke er afgørende, gælder dette efter min opfattelse så meget mere, som polypropylenkartellet fortsatte uanfægtet efter den 5. marts 1980, da Pioneer-beslutningen blev offentliggjort, og sagsøgerne således blev gjort opmærksom på, at det kunne blive meget kostbart for dem at overtræde konkurrencereglerne.

104 — Kommissionens beslutninger af 19.12.1990: IV/33.133-A, natriumkarbonat, Solvay, ICI, IV/33.133-B, natriumkarbonat Solvay, CFK, IV/33.133-C, natriumkarbonat, Solvay, og IV/33.133-D, natriumkarbonat, ICI.

B — *Har Kommissionen taget alle relevante faktorer i betragtning?*

Når det generelle bødeniveau således er fastlagt, må det undersøges, om Kommissionen har taget alle relevante faktorer i betragtning ved bødefastsættelsen. Dette skal naturligvis fremgå af beslutningen.

De grundlæggende kriterier for bødeudmålingen er ifølge forordning nr. 17, artikel 15, stk. 2, ud over de beløbsmæssige grænser, overtrædelsens grovhed samt dens varighed.

I beslutningen anfører Kommissionen (betragtning 107, stk. 2) først, at overtrædelsen har været forsætlig. Der er efter det foreliggende bevismateriale for mig at se ingen tvivl om, at Kommissionen har ret i, at virksomhederne var fuldt vidende om såvel ulovligheden af deres handlinger som de alvorlige sanktioner, der kunne blive tale om. Der foreligger derfor utvivlsomt forsætlige overtrædelser, som under alle omstændigheder må bedømmes væsentligt strengere end uagtsomme[105].

Med hensyn til det sidstnævnte af de kriterier, som ifølge forordning nr. 17, artikel 15, stk. 2, skal bringes i anvendelse, anfører Kommissionen, at overtrædelsen var af forholdsvis lang varighed.

105 — Jf. f.eks. generaladvokat Warner i BMW-sagen, s. 2493, citeret i note 102.

Den varighed, som kartellet kan antages at have haft ifølge den opfattelse, jeg har givet udtryk for ovenfor, strækker sig fra efteråret 1979 til efteråret 1983, dvs. omkring 4 år, og ikke som Kommissionen har lagt til grund i beslutningen og dermed også ved bødeudmålingen, ca. 6 år. Det bemærkes, at bødeansvaret for overtrædelserne, der blev begået af ICI, Montedipe, Shell og Hoechst i efteråret 1977 frem til foråret 1978, som nævnt ovenfor under del I, afsnit G, må anses for forældet.

Da det af Kommissionen anvendte generelle bødeniveau som anført ovenfor bør lægges til grund, må der ske en vis reduktion af bøderne som følge af, at overtrædelsen ikke kan antages at have varet så længe, som Kommissionen hævder. Nedsættelsen bør imidlertid ikke ske proportionalt i forhold til længden af den periode, som lades ude af betragtning, idet kartellets organisation i perioden efter efteråret 1979 fik et stadig mere »professionelt« tilsnit, medens det, for så vidt angår de tidligere perioder, ifølge Kommissionens opfattelse antog mindre grove former og er blevet vurderet herefter i beslutningen. En skønsmæssig nedsættelse af bøderne på 10-15% vil jeg finde er passende i denne sammenhæng.

I forbindelse med diskussionerne om varigheden af kartellet har nogle af sagsøgerne gjort gældende, at varigheden alene bør bedømmes efter de perioder, for hvilke Kommissionen i beslutningen mener, at der er foregået ulovligheder, f.eks. således, at det er den samlede længde af de enkelte prisinitiativer og ikke længden af den periode, i hvilken der var mødeaktivitet, der skal tages i betragtning. Selv om jeg som anført ovenfor ikke er ganske enig med Kommissionen i dens opfattelse af sagskomplekset som en »rammeaftale«, er sagsøgernes strengt matematiske opfattelse af kartellets varighed ikke rigtig efter mit skøn. Varigheden må bedømmes efter hele den periode, hvori der var aktivitet, der kan sættes i umiddelbar forbindelse med ulovlighederne.

Det kræver ingen nærmere redegørelse at fastslå, som Kommissionen har gjort (beslutningens betragtning 107, stk. 4), at der var tale om en særdeles grov overtrædelse. Sagsøgerne har haft et meget klart forsæt til at søge at opnå et prisniveau, der lå over markedets niveau, og i hvert fald med hensyn til den del af perioden, der ligger efter midten af 1982, er det vanskeligt at tage sagsøgernes stærkt fremhævede påstande om rimelige og agtværdige motiver til overtrædelsen helt alvorligt. Uanset om mødedeltagernes vurdering af markedet som værende nogenlunde i balance på dette tidspunkt var materielt rigtig, viser den i beslutningens betragtning 37, stk. 3, nævnte bemærkning i et mødereferat om, at det var deltagerne og ikke markedet, der skulle bestemme prisniveauet, også selv om der var balance mellem udbud og efterspørgsel, i hvert fald, at formålet ikke kun har været at redde en produktionskapacitet, der muligvis på længere sigt var overlevelsesdygtig under normale konkurrencevilkår, gennem en krise. Formålet var det ganske enkle at opnå en højere

betaling for varerne, end man ville have kunnet opnå uden at overtræde artikel 85, stk. 1. Som Kommissionen fremhæver, har også Domstolen anset netop prisaftaler for særlig grove overtrædelser af artikel 85 [106], idet, som det siges, at aftaler, »som forhindrer forbrugerne i at forsyne sig til de mest fordelagtige priser, er af en særlig grovhed, som berettiger, at Kommissionen gør streng brug af sine beføjelser til at pålægge bøder«.

Overtrædelsens grovhed kan efter min opfattelse ikke umiddelbart vurderes alene på grundlag af omfanget af de faktiske og konstaterede skadelige virkninger. For det første tager en del af gerningsindholdet i artikel 85 slet ikke hensyn til virkningerne. Aftaler eller samordnet praksis, som har til formål at skade konkurrencen, kan udgøre lige så grove overtrædelser som de hermed ligestillede overtrædelser, der har til følge, at konkurrencen begrænses på ulovlig måde. Hvor det må konstateres, at en adfærd ikke har haft til formål, men har haft til følge at skade konkurrencen, skal den ulovlige følge mindst kunne tilregnes gerningsmanden som uagtsom for, at bøde kan pålægges. I de tilfælde, hvor der alene er tale om overtrædelsen »aftale eller samordnet praksis, der har til følge«, bliver der kun tale om de laveste grader af forsæt, idet det mere kvalificerede forsæt — formålet — udgør en del af selve gerningsbeskrivelsen i den anden del af gerningsindholdet i artikel 85, stk. 1.

106 — Jf. dom af 10.12.1985, sagerne 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1985, s. 3831, på s. 3881, præmis 82.

Den overtrædelse, som af den ene eller anden, måske tilfældige grund, ikke får de tilsigtede følger, men hvor forsættet når de højeste grader, er efter min opfattelse i virkeligheden grovere end overtrædelser med videregående følger, der imidlertid ikke på samme måde er direkte tilstræbt som i de foreliggende sager.

Det er ikke blot de faktiske, men i høj grad de potentielle skadevirkninger, der må lægges vægt på. Hvis vi forestillede os, at artikel 85 var formuleret som et rent forårsagelsesdelikt, men med en bestemmelse om forsøg tilknyttet, ville vurderingen af et forsøgs grovhed formentlig ikke være voldsomt forskellig fra vurderingen af den fuldbyrdede overtrædelse, når forsøget vidnede om en fast vilje til at træffe enhver tænkelig foranstaltning til at gennemføre det ulovlige forehavende. Jeg mener derfor som Kommissionen, at overtrædelsens grovhed i det væsentlige må bedømmes på grundlag af de oplysninger, vi har fået forelagt om kartellets vilje til at søge at påvirke markedet.

Med hensyn til kartellets vilje til at søge at udrette noget i fællesskab giver sagen efter mit skøn ikke megen anledning til tvivl. At der ofte manglede faktisk evne til at fuldføre de planlagte prisinitiativer, ændrer efter min mening intet herved. I den periode vi beskæftiger os med, forekom kartellet på ingen måde dilettantisk eller ustruktureret. Tværtimod synes ordningerne at have haft |

et ganske professionelt præg, hvilket efter min opfattelse må indgå med betydelig vægt i grovhedsvurderingen. Jeg mener derfor, at alle indsigelser, der går ud på at anfægte Kommissionens vurdering af overtrædelsens grovhed, bør forkastes.

Imidlertid har Kommissionen baseret sin afgørelse på, at kartellet har haft en vis virkning. Bødeudmålingen må derfor utvivlsomt ændres, hvis Kommissionen ikke har ret i sin antagelse. Som Kommissionen har beskrevet sin opfattelse af kartellets virkninger i betragtning 72-74, kan den faktiske påvirkning af priserne også efter Kommissionens opfattelse have været forholdsvis beskeden. Det centrale er, siger Kommissionen, at de aftalte eller samordnede priser dannede udgangspunkt for forhandlinger med kunderne. Dette er efter min opfattelse rigtigt, og derved har aftalerne eller samordningen utvivlsomt øvet en vis indflydelse på prisdannelsen. Som vi har fået indtrykket af gennem sagen, foregik prisfastsættelsen for det enkelte vareparti i vidt omfang på individuel basis, og det har da helt klart været en fordel for virksomhedernes salgsorganisationer at have haft en bestemt, fælles pris at orientere sig efter.

I hvilket omfang den ulovlige adfærd faktisk har påvirket priserne, er på den anden side noget tvivlsomt. Det er muligt, at Kommissionen i noget for høj grad har set en direkte kausal sammenhæng mellem de fastsatte målpriser (beslutningens betragtning 90 og 91) og de faktiske priser i den forstand, at de første har påvirket de sidste, medens kausalsammenhængen i princippet godt i højere grad kan have været omvendt som hævdet af virksomhederne. Men selv hvis det er det sidstnævnte, der er tilfældet, har indflydelsen fra de faktisk opnåede lavere priser end den aftalte ført til nye, men justerede målpriser, som så skulle søges opnået. Det fremgår med usvigelig sikkerhed af bevismaterialet i form af mødereferaterne, hvad man mente med de aftalte eller samordnede målpriser. De var, hvad selve navnet siger, udtryk for et prisniveau, der skulle søges opnået på markedet, og det var hele tiden højere priser end de faktisk hidtil opnåede. I sagen er vi blevet præsenteret for studier udarbejdet af professor Albach, som for en del af det marked, der var tale om, har søgt at simulere de priser, der måtte antages at have været gældende i mangel af aftaler eller samordnet praksis. Resultaterne heraf var, som tidligere nævnt, at markedet i alt væsentligt ville have opført sig på samme måde uden aftaler eller samordnet praksis, og at mødedeltagernes egne vurderinger af resultaterne af deres mange bestræbelser ikke holdt stik.

Rent bortset fra de metodiske problemer, der er forbundet med sådanne prissimuleringer, og som Kommissionen gjorde opmærksom på under domsforhandlingen, erkendte professor Albach imidlertid udtrykkeligt, som Retten vil erindre, at markedet godt kan være blevet påvirket i et vist omfang.

På denne baggrund mener jeg ikke, at der er grundlag for at nedsætte bøderne ud fra overvejelser om kartellets faktiske virkninger, selv om Kommissionens opfattelse vedrørende årsagssammenhængen måske er

kommet lidt markant til udtryk. Under alle omstændigheder bør overvejelser om kartellets faktiske virkninger i lyset af det klare forsæt efter min opfattelse kun indgå med forholdsvis beskeden vægt i forbindelse med bødeudmålingen.

I øvrigt er jeg enig med Kommissionen i, at de faktorer, som opregnes i beslutningens betragtning 108 (bortset fra sidste led), alle taler for at anse overtrædelsen for grov.

C — *Formildende omstændigheder*

I betragtning 108, sidste led, har Kommissionen redegjort for, at den som formildende omstændigheder har anerkendt:

— virksomhedernes tab på polypropylenproduktionen i en længere periode

— at prisinitiativerne kun delvis virkede efter hensigten

— mangelen på egentlige tvangsmidler over for den enkelte producent.

Efter min vurdering kan denne opregning af formildende omstændigheder ikke kritiseres.

Efter sagsøgernes opfattelse indgår de anførte faktorer imidlertid langtfra med tilstrækkelig vægt i bødeudmålingen, og visse sagsøgere mener endog, at bøderne burde bortfalde, idet navnlig de betydelige tab, der er lidt, efter disse sagsøgeres opfattelse må anses for særligt formildende omstændigheder, der kan begrunde et bortfald.

Sagsøgernes synspunkt er ikke holdbart. Som Domstolen udtaler i sin dom i sagen IAZ m.fl. mod Kommissionen [107], ville en pligt for Kommissionen til at tage hensyn til en virksomheds økonomiske vanskeligheder være ensbetydende med at skabe en ubegrundet konkurrencemæssig fordel for de virksomheder, som var dårligt tilpasset markedsvilkårene.

Når der er tale om en hel industrisektor, ville en alt for vidtgående hensyntagen til tab som følge af strukturelle problemer i virkeligheden indebære en de facto legalisering af ethvert forsøg på at undgå, at markedskræfterne sørgede for, at den nødvendige strukturelle tilpasning blev gennemført. At noget sådant ville være i strid med den markedsøkonomiske tankegang, der ligger bag artikel 85, er umiddelbart indlysende.

Det er muligt, at der under alle omstændigheder kunne have været god mening i at søge at opretholde en produktionskapacitet, arbejdspladser osv. i en vis periode i forventning om en stigende efterspørgsel inden for en sektor, som utvivlsomt havde fremtiden for sig. Men fravigelser fra den grundlæg-

107 — Dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, NV IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Anseau-Navewa, Sml. s. 3369, på s. 3417, præmis 55.

gende ordning i artikel 85 er nu engang efter Traktatens system ikke overladt til privat initiativ, hvorfor sagsøgerens indsigelser i så henseende bør forkastes.

Det er også muligt, at der, som navnlig fremhævet af ICI, i den relevante periode er sket en vis permanent eller midlertidig strukturtilpasning inden for polypropylensektoren. Ulovlighederne bør imidlertid som udgangspunkt vurderes for sig. At de, der har begået overtrædelserne, også har truffet lovlige, og utvivlsomt fornuftige og rimelige foranstaltninger, er på ingen måde uventet eller unormalt, men taler efter mit skøn ikke for at se mildere på overtrædelserne.

Det er endeligt muligt, at statsstøtte har forvredet konkurrenceforholdene på polypropylenmarkedet i et vist omfang. Som Kommissionen har fremhævet med rette, finder artikel 85, stk. 1, imidlertid under alle omstændigheder anvendelse. Det er i øvrigt karakteristisk, at det var stort set alle virksomheder inden for den pågældende sektor, der var impliceret i overtrædelserne, både dem der modtog statsstøtte og dem, der ikke gjorde. Der var således ikke tale om et kartel dannet af nogle virksomheder, der havde til formål at forsvare sig mod urimelig konkurrence fra andre, statsstøttede foretagender. Sagsøgernes indsigelser vedrørende dette punkt bør således forkastes.

I beslutningens betragtning 109, sidste stykke, anfører Kommissionen, at nogle få af virksomhederne samarbejdede med Kommissionen om opklaringsarbejdet, i hvert fald fra det tidspunkt, da hovedparten af de belastende beviser var blevet fundet. Fra domsforhandlingen ved vi, at der her navnlig er tale om ICI og Hercules, som i et vist omfang har forsynet Kommissionen med materiale, der kunne være nyttigt i forbindelse med gennemførelsen af sagen. Som Kommissionen siger, var virksomhederne imidlertid under alle omstændigheder forpligtet til at fremkomme med de nævnte dokumenter, og jeg er da også enig med Kommissionen i, at der alene er anledning til at foretage en beskeden reduktion af bøderne på dette grundlag. Efter Kommissionens oplysninger må forskellen mellem bøden på 10 mio. ECU, der er pålagt ICI, og Montedipe's bøde på 11 mio. netop ses i lyset af ICI's samarbejde med Kommissionen.

Mit syn på kartellets virkninger som del af grovhedsvurderingen har jeg redegjort for ovenfor. Endelig er jeg enig med Kommissionen i, at bøderne formentlig burde have været endnu højere, hvis der i kartellet oven i købet havde været truffet foranstaltninger, hvorved der var indført egentlige tvangsmidler over for virksomheder, som ikke overholdt indgåede aftaler mv.

Sammenfattende er det min opfattelse, at bøderne ikke er uforholdsmæssige set i forhold til den meget grove overtrædelse, der var tale om, og at der i fornødent omfang er taget hensyn til de formildende omstændigheder, som med nogen rimelighed kan og bør tages i betragtning.

D — *Nedsættelse af bøderne som følge af annullation af visse dele af beslutningen*

Som anført under afsnit B må bøderne efter min opfattelse nedsættes, når det konstateres, at kartellet har haft en kortere varighed end af Kommissionen påstået. I det omfang det, for så vidt angår den herefter fastlagte periode (efteråret 1979 til efteråret 1983), må konstateres, at der ikke er tilstrækkeligt bevis for Kommissionens antagelser med hensyn til enkelte punkter i beslutningen, bør der yderligere ske en vis nedsættelse.

Efter det jeg har givet udtryk for ovenfor, er der ikke tilstrækkeligt bevismæssigt grundlag for at konstatere den af Kommissionen hævdede ulovlige ordning for årene 1981 og 1982 med hensyn til mængdekontrol, ligesom der ikke er fuldt tilstrækkeligt grundlag for at antage, at der har foreligget en kvoteordning for 1983. Der er endvidere efter min vurdering ikke grundlag for at konstatere, at virksomhederne på ulovlig måde har omdirigeret varer fra Fællesskabets geografiske område med henblik på kunstigt at skabe en mangelsituation på det europæiske marked.

Den annullation af beslutningen, der bør ske, for så vidt angår perioden fra 1977 til efteråret 1979, og for så vidt angår det, jeg har nævnt i foranstående afsnit om 1981, 1982 og 1983, bør efter min opfattelse føre til en generel reduktion af bøderne, som jeg finder bør ske med omkring 20%.

E — *Skal Kommissionen opstille et bødekatalog?*

Under sagen har det været livligt drøftet, i hvilket omfang Kommissionen skal være forpligtet til at redegøre nærmere for de beregningsmæssige kriterier, der er lagt til grund for udmålingen af de enkelte bøder.

Spørgsmålet har sammenhæng med den række faktorer, Kommissionen opregner i beslutningens betragtning 109, stk. 1, og som har været afgørende for udmålingen af den enkelte bøde. Der er tale om 1) den enkelte virksomheds rolle, 2) varigheden af den enkelte virksomheds deltagelse, 3) den enkelte virksomheds salg i Fællesskabet og 4) den enkelte virksomheds samlede omsætning. Det er ubestridt, at der både kan og skal tages hensyn til disse faktorer.

Af de nævnte elementer er de to sidste fuldstændigt kvantificerbare, forudsat det fortsat er muligt at tilvejebringe pålidelige tal for polypropylensalget og den samlede omsætning. Varigheden er også kvantificerbar, men kan som nævnt ikke uden videre anskues proportionalt, idet kartellets virksomhed antog stadigt grovere former. Omfanget eller intensiteten af den enkelte virksomheds deltagelse kan derimod ikke kvantificeres på en måde, der kan danne grundlag for talmæssige beregninger af bøderne, men en bedømmelse heraf bør indgå ved fastsættelsen af bøden.

Det siger sig selv, at det er overordentligt vanskeligt på en blot nogenlunde rimelig

måde at redegøre for den relative vægtning mellem forskellige faktorer, hvoraf kun nogle er fuldt kvantificerbare. Afgørelsen må i betydeligt omfang blive skønsmæssig. Kommissionen har da også, senest i besvarelsen af Rettens skriftlige spørgsmål samt under domsforhandlingen, bestridt, at den ved bødeudmålingen skulle have foretaget nøjagtige beregninger på grundlag af de kvantificerbare faktorer.

Jeg finder ikke, at der er grund til at tro, at Kommissionen ikke har redegjort korrekt for, hvorledes den er nået frem til den enkelte bødes størrelse. Kommissionen har fastholdt, at afgørelsen er truffet efter et samlet skøn. Jeg mener som antydet ikke, at Kommissionen kan kritiseres for dette, og der er efter min opfattelse hverken i retspraksis eller i øvrigt holdepunkter for at antage, at Kommissionen skulle være forpligtet til at opstille bestemte beregningsmodeller [108].

Hertil kommer, som Kommissionen også har fremhævet, at det af generalpræventive grunde kan være betænkeligt at opstille et egentligt bødekatalog på et retsområde som det her omhandlede, hvor overvejelser over en påtænkt lovovertrædelses økonomiske fordele og mulige ulemper utvivlsomt spiller en betydelig rolle ved afgørelsen af, om virksomheden skal give sig i kast med overtrædelsen eller hellere lade være.

De anførte synspunkter finder endvidere anvendelse med hensyn til den i beslutningens afsnit B, punkt 2, givne begrundelse for bødefastsættelsen. De fleste sagsøgere har gjort gældende, at afgørelsen er utilstrækkeligt begrundet, idet der ikke er givet en individuel begrundelse for den bøde, der er pålagt den enkelte virksomhed. Efter min opfattelse har Kommissionen givet den begrundelse, som det ifølge sagens natur var muligt at give. Når det ikke er muligt at kvantificere samtlige de faktorer, som indgår i grundlaget for bødeudmålingen, er det vanskeligt at se, hvilke yderligere elementer, der kunne tilføjes ud over dem, som Kommissionen har nævnt.

Det anførte har endelig en refleksvirkning i forhold til vurderingen af Rettens kontrolfunktion med hensyn til bødeudmålingen. Som det navnlig kom frem under domsforhandlingen, kan det i mangel af nøjagtigt kendskab til Kommissionens vægtning af de forskellige faktorer i forhold til hinanden være vanskeligt at gennemføre en kontrol med hensyn til bødeudmålingen. Men hvis det — som jeg finder — må anerkendes, at der på området bør bestå en betydelig frihed for Kommissionen til at fastsætte bøderne efter et skøn over samtlige sagens omstændigheder, er dette problem ikke forskelligt fra alle andre retsområder, på hvilke der består et mere eller mindre frit skøn for forvaltningen.

Forskellen består derimod efter fællesskabsrettens system i, at Retten med hensyn til bødeudmålingen har fuld prøvelsesret og således, hvis den vil, kan sætte sit eget skøn over Kommissionens. Der er således i realiteten tale om en selvstændig skønsudøvelse fra Rettens side. Efter min opfattelse bør Retten imidlertid være tilbageholdende hermed og kun ændre, hvis den når til den op-

108 — Jf. Bellamy og Child, a. st., s. 497, note 56.

fattelse, at Kommissionen har gjort sig skyldig i et klart fejlskøn. Det kan f.eks. tænkes at være tilfældet, hvis det viser sig, at Kommissionen har lagt klart forkerte omsætnings- eller salgstal til grund for sin skønsmæssige afgørelse.

Endelig kan der være grund til at tage afstand fra den opfattelse, som har været gjort gældende, nemlig at en lighedsgrundsætning skulle være krænket derved, at Kommissionen ikke har pålagt BP og Amoco bøder, selv om de efter nogle sagsøgeres opfattelse har været impliceret i kartellets virksomhed. Synspunktet beror efter min opfattelse på en systematisk fejltænkning og forveksler bevis med sanktion. Når det én gang er fastslået, at BP og Amoco ikke har kunnet inddrages på grund af bevismangel, er de definitivt ude af billedet, og disse virksomheders forhold spiller ingen rolle for vurderingen af de bøder, der er pålagt de øvrige virksomheder.

Et sidste element, der kan være grund til at nævne i dette afsnit, er det forhold, som Kommissionen har redegjort nærmere for under domsforhandlingen, nemlig at henvisningen i beslutningens betragtning 107, stk. 2, til, at BASF, Hoechst og ICI tidligere har været impliceret i overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler, ikke er udtryk for, at der er tillagt den tidligere beslutning gentagelsesvirkning. Henvisningen har efter Kommissionens forklaring under domsforhandlingen alene til formål yderligere at dokumentere, at der for disse virksomheders vedkommende måtte være tale om forsætlige overtrædelser. Kommissionen forklarede, at der ikke var tillagt gentagelsesvirkning, da det tidligere forhold lå mere end 15 år tilbage, og da det generelle bødeniveau var steget betydeligt i mellemtiden. Der er intet grundlag for at forkaste denne forklaring, og der kan efter min opfattelse heller ikke i den manglende gentagelsesvirkning i denne henseende antages at ligge en tilsidesættelse af en ligheds- eller nogen anden grundsætning.

F — *Omfanget eller intensiteten af de enkelte virksomheders deltagelse*

1. *Omfanget som anført i Kommissionens beslutning*

Efter min opfattelse kan der ikke herske rimelig tvivl om, at Kommissionen har ret i, at de fire største producenter, *Montedipe*, *Hoechst*, *ICI* og *Shell* dannede kernen i de ordninger, som blev gennemført, og at de udgjorde en selvstændig ledelsesgruppe. Dette viser indholdet af de separate møder, der blev holdt mellem disse virksomheder (jf. beslutningens tabel 5), og de yderligere hentydninger til de fire store virksomheders rolle, som findes i bevismaterialet. Kommissionen har derfor også ret i, at de fire store producenter må bære en betydelig del af ansvaret for det passerede. Selv om man vel ikke kan tale om, at der foreligger bevis for egentlig anstiftelse, har de fire store virksomheder — jeg havde nær sagt naturligt nok — spillet en central rolle. Dette gælder i særlig grad Montedipe og ICI, der hver især i et vist tidsrum varetog formandskabet for gruppen. Dette taler i betydelig grad for at pålægge disse virksomheder følelige bøder.

Det fremgår ikke af sagen, hvorfor Shell ikke deltog i de regelmæssige plenarmøder. Jeg er imidlertid enig med Kommissionen i, at den manglende deltagelse i møderne mellem samtlige producenter ikke i sig selv kan anses for en formildende omstændighed. Shell's deltagelse må derfor vurderes på lige fod med de øvrige virksomheders deltagelse i det omfang, der er bevismæssigt grundlag for at inddrage denne virksomhed. Dette er beskrevet nærmere ovenfor under del II, afsnit J.

Som beskrevet ovenfor under del II, afsnit F, forekommer *Hercules'* rolle at have været omgivet af en vis uklarhed. Imidlertid er jeg enig med Kommissionen i, at det ikke bør anses for en formildende omstændighed, at Hercules ikke oplyste de andre virksomheder om egne salgstal, da virksomheden i øvrigt deltog i og nød fordel eller søgte at drage fordel af kartellet.

Ifølge beslutningens betragtning 109, stk. 6, anerkender Kommissionen ikke, at der kan foretages nogen særlig sondring mellem *de øvrige virksomheder*, dvs. andre end de fire store producenter. Jeg er enig i, at bevismaterialet ikke giver grundlag for at foretage nogen sikker vurdering af, hvilke virksomheder der var mest eller mindst ihærdige i bestræbelserne på at få samarbejdet til at fungere. Det generelle indtryk er, at alle var klart interesserede, og at forskellene navnlig lå i, hvem der var mest optimistiske. Som tidligere nævnt fremkom Solvay på et møde i maj 1982 med den fornuftige tanke at standse mødeaktiviteten, fordi der var blevet balance mellem udbud og efterspørgsel. Dette kunne anses for at vidne om et noget mindre ihærdigt engagement, hvis det da ikke var fordi Solvay fortsatte med at deltage i gruppen også efter dette tidspunkt.

Nogle mindre producenter blev af de øvrige tid efter anden betegnet som balladerne og aggressive. I denne sammenhæng kunne dette tages som udtryk for, at de udviste et noget mindre engagement end de øvrige. Det er vel imidlertid karakteristisk, at de under alle omstændigheder søgte at fremme deres interesser inden for rammerne af kartellet. Det forhold, at det lykkedes nogle at tilkæmpe sig en markedsandel af ikke ubetydelig størrelse i løbet af den periode, i hvilket kartellet eksisterede, kan således ikke tages til udtryk for, at deres engagement var mindre end de øvriges, snarere at de var dygtige til at benytte kartellet efter dettes hensigt, nemlig til på »velordnet måde« at skaffe sig en bedre plads på markedet.

Endelig henviser Kommissionen i beslutningens betragtning 109, stk. 7, til det forhold, at tre virksomheder har deltaget i kortere tidsrum end andre. Det bemærkes, at Petrofina, efter det bevisresultat jeg er nået frem til, alene deltog fra marts 1982, ikke fra 1980 som hævdet af Kommissionen.

Herefter kan virksomhederne først deles i to grupper, nemlig de fire store producenter og de øvrige.

2. *De fire store producenter*

Blandt de fire store fremgår det af beslutningen, at Kommissionen har pålagt Montedipe og ICI en større bøde på grund af disse virksomheders respektive lederrolle i en periode, medens bøden efter det oplyste er reduceret for ICI's vedkommende på grund af et vist samarbejde om opklaringen. Bøden ser for begge virksomheders vedkommende ud til at være nogenlunde ens bedømt i forhold til virksomhedernes omsætning inden for polypropylenområdet. Det bemærkes, at Kommissionen ikke har taget hensyn til indsigelser gående ud på, at det alene er virksomhedernes eksterne salg af polypropylen, der skulle tages hensyn til. Kommissionen synes snarere at have lagt vægt på omsætningstal svarende til det, der af virksomhederne selv indbyrdes blev anset for deres markedsandel. Efter min opfattelse er dette en korrekt målestok for bødeudmålingen. Uanset at virksomhedernes totale omsætning ikke er blevet drøftet under sagen, er der ikke meget, der tyder på, at Kommissionen har tillagt denne nogen særlig væsentlig vægt ved bødeudmålingen, hvilket næppe kan undre, når der under alle omstændigheder er tale om meget store virksomheder, hvis styrke på markedet og hvis evne til at betale en bøde af en størrelsesorden som den omhandlede er utvivlsom. Der synes således at være god balance mellem de bøder på henholdsvis 11 og 10 mio. ECU, der er pålagt Montedipe og ICI. Dette gælder tilsvarende i forhold til de bøder på 9 mio. ECU, der er blevet pålagt Shell og Hoechst, som tydeligvis er blevet anset for at have udgjort en del af kernen i gruppen, uden dog at have haft Montedipe's eller ICI's ledende rolle.

3. *De mindre producenter*

De øvrige, mindre producenter kan igen deles i dem, der har deltaget i kartellet i hele perioden, og dem der er indtrådt i eller udtrådt af kartellet i løbet af perioden.

Med hensyn til den førstnævnte gruppe synes bødeniveauet også at ligge nogenlunde konstant i forhold til salget i Fællesskabet, hvilket det som udgangspunkt også bør gøre, når der ikke er foretaget nogen sondring mellem intensiteten eller omfanget af deres deltagelse og der, som det synes, ikke er lagt nogen afgørende vægt på virksomhedernes samlede omsætning. Bødernes procentvise andel af salget ligger generelt noget lavere end for de store producenters vedkommende. Med hensyn til BASF er der ikke enighed mellem parterne om, hvorvidt salgstal for produktionen fra Rheinische Olefinwerke GmbH, der er en joint venture (50/50) mellem BASF og Shell, skal inddrages i grundlaget for bødeudmålingen. BASF gør gældende alene at have virket som salgsagent for den del af produktionen, der tilkom Shell. Spørgsmålet er ganske uafklaret og burde have været undersøgt nærmere af Kommissionen på et tidligt tidspunkt under sagens forløb. Det må efter min opfattelse medføre, at man i højere grad må lægge vægt på BASF's egne tal og som følge heraf foretage en vis, skønsmæssig reduktion af bøden for denne virksomheds ved-

kommende. Denne nedsættelse bør antagelig være ca. 10%, således at bøden for denne virksomheds vedkommende i alt reduceres med 30%.

Den sidstnævnte gruppe virksomheder, dvs. *Anic*, *Petrofina* og *Rhône-Poulenc*, er blevet pålagt en forholdsvis mindre bøde som anført i beslutningen. Når bortses fra, at bøden yderligere må reduceres for Petrofina's vedkommende som følge af den kortere periode, hvori deltagelse efter min opfattelse kan anses for bevist, synes der også hér at være god balance såvel indbyrdes mellem de bøder, der er pålagt disse virksomheder som i forhold til dem, der er pålagt de øvrige. Den bøde, der er pålagt Rhône-Poulenc, bør reduceres under hensyn på den ene side til, at det tidsrum, for hvilket der foreligger bevis for virksomhedens deltagelse, er væsentlig kortere end antaget af Kommissionen, og på den anden side til, at den periode, der således lades ude af betragtning, var karakteristisk ved, at kartellet befandt sig i en indledende fase. Rhône-Poulenc's bøde bør herefter nedsættes med 40% i alt. Petrofina's deltagelse var af væsentlig kortere varighed end af Kommissionen hævdet, og en del af den periode, der ikke tages hensyn til, lå efter, at kartellet havde antaget den definitive form. På denne baggrund foreslår jeg, at Petrofina's bøde nedsættes til halvdelen. Et særligt problem rejser spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen ved beregningen af bøden for Anic har inddraget virksomheden SIR's omsætningstal i beregningsgrundlaget. Beregningsgrundlaget er efter det oplyste omsætningstallene (= markedsandel) for året 1982. Der er imidlertid ingen tvivl om, at den markedsandel, som SIR havde i 1982 i tiden før denne virksomhed — i en kort periode — producerede for Anic's regning, var meget beskeden. Selv om der ikke er grundlag for i større omfang at følge Anic's synspunkt om, at der skal tages hensyn også til de tidligere års omsætningstal, finder jeg, at der bør tages hensyn til, at Anic netop kun deltog i kartellet i første halvår af 1982, hvorfor bøden på dette grundlag bør nedsættes i et vist, mindre omfang. Anic's bøde bør under hensyn hertil nedsættes med i alt 30%.

Med det forbehold, der følger af det ovenfor anførte, er det således ikke min opfattelse, at Kommissionen har gjort sig skyldig i noget fejlskøn.

På denne baggrund skal jeg herefter foreslå, at bøderne fastsættes således:

Anic SpA	525 000 ECU
Atochem SA	1 400 000 ECU
BASF AG	1 750 000 ECU
DSM NV	2 200 000 ECU
Hercules Chemicals NV	2 200 000 ECU
Hoechst AG	7 200 000 ECU
Hüls AG	2 200 000 ECU
ICI plc	8 000 000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800 000 ECU
Montedipe SpA	8 800 000 ECU
Petrofina SA	300 000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300 000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd	7 200 000 ECU
Solvay & Cie	2 000 000 ECU.

IV — Forslag til afgørelse

Efter det anførte skal jeg tillade mig at foreslå, at sagerne afgøres således:

1) *Artikel 1 i Kommissionens beslutning af 23. april 1986 (IV/31.149 — polypropylen) annulleres, for så vidt det heri fastslås*:

at sagsøgerne Anic, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Solvay, Atochem, BASF, DSM og Hüls har deltaget i en aftale eller samordnet praksis i tiden før efteråret 1979

at sagsøgerne Hoechst, Shell, ICI og Montedipe har deltaget i nævnte aftale eller samordnede praksis fra omkring midten af 1978 til efteråret 1979

at Anic SpA har deltaget i nævnte aftale eller samordnede praksis efter midten af 1982

at Petrofina SA har deltaget i nævnte aftale eller samordnede praksis før marts 1982

at Hercules Chemicals NV har afgivet detaljerede oplysninger om sine leverancer

at producenterne omdirigerede leverancer til oversøiske markeder for derved at skabe en mangelsituation i Vesteuropa

at sagsøgerne delte markedet mellem sig ved at tildele hver producent en »kvote« for de to første kvartaler af 1983, samt

at producenterne i 1981 (bortset fra årets første måneder) og i 1982 indbyrdes krævede, at de begrænsede deres salg i hver måned på basis af salget i en foregående periode.

2) *Beslutningens artikel 3 ændres således, at de i artiklen anførte bøder fastsættes til følgende beløb:*

Anic SpA	525 000 ECU
Atochem SA	1 400 000 ECU
BASF AG	1 750 000 ECU
DSM NV	2 200 000 ECU
Hercules Chemicals NV	2 200 000 ECU
Hoechst AG	7 200 000 ECU
Hüls AG	2 200 000 ECU
ICI plc	8 000 000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800 000 ECU
Montedipe SpA	8 800 000 ECU
Petrofina SA	300 000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300 000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd	7 200 000 ECU
Solvay & Cie	2 000 000 ECU.

3) *I øvrigt frifindes Kommissionen*

4) *Sagsomkostninger*

Med hensyn til sagsomkostningerne bemærkes, at Kommissionen i de fleste af sagerne i overvejende grad har fået medhold i sine synspunkter. Imidlertid har der kunnet rejses berettiget kritik af beslutningen, således at den på en række punkter bør annulleres. Det har altså ikke været urimeligt at føre sagerne, og det vil derfor efter min opfattelse være rigtigt at bringe bestemmelsen i artikel 69, stk. 3, i Domstolens procesreglement (jf. nu artikel 87, stk. 3, i Rettens procesreglement) i anvendelse og lade hver part bære sine omkostninger. Dette gælder i sagerne T-1/89, T-3/89, T-4/89 og T-6/89 — T-15/89. Med hensyn til sag T-2/89, Petrofina, bør Kommissionen under hensyn til sagens udfald ud over sine egne bære halvdelen af sagsøgerens omkostninger.