3. **Den bøde, som er pålagt den sagsøgende virksomhed ved nævnte beslutning, nedsættes til 200 000 regningsenheder.**

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. juli 1970.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JOSEPH GAND FREMSAT DEN 10. JUNI 1970

Høje Ret.

De af det nederlandske selskab ACF Chemiefarma under nr. 41/69 og de tyske selskaber Buchler og Boehringer Mannheim under nr. henholdsvis 44/69 og 45/69 indgivne søgsmål medfører, at Domstolen for første gang skal træffe afgørelse vedrørende en beslutning, hvorved Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, efter at have konstateret, at nogle virksomheder har krænket bestemmelserne i Rom-traktatens artikel 85, pålægger disse virksomheder en bøde.

Hermed er betydningen givet af den dom, som Domstolen skal afsige. For det første i retlig henseende, fordi Domstolen især skal præcisere de procedurebetingelser, som de pågældende beslutninger er underkastet, dvs. om og inden for hvilken frist krænkelser af konkurrencebestemmelserne forældes, men også fordi Domstolen under hensyn til den fulde prøvelsesret, som Rådets forordning nr. 17, artikel 17 tillægger den, har fået forelagt den samlede tvist, fordi Domstolens beføjelse til at bedømme de faktiske forhold er ubegrænset, og fordi Domstolen på grundlag af den overbevisning, som den vil danne sig med henblik på eksistensen og grovheden af de krænkelser, som de sagsøgende selskaber beskyldes for at have begået, skal ophæve, nedsætte eller i givet fald forhøje bøden. Det skal tilføjes, at denne betydning i praksis ikke bliver mindre på grund af de store bøder, som er pålagt ved den omtvistede beslutning.

Da mødeprotokollerne fuldt ud gengiver de til grund for beslutningen liggende forhold, skal jeg begrænse mig til først ganske kort at anføre, hvorledes tvisten er opstået. I begyndelsen af 1967 tilgik der Kommissionens tjenestegrene et antal dokumenter og oplysninger af amerikansk oprindelse vedrørende det internationale kininkartels virksomhed; dette var oprettet mellem virksomheden NV Nederlandsche Combinatie voor de Chemische Industrie — der i almindelighed er kendt under navnet Nedchem og i øjeblikket hedder Chemiefarma — selskaberne Boehringer Mannheim og Buchler, en gruppe af tre franske virksomheder, og to engelske virksomheder, Carnegies og Lake & Cruickshank. De nævnte tjenestegrene foretog i juli og november 1967, under de i forordning nr. 17, artikel 14 fastsatte betingelser, nogle undersøgelser ved de seks virksomheder, der havde sæde inden for det fælles marked; der blev også foretaget undersøgelser ved belgiske og italienske virksomheder, der havde købt kinin. Under hensyn til resultatet af disse undersøgelser indledte Kommissionen ex officio en procedure og meddelte den 30. juli 1968 virksomhederne de klagepunkter, som den havde fastslået. Virksomhederne afgav skriftlige erklæringer og blev hørt den 11. og 12. februar 1969. Derefter traf Kommissionen den 16. juli 1969, efter at Det rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål havde afgivet udtalelse, den omtvistede beslutning, der blev offentliggjort i Journal Officiel L 192, den 5. august 1969 (s. 5 ff).

Begrundelserne for denne beslutning er inddelt i fire dele. Kommissionen anfører først de på hinanden følgende faser for indgåelsen og anvendelsen af de forskellige aftaler mellem virksomhederne (I). Den fastslår dernæst, at disse aftaler gennem forskellige foranstaltninger, som den opregner (fastsættelse af salgspriser for kinin og kinidin, opdeling af markederne, fastsættelse af leveringskvoter og en mængdeudligningsordning, begræns-

ning af kinidinproduktionen), havde til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for det fælles marked, at disse aftaler var egnede til at påvirke handelen mellem medlemsstaterne, og at de således faldt ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1 (II). Da de ikke var anmeldt til Kommissionen før den 1. november 1962, kunne de dog ikke tillades i henhold til bestemmelserne i artikel 85, stk. 3 (III). Endelig bekræfter Kommissionen muligheden for at pålægge virksomhederne bøder for krænkelser, som de har begået mellem den 13. marts 1962 og begyndelsen af februar 1965 — på hvilket tidspunkt kartellet ifølge Kommissionens opfattelse indstillede sin virksomhed — og den angiver de grunde, der har ført den til at differentiere de bøder, som de enkelte virksomheder pålagdes (IV).

Det er under henvisning til disse begrundelser, at Kommissionen i artikel 1 i sin beslutning fastslår, at de pågældende virksomheder ved at have indgået og anvendt eksportaftalen af 8. og 14. juli 1969, tillægsaftalerne af 1960, de den 9. april 1960 indgåede gentlemen's agreements og overenskomsterne til gennemførelse eller udfyldning af disse aftaler, indtil begyndelsen af februar 1965 har krænket traktatens artikel 85, stk. 1. Ved artikel 2 pålægger den virksomhederne bøder, hvis størrelse varierer fra 210 000 og 10 000 regningsenheder.

De tre franske virksomheder, som er langt de mindst vigtige og de mindst bøderamte, har bøjet sig for denne beslutning. Det forholder sig modsat med Chemiefarma, Buchler og Boehringer, som alle tre til Domstolen har indgivet annullationssøgsmål mod beslutningen af 16. juli 1969 i det omfang, de er omfattet heraf, og inden for rammerne af søgsmålet med fuld prøvelsesret påstår ophævelse eller nedsættelse af den bøde, som de er blevet pålagt.

Ligesom påstandene er identiske, er de af de sagsøgende selskaber fremførte indsigelser og den argumentation, som de støtter sig til, også på flere punkter i det væsentlige ens. Desuden er de tre søgsmål ved kendelse af 9. april 1970 blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling. Jeg tillader mig derfor at fremsætte et fælles forslag til afgørelse af alle tre sager, idet jeg om fornødent ved de enkelte spørgsmål angiver det særlige synspunkt, under hvilket det er blevet forelagt af de sagsøgende virksomheder.

Jeg skal undersøge de forskellige rejste indsigelser i følgende rækkefølge, som jeg har valgt såvel af hensigtsmæssigheds- som af logiske grunde:

— Kommissionens kompetence;
— den af denne fulgte procedure og begrundelsen for den omstridte beslutning, dvs den formelle retmæssighed;
— eksistensen af en krænkelse af konkurrencereglerne, som udgør det centrale punkt i tvisten;
— muligheden for at pålægge virksomhederne en bøde og begrundelsen for dennes størrelse. Til trods for dets logiske forrang, vil jeg først her undersøge spørgsmålet om forældelse, fordi det faktisk er forbundet med det tidspunkt, på hvilket de påståede krænkelser er ophørt.

I — Kommissionens kompetence

Denne indsigelse er kun fremført af Chemiefarma (41/69). Denne virksomhed gør gældende, at Kommissionen har været inkompetent, fordi kartellerne er blevet anmeldt til Bundeskartellamt og til det nederlandske økonomiministerium, som ikke har rejst indvendinger. Den sagsøgende virksomhed anmoder Domstolen om at undersøge, i hvilket omfang traktatens artikler 88 og 89 og, i det foreliggende tilfælde, forordning nr. 17 nægter Kommissionen beføjelse til at bedømme de således anmeldte karteller. Svaret forekommer mig enkelt. For det første er forordning nr. 17 efter sin ikrafttræden den 13. marts 1962 bestemmende for afgrænsningen af henholdsvis Kommissionens og de nationale myndigheders beføjelser til at anvende traktatens artikel 85. Ifølge denne forordnings artikel 9, stk. 3 forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente, så længe Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af forordningens artikler 2, 3 eller 6. Dens kompetence er således subsidiær i forhold til Kommissionens, og den omstændighed, at der ikke er blevet gjort brug heraf i et bestemt tilfælde, kan ikke medføre, at et kartel er unddraget fællesskabsmyndigheder-

nes kontrol. Vi ved desuden, at de gentlemen's agreements, der udgjorde hovedpunktet i de for det fælles marked trufne aftaler ikke — og med god grund — er blevet anmeldt hverken til de nederlandske myndigheder eller til Bundeskartellamt. Indsigelsen må derfor afvises.

II — Indsigelser vedrørende procedure og formforskrifter

Disse skal opholde os længere. Thi på et så nyt og betydningsfuldt område, hvor der endnu ikke eksisterer nogen retspraksis, ja end ingen fast forvaltningspraksis, kan der naturligvis rejses mange spørgsmål, og dette har de sagsøgende virksomheder faktisk også gjort. Selv om der er fare for, at mine udredninger herom skal blive lange, må disse spørgsmål besvares indgående, ikke blot med henblik på afgørelsen af det foreliggende tilfælde men også for at afstikke de rammer, inden for hvilke Kommissionen kan bevæge sig.

De gældende retsregler er Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT-specialudgave 1959—1962, s. 81; org. ref. JO. af 21. 2.1962, s. 204) og Kommissionens gennemførelsesforordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 (EFT-specialudgave 1963—1964, s. 42; org. ref. JO. af 20. 8. 1963, s. 2268), som er vedtaget i medfør af fornævnte forordnings artikel 24. På de fleste punkter retter de fremførte indsigelser sig mod den måde, hvorpå disse bestemmelser er blevet anvendt i det foreliggende tilfælde; de sagsøgende virksomheder — især Chemiefarma — bestrider undertiden også lovligheden af visse bestemmelser i forordningerne eller påberåber sig almindelige proceduregrundsætninger, som de søger at udlede af alle eller enkelte af medlemsstaternes retsordener.

Ved undersøgelsen af disse forskellige indsigelser, som ikke altid er lette at klassificere, vil jeg holde mig til procedurens tidsfølge: meddelelsen af klagepunkter og høringen af virksomhederne — protokollen over denne høring — Det rådgivende Udvalgs stillingtagen — kommissionsmedlemmernes vedtagelse af beslutningen — for endelig at slutte med indsigelserne vedrørende begrundelsen for denne beslutning.

A — *Meddelelsen af klagepunkter og høringen af virksomhederne*

Forordning nr. 17, artikel 19 foreskriver, at Kommissionen forinden den træffer sine beslutninger — herunder de i artiklerne 3 og 15 hjemlede, ved hvilke den pålægger virksomhederne at bringe overtrædelser til ophør eller ikender dem bøder — skal give de deltagende virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de mod dem fremførte klagepunkter. Det er især med henblik herpå, at de sagsøgende virksomheder anfører, at der er sket en krænkelse af kravet om høring.

1. For det første kritiserer de i mere eller mindre analoge vendinger unøjagtigheden eller ufuldstændigheden af meddelelsen af klagepunkter. Dette dokument, der er næsten ens for alle de pågældende virksomheder, indeholder ca. halvtreds sider: de sagsøgende virksomheder gør gældende, at det ikke i enkeltheder angiver de faktiske omstændigheder eller bevismidler, som Kommissionen henviser til.

Desuden har de i tilslutning til denne meddelelse på forskellig vis krævet indsigt i Kommissionens sagsakter; Kommissionen, der har nægtet den fuldstændige meddelelse heraf, har imidlertid tilladt indsigt i de aktstykker, som er nævnt i meddelsen af klagepunkter. Med undtagelse af Boehringer har virksomhederne gjort brug af den dem således tilbudte mulighed. De gør nu gældende for Domstolen, at dette forhold udgør en krænkelse af kravet om høring, og at de skulle have haft mulighed for at opnå kendskab til alle aktstykkerne i aktmappen. Dette gælder især, fordi den indledte procedure kunne føre til pålæggelse af en bøde.

Mere præcist vedrører deres kritik resultaterne af de ved italienske og belgiske virksomheder gennemførte undersøgelser, som er vedhæftet Kommissionens svarskrift, men som ikke blev dem meddelt i sin tid. Disse undersøgelser er på side 1 i fremstillingen af klagepunkter anført således: »Der er desuden foretaget undersøgelser ved italienske og belgiske virksomheder«. Resultatet af undersøgelserne er gengivet på samme dokuments side 37 i følgende vendinger: »De i fællesskab fastsatte priser blev af kartelmedlemmerne anvendt på ensartet måde in-

den for det fælles marked, dels ved udførsler til de lande, der ikke rådede over en national kininproduktion, dvs. Belgien, Luxembourg og Italien . . .«.

For at kunne svare på disse indsigelser under deres forskellige aspekter må man tage stilling til karakteren af proceduren for Kommissionen og omfanget af de »krav om høring«, som virksomhederne kan gøre gældende på dette stadium.

Domstolen har allerede måttet anvende forordning nr. 17, artikel 19 i sagen Grundig, og Domstolen fandt, at proceduren for Kommissionen i henhold til traktatens artikel 85 er en *administrativ* procedure, under hvilken parterne før vedtagelsen af beslutningen skal gives mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til de klagepunkter, som Kommissionen mener at burde gøre gældende imod dem, hvorfor de skal underrettes om de faktiske omstændigheder, som danner grundlag for klagepunkterne, hvorimod det ikke er nødvendigt, at der gives dem meddelelse om alle sagens akter.

Denne dom blev afsagt i et tilfælde, hvor det kun drejede sig om anvendelsen af traktatens artikel 85, men den samme løsning gælder efter min mening, når Kommissionen pålægger bøder i henhold til forordning nr. 17, artikel 15, stk. 2. Hvilken afgørelse den end måtte træffe (påbud om at bringe en overtrædelse til ophør — beslutning om tilladelse i henhold til artikel 85, stk. 3 — bøde) handler Kommissionen altid som forvaltningsmyndighed, og den ved forordningerne nr. 17 og nr. 99/63 fastsatte procedure er praktisk taget ens i alle tilfælde.

Hvis man går ud herfra, viser det sig ved læsningen af fremstillingen af klagepunkter, at denne klart angiver de forhold, der ifølge Kommissionens opfattelse udgør den krænkelse, som tilskrives de sagsøgende virksomheder; det fastslås særligt heri, at de sagsøgende virksomheder indtil begyndelsen af 1965 fortsatte med at anvende en fælles prispolitik og udveksle oplysninger vedrørende deres salg med henblik på en eventuel udligning; de har således også efter 1962 forlænget deres kartel inden for det fælles marked. Ifølge min opfattelse oplyser sådanne angivelser utvetydigt virksomhederne om, hvad de beskyldes for, og sætter dem i stand til at tage stilling.

Desuden skal det særlige punkt opklares, om virksomhederne, som ikke havde krav på fuld aktindsigt, kunne forlange meddelelse af resultaterne af de ved italienske og belgiske virksomheder gennemførte undersøgelser. Jeg mener, at svaret bør være benægtende, da »klagepunktet« og »de faktiske forhold«, som dette baseres på — for at gentage udtrykket i dommen Grundig — fremgår af konkurrencebegrænsningen gennem den ensartede anvendelse af fælles priser for udførsler til Belgien og Italien. Dette forhold blev, som jeg allerede har anført, meddelt de virksomheder, som kunne bestride det og fremsætte udtalelse herom, omend det kun måtte være i forbindelse med angivelsen i deres skriftlige indlæg af de afsluttede forretninger og betingelserne herfor. For så vidt angår resultaterne af de gennemførte undersøgelser, udgør disse *bevismidler;* de skal, hvis beslutningen anfægtes, meddeles under den retslige procedure, idet jeg dog ikke mener, at de falder ind under bestemmelserne i forordning nr. 17, artikel 19. Jeg mener derfor, at indsigelsen bør afvises.

Chemiefarma har fremført andre indsigelser vedrørende proceduren på dette stadium:

2. Kommissionen har ved forordning nr. 99/63 fastsat enkelthederne for høringen af parterne, således som den ved Rådets forordning nr. 17, artikel 24 blev bemyndiget til at gøre det. Den sagsøgende virksomhed tvivler på, at denne bemyndigelse er retmæssig, da »den herved udfoldede virksomhed er lovgivende og ikke udøvende«; bemyndigelsen strider såvel mod traktatens artikel 87 som mod traktatens artikel 155 i forening med artikel 4; desuden har Europa-Parlamentet ikke haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet, om det er muligt og ønskværdigt, at Rådet bortdelegerer sine beføjelser på dette område.

Jeg mener ikke, at indsigelsen er begrundet.

Selv om artikel 87 pålægger Rådet at udstede »fornødne forordninger eller direktiver om anvendelsen af principperne i artiklerne 85 og 86«, følger det ikke heraf, at denne institution, efter selv at have fastsat almindelige regler på dette område, ikke kan overføre beføjelsen til at træffe de til gennemførelsen af disse regler nødvendige foranstaltninger til

Kommissionen. Det er også denne idé, der kommer til udtryk i traktatens artikel 155, når den fastslår, at Kommissionen skal »udøve de beføjelser, som Rådet tildeler den med henblik på gennemførelse af de af dette udfærdigede forskrifter«, thi denne artikel udelukker ikke, at denne kompetence kan udøves på forordningsområdet. Med andre ord, selv om Rådet ikke kan overlade Kommissionen opgaven at fastsætte retsgrundsætningerne for et område, er der dog intet til hinder for, at det kan pålægge Kommissionen at fastsætte gennemførelsesbestemmelserne for disse retsgrundsætninger.

Forordning nr. 17, artikel 19 anerkender faktisk virksomhedernes ret til at udtale sig, før Kommissionen vedtager nogen beslutninger, der vedrører dem, og regulerer således det væsentlige: princippet vedrørende kravet om høring. Følgelig udgør enkelthederne vedrørende høringen, som Kommissionen har fastsat i forordning nr. 99/63, hvor betydningsfulde de end måtte være, kun en *gennemførelsesforanstaltning* til den af Rådet fastsatte regel. Motiverne til forordning nr. 17 viser i øvrigt, at det forslag til forordning, som Parlamentet udtalte sig til gunst for, indeholdt en bestemmelse svarende til den, som findes i artikel 24. Den af den sagsøgende virksomhed mod denne artikel fremførte indsigelse om ulovlighed er derfor ubegrundet.

3. Samme sagsøger har rejst endnu en indsigelse om ulovlighed, denne gang mod forordning nr. 99/63, artikel 9, stk. 1, ifølge hvilken »afhøringerne foretages af de af Kommissionen dertil bemyndigende personer«. Denne bestemmelse krænker det almindelige princip om kontinuitet i sammensætningen af den administrative myndighed, som behandler en sag, der kan føre til pålæggelse af sanktioner.

Men eksisterer der et så strengt princip på et område, der især vedrører den praktiske organisation. Man kan have sine tvivl herom. Undersøgelsen af et administrativt tilfælde — især når det er så kompliceret som det foreliggende — forudsætter nødvendigvis medvirken af et antal tjenestemænd, der snart arbejder enkeltvis snart i en gruppe. Det er ikke muligt udefra at afgrænse den enkeltes arbejde eller at kræve, at alle deltager i det samlede arbejde. Dette er et spørgsmål vedrørende den interne organisation af tjenestegrene, som det påhviler Kommissionen at fastsætte inden for rammerne af dens pligter. Dette gælder også, når den påbegyndte procedure kan føre til pålæggelse af bøder, thi den beholder karakteren af en administrativ procedure.

4. Chemiefarma anfører desuden, at der er sket krænkelse af en almindelig retsgrundsætning, ifølge hvilken en forvaltningsmyndighed, som er pålagt at gennemføre en procedure, er forpligtet til sammen med de pågældende parter at berigtige unøjagtigheder, at »lade utilstrækkelige argumenter oplyse« og at give parterne lejlighed til at blive hørt om alle de væsentlige elementer i sagen. Men Kommissionen har i det foreliggende tilfælde ikke taget hensyn til de af den sagsøgende virksomhed i dens svar til fremstillingen af klagepunkter fremførte bemærkninger og har derfor ladet et antal unøjagtigheder, som Chemiefarma har opregnet, bestå i sin beslutning.

Hvis denne virksomhed her under en anden form vil gentage indsigelsen om krænkelse af kravet om høring, er det tilstrækkeligt at henvise til, at dette krav ikke er blevet krænket. Hvis den omtvistede beslutning til trods herfor indeholder unøjagtigheder, drejer det sig ikke længere om procedurens retmæssighed men om selve rigtigheden, og Domstolen må undersøge, om dens gyldighed bliver påvirker heraf.

B — *Protokollen over høringen af parterne*

Forordning nr. 99/63, artikel 9, stk. 4 bestemmer: »Det væsentlige indhold af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser føres til protokols. Protokollatet oplæses for og godkendes af den pågældende.«

Det skal anføres, at det under afhøringerne den 11. og den 12. februar 1969 faktisk blev accepteret, at protokollen senere skulle affattes og fremsendes til de pågældende parter til eventuel berigtigelse og godkendelse. Den blev først fremsendt til virksomhederne den 10. juni med opfordring til den om at fremsætte deres bemærkninger inden for en frist af

3 uger: Buchler overholdt denne frist, Boehringer opnåede en forlængelse af fristen indtil 7. juli, Nedchem reagerede ikke.

Det er imidlertid sidstnævnte sagsøger, som i søgsmålet 41/69 beskylder Kommissionen for at have krænket forordningens artikel 9, stk. 4, fordi den har ladet hengå et for langt tidsrum mellem afhøringen og fremsendelsen af protokollen, har givet den sagsøgende virksomhed en for kort frist til at fremsætte sine erklæringer og har undladt at sikre sig sagsøgerens indforståelse med affattelsen. Hvilke vanskeligheder der end kan være opstået ved affattelsen af forslaget til protokollat, kan man med rette forbavses over, at det var påkrævet at bruge fire måneder hertil, men der er dog intet i denne forsinkelse, der kan skade de pågældende parters ret. Desuden synes den til fremførelse af berigtigelser fastsatte treugersfrist at være tilstrækkelig. Den sagsøgende virksomhed, som hverken har foreslået ændringer eller, som Boehringer, anmodet om en forlængelse af fristen, kan ikke nu som indsigelse anføre fristens utilstrækkelighed eller beskylde Kommissionen for ikke at have sikret sig sin accept.

Den samme sagsøgende virksomhed anfører desuden, at protokollens ordlyd kun blev den meddelt på tysk og fransk men ikke på dens nationale sprog, nederlandsk. Dette udgør en krænkelse af det princip om sprogenes lighed, som fremgår af traktatens artikel 217 og af Rådets forordning nr. 1.

Kommissionen erkender at være skyldig på dette punkt. Den indrømmer, at den ved uforsigtighed har begået en fejl, som den ville have genoprettet, hvis virksomheden havde gjort den opmærksom herpå. Men denne fejl har ifølge Kommissionens opfattelse ikke forhindret den sagsøgende virksomhed i på tilfredsstillende måde at opnå kendskab til den tyske version af forslaget til protokollat og har således ikke forringet dens ret til at indgive søgsmål. Denne opfattelse synes så meget mere begrundet, som den af Chemiefarma fremhævede regel ikke har karakter af ordre public, og som den sagsøgende virksomhed ved ikke at have krævet meddelelse af en nederlandsk version stiltiende har givet afkald på at påberåbe sig reglen. Indsigelsen bør derfor afvises.

C — *Proceduren for Det rådgivende Udvalg Udvalg*

Dette udvalg, der blev indført ved forordning nr. 17 artikel 10 med henblik på at sikre forbindelsen til medlemsstaternes myndigheder, skal høres inden de fleste af Kommissionen vedtagne beslutninger på området for artikel 85 ff, især før der pålægges bøder. Det er sammensat af embedsmænd, som er kompetente i kartel- og monopolspørgsmål, og hver medlemsstat udpeger som sin repræsentant en embedsmand, som i tilfælde af forfald kan erstattes af en anden. Høring finder sted i et fælles møde, som Kommissionen indkalder til; dette møde afholdes tidligst fjorten dage efter indkaldelsens fremsendelse. Indkaldelsen skal for hver enkelt sag, der behandles, ledsages af en sagsfremstilling med angivelse af de vigtigste dokumenter samt af et foreløbigt forslag til beslutning. Resultatet af høringen skal udformes skriftligt og vedlægges forslaget til beslutning, men det offentliggøres ikke.

Chemiefarma, der i Det rådgivende Udvalg ser en »dunkel og hybrid institution«, ytrer tvivl om, hvorvidt de fastsatte bestemmelser sikrer tilstrækkelige retlige garantier (der er f. eks. ingen garanti for ensartethed og kontinuitet i sammensætningen). Imidlertid lader det dog ikke til, at den sagsøgende virksomhed formelt vil gøre gældende, at artikel 10 er ulovlig på grund af sin utilstrækkelighed.

Derimod anfører de tre sagsøgende virksomheder i fællesskab, at udvalget har afgivet sin stillingtagen uden at være tilstrækkeligt oplyst:

— fordi det ikke fik forelagt en endelig protokol over afhøringen men kun en foreløbig protokol, der behøvede væsentlige ændringer (søgsmålene 41/69, 44/69 og 56/69);

— fordi det foreløbige forslag til beslutning, som blev forelagt det, ikke angav størrelsen af de påtænkte bøder (søgsmålene 41/69 og 45/69);

— fordi det ikke rådede over en tilstrækkelig lang frist til at undersøge det forelagte tilfælde (søgsmål 41/69).

Derfor kræver de sagsøgende selskaber, at det pålægges Kommissionen at fremlægge alle de Det rågivende Udvalg forelagte sagsakter. Domstolen har nægtet denne fremlæggelse, efter at Kommissionens befuldmægtigede har anført de enkelte sagsakter, som indeholdes i aktmappen, men denne har på Domstolens opfordring oplyst, under hvilke omstændigheder det pågældende udvalg har opnået kendskab til størrelsen af de påtænkte bøder. Domstolen må vurdere vægten af de fremførte beviser.

Kommissionen mener ikke, at denne indsigelse kan tages i betragtning, fordi Det rådgivende Udvalg skal sikre forbindelsen til medlemsstaterne men ikke garantere virksomhederne beskyttelsen af deres ret. De sagsøgende selskaber har derfor ikke beføjelse til at anfægte den for udvalget fulgte procedure, »da denne henhører under udvalgets enekompetence«. Indsigelsen er irrelevant, alene fordi det ikke ses, hvordan dette udvalg skal kunne anfægte en mod en virksomhed vedtaget beslutning med den begrundelse, at det er blevet fejlagtigt hørt. Det kan derimod ikke udelukkes, at der i bestemte tilfælde kan foreligge en krænkelse af væsentlige formkrav, der gør beslutningen retsstridig, når en forskrift, der fastsætter en proceduremæssig formforskrift eller høring af en institution før beslutningen vedtages, ikke bliver fulgt.

Indsigelsen synes dog ikke at være begrundet i det foreliggende tilfælde.

— For det første er det ubestridt, at Det rådgivende Udvalg kun rådede over et foreløbigt forslag til protokollat, som ikke indeholdt de af Buchler og Boehringer foreslåede ændringer; men denne omstændighed udgør kun en procedurefejl, der kan påvirke den omtvistede beslutning, hvis den version, som blev forelagt udvalget, kunne give dette et forkert indtryk af de pågældende parters erklæringer. Dette var bestemt ikke tilfældet. Kommissionens befuldmægtigede har under retsmødet som eksempel oplyst Domstolen om de af Buchler krævede ændringer; de er af ringe betydning. Domstolen har haft forelagt forslaget til protokol og den endelige protokol, som indeholder alle de af de forskellige virksomheder krævede ændringer. Sammenligningen mellem disse to dokumenter viser, at der i den oprindelige version ganske vist var uundgåelige detaljemæssige fejl, men at disse vedrører ikke det væsentlige indhold. Ifølge forordning nr. 99/63, artikel 9, stk. 4 er det imidlertid »det væsentlige indhold« af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser, der skal føres til protokols. Det rådgivende Udvalg er således ikke blevet forkert underrettet på dette punkt.

— Hvorledes forholder det sig i oplysninger, som har været forelagt udvalget vedrørende størrelsen af de påtænkte bøder? Kommissionen har i sine indlæg kun behandlet dette spørgsmål i indpakkede vendinger og anfører, at den havde valgt en procedure, der forhindrede en for tidlig afsløring af beløbene. De af Kommissionen sidst afgivne indlæg gør det dog muligt at danne sig et nøjere billede af situationen.

Samtidig med det den 30. maj 1969 fremsendte foreløbige forslag til afgørelse, der nævnte kriterierne for de forskellige udmålinger af de bøder, der skulle pålægges, blot ikke størrelsen af disse, modtog udvalgets medlemmer en skrivelse, der meddelte dem den omtrentlige størrelsesorden af de for de enkelte virksomheder forudsete bøder og underrettede dem om, at de nøjagtige tal ville blive meddelt mundtligt under mødet den 23. juni. Dette skete faktisk også. Udtog af protokollen over høringen angiver den samlede størrelse af de påtænkte bøder, på hvilken det er tilstrækkeligt at anvende den i brevet af 30. maj indeholdte fordelingsnøgle for at udlede det for hver enkelt virksomhed foreslåede beløb, som i øvrigt blev gjort til genstand for kritiske bemærkninger fra et medlem af udvalget. Det står således fast, at dette udvalg om ikke gennem det foreløbige forslag til beslutning i det mindste gennem skriftlige og mundtlige oplysninger på dette stadium af proceduren havde opnået kendskab til de for de enkelte virksomheder påtænkte bødebeløb. Man kan spørge sig selv, om den hemmelighed, som Kommissionen ønskede at opretholde, var så nødvendig, at der måtte vælges en i den grad indviklet fremgangsmåde; til gengæld må det antages, at udvalget kunne afgive sin stillingtagen i fuldt kendskab til sagen. Jeg mener ligesom de sagsøgende virksomheder, at den vigtigste bestanddel af en beslutning som den foreliggende er størrel-

sen af de pålagte bøder, der må afhænge af varigheden og grovheden af den påståede krænkelse. Vedrørende disse to aspekter af spørgsmålet indeholdt det foreløbige forslag til beslutning en forklaring af Kommissionens standpunkt, som i det vedhæftede bilag konkretiseredes ved en fordelingsnøgle, der udmålte ansvaret for de enkelte virksomheder. Fra dette øjeblik var medlemmerne af Det rådgivende Udvalg i stand til selv at forberede en stillingtagen til sagens indhold, og hvis man ikke vil drage deres kvalifikationer i tvivl, må det lægges til grund, at de på grundlag af de oplysninger, som de allerede rådede over, med sagkundskab kunne udtale sig om den foreslåede bøde, også selv om den talmæssige størrelse af beløbet først blev meddelt dem under mødet.

— Endelig gør de foregående overvejelser — i forbindelse med det forhold, at den frist på 14 dage, der skal hengå mellem indkaldelsen af udvalget og dettes møde, er blevet rigeligt overholdt — det muligt at afvise Chemiefarmas indsigelse om, at det hørte udvalg ikke har haft tid til at undersøge tilfældet forsvarligt.

Derfor bør de mod retmæssigheden af proceduren for Det rådgivende Udvalg rejste indsigelser, under hvilket synspunkt de end er fremført, afvises.

D — *Kommissionens vedtagelse af beslutningen*

Kommissionen traf sin beslutning den 16. juni 1969, efter at den var blevet underrettet om tilfældet af det for konkurrencespørgsmål kompetente kommissionsmedlem, dog uden at have hørt de pågældende parter.

Boehringer og endnu tydeligere Buchler rejser spørgsmålet, om tilgodesseelsen af de fundamentale rettigheder for en person, der er truet af så alvorlige sanktioner, ikke kræver, at høringen finder sted i nærværelse af dem, der skal tage stilling til bøden. Hvis dette udgør en indsigelse, hvorved lovligheden af forordning nr. 99/63, artikel 9, stk. 1 bestrides, kan der hertil svares, at ingen grundsætning kræver denne personlige høring.

De samme sagsøgende virksomheder bestrider desuden beslutningens retmæssighed, fordi Kommissionen kun har været utilstrækkeligt informeret: den endelige protokol er ikke blevet forelagt dens medlemmer — men jeg har ovenfor anført, at der ikke er grund til at tage hensyn til dette forhold — og den samlede aktmappes indhold er ikke blevet dem meddelt..

Sagsøgte understreger med rette, at en arbejdsdeling er uundgåelig i en kollegial — og ikke retslig — institution som Kommissionen. For at Kommissionen gyldigt skal kunne vedtage beslutninger, er det påkrævet og tilstrækkeligt, at alle dens medlemmer er blevet fuldt underrettet om sagens væsentlige punkter — den forberedende note og den mundtlige underretning fra det for konkurrencespørgsmål kompetente kommissionsmedlem opfylder dette krav — og at alle sagsakterne er tilgængelige for dem. Denne procedure blev fulgt i det foreliggende tilfælde, og indsigelsen bør derfor afvises.

E — *Indsigelser vedrørende begrundelsen for beslutningen*

1. Boehringer, der i den utilstrækkelige præcisering i fremstillingen af klagepunkterne ser en krænkelse af forordning nr. 17, artikel 19, stk. 4, rejser samme indsigelse i henseende til den omtvistede beslutning, som selskabet i denne forbindelse baserer på traktatens artikel 190. Jeg mener, at der må gives samme svar herpå. Det er for overholdelsen af den påberåbte artikel tilstrækkeligt, at begrundelserne på tilstrækkelig præcis måde angiver de forhold, som udgør de påståede krænkelser; ved læsningen af beslutningen, der i øvrigt slutter sig meget nært til fremstillingen af klagepunkterne, bliver det imidlertid klart, at det forholder sig således i det foreliggende tilfælde; indsigelsen er derfor ubegrundet.

2. Chemiefarma påberåber sig ligeledes, at Kommissionens beslutning krænker væsentlige formforskrifter, og fremfører i så henseende flere indsigelser.

Den sagsøgende virksomhed anfører for det første, at nævnte beslutning undlader at tage stilling til væsentlige afsnit af de indlæg, som den indgav efter meddelelsen af klagepunkterne, især vedrørende særegenhederne på

markedet for farmaceutiske produkter og vedrørende den manglende genstand for områdebeskyttelsen.

Ganske vist skal Kommissionen i medfør af traktatens artikel 190 begrunde sine beslutninger, men kravene i denne artikel er ifølge Domstolens retspraksis opfyldt, når begrundelsen på klar og sammenhængende måde angiver de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som beslutningen er støttet på, uden at retsaktens ophavsmand er forpligtet til at gentage alle de under den administrative procedure behandlede punkter.

Det pågældende kartel vedrørte udelukkende handel med råstoffer — kinin og kinidin — til fremstilling af farmaceutiske produkter og ikke handel med farmaceutiske specialprodukter; der er derfor ingen grund til at omtale omstændigheder, som ikke vedrører tvisten. Hvad angår områdebeskyttelsen, viser læsningen af beslutningen, at denne angiver de grunde, i henhold til hvilke Kommissionen beskylder kartelmedlemmerne for at have foretaget en opdeling af de nationale markeder.

Den sagsøgende virksomhed gør desuden gældende, at begrundelsen for beslutningen indeholder selvmodsigelser især for så vidt angår mængdeudligningen og udvekslingen af eksporttal, men det drejer sig blot om en ren påstand, som ikke bliver klart uddybet og derfor bør afvises.

Endelig beskylder Chemiefarma Kommissionen for på visse punkter at begrænse sig til at fremsætte påstande uden at føre bevis for disse. Det gælder for eksempel for påstanden om, at kartellet har medført ulemper for forbrugerne, men det drejer sig her om et forhold, der ikke spiller nogen rolle for den omtvistede beslutning. Når Chemiefarma desuden gør gældende, at henvisningen til tillægsaftalen af december 1964 ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at der endnu på dette tidspunkt praktiseredes en fælles prispolitik, fremfører den her et punkt, som er omstridt mellem parterne; det er snævert forbundet med eksistensen af den påståede krænkelse og kan derfor først med fordel omtales under undersøgelsen af beslutningens retmæssighed.

3. Den samme sagsøgende virksomhed gør desuden gældende, at den omtvistede beslutning på visse punkter adskiller sig fra fremstillingen af klagepunkterne, og ser heri en krænkelse af forordning nr. 99/63, artikel 4. Selv om Kommissionen ifølge denne artikel i sine beslutninger kun kan tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke virksomhederne har haft lejlighed til at udtale sig, følger det ikke heraf, at beslutningen skal være en nøjagtig gengivelse af den oprindelige meddelelse. Ganske vist kan den ikke fastslå andre krænkelser end de i meddelelsen indeholdte, men den kan fremstille dem anderledes under hensyn til de synspunkter, som er fremført under den som følge af meddelelsen fremkaldte diskussion. I det foreliggende tilfælde fremgår det af en sammenligning af de to dokumenter, at beslutningen ikke indeholder nogen væsentlig forskel i forhold til fremstillingen af klagepunkterne, og at den, mens den i hvert fald frafalder nogle af de oprindeligt rejste klagepunkter, på den anden side ikke indeholder noget klagepunkt, som ikke allerede var indeholdt i meddelelsen. Indsigelsen bør derfor afvises.

4. Endelig kan der til denne indsigelse om krænkelse af væsentlige formforskrifter føjes den af Chemiefarma mod den omtvistede beslutning rejste indsigelse om, at beslutningen krænker en almindelig retsgrundsætning, ifølge hvilken de retsundergivne skal oplyses om mulighederne for at anlægge søgsmål og de herfor bestående frister, hvilket hverken er sket i selve beslutningen eller i ledsageskrivelsen.

Det er uden tvivl tilstrækkeligt at svare den sagsøgende virksomhed, at den ingen interesse har i at rejse denne indsigelse, da den har indgivet sit søgsmål inden for fristerne; jeg mener dog, at det må foretrækkes at få afgjort dette spørgsmål fuldt ud. Selv om den påberåbte grundsætning gælder i Tyskland, er den ikke almindeligt kendt i de andre medlemsstater; den kan derfor ikke anses for en »almindelig grundsætning«, der er anvendelig i fællesskabsretten uden en udtrykkelig bestemmelse.

III — Eksistensen af en krænkelse af artikel 85, stk. 1

Efter disse noget lange udredninger skal jeg nu vende mig til tvistens centrale punkt: ud-

gør de mellem de sagsøgende virksomheder indgåede aftaler og det samarbejde, som de sagsøgende virksomheder indbyrdes har udviklet, sådanne krænkelser, som falder ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1?

For at afgøre dette spørgsmål må man vide, på hvilke områder dette samarbejde skulle foregå inden for det fælles marked, og de indgåede aftaler må præciseres, og deres omfang og art undersøges.

Jeg skal derefter undersøge, om kartellet, efter at det først var oprettet, fuldt ud og på alle punkter fortsatte med at bestå indtil i februar 1965, som Kommissionen hævder det, eller om det tværtimod blev opløst eller helt eller delvis ændret, og i givet fald på hvilket tidspunkt.

A — Retsmøderapportens meget komplette fremstilling af de forskellige aspekter ved kartellet gør det muligt for mig her kun at anføre det væsentlige. Det må dog straks understreges, at det net af aftaler, der var indgået mellem medlemmerne af dette kartel, var af kompliceret beskaffenhed, og at de forbindelser, der således fandtes mellem dem, var overordentligt solide.

1. Oprindelsen er en eksportaftale for kinin og kinidin, som i juli 1959 blev indgået mellem Boehringer og Nedchem, og som udtrykkeligt undtager landene i det fælles marked fra sit anvendelsesområde. Buchler tiltrådte denne aftale i marts 1960; derefter blev der den 7. april 1960 mellem de tre sagsøgende virksomheder på den ene side og de franske og de to engelske virksomheder på den anden side indgået en aftale, der for så vidt angår kinin fastsætter betingelserne for de franske og engelske virksomheders tiltrædelse af den foregående aftale. Denne blev offentliggjort under betegnelsen eksportaftale (Export Agreement). Men samme dag godkendte de forsamlede kartelmedlemmer teksten til to gentlemen's agreements, som blev indgået mellem henholdsvis de sagsøgende virksomheder og den franske gruppe på den ene side, Carnegies og Lake & Cruickshank på den anden side. De udstrakte klausulerne i eksportaftalen til alle eksportsalg, dvs. også til salg til landene inden for det fælles marked. Deres indhold er identisk, derfor vil jeg fremover omtale dem som en gentlemen's agreement. De er skriftligt affattet og dateret den 9. april 1960 men ikke underskrevet, og de forbliver frem for alt hemmelige. Derefter så virksomhederne med henblik på gennemførelsen af disse aftaler sig foranlediget til dels under deres fælles møder gennem brevveksling at indgå yderligere aftaler, for eksempel for i fællesskab at fastsætte tidspunktet for og omfanget af prisforhøjelserne. Det skal endelig tilføjes, at virksomhederne — ikke blot på salgsmen også på indkøbsområdet — har indgået aftaler vedrørende fælles køb af kininbark (»bark pool«) og køb af kininmængder fra de amerikanske strategiske reserver (»stockpile agreement«).

2. Kommissionen anfører fire punkter, på hvilke kartellet mellem virksomhederne ifølge dens mening strider mod bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og som alle direkte eller indirekte kan føres tilbage til eksportaftalen og de indgåede gentlemen's agreements.

— Det første punkt er prispolitikken. Ifølge eksportaftalen skal priserne for kinin og kinidin fastsættes ved flertalsafgørelse. Denne ordning blev ved den pågældende gentlemen's agreement udstrakt til at gælde for udførsler inden for det fælles marked. Som Domstolen ved, blev der desuden opstillet »retningslinjer« for at præcisere og standardisere enkelthederne ved prisberegningen, leverings- og betalingsbetingelserne og de oplysninger, der skulle afgives af kartelmedlemmerne vedrørende solgte mængder og ydede rabatter. I overensstemmelse hermed blev der indtil udgangen af 1964 opstillet ensartede fælles prislister.

— Dernæst kommer opdelingen af markedet gennem tildeling af eksportkvoter og indførelse af en udligningsordning. Aftalen af 7. april 1960 tildeler hvert medlem en kvota for kinin. For kinidinet derimod, som de tre sagsøgende virksomheder havde forbeholdt sig, bevarer disse de kvoter, som fremgik af den aftale, der var indgået mellem dem den foregående måned. Disse kvoter blev i henhold til den indgåede gentlemen's agreement udstrakt til at gælde for alt eksportsalg. Det samme gjaldt for reglen om, at en virksomhed, der havde leveret mindre end sin kvota, kunne tilbyde en virksomhed, der havde

overskredet sin kvota, den tilsvarende mængde til en bestemt pris. Eksistensen af to aftaler, en officiel og en hemmelig, vanskeliggjorde udligningsordningens funktion; problemet blev løst på den i »Note about the equalizàtion« af 19. februar 1960 angivne måde. Hvert medlem skulle regelmæssigt meddele Nedchem værdien of omfanget dels af alle dets i løbet af en referenceperiode gennemførte salg, dels af alle de af eksportaftalen omfattede salg. Nedchem beregnede de mængder, der skulle udlignes for disse to kategorier af forretninger, og den faktiske udligning fandt derefter sted på grundlag af den indgåede gentlemen's agreement.

— Det tredje punkt, som kartellet vedrører, er beskyttelsen af de nationale markeder til fordel for producenterne i de pågældende lande. Princippet blev med eftertryk forsvaret af de franske virksomheder under de forhandlinger, som førte til deres tiltrædelse; det blev godkendt, og under kartelmedlemmernes møde den 2. marts 1960 opnåede Nedchem's repræsentant endog en aftale om, hvordan denne beskyttelse i enkeltheder kunne sikres uden at vække de for konkurrencen kompetente myndigheders indiskrete nysgerrighed.

— Endelig, og dette er det sidste aspekt af de mellem de forskellige deltagere indgåede aftaler: de engelske virksomheder har ved den pågældende gentlemen's agreement forpligtet sig til ikke at fremstille kinidin, og de franske virksomheder har påtaget sig den samme forpligtelse, for så vidt angår fremstillingen af syntetisk kinidin.

Opregningen af de punkter, som kartellet omfattede, viser den snævre forbindelse, der bestod mellem eksportaftalen og ovennævnte gentlemen's agreement. For det første tidsmæssigt: den første eksportaftale, der i 1958 blev indgået mellem de tre sagsøgende virksomheder, omfattede det fælles marked, og først efter indsigelser fra Bundeskartellamt blev anvendelsesområdet for aftalen af 1959 indsnævret; dog påbegyndtes der straks undersøgelser med henblik på at virkeliggøre de oprindelige hensigter mere diskret via den nævnte gentlemen's agreement. Forhandlingerne med henblik på gennemførelsen af denne fandt sted samtidig med diskussionen om de franske og engelske virksomheders tiltrædelse af eksportaftalen. Også sagligt bestod der en forbindelse, thi den indgåede gentlemen's agreement havde netop som formål at udstrække de forskellige klausuler i den nævnte aftale til udførsler til sådanne områder, som den ikke legalt kunne omfatte, og forbindelsen var endog så stærk, at den manglende opfyldelse af den omtalte gentlemen's agreement ifølge bestemmelserne heri også i sig selv udgjorde en krænkelse af de officielle aftaler; Domstolen ved, hvilken fordel Nedchem forsøgte at drage af denne klausul i november 1962.

Der rejser sig nu to spørgsmål.

3. 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 Grundig (Sml. 1965—68, forenede sager 56 og 58/64, s. 245) ikke ved anvendelsen af artikel 85 at tage hensyn til aftalens faktiske følger. Det forholder sig uden tvivl anderledes ved en samordnet praksis, der ifølge den fremherskende opfattelse forudsætter, at samordningen ytrer sig konkret, således at der såvel skal påvises en faktisk adfærd hos de pågældende parter som en sammenhæng mellem denne adfærd og en forudfattet plan.

Som grund til at betragte den den 9. april 1960 indgåede gentlemen's agreement som en aftale i betydningen af artikel 85, stk. 1 støtter den omtvistede beslutning sig på det forhold, at den pågældende gentlemen's agreement trods sin utilstrækkeligt klare betegnelse udtrykkeligt sort på hvidt fastsætter pligter for parterne vedrørende deres adfærd på markedet. Selv om man tillægger den omstændighed, at der er hjemlet mulighed for at bilægge tvister inden for rammerne af en voldgiftsprocedure, mindre betydning end Kommissionen, kommer det dog klart til udtryk i klausulen om, at krænkelsen af den foreliggende gentlemen's agreement ipso facto udgør en krænkelse af eksportaftalen, at den nævnte gentlemen's agreement skal anses

for forpligtende. I »Note about the equalization« af 19. februar 1960 hedder det, at den første af disse aftaler har forrang for den anden; det ville under disse omstændigheder være paradoksalt at nægte den den samme retlige natur. Det skal tilføjes, at retspraksis ved Bundeskartellamt tenderer mod at anse »arrangements« af denne art for ægte aftaler i konkurrencelovgivningens forstand.

Jeg anser derfor den pågældende gentlemen's agreement for en ægte aftale, der ganske åbenbart har til formål at begrænse konkurrencen.

4. Det andet spørgsmål er også delikat: det drejer sig om, hvorvidt den mellem eksportaftalen og den indgåede gentlemen's agreement bestående sammenhæng har til følge, at førstnævnte falder ind under artikel 85, stk. 1. De sagsøgende virksomheder bestrider dette. De — og især Boehringer — beskylder Kommissionen for ikke at have betragtet forskellige retsakter og situationer særskilt, skønt krænkelsen frem for alt ifølge dommen Grundig kun kan fastslås for de dele af aftalen, der falder ind under forbudet. Dette må så meget mere gælde, når det drejer sig om to adskilte aftaler med forskelligt indhold og forskellig rækkevidde. Hvis det antages, at den indgåede gentlemen's agreement indeholdt strafbare forhold, for så vidt som den udstrakte klausulerne i eksportaftalen til at gælde for det fælles marked, var denne aftale som sådan under ingen omstændigheder omfattet af artikel 85, stk. 1. Virksomhederne anså den under alle omstændigheder for lovlig, hvilket betyder, at de ikke forsætligthar krænket forbudet.

Lad os et øjeblik se bort fra sidstnævnte aspekt, der vedrører bøden. Desuden afviser Kommissionen energisk de sagsøgende virksomheders opfattelse og nægter at behandle eksportaftalen særskilt på grund af det uløselige bånd, der består mellem de forskellige aftaler, som kun adskiller sig fra hinanden ved deres form. Den anfører, at ordningen udgør en helhed; der gaves derfor ingen anden løsning end at betragte aftalerne som dele af en forsætligt skabt helhed og ligeledes med henblik på eksportaftalen at fastslå, at den falder ind under det i artikel 85, stk. 1 indeholdte forbud. Kommissionen tilføjer, at de i det internationale kininkartel deltagende virksomheder tilsammen repræsenterede 70 % af verdensproduktionen, og at den andel, som udførslerne til tredjelande udgjorde af den samlede salg, var meget stor; kartellet kan derfor ikke sammenlignes med de aftaler, som der tidligere blev meddelt negativattester for, fordi disse ikke mærkbart begrænsede konkurrencen inden for det fælles marked.

Den indgåede gentlemen's agreement er i grunden uforståelig, hvis man ikke sammenligner den med eksportaftalen; Kommissionen kunne således ikke undersøge den ene aftale uden tillige at undersøge den anden. Følger det heraf, at sidstnævnte aftale kunne blive genstand for den i artikel 85, stk. 1 fastsatte konstatering og rammes af forbudet? Det er mere tvivlsomt men kan vel antages. Ikke så meget på grund af den betydelige andel af verdensproduktionen, som de i kartellet deltagende virksomheder repræsenterer, thi selv om det ikke er udelukket, at en aftale om eksport til tredjelande kan have virkninger inden for det fælles marked, forsøger Kommissionen ikke at påvise, at det forholder sig således i det foreliggende tilfælde; men på grund af det åbenlyse slægtskab mellem de to aftaler og den udelelige helhed, som de udgør. Når dommen Grundig, som de sagsøgende virksomheder påberåber sig, delvis annullerer beslutningen om forbud, skyldes dette, at det med artikel 85, stk. 1 uforenelige forhold ikke fulgte af »en samvirken af alle bestemmelser i aftalen . . . og af dennes samlede effekt«. Her var de to aftalers samvirken i høj grad påkrævet, for at det ved den omtvistede beslutning sanktionerede forhold kunne opstå.

For kort tid siden kunne man i et værk læse følgende bemærkning fra en særlig anerkendt pen: »De af Bundeskartellamt i forbindelse med det internationale kininkartel indhøstede erfaringer tilskynder desuden til at sikre sig, at anmeldte internationale eksportkarteller ikke bliver benyttet som rammer for mere omfattende ulovlige konkurrencebegrænsninger«. (Kurt Markert: Anvendelsen af loven mod konkurrencebegrænsninger på internationale konkurrencebegrænsninger i »Zehn Jahre Bundeskartellamt«, s. 224). Da eksportaftalen udgjorde *rammerne* for den indgåede gentlemen's agreement, vil jeg ikke finde det unormalt, hvis den bliver gjort til genstand for samme behandling.

B — Således tegnede samarbejdet mellem virksomhederne sig oprindeligt inden for rammerne af det internationale kininkartel. Skønt de sagsøgende selskaber indrømmer, at den indgåede gentlemen's agreement stred mod bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og skønt de praktisk talt ikke bestrider, at den endnu blev anvendt den 13. marts 1962, det for fastsættelsen af bøderne afgørende tidspunkt, gør de imidlertid gældende, at den udtrykkeligt og endeligt blev bragt til ophør på mødet den 29. oktober1962, at selve eksportaftalen efter en næsten fuldstændig afbrydelse under mødet den 14. oktober 1963 blev erklæret for »hvilende« og kun blev anvendt sporadisk i 1964, at selv om erklæringerne af oktober og november 1963 på ny garanterede beskyttelsen af de nationale markeder, drejede det sig højst om en samordnet praksis, der ikke medførte nogen mærkbar begrænsning af konkurrencen, da knapheden på råstoffer på dette tidspunkt udelukkede enhver mulighed for supplerende levering. Kommissionen bestrider heroverfor, at den indgåede gentlemen's agreement er blevet bragt til ophør, den er højst ligesom eksportaftalen blevet erklæret for hvilende, og selv om det som følge af denne hvilen må antages, at der kun foreligger en samordnet praksis, er virksomhederne dog enedes om, at de også fremover vil efterkomme aftalerne. Den omtvistede beslutning går kort sagt ud fra, at kartellets politik, på de fire punkter som jeg har fremført, indtil begyndelsen af februar 1965 er forblevet uændret.

1. Det må derfor undersøges, om og hvorledes kartellet har udviklet sig. Hele striden, som er udmøntet i den skriftlige procedure, og som forfølges ved retten, hviler på modstridende fortolkninger og kartellets mødeprotokoller og brevvekslingen mellem dettes medlemmer i 1962—1963. Inden jeg skildrer denne situation, skal jeg minde om den sammenhæng, inden for hvilken begivenhederne udspillede sig.

Generelt nødvendiggjorde ikrafttrædelsen af forordning nr. 17, der foreskrev anmeldelsen af visse aftaler inden den 1. november, vanskelige afgørelser. Skulle man intet gøre og acceptere risikoen for en bøde, skulle man opløse kartellet, eller skulle man anmelde visse aftaler og i bekræftende fald hvilke? Efter at en specialist var blevet spurgt til råds på opfordring af et fransk medlem, indgik virksomhedernes jurister an aftale, og emnet blev drøftet under kartellets møde den 21. september 1962 og derefter på ny den 29. oktober. Men der rejste sig også interne problemer som følge af interessemodsætninger: visse medlemmer krævede forhøjelse af deres kvota, medens Nedchem og Boehringer stredes om betingelserne for oprettelsen af en ny barkpool.

Det mindste, der kan siges, er, at den omtvistede beslutnings analyse (nr. 10) af mødet den 29. oktober 1962 udgør en meget fri fortolkning af den i aktmappen indeholdte protokol. Det er rigtigt, at mødet, som Kommissionen anfører det, delte sig i to afsnit: under det første, der var helliget retlige spørgsmål, diskuteres især det utænkelige i at forelægge den indgåede gentlemen's agreement for fællesskabsmyndighederne og muligheden for at ophæve den indgåede export agreement, hvilket især Nedchem og den franske gruppe modsatte sig, og protokollen sammenfatter resultaterne af dette første afsnit således: »After a discussion it proves that the export agreement is not cancelled, that all members intend to live in accordance with the gentlemen's agreement and that the meeting hopes to reach an understanding on a new purchase agreement. (Det fremgår af diskussionen, at eksportaftalen ikke er ophævet, at alle medlemmer agter at efterkomme den indgåede gentlemen's agreement, og at forsamlingen håber at nå til enighed om en ny aftale vedrørende køb [af kork].)

Tilbage stod at udarbejde klausulerne i denne aftale. Dette viste sig at være umuligt på grund af forskellen i synspunkter mellem Nedchem og Boehringer; førstnævnte mistænkte sidstnævnte for fuldstændigt at ville forbeholde sig rådigheden over sine forsyniger fra Congo og krævede som forudsætning for indgåelsen ophævelse af forbudet mod eksport af kork — et forbud, der var til fordel for Pharmakina, et kongolesisk datterselskab af Boehringer. Forhandlingsklimaet forværredes endnu mere, da Cruickshank, støttet af Boehringer, krævede kvoterne ændret, hvilket Buchler, den franske gruppe og Nedchem modsatte sig.

Protokollen sammenfatter resultaterne af dette andet afsnit således: »A general discussion follows in view of the opposing standpoints in particular as regard quota revision. It is found that no useful purpose would now be served by the lawyers drawing up a purchase agreement and the barkpool has come to an end. Therefore the original intention to live according to the gentlemen's agreement connot be kept. Nobody however proposed to cancel the export cartel, apart from this all are free.« (Der følger an almindelig diskussion om de modstående synspunkter især vedrørende ændring af kvoterne. Det fastslås, at det ikke vil tjene noget fornuftigt formål, at lade juristerne udarbejde et forslag til en købsaftale, og at den fælles barkpool er ophørt. Derfor kan den oprindelige hensigt til at efterkomme den indgåede gentlemen's agreement ikke opretholdes. Ingen foreslår at ophæve eksportkartellet, bortset herfra er alle fri).

Kommissionen mener, at »disse upræcise erklæringer ... muliggør ikke nogen sikker konklusion«, hvilket betyder, at intet er ændret ved den nævnte gentlemen's agreement. Disse erklæringer forekommer mig derimod at være lige så præcise som selvmodsigende, og da de gengiver konklusionerne af de to diskussioner, der fandt sted efter hinanden, må den anden erklæring logisk set have mere vægt end den første. Sagsøgte har under retsmødet mere eller mindre tydeligt ladet skinne igennem, at protokollen er affattet af Nedchem med henblik på dennes interesser, og at denne virksomhed har forsøgt at intimidere dem, der kræver ændring af kvoterne, idet den har truet med at ophæve den indgåede gentlemen's agreement. Dette er en ren insinuation, og man kan spørge, hvorfor Nedchem ikke også har »tilpasset« den første del for at mildne den modsætning, der består mellem denne og den anden del. Endelig har Kommissionen forsøgt at støtte sin opfattelse på en brevveksling, der i de følgende uger fandt sted mellem Nedchem på den ene side og Boehringer og Lake & Cruickshank på den anden. Nedchem hævdede i en rundskrivelse af 2. november, at begge dens partnere havde krænket den bestående gentlemen's agreement og følgelig også eksportaftalen. Det var derfor ikke rigtigt af virksomheden ved slutningen af mødet den 29. oktober at sige, at den ikke mere ville tage hensyn til den første aftale, medens den anden forblev gyldig. Lake & Cruickshank beskyldte desuden midt i november Nedchem for at have krænket den indgåede gentlemen's agreement ved den 5. november at have sænket sine priser i Storbritannien. Men denne i polemisk hensigt omtalte udveksling af klagepunkter forekommer mig at frembyde endnu mindre garanti for sandheden end mødeprotokollen. Desuden var det sædvane at tilsende kartelmedlemmerne denne protokol, således at de inden for femten dage kunne tilføje deres berigtigelser, og det fremgår af sagsakterne, at de ofte har gjort dette. Det er ikke på noget tidspunkt blevet anført, at en af dem har protesteret mod, hvad der er fremstillet som en enstemmig beslutning; jeg mener derfor ikke, at der er grund til at tvivle på rigtigheden af denne erklæring.

Det skal desuden tilføjes, at kartelmedlemmerne ifølge den omtvistede beslutning (nr. 12) under deres møde den 14. oktober 1963 var enige om at opretholde eksportaftalen og de indgåede *gentlemen's agreements*, idet gennemførelsen heraf dog blev udsat. Det er sikkert, at denne holdning blev indtaget med henblik på eksportaftalen, men efter min opfattelse fremgår det på ingen måde af protokollen, at det forholdt sig på samme måde med den indgåede gentlemen's agreement.

2. Herefter kan efter min mening den erklæring, som er indeholdt i slutningen af mødeprotokollen for den 29. oktober 1962, ikke fornuftigvis fortolkes anderledes, end at den indebærer ophævelse af den indgåede gentlemen's agreement. Fra dette tidspunkt består der ikke mere nogen formel aftale vedrørende et kartel inden for det fælles marked. Hvis der til trods herfor fortsat samarbejdes, således som Kommissionen hævder, sker dette i form af en samordnet praksis. Domstolen må derfor undersøge, hvilken adfærd virksomhederne indtil begyndelsen af februar 1965 har udvist på de fire områder, som var omfattet af aftalerne, og som beslutningen har henblik på. Ifølge beslutningen fortsattes samarbejdet indtil det nævnte tidspunkt på følgende fire områder: fastsættelse af salgspriser for kinin og kinidin — opdeling af de natio-

nale markeder til fordel for de producenter i disse lande, som var medlemmer af kartellet — fastsættelse af leveringskvoter og eksistensen af en udligningsordning for leverede mængder — endelig begrænsninger af kininproduktionen. Jeg skal nu undersøge disse fire punkter enkeltvis.

Det er trods alt forbavsende, at der på søgsmålets nuværende stade stadig består så mange stridspunkter og dermed uvisheder med hensyn til de faktiske omstændigheder. Argumentationen har længe været begrænset til spørgsmål om grundsætninger, og Kommissionens besvarelse af en række af Domstolen stillede spørgsmål og den i tilslutning hertil skete skriftveksling var påkrævet, for at diskussionen kunne tage en konkret retning. Det er hovedsagelig de i de sidste uger fremsatte skriftlige indlæg, der gør det muligt for mig at fremsætte forslag til afgørelse med en tilstrækkelig grad af sikkerhed.

3. Den første krænkelse af bestemmelserne i artikel 85, som beslutningen beskylder virksomhederne for — og den som rejser de mest delikate spørgsmål — er at have ført en fælles prispolitik indtil begyndelsen af 1965 for deres udførsler til bestemte lande inden for det fælles marked, hvor ingen af dem havde deres sæde: Belgien, Luxembourg og Italien.

Ifølge bestemmelserne i eksportaftalen, der ved den indgåede gentlemen's agreement var blevet udstrakt til at gælde for alle salg, skulle priserne fastsættes ved flertalsbeslutning, og for det tidsrum, hvor aftalen hvilede, aftaltes det, at der ikke måtte foretages ensidige ændringer. Derefter ændredes priserne to gange, den 12. marts og den 28. oktober 1964, ved en fælles beslutning.

Denne ordning blev ifølge den omtvistede beslutning anvendt uindskrænket i de ovennævnte lande; Kommissionen nægter i de ensartede og samtidige prisforhøjelser at se autonome beslutninger, som deres ophavsmænd skulle have vedtaget som følge af deres nødvendigvis sammenfaldende interesse vedrørende råstofforsyninger, thi efter den nævnte barkpool's ophør var deres stilling på dette marked forskellig om ikke modstridende. De sagsøgende selskaber bestrider at have ført den fælles politik, som man tilskriver dem. Ganske vist reagerede virksomhederne næppe under den administrative procedure, da Kommissionen fremsatte dette klagepunkt; det var nødvendigt, at sagsøgte sammen med duplikken fremlagde en liste over 72 forretninger med bestemmelsessted i disse stater, idet de anvendte priser sammenlignedes med de i fællesskab fastsatte eksportpriser: i næsten alle tilfælde forelå der sammenfald. Senere har enkelte af de sagsøgende virksomheder meddelt andre lister.

Domstolen råder nu over et mere righoldigt materiale, men afgørelsen forbliver vanskelig af to grunde. Den første er et spørgsmål om klassificering. For at det kan bedømmes, om der ved en forretning skal anvendes denne eller hin pris på varen, må varen, dens kendetegn og dens større eller mindre renhed nærmere fastsættes; desuden kan den leverede mængde og emballagens art retfærdiggøre en forhøjelse eller en nedsættelse af grundprisen, alt dette er svært at bedømme, når man ikke råder over fakturaen. Den anden grund er et spørgsmål om målestok: hvornår kan man sige, at en virksomhed følger en prisliste? Er enkelte afvigende tilfælde tilstrækkelig hertil, eller skal der, som jeg er tilbøjelig til at mene, foreligge temmelig mange fravigelser, som der ikke findes nogen logisk forklaring på?

Hvordan det nu end forholder sig hermed, har de sagsøgende virksomheder som svar på Kommissionens kritik og den duplikken vedhæftede tabeloversigt indtaget følgende holdning:

— Chemiefarma har begrænset sig til at fremføre nogle berigtigelser, der frem for alt vedrører ydelse eller nægtelse af rabatter.

— Buchler har fremlagt en liste over 49 eksportleveringer, der alle fandt sted i perioden oktober 1964 til marts 1965. Af disse forretninger blev 36 afsluttet med købere fra tredjelande og falder derfor ifølge min opfattelse uden for diskussionen. Tilbage bliver 13 forretninger, der vedrører det fælles marked. En af disse, som er fra marts 1965, udskiller sig på grund af sin dato. Ved en anden er der ydet en rabat på 10 % i forhold til tabellen, men denne rabat var aftalt mellem deltagerne. Alle de andre forretninger følger eksportprislisten.

— Hvad angår Boehringer, så har denne virksomhed stridt med sagsøgte om en liste over

70 leveringer for perioden fra 9. april 1964 til 29. januar 1965, for hvilke de tilsvarende fakturaer er blevet fremlagt. Jeg skal ikke gå i enkeltheder med denne diskussion men holde mig til de konklusioner, som følger heraf: kun for fem leveringer kan der i forhold til priserne for udførsel til tredjelande fastslås betydelige forskelle, som forbliver uforklarlige.

Hvis man tager hensyn til, at ingen af de sagsøgende selskaber har ført diskussionen hen på tidsrummet før 1964, er antallet af afvigelser fra eksportpriserne ringe nok til at retfærdiggøre den opfattelse, at de sagsøgende virksomheder faktisk, som det er anført i den omtvistede beslutning og for den heri angivne periode, anvendte de i fællesskab fastsatte priser for udførsler til de ovennævnte lande.

4. Den anden beskyldning, som den omtvistede beslutning fremfører mod virksomhederne, går ud på, at de har reserveret de nationale markeder for fabrikanterne i de nævnte lande. Denne beskyttelse var forudsat i den indgåede gentlemen's agreement men blev fornyet ved skrivelser, der blev udvekslet mellem kartelmedlemmerne i oktober-november 1963. Hvis man ikke vil opfatte denne brevveksling som en aftale, der havde en opdeling af de nationale markeder til formål — udgør den under alle omstændigheder grundlaget for en samordnet praksis. Men så må der tages stilling til følgende især af Boehringer rejste indsigelse. Ifølge denne sagsøgende virksomhed udgjorde de nævnte erklæringer kun en høflighedsakt uden nogen reel betydning, thi den yderst anspændte råstofsituation umuliggjorde enhver udvidelse af udførslerne, for hvilken der også rejste sig retlige og psykologiske hindringer. Heroverfor anfører Kommissionen, at situationen på råstofmarkedet ikke har ændret sig væsentligt i løbet af den periode, der er lagt til grund ved bødepålæggelserne, thi nedgangen i barkudførslerne faldt sammen med købet fra den amerikanske stockpile; desuden er indkøbsprisen for bark forblevet næsten stabil indtil 1965. Den sagsøgende virksomhed støtter sig uden tvivl på interne skrivelser af 1964 fra sin kininafdeling for at godtgøre, at der bestod en alvorlig råstofmangelsituation, og at den var nødsaget til at fastsætte kvoter for sine leveringer af kinin og kinidin; Kommissionen foreholder den heroverfor andre skrivelser fra samme afdeling, der er mærkbart mere optimistiske. Det må antages, at forsyningen på grund af sin uregelmæssighed kunne udgøre en permanent bekymring, men der forelå ingen mangelsituation. Desuden gør de hævdede lovgivningsmæssige og psykologiske hindringer det ikke muligt at forklare, hverken at vareudvekslingens omfang efter oktober 1962 er forblevet så ubetydelig, eller at de ikke-nationale producenter for deres leveringer har tilpasser sig de nationale priser. Det må derfor antages, at klausulen om beskyttelse af de nationale markeder fortsat er blevet anvendt i den af Kommissionen til grund lagte periode.

5. Det tredje klagepunkt, som beslutningen har henblik på, vedrører kvotaordningen og den hertil hørende udligningsmekanisme.

Domstolen kender ordningen og dens funktionsbetingelser. Den kvota, som blev fastsat i begyndelsen i forhold til de i løbet af de tre foregående år gennemførte salg, opretholder styrkeforholdet, således som det bestod på tidspunktet for grundlæggelsen af kartellet, men samtidig udelukker den enhver individuel salgspolitik for kartelmedlemmerne, da disse ikke indbyrdes kan ændre deres stilling på eksportmarkederne.

Ifølge beslutningen er denne ordning blevet anvendt selv efter 1962 og har spillet en afgørende rolle indtil begyndelsen af 1965. Selv i den periode, hvor aftalerne »hvilede« i oktober 1963, fortsatte virksomhederne med regelmæssigt at meddele deres salgstal, hvilket var den nødvendige forudsætning for gennemførelsen af mængdeudligningen. Denne udgjorde utvivlsomt kun en moralsk og ikke en retlig forpligtelse, og på grund af markedsforholdene er den utvivlsomt desuden ikke blevet gennemført i denne periode, men den har til enhver tid kunnet anvendes i praksis, så snart markedssituationen ændrer sig blot en smule.

Kommissionen har imidlertid erklæret sig ude af stand til at fastslå, at der stadig fandt udligningsleveringer sted i den omtvistede periode, men den har tilføjet, at det modsatte heller ikke er bevist; ifølge artikel 85 kommer det an på, om udligningen tilsikres, ikke om den faktisk finder sted. Som det herefter har vist sig, kunne der for tidsrummet efter

1962 kun forelægges afregninger for salg til tredjelande, og Kommissionen anfører hertil, at de giver de pågældende en tilstrækkelig forestilling om overholdelse eller ikke-overholdelse af kvoterne.

Thi når alt kommer til alt, er det dette sidste punkt, som er af betydning: hvis de af de enkelte medlemmer gennemførte salg inden for et tilstrækkeligt tidsrum svarer til den tildelte kvota, kan det antages, at dette forhold ikke skyldes tilfældighed, men at det derimod afslører eksistensen af en samordnet adfærd til opretholdelse af den i kontrakten forudsatte situation og måske mere eller mindre forklædte udligningssalg. Kommissionen har under restmødet fremlagt en oversigt over de sagsøgende selskabers salg, der skal støtte denne tese: for hver af de tre sagsøgende selskaber tager man den andel, der udgør deres salg i forhold til de samlede faktiske salg, og man udmåler den forskel, der består mellem denne procentsats og den denne sagsøgende virksomhed tildelte kvota. Således udgjorde for eksempel Nedchem's kininsalg for 1963 51,7 % af de samlede gennemførte salg, medens denne virksomheds kvota udgjorde 57,3 %. Forskellen er derfor ÷ 5,6 %. For Boehringer er tallene henholdsvis 30,8 % og 25,2 %, hvilket giver en forskel på + 5,6 %. For Buchler er de to tal ens: 17,5 %.

For 1964 viser de på samme grundlag gennemførte udregninger for Nedchem: 58,3 % og 57,3 %, forskel + 1 %. For Boehringer 23,3 % og 25,2 %, forskel ÷ 1,9 %. For Buchler 18,4 % og 17,5 %, forskel + 0,9 %.

Kommissionen mener, at det under hensyn til disse tal, som kun udviser meget ringe forskelle, må antages, at ordningen har fungeret, og at kvoterne er blevet overholdt.

Jeg anerkender gerne rigtigheden af de her forelagte tal, men den foretagne fortolkning heraf er vildledende: forskellen skal beregnes i procenter af den enkelte virksomheds kvoter og ikke af de samlede kvoter, således som Kommissionen gør det. Hvis Boehringers salg i 1963 udgør 30,8 % af de samlede faktiske salg, og dens kvota udgør 25,2 %, er forskellen i forhold til denne kvota ikke + 5,6 % men + 12 % og dermed på ingen måde ubetydelig.

Det skal endvidere bemærkes, at den af Kommissionen fremlagte oversigt kun vedrører salg af kinin, og at den samme beregning gennemført for Buchler for kinidin giver endnu mere mærkbare forskelle.

Som sammenfatning: i den omtvistede periode meddelte kartelmedlemmerne kun tallene for salg til tredjelande; det er ikke godtgjort, at de indbyrdes har foretaget udligningsforretninger; tallet for deres salg udviser i visse tilfælde ikke ubetydelige forskelle i forhold til den teoretiske kvota. Det er altså på ingen måde bevist, at kartelmedlemmerne er fortsat med at anvende den i aftalerne fastsatte ordning; som følge heraf kan de ikke beskyldes for nogen krænkelse af artikel 85.

6. For fuldstændighedens skyld skal jeg til slut nævne det sidste punkt i de beskyldninger vedrørende krænkelse, som er fremført mod kartellets medlemmer: forbudet for de engelske medlemmer mod at producere kinidin og for de franske medlemmer mod at producere syntetisk kinidin. Det var i det mindste for så vidt angår de franske medlemmer modstykket til anerkendelsen af det beskyttede kininmarked, og det må derfor antages, at det har bestået lige så længe som denne beskyttelse. Det repræsenterede en interesse, som ikke var rent teoretisk, thi efter afbrydelsen af de sidste bånd inden for kartellet er en af de franske virksomheder begyndt at producere syntetisk kinidin.

7. Jeg finder det således bevist, når bortses fra kvota- og udligningsordningen, at de sagsøgende virksomheder efter ophævelsen af den indgåede gentlemen's agrement er fortsat med at anvende de begrænsende foranstaltninger, som i 1960 var blevet indført inden for det fælles marked. Dette behøver man i øvrigt ikke at forbavses over, da de sagsøgende virksomheder altid var bundet indbyrdes ved en række aftaler. Hvad for eksempel angår de priser, som de i indbyrdes forståelse anvendte på udførsler til Belgien eller Italien, havde de sagsøgende selskaber først fundet sammen under kartellets møder for at fastsætte dem.

Det kan næppe bestrides, at disse foranstaltninger kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne, til trods for at Chemiefarma hævder det modsatte; fastsættelsen af priser

og beskyttelsen af de nationale markeder udgjorde hindringer for vareudvekslingen, der forhindrede køberne i at drage fordel af den adfærd, som virksomhederne kunne have valgt, hvis de ikke var bundet således, som det var sket. Det synes ikke mindre åbenbart, at disse foranstaltninger ligeledes havde til følge at hindre eller begrænse konkurrencen. Ganske vist klager Chemiefarma over, at den omtvistede beslutning ikke gør det muligt at fastslå, hvilket omfang af konkurrence Kommissionen anser for nødvendigt.

På dette noget teorestiske spørgsmål kan der svares negativt, at det i det mindste er påkrævet med en ordning, som ikke opdeler markederne, og som ikke fastsætter priserne.

Som resultat falder aftalerne og den samordnede praksis, som er omtalt, ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

IV — Bøden

Den omtvistede beslutning er baseret på forordning nr. 17, artikel 15, stk. 2 ifølge hvilken Kommissionen kan pålægge virksomheder bøder, såfremt de forsætligt eller uagtsomt overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85. Den samme artikel præciserer, at der ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tages hensyn både til overtrædelsens grovhed og til dens varighed, og at de pågældende beslutninger ikke er sanktioner i strafferetlig forstand.

A — Man møder straks et kildent spørgsmål, nemlig om krænkelser af konkurrencereglerne *forældes*. Artikel 15 tier på dette punkt, men de sagsøgende virksomheder gør gældende, at det princip, der eksisterer i medlemsstaternes mere eller mindre ens lovgivninger, ligeledes skal finde anvendelse i fællesskabsretten, og de når ved sammenligning af disse forskellige retsforskrifter til den opfattelse, at de krænkelser, som de beskyldes for, er forældede. Den omtvistede beslutning hævder derimod, at selv om princippet anerkendes, er der mellem krænkelsens ophør — februar 1965 — og de af Kommissionen i 1967 hos kartelmedlemmerne i medfør af forordning nr. 17, artikel 14 gennemførte undersøgelser hengået et tidsrum, der ikke kan forhindre forfølgning af de pågældende parter.

— Domstolen må altså under hensyn til bestemmelsens tavshed afgøre, om og i bekræftende fald under hvilke betingelser eksistensen af det nævnte princip skal anerkendes i fællesskabsretten.

Det skal først og fremmest fastslås, at de forskellige retssystemer, og ikke kun medlemsstaternes, i almindelighed tager hensyn til forældelse. Denne grundsætning overfører en banal sandhed til det retlige område, nemlig den, at tiden læger alle sår, at der efter en kortere eller længere frist altid kommer et tidspunkt, hvor der i de sociale forhold ikke mere må rippes op i fortiden, og at det, selv hvis denne fortid er lovstridig, er bedre at lade den være glemt. Men det er altid lovgiver, der indfører forældelsen og samtidig præciserer dennes enkeltheder i henhold såvel til de moralske og retlige forestillinger som til de praktiske og mulige behov i det samfund, hvor den skal anvendes.

De grunde, der retfærdiggør denne grundsætning, er ligeledes gyldige i det europæiske retssystem, som er ved at udvikle sig, og ingen overvejelser i henhold til dette system kræver, at grundsætningen udelukkes. Da fællesskabslovgivers tavshed ikke kan fortolkes som en tilkendegivelse af en hensigt til at forkaste et så alment anerkendt princip, kan Domstolen kun anerkende eksistensen heraf, og indtil spørgsmålet er blevet reguleret ved gældende ret af den normalt kompetente myndighed, påhviler det Domstolen at fastsætte betingelserne for dets anvendelse.

Det må for det første fastslås, hvilken forældelsesfrist der skal gælde på området for bøder.

Vedrørende dette punkt har parterne forelagt Domstolen tre løsninger. Det blev fremført, at det ville være passende at anvende den nationale ret på de enkelte virksomheder, således som Domstolen har gjort det i dommen Nold ved vurderingen af partshabiliteten. Det blev desuden gjort gældende, at man må holde sig til de regler, som er gennemført i medlemsstaternes lovgivninger på konkurrenceområdet, og enten finde en fællesnævner for disse lovgivninger eller lægge den, der synes mest moderne og progressiv, til grund. Kommissionen mener ikke, at undersøgelsen af disse forskellige retsordener kan afsløre eksistensen af en fælles regel, der lader sig

overføre på fællesskabsretten. Det må udledes af forordningens tavshed, at man ikke, i det mindste ikke i begyndelsesperioden, har villet binde Kommissionen, og at denne er blevet beføjet til under Domstolens kontrol nærmere at præcisere de grænser, som ikke må overskrides. Denne ordning, der synes at pege hen mod ordningen med »en rimelig frist«, der skal fastsættes efter det enkelte tilfældes omstændigheder, har fundet nogen støtte i teorien. Man har med udgangspunkt i ordlyden af forordningens artikel 15 (*kan* Kommissionen pålægge) hævdet den opfattelse, at der ved fristens fastsættelse skal tages hensyn til særegenhederne ved det enkelte tilfælde (overtrædelsens grovhed — muligheden for gentagelse — aktuel eller tidligere overtrædelse — den frivillige karakter af overtrædelsens ophør etc. Gleiss og Kleinmann: Ingen forældelse af overtrædelser i den europæiske kartelret, N. J. W. 1967, s. 2097).

En tilfredsstillende løsning lader sig kun finde, hvis der gås tilbage til ratio legis, idet der samtidig tages hensyn til forældelsens funktion i ethvert retssystem, til bødernes funktion i konkurrenceretten, og endelig til konkurrencerettens funktion i fællesskabsretten.

Selv om det ikke er retssikkerheden, der retfærdiggør eksistensen af forældelse, er den imidlertid uadskillelig herfra. Medmindre man vil berøve forældelsen størstedelen af dens betydning, kan man ikke antage, at den skal fastsættes fra sag til sag efter tilfældets særlige omstændigheder. Fristen skal nødvendigvis fastsættes forud, hvilket ordningen med en »rimelig frist« udelukker, desuden gør den nødvendigvis ensartede anvendelse af fællesskabsretten det umuligt at underkaste enhver hans nationale ret.

Dernæst ved vi fra artikel 15, at bøderne ikke er af strafferetlig karakter, og selv om dette ikke var udtrykt i bestemmelsen, måtte det antages, om det så kun var fordi, at medlemsstaterne ikke har overført nogen strafferetlig beføjelse i egentlig forstand til Fællesskabet. Ganske vist gives der krænkelser af bestemmelserne i artikel 85, som er belagt med bøder, men disse krænkelser er ikke forseelser, og bøderne er ikke straffe. De skal ifølge traktatens artikel 87 sikre overholdelsen af de i de foregående artikler nævnte forbud, dvs. samtidig forebygge overtrædelser og forhindre gentagelse heraf, hvilket forklarer, at de til forskel fra tvangsbøder kan pålægges for forhold, som allerede er ophørt på det tidspunkt, hvor Kommissionen griber ind mod dem. I øvrigt er det beløb, som de ifølge ordningens artikel 15 kan udgøre, usælvanligt højt, og alene dette viser, hvor alvorlige disse krænkelser er i fællesskabslovgivers øjne.

Faktisk — og det er det sidste punkt, der skal tages i betragtning — har konkurrenceretten i fællesskabsrettens system ikke blot de funktioner, som i almindelighed tillægges den i de nationale retsordener, men den skal desuden og især gøre det muligt at fjerne skrankerne mellem staterne og oprette et fælles marked. Kommissionen har derfor ikke uret i sin opfattelse, hvorefter krænkelsen af konkurrenceretten her kan frembyde alvorligere farer end i de nationale retsordener. Hertil kan det endelig føjes, at efterforskningen af overtrædelserne er så meget vanskeligere, som Kommissionen i et stort omfang er afhængig af medlemsstaterne, ja endog som i det forelliggende tilfælde af tredjestater.

Det er således kun med største forbehold, at man kan vende sig til medlemsstaternes lovgivninger, thi de med disse fælles regler kan kun tjene som udgangspunkt, i det omfang de kan overføres til fællesskabsretten under hensyntagen til dennes særegenheder. Jeg skal ikke gå ind på den meget grundige undersøgelse af de forskellige lovgivninger, som er foretaget under den skriftlige forhandling. Det er tilstrækkeligt at henvise til, at de indeholder forskelle, der vedrører både selve eksistensen af en kartelret, den gældende ordnings mere eller mindre strenge karakter og kvalificeringen af overtrædelserne. Disse forskelle består ligeledes, for så vidt angår sanktionerne og forældelsesfristerne. Hverken de første eller de sidste hviler på ensartede opfattelser. Kun som et eksempel skal det anføres, at sanktionerne er strengere i Frankrig end i Nederlandene, men forældelsesfristen er længere i sidstnævnte land (6 år i stedet for 3), i det mindste for så vidt som krænkelsen er begået forsætligt. Som Kommissionen anfører: »Bestemmelsen af de handlinger, som skal belægges med straf, af sanktionens størrelse og af forældelsesfristen henhører under lovgivers værdibedømmelse, som fællesskabs-

retten ikke kan korrigere«. Der findes derfor ikke noget fælles princip og endnu mindre et fælles princip, der kan overføres på fællesskabsretten.

Følgelig kommer kun de særegenheder i betragtning, som denne retsorden indeholder på konkurrenceområdet; som følge af de ovenfor anførte overvejelser mener jeg, at en længere forældelsesfrist end den i de fleste af medlemsstaternes retsordener gældende er passende; fristen kunne efter min mening være *fem* år. Den er kortere end den i Nederlandene for forsætligt begåede krænkelser fastsatte frist. Den svarer i øvrigt til den i statutten for EØF-Domstolen, artikel 43 fastsatte frist for krav mod Fællesskabet, der støttes på ansvar uden for kontraktsforhold.

— Når dette er fastslået, må det understreges, hvilke handlinger der kan adbryde forældelsesfristens forløb.

Den omtvistede beslutning anser de undersøgelser, som i medfør af forordning nr. 17, artikel 14 blev foretaget hos virksomhederne, for sådanne handlinger. Jeg anser dette synspunkt for rigtigt. Ifølge denne artikel kan Kommissionen gennem repræsentanter, som den giver fuldmagt, foretage alle nødvendige undersøgelser hos virksomhederne; den ved bestemmelsen fastsatte ramme for disse undersøgelser er meget bred, og de befuldmægtigede repræsentanter udøver deres beføjelser efter *fremlæggelse* af en skriftlig fuldmagt, der indeholder oplysning om kontrolundersøgelsens genstand og formål.

Faktisk er undersøgelsesfuldmagten, som er ens for de tre virksomheder, dateret den 17. juli 1967 og underskrevet for Kommissionen af generaldirektøren for konkurrence (Boehringer har bestridt denne høje tjenestemands kompetence, men efter min mening har Kommissionen svaret tilfredsstillende på denne indsigelse). Dokumentet angiver, at den heri nævnte tjenestemand er blevet pålagt at foretage en undersøgelse ved virksomheden med henblik på at fastslå, om det internationale kininkartels virksomhed strider mod traktatens artikler 85 og 86 eller ej. Det præciserer, at repræsentanten råder over de i forordningens artikel 14, stk. 1 fastsatte beføjelser, og nævner bestemmelserne i artikel 15, stk. 1 vedrørende de bøder, der påløber i tilfælde af ufuldstændig fremlæggelse af dokumenter.

Da undersøgelsen foretages ved kartelmedlemmerne og har et præcist formål, nemlig at fastslå om dette kartel strider mod traktatens bestemmelser, kan man sammenligne den med et processuelt skridt, der er egnet til at afbryde forældelsen.

Naturligvis må de pågældende underrettes om undersøgelsens genstand, omfang og mulige følger. Jeg mener derfor ikke, at tjenestemandens eventuelle forudgående telefoniske henvendelser til dem er tilstrækkeligt beviskraftige; derimod sikrer den i artikel 14 fastsatte fremlæggelse af fuldmagten normalt overholdelsen af dette krav. Det skal bemærkes, at Buchler i sin replik bestrider, »at tjenestemanden . . . over for den sagsøgende virksomhed har legitimeret sig ved at fremlægge en af generaldirektøren underskrevet skriftlig fuldmagt til at foretage undersøgelse,« men denne indsigelse forekommer temmelig sen, thi virksomheden har i besvarelsen af fremstillingen af klagepunkter, der vedrørte de i medfør af artikel 14 foretagne undersøgelser, ikke fremført noget sådant.

Dette fører logisk til antagelsen af, at forældelsen kan være blevet afbrudt på forskellige tidspunkter, nemlig for hver virksomhed på den dag, hvor den i anledning af undersøgelsen blev forelagt fuldmagten. Disse datoer er den 17. juli 1967 for Nedchem, den 9. november 1967 for Buchler og den 15. november 1967 for Boehringer. Denne forskel er beklagelig, da det drejede sig om at forfølge virkningen af et og samme kartel, som de tre virksomheder havde deltaget i, men jeg ser ikke, hvordan den kan undgås. Forskellen har, hvis man går ud fra mit forslag om at anse den indgåede gentlemen's agreement for ophørt den 29. oktober 1962, den ejendommelige følge, at krænkelsen hvad angår den nævnte gentlemen's agreement er forældet for Buchler og Boehringer men ikke for Chemiefarma. Da Domstolen dog i det foreliggende tilfælde har fuld prøvelsesret, er den uden tvivl ikke forhindret i at fastsætte den bøde, som er blevet pålagt de enkelte virksomheder, efter disses individuelle ansvar og se bort fra, hvad der skyldes en rent tilfældig anomali.

Tilbage bliver det sidste punkt. Efter ophøret af den indgåede gentlemen's agreement fastsatte det konkurrencebegrænsende kartel i form af en samordnet praksis vedrørende priser, opdeling af markederne og begrænsning af kinidinproduktionen. Da krænkelsen forudsætter en konkret adfærd, skal enhver konkurrencebegrænsning, som gennemføres inden for rammerne af en samordnet praksis, betragtes særskilt med henblik på forældelsen.

Hvis Domstolen følger mit forslag, vil den fastslå, at krænkelserne, bortset fra den indgåede gentlemen's agreement i søgsmålene 44 og 45/69, ikke er forældede. Der skal herefter tages stilling til bøden.

B — Den forudsætter, at krænkelsen er blevet begået *forsætligt* eller uagtsomt.

Jeg skal ikke beskæftige mig længe med dette punkt.

Fra det tidspunkt, hvor de sagsøgende virksomheder begyndte at drøfte forslaget til en gentlemen's agreement, efter at de først havde ændret en aftale for at efterkomme opfordringen fra Bundeskartellamt, kunne de ikke længere påberåbe sig deres gode tro. Deres ansvar er så meget klarere, som de kort efter forordning nr. 17's ikrafttræden blev gjort opmærksom på kartellets ulovlighed efter fællesskabsretten.

Hvad angår bødens størrelse, skal der ifølge artikel 15 tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. Kommissionen redegør klart og fuldstændigt for de overvejelser, der har ledt den på dette punkt, og dens beslutning ville næppe give anledning til bemærkninger, hvis den ikke også til de aftaler, som ud fra alle væsentlige synspunkter har bidraget til begrænsningen af konkurrencen, henregnede dem, der vedrører fastsættelsen af kvoter og mængdeudligning, om hvilke jeg har fremført, at de efter min mening mere er blevet anvendt efter ophøret af den indgåede gentlemen's agreement.

Beslutningen fastsætter den bøde, der skal pålægges de enkelte virksomheder, efter de kriterier, som blev anført under retsmødet, og som er tilladelige. Der blev her fremført tre slags kritik mod Kommissionen — den har ved den første anvendelse af en sanktion pålagt for store bøder, men man kan anse det for ønskeligt, at bøden straks tillægges sin fulde afskrækkende virkning — Kommissionen har i stedet for at fastsætte bøderne individuelt valgt et samlet beløb på 500 000 regningsenheder, som den derefter har fordelt på virksomhederne: heri er der intet retsstridigt, hvis fordelingen er sket under rimelig hensyntagen til den enkelte virksomheds situation, hvad der efter min mening er tilfældet — endelig har alle tre sagsøgende virksomheder anført, at de er blevet dårligere stillet i forhold til de to andre. Allerede den selvmodsigende karakter af disse klager, kan rejse tvivl om deres begrundethed. Mere præcist synes fastsættelsen af de tæt på hinanden liggende bødebeløb for Nedchem og Boehringer (210 000 og 190 000 regningsenheder) at være berettiget. Selv om Nedchem faktisk flere gange har udtalt sig til fordel for forholdsvis lave priser, udøvede den dog en dominerende indflydelse inden for kartellet, ligesom den råder over en meget betydelig markedsandel for de pågældende produkter; for så vidt angår Boehringer, havde denne virksomhed en stærk stilling inden for råstofforsyningen. Af forskellige grunde kan deres situation og ansvar altså synes temmelig ensartede. Endelig for så vidt angår Buchler tager bøden på 65 000 regningsenheder, som er lavere, end hvad der ville modsvare denne virksomheds kvota, tilstrækkeligt hensyn til dens begrænsede indflydelse inden for kartellet.

Beslutningen indbefatter dog mere i almindelighed spørgsmålet om kvoter blandt de krænkelser, der begrænsede konkurrencen indtil begyndelsen af februar 1965. Kvoterne var et væsentligt element i de ordninger, der begrænsede konkurrencen inden for det fælles marked; jeg mener desuden, at de pålagte bøder bør nedsættes med en for alle lige andel, der kan udgøre 20 %.

Endelig skal jeg anføre, at Boehringer, der ved amerikansk ret er blevet idømt en bøde på 80 000 $ for overtrædelse af antitrustlovene, og at Buchler, mod hvem der af samme grund verserer en retssag for en amerikansk ret, begge anmoder om, at den af Kommissionen pålagte bøde reduceres med

den bøde, som er eller vil blive pålagt af den amerikanske domsmagt. Disse anmodninger kan af forskellige grunde ikke i øjeblikket nyde fremme for Domstolen.

Jeg foreslår i søgsmålene 41, 44 og 45/69:

— at de selskabet Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie og selskaberne Boehringer Mannheim og Buchler pålagte bøder nedsættes med 20 % af det i Kommissionens beslutning af 16. juli 1969 fastsatte beløb,

— at de i søgsmålene indeholdte videregående påstande forkastes.