FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 15. juli 1997 *

Indhold

I — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten i Første Instans I-4545

II — Spørgsmålet, om intervention kan admitteres I-4548

III — Anbringender til støtte for annullationspåstanden I-4548

A — Anbringender om formelle mangler ved polypropylen-beslutningen I-4548

1. Parternes argumenter I-4548

2. Bedømmelse af disse argumenter I-4550

B — Anbringender vedrørende anvendelsen af konkurrencereglerne I-4551

1. Undladelse af at vurdere visse omstændigheder, som udelukker anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1 ..... I-4551

a) Punkt c) i det andet annullationsanbringende I-4551

b) Punkt d), e), h), l) og m) i det andet annullationsanbringende I-4552

c) Punkt a), b), f) og g) i det andet annullationsanbringende I-4556

d) Punkt i) i det andet annullationsanbringende I-4563

2. Bevisbyrdefordelingen I-4563

3. Forældelse I-4568

4. Bødens størrelse I-4570

IV — Forslag til afgørelse I-4574

I den foreliggende sag skal Domstolen træffe afgørelse vedrørende den af selskabet Montecatini SpA (oprindelig Montedison, derefter Montepolimeri SpA, senere Montedipe SpA, herefter »Monte«) iværksatte appel i henhold til artikel 49 i EØF-statutten for Domstolen af en dom afsagt af Retten i Første Instans den 10. marts 1992 [1]. Den appellerede dom frifandt sagsøgte i den efter EØF-traktatens (herefter »traktaten«) artikel 173 rejste annullationssag vedrørende Kommissionens beslutning 86/398/EØF af 23. april 1986 (herefter »polypropylen-beslutningen«) [2]. Denne

1 — Dom af 10.3.1992, sag T-14/89, Montedipe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1155.

2 — Vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.149 — Polypropylen), EFT L 230, s. 1.

* Originalsprog: græsk.

beslutning vedrørte anvendelsen af traktatens artikel 85 i forbindelse med produktion af polypropylen.

I — Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten i Første Instans

1. Med hensyn til sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten i Første Instans fremgår følgende af den appellerede dom: Det vesteuropæiske polypropylen-marked blev før 1977 næsten udelukkende forsynet af ti producenter, hvoraf den betydeligste var appellanten, hvis markedsandel svingede mellem 14,2 og 15%. Monte var desuden indehaver af patenter, som udløb i størstedelen af de europæiske lande mellem 1976 og 1978. Efter udløbet af disse patenter fremkom der fra 1977 syv nye producenter med en betydelig produktionskapacitet. Dette modsvaredes ikke af en tilsvarende stigning i efterspørgslen, således at der i det mindste indtil 1982 ikke var nogen ligevægt mellem udbud og efterspørgsel. Generelt var polypropylen-markedet i perioden fra 1977 til 1983 kendetegnet ved en lav rentabilitet eller endda betydelige tab.

2. Den 13. og 14. oktober 1983 foretog tjenestemænd fra Kommissionen i medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86[3] (herefter »forordning nr. 17«),samtidige kontrolundersøgelser hos en række virksomheder, der fremstillede polypropylen. I tilslutning til disse kontrolundersøgelser fremsatte Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 anmodning om oplysninger, ikke blot over for disse virksomheder, men også over for andre virksomheder med tilsvarende forretningsområde. På grundlag af bevismateriale, der blev tilvejebragt i forbindelse med kontrolundersøgelserne og anmodningen om oplysninger, nåede Kommissionen til den konklusion, at visse polypropylen-producenter, herunder appellanten, fra 1977 til 1983 havde tilsidesat traktatens artikel 85. Kommissionen besluttede derfor den 30. april 1984 at iværksætte en procedure i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, og den fremsendte en skriftlig meddelelse om klagepunkterne til de pågældende virksomheder.

3. På grundlag af denne procedure vedtog Kommissionen den 23. april 1986 den ovennævnte beslutning, hvis dispositive del lyder således:

»*Artikel 1*

(Virksomhederne)... Montepolimeri SpA (nu Montedipe),... har overtrådt EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ved:

3 — EFT 1959-1962, s. 81.

...

— for Hoechst's, ICI's, Montepolimeri's og Shell's vedkommende, fra omkring midten af 1977 og mindst til november 1983

...

at have deltaget i en aftale og samordnet praksis, der havde sin oprindelse i 1977, og hvorved de producenter, der leverer polypropylen på Fællesskabets område:

a) kontaktede hinanden og regelmæssigt (fra begyndelsen af 1981 to gange om måneden) mødtes på en række hemmelige møder for at drøfte og fastlægge deres forretningspolitik

b) fra tid til anden fastsatte 'målpriser' (eller minimumspriser) for salg af produktet i hver af EF's medlemsstater

c) vedtog forskellige foranstaltninger med det formål at lette iværksættelsen af sådanne målpriser, omfattende (hovedsagelig) midlertidige produktionsbegrænsninger, udveksling af detaljerede oplysninger om deres leverancer, afholdelse af lokale møder og fra udgangen af 1982 et 'kundeledelsessystem' med henblik på gennemførelse af prisforhøjelser over for bestemte kunder

d) indførte samtidige prisforhøjelser for at virkeliggøre disse mål

e) delte markedet ved at tildele hver producent et årligt salgsmål eller en årlig 'kvote' (1979, 1980 og i det mindste en del af 1983) eller, i mangel af en endelig aftale for hele året, krævede, at producenterne begrænsede deres salg i hver måned på basis af salget i en foregående periode (1981, 1982).

...

Artikel 3

For den i artikel 1 fastslåede overtrædelse pålægges nedenstående virksomheder følgende bøder:

x) Montedipe, en bøde på 11 000 000 ECU, eller 16 187 490 000 ITL.

...«.

4. Fjorten af de femten virksomheder, til hvem den omhandlede beslutning var rettet, herunder appellanten, rejste annullationssøgsmål vedrørende Kommissionens beslutning. Under den mundtlige forhandling, der fandt sted for Retten fra den 10. til den 15. december 1990, blev parternes anbringender behandlet mundtligt, og parterne besvarede Rettens spørgsmål.

5. Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 6. marts 1992, og dermed efter afslutningen af den mundtlige og skriftlige forhandling, men dog inden dommens afsigelse, begærede Monte for Retten genåbning af den mundtlige forhandling. Til støtte for begæringen anførte Monte visse faktiske forhold, som selskabet hævdede ikke at have haft kendskab til før efter den mundtlige forhandling, især nærmere efter afsigelsen af Rettens dom af 27. februar 1992 i sagen BASF m.fl. mod Kommissionen [4] (herefter »PVC-sagerne«). Appellanten udledte af disse oplysninger, at den anfægtede beslutning fra Kommissionen var behæftet med alvorlige formelle mangler, der krævede ny bevisoptagelse. Efter på ny at have hørt generaladvokaten vedrørende det forelagte problem afslog Retten ved ovennævnte dom af 10. marts 1992 denne begæring om genåbning af den mundtlige forhandling, ligesom Retten i det hele frifandt sagsøgte.

6. Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 11. juni 1992 fremsatte Monte begæring om ekstraordinær genoptagelse af sagen, hvilket Retten afviste ved kendelse af 4. november 1992 [5].

7. Monte appellerede derefter frifindelsesdommen for Domstolen med påstand om, at Rettens dom af 10. marts 1992 principalt ophæves i sin helhed, subsidiært at dommen ophæves delvis, og at sagen hjemvises til Retten. Monte har ligeledes nedlagt påstand om, at appelindstævnte dømmes til at betale sagens omkostninger.

4 — Forenede sager T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, Sml. II, s. 315.

5 — Sag T-14/89 REV., Montecatini mod Kommissionen, Sml. II, s. 2409.

Kommissionen har påstået sig frifundet og appellanten tilpligtet at betale sagens omkostninger.

Selskabet DSM NV har intervenereret i sagen til støtte for Monte's påstande.

II — Spørgsmålet, om intervention kan admitteres

8. Med hensyn til, om intervention fra selskabet DSM kan tillades, gælder mine overvejelser som udtrykt i de relevante punkter i mit forslag til afgørelse i den konnekse sag, Hüls mod Kommissionen, i princippet også her [6]. Det fremgår af denne undersøgelse, at det kun kan tillades selskabet DSM at intervenere i den foreliggende sag for så vidt angår den del, hvor DSM støtter appellantens påstand om, at Domstolen efter ophævelse af Rettens dom bør fastslå, at polypropylen-beslutningen er en nullitet. Intervenientens øvrige påstande eller de anbringender, som intervenienten har fremsat til støtte for andre af appellantens påstande, kan ikke på nogen måde tages op til prøvelse med hensyn til, om de er begrundede, da de ikke kan realitetsbehandles.

6 — Punkt 10-15 i mit forslag til afgørelse, som ligeledes fremsættes i dag i sagen Hüls mod Kommissionen (sag C-199/92 P).

III — Anbringender til støtte for annullationspåstanden

A — *Anbringender om formelle mangler ved polypropylen-beslutningen*

1. Parternes argumenter

9. Med sit første anbringende anfægter Monte præmis 391 i den appellerede dom og gør gældende, at Kommissionens polypropylen-beslutning er behæftet med væsentlige formelle mangler, som medfører dens nullitet eller i hvert fald dens ugyldighed. Således finder appellanten, at Retten tilsidesatte bevisbyrdereglerne, som pålægger retsinstansen hver gang ex officio at sikre sig, at en anfægtet retsakt, der forelægges den, eksisterer. Monte anfører i den forbindelse, at pressen inden afsigelsen af den anfægtede dom havde offentliggjort Rettens dom i de tilsvarende PVC-sager, hvorved Retten fastslog dels, at den praksis, der altid blev fulgt af Kommissionen i forbindelse med vedtagelsen af dens beslutninger, var i strid med fællesskabsreglerne, og dels at de vedtagne retsakter ifølge denne procedure var nulliteter. Endvidere erkendte Kommissionens befuldmægtigede i PVC-sagerne udtrykkeligt for Retten, at overtrædelserne ikke alene vedrørte disse sager, men at de var karakteristiske for Kommissionens samlede virksomhed i en bestemt periode. Appellanten anfører, at de ovennævnte oplysninger indeholdt afgørende bevismateriale, som burde have tvunget

Retten til at foretage en nærmere undersøgelse vedrørende eksistensen af Kommissionens polypropylen-beslutning. Efter Monte's opfattelse burde Retten ex officio undersøge, om den pågældende kommissionsbeslutning eventuelt var behæftet med de samme formelle mangler som dem, der først blev fastslået under behandlingen af PVC-sagerne. Pligten for den retsinstans, som behandler et annullationssøgsmål, til ex officio at sikre sig eksistensen af de retsakter, annullationssøgsmålet vedrører, og med hensyn til hvilke instansen skal undersøge, om de er lovlige, er ifølge appellanten et fælles princip i alle de nationale retsordener, og det gælder ligeledes i Fællesskabets retsorden. Monte hævder, at det derfor ikke påhviler selskabet at bevise eksistensen af de formelle mangler, som man påberåbte sig i begæringen af 6. marts 1992. Appellanten anfører i øvrigt, at man ikke er i stand til at fremkomme med fuldstændigt bevis med hensyn til Kommissionens overtrædelser. Kun Retten kunne — og burde — anmode Kommissionen om at fremlægge originalen af den anfægtede beslutning med henblik på at fastslå, i hvilket omfang de pågældende overtrædelser faktisk blev begået. Efter appellantens opfattelse påhviler pligten til at foretage en undersøgelse ex officio ligeledes Domstolen under appellen.

10. I replikken supplerer Monte sit første anbringende ved — ud over at påberåbe sig, at Kommissionens beslutning er en nullitet — at påberåbe sig beslutningens ugyldighed. Monte gør i den forbindelse gældende, at polypropylen-beslutningen er ugyldig for så vidt angår den del, der vedrører selskabet, idet for det første den italienske version ikke eksisterede på det tidspunkt, da den blev vedtaget [7], og for det ande,t at indholdet deraf er blevet ændret i tiden mellem vedtagelsen og meddelelsen af den. Appellanten betragter det som fastslået, at disse mangler foreligger.

11. Kommissionen har på sin side anført, at det første anbringende om ophævelse er ubegrundet, navnlig efter Domstolens dom i PVC-sagen [8]. Efter appelindstævntes opfattelse følger det af sidstnævnte, at de mangler, Monte gjorde gældende i begæringen af 6. marts 1992, ikke medførte beslutningens nullitet, således som Monte fejlagtigt hævder, men blot dens ugyldighed. I den appellerede dom fastslog Retten således korrekt, at anbringendet vedrørende retsaktens nullitet skulle forkastes. Med hensyn til Monte's anbringender vedrørende den anfægtede beslutnings ugyldighed anfører Kommissionen, at selv om de gyldigt var blevet gjort gældende i replikken, bør de forkastes som ubegrundede. På intet stadium af den administrative og judicielle behandling i forbindelse med »polypropylen«-sagskomplekset er der blevet konstateret overtrædelser af væsentlige formforskrifter svarende til dem, der fremgik af PVC-sagerne. Efter Kommissionens opfattelse er appellantens anbringender i den henseende ikke blevet bevist.

7 — I strid med bestemmelserne i artikel 3 i forordning nr. 1 af 15.4.1958 om den ordning, der skal gælde for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab på det sproglige område (EFT 1952-1958, s. 59).

8 — Dom af 15.6.1994, sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555.

2. Bedømmelse af disse argumenter

12. Det skal indledningsvis bemærkes, at det af appellanten i det første anbringende anførte er selvmodsigende. Monte hævder således, at man ikke har rådighed over de nødvendige oplysninger til at bevise eksistensen af afgørende formelle mangler, der kan tjene til støtte for anbringenderne om nullitet, men gør alligevel gældende, at der er tilstrækkelige beviser i den henseende, idet selskabet gør de samme mangler gældende for at kvalificere retsakten, ikke som nullitet, men som ugyldig.

13. I alle tilfælde er den præmis i den anfægtede dom, hvor Retten udtalte, at de hævdede formelle mangler i polypropylen-beslutningen ikke, forudsat at de eksisterede, ville medføre retsaktens nullitet, korrekt. På dette punkt skal jeg henvise til mine bemærkninger i mit forslag til afgørelse i sagen Hüls mod Kommissionen [9] om den opfattelse, som Domstolen gav udtryk for i PVC-dommen, der efter min opfattelse også gælder i den foreliggende sag. Derfor er anbringenderne vedrørende nullitet, som Monte påberåber sig under appellen, ubegrundede, og de bør således forkastes. Alligevel er jeg af den opfattelse, at førsteinstansen skulle undersøge, om de påståede mangler i polypropylen-beslutningen, uafhængigt af parternes retlige kvalifikation af dem, eventuelt er af en sådan art, at de udgør en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter [10]. Den dom kan imidlertid heller ikke ophæves ud fra denne synsvinkel. Dels støtter de omstændigheder, Monte påberåbte sig i begæringen af 6. marts 1992, ikke på fuldstændige beviser med hensyn til eksistensen af de omhandlede mangler [11], og de blev først gjort gældende for sent, nemlig efter afslutningen af den mundtlige forhandling [12]. Dels pålagde de fællesskabsretlige bestemmelser om ex officio-prøvelse ikke Retten — fra det tidspunkt, da den accepterede at foretage en prøvelse af indholdet af begæringen, selv om den var indgivet for sent — at undersøge spørgsmålet endnu grundigere, for at fastslå, i hvilket omfang den anfægtede retsakt faktisk var behæftet med væsentlige formelle mangler. I det omfang, hvori undersøgelserne vedrørende et spørgsmål, der er undersøgt ex officio, ikke er fuldstændige, har Fællesskabets retsinstanser ikke pligt til på eget initiativ at fortsætte en undersøgelse, som er mere vidtgående, ved at anordne supplerende bevisoptagelse, i betragtning af at de har

9 — Punkt 20-24.

10 — Når en part lovligt påberåber sig en række faktiske omstændigheder, som efter den pågældendes opfattelse medfører den for Retten anfægtede retsakts nullitet, er Retten ikke bundet af den retlige kvalifikation, som den pågældende part har tillagt disse omstændigheder. Såfremt omstændighederne er af en sådan art, at de udgør en væsentlig formel fejl, hvilket er undergivet judiciel prøvelse ex officio, og som medfører annullation af den anfægtede retsakt, skal Retten undersøge omstændighederne og er ikke fritaget for pligten til at fastslå den pågældende overtrædelse og dens retsvirkninger. For resten sigter appellantens principale påstand i hvert fald på at få fjernet den anfægtede retsakt i det omfang, hvor den er i strid med fællesskabsretlige regler, uafhængigt af hvilken retlig form denne fjernelse udstyres med. Det er derfor altafgørende, at retsinstansen ved en korrekt fortolkning af den påstand, som er fremsat, fastslår, i hvilken udstrækning den anfægtede retsakt faktisk er behæftet med de mangler, som appellanten tilskriver den, uafhængigt af om det er den anfægtede retsakts nullitet eller dens ugyldighed, som følger af disse mangler.

11 — Det er i øvrigt grunden til, at appellanten i begæringen krævede genåbning af den mundtlige forhandling.

12 — Jf. min gennemgang i punkt 57-76 i mit forslag til afgørelse i sagen Hüls mod Kommissionen, hvoraf det fremgår, at disse oplysninger retligt set var »kendt« af appellanterne, idet de allerede var blevet afgivet, og appellanterne kunne have fået oplysning derom, såfremt de havde fulgt sagen opmærksomt.

ret, men ikke pligt til at foretage en mere fuldstændig undersøgelse [13].

Herefter bør Monte's første annullationsanbringende forkastes som ubegrundet.

B — *Anbringender vedrørende anvendelsen af konkurrencereglerne*

1. *Undladelse af at vurdere visse omstændigheder, som udelukker anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1*

14. Med sit andet annullationsanbringende gør Monte gældende, at Retten har fortolket og anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, forkert. Efter appellantens opfattelse har hverken Kommissionen eller Retten bedømt visse elementer korrekt, som enten udelukkede, at man forklarer Monte's adfærd med, at der eksisterer en aftale eller en samordnet praksis, eller i hvert fald modbeviste ulovligheden af adfærden. De elleve klagepunkter, som er upræcist formuleret, og som appellanten gør gældende på dette punkt, skal af hensyn til overskueligheden undersøges gruppevis efter kriteriet, om de fremførte argumenter juridisk set er beslægtede.

a) Punkt c) i det andet annullationsanbringende

15. Monte's anbringender med hensyn til præmis 82 og 91 i den appellerede dom, hvorefter Retten vilkårligt udledte, at der er en formodning om ulovlighed, alene fordi Monte har deltaget i møderne for polypropylen-producenterne, må logisk komme først.

Efter Kommissionens opfattelse må dette anbringende ikke blot afvises [14], men det er tillige ubegrundet, idet Retten for at fastslå overtrædelsen af konkurrencereglerne ikke alene lagde appellantens deltagelse i møder for polypropylen-producenterne, men tillige mødernes formål (som var at fastsætte målpriser og salgsmål) til grund.

16. Som det fremgår af præmis 91 i den appellerede dom, støtter Retten derfor ikke alene sin opfattelse vedrørende den ulovlige karakter af møderne for polypropylen-producenter på, at appellanten deltog i dem,

13 — Jf. i den forbindelse punkt 77, 78 og 79 i mit forslag til afgørelse i sagen Hüls mod Kommissionen.

14 — Kommissionen finder, at dette anbringende støtter på en fejlagtig forståelse af den appellerede dom, og at det derfor bør afvises.

men tillige på den omstændighed, at »disse møder... navnlig havde til formål at fastsætte målpriser og salgsmål, og at møderne var led i et system«. Denne konstatering er resultatet af en række overvejelser samt vurdering af faktiske omstændigheder, som Retten lægger til grund, og som er omhandlet i præmis 83-90 i den appellerede dom [15].

Som følge heraf må punkt c) i det andet annullationsanbringende afvises fra påkendelse, da det støttes på en forudgående betingelse, som er forkert.

b) Punkt d), e), h), l) og m) i det andet annullationsanbringende

17. Monte anfører, at førsteinstansen begik en fejl, idet den ikke, efter at have tage en række faktorer i betragtning, fastslog, at appellantens adfærd ikke var resultatet af en ulovlig aftale eller af en ulovlig samordnet praksis, men udelukkende af en individuel handling, som skyldes de dagældende vilkår på polypropylen-markedet. Sådan set kan der efter Monte's opfattelse ikke være tale om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85.

18. Specielt for så vidt angår punkt d) i dette anbringende hævder appellanten under henvisning til præmis 132, 133 og 134 i den appellerede dom, at Retten anvendte princippet »post hoc, ergo propter hoc« vilkårligt, idet den antog årsagsforbindelse mellem Monte's prispolitik og de forudgående møder for polypropylen-producenterne. I virkeligheden kunne disse møder ikke have til formål at fastsætte prisen, idet selskaberne ikke havde nogen anden mulighed end at forsøge at sætte priserne op, da de i en længere periode havde solgt med tab på grund af en negativ økonomisk konjunktur.

19. En analog argumentation er anført i punkt h) i det andet annullationsanbringende vedrørende Kommissionens klagepunkter angående den kunstige reduktion af det på markedet udbudte polypropylen og ved indførelse af en kvoteordning mellem producenterne. Under henvisning til præmis 143, 199 og 200 i den appellerede dom hævder appellanten, at i betragtning af markedsforholdene ville enhver aftale med et sådant indhold have været umulig.

20. Endvidere er det klagepunkt, som appellanten har anført i punkt e) i det andet annullationsanbringende, af samme retlige natur. Med hensyn til det, Retten fastslog i

15 — Som det fremgår af traktatens artikel 168 A og af artikel 51 i EØF-statutten for Domstolen, kan alene retsspørgsmål prøves under appel. Manglende begrundelse, som Retten har lagt til grund for sin konklusion, er netop et sådant spørgsmål om, hvorvidt Retten »har overtrådt fællesskabsretten«, som omhandlet i ovennævnte artikel 51 i EØF-statutten for Domstolen. Med det anbringende, der her undersøges, gør Monte reelt gældende, at der ikke er givet en tilstrækkelig begrundelse i Rettens dom, for så vidt angår konstateringen af overtrædelsen. Derfor kan dette anbringende påkendes.

præmis 232 og 233 i dommen af 10. marts 1992, anfører Monte, at Retten tilsidesatte princippet om, at man, såfremt der foreligger to mulige fortolkninger af samme adfærd, skal vælge den fortolkning, som er egnet til at gøre adfærden berettiget. Da appellantens adfærd i det foreliggende tilfælde lige så vel kunne være resultatet enten af en aftale eller af en samordnet praksis som konsekvensen af markedsforholdene, er det således denne anden løsning, der burde have været anvendt.

21. Kommissionen anfører, at disse tre dele af det andet anbringende alle må afvises fra påkendelse. Den gør navnlig gældende, at ifølge det af appellanten i punkt d) og h) anførte, forsøger appellanten reelt — ved at forklare sin adfærd på en anden måde for Retten — at give møderne for polypropylen-producenterne et andet indhold og derfor at så tvivl om de faktiske omstændigheder, som førsteinstansen fastslog.

22. Subsidiært gør Kommissionen gældende, at de ovenanførte anbringender er ubegrundede. Den bemærker i den forbindelse, at Retten støtter sine konklusioner (navnlig i henholdsvis præmis 128-137 og 175-202) dels på det ulovlige formål med møderne mellem polypropylen-producenterne, dels på Monte's deltagelse i møderne.

23. Med hensyn til punkt e) i det andet annullationsanbringende henviser Kommissionen til støtte for afvisningen heraf til artikel 119 i Domstolens procesreglement og den omstændighed, at punkt e) ikke indeholder noget retligt argument mod den appellerede dom, men at det kun gentager argumenter, der allerede blev anført for Retten med henblik på en ny påkendelse af det oprindelige søgsmål. Til støtte for det anførte henviser Kommissionen til Domstolens faste praksis [16].

24. Med hensyn til de resterende dele af det andet annullationsanbringende, som straks vil blive undersøgt, har appellanten ligeledes fremsat klagepunkter, der er snævert forbundne med den bedømmelse, Retten foretog af Monte's adfærd og af de resultater, som den gav anledning til. Med hensyn til punkt l) i det andet annullationsanbringende hævder appellanten under henvisning til præmis 175, 176 og 177 i den appellerede dom, at Retten urigtigt stemplede oplysninger om Monte's produktion som hemmelige, men næsten alle og enhver kunne få adgang til dem. Ifølge appellanten skal Kommissionen — for at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 85 — bevise, at udvekslingen af de pågældende oplysninger mellem polypropylen-producenterne var blevet foretaget før nogen afsløring fra andre kilder, og at kendskabet til disse oplysninger havde haft til formål at begrænse den frie konkurrence.

16 — Jf. dom af 22.12.1993, sag C-354/92 P, Eppe mod Kommissionen, Sml. I, s. 7027, samt kendelse af 26.4.1993, sag C-244/92 P, Kupka-Floridi mod ØSU, Sml. I, s. 2041, og af 7.3.1994, sag C-338/93 P, De Hoe mod Kommissionen, Sml. I, s. 819.

25. Kommissionen har svaret, at den ikke kan forstå, hvilken del af den appellerede dom Monte's kritik vedrører, specielt fordi klagepunktet er formuleret så uklart, at det anførte i hvert fald rejser spørgsmål om bedømmelse af de faktiske omstændigheder, og at det blev fremført første gang under appellen, hvilket er en tilsidesættelse af artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement. I betragtning af ovenstående finder Kommissionen, at punkt l) i det andet annullationsanbringende åbenbart ikke kan realitetsbehandles.

26. Endelig anfører appellanten i punkt m) i det andet annullationsanbringende, at Retten ukorrekt i præmis 253 og 254 i den appellerede dom antog, at den omhandlede adfærd hos polypropylen-producenterne havde haft en mærkbar virkning på handelen mellem medlemsstaterne. Med hensyn til dette anbringende gør Kommissionen under henvisning til Domstolens ovennævnte praksis [17] på ny den indsigelse gældende, at det anførte bør afvises.

27. Med hensyn til det andet annullationsanbringende og på baggrund af de ovennævnte oplysninger henviser Kommissionen til, at appel kun kan iværksættes på grundlag af anbringender vedrørende en overtrædelse af retsregler, mens førsteinstansens konstatering eller vurdering af de faktiske omstændigheder ikke gyldigt kan bestrides [18].

28. Eftersom reglerne og de almindelige grundsætninger vedrørende bevisbyrde er blevet overholdt [19], er Retten enekompetent til at fastslå retsvirkningerne af den bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som er blevet forelagt for den [20]. Appelinstansen henviser kun til sagens akter, såfremt en af parterne fremfører et anbringende, som støttes på, at førsteinstansen har forvansket (ændret) de faktiske omstændigheder.

29. Når der i det foreliggende tilfælde endvidere henses til punkt d), e) og h) i ovennævnte annullationsanbringende, skal jeg bemærke, at appellanten søger at drage Rettens bedømmelse af indholdet af møderne for polypropylen-producenterne, dvs. beviserne, ind i sagen. Monte hævder ikke, at Retten har ændret de bevismidler, der blev forelagt den. På baggrund af den økonomiske situation på markedet i den periode, hvor disse møder fandt sted, forsøger man alligevel at fortolke de fakti-

17 — Jf. dom i sagen Eppe mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 16) og kendelse i sagen Kupka-Floridi mod ØSU og i sagen De Hoe mod Kommissionen (ligeledes anført ovenfor i fodnote 16).

18 — Jf. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, og kendelse af 17.9.1996, sag C-19/95 P, San Marco mod Kommissionen, Sml. I, s. 4435. Som anført i præmis 48 og 49 i dommen i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl.: »Det er således alene Retten, der er kompetent til at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den behandler...«. Jf. tillige dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 10, 19 og 42.

19 — Vedrørende bevisbyrdefordelingen, se punkt 53 ff.

20 — Jf. dom i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl. (nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 66, og kendelse i sagen San Marco mod Kommissionen (ligeledes nævnt i fodnote 18), præmis 40.

ske omstændigheder på sin egen måde ved at give dem en anden juridisk indpakning. Mere præcist har Retten til bedømmelsen af de faktiske omstændigheder draget følgende konklusioner: For det første, at møderne for polypropylen-producenterne havde til formål at fastsætte målpriser og salgsmål (præmis 91 i den appellerede dom), for det andet, at appellanten var blandt de producenter, som havde taget del i forsøg med henblik på fastsættelse af prisinitiativer og målpriser, samt i fastsættelse af salgsmål (henholdsvis præmis 137, 150 og 200 i den appellerede dom). Appellanten gør på sin side gældende, at selskabets adfærd for så vidt angår priser og salgsmængde kun kunne være selvstændig i betragtning af markedsforholdene. Monte bebrejder ikke Retten, at den ikke har anvendt retsreglerne korrekt, men at den ikke i sin vurdering af de faktiske omstændigheder er nået frem til den samme konklusion som selskabet. Denne argumentation svarer imidlertid til en begæring til appelinstansen om ny påkendelse af de faktiske omstændigheder, hvilket således er unddraget appelinstansens kompetence [21].

30. Punkt m) i det andet anbringende bør efter min opfattelse forstås på samme måde. Vel rejser betingelsen i traktatens artikel 85 om, at handelen mellem medlemsstaterne skal være påvirket, et retsspørgsmål, som skal prøves af Domstolen [22]. Men som det fremgår af (ovennævnte) artikel 51 i EØF-statutten for Domstolen samt af artikel 112, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement, skal appelskriftet klart angive de anfægtede afsnit i dommen, samt de retlige argumenter, der påberåbes til støtte for den omhandlede appel [23].

31. Jeg skal her bemærke, at anfægtelsen af Rettens dom, ifølge hvilken den overtrædelse, som Monte deltog i, ville kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne (præmis 253 i den appellerede dom), udelukkende støttes på, at appellanten har en anden opfattelse af de faktiske omstændigheder, og ikke på, at dommen er behæftet med en retlig mangel. Der er således fremsat anmodning til Domstolen om en ny vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen og om at omgøre Rettens dom. Således som anbringendet er formuleret, bør det afvises fra påkendelse.

32. Endelig skal punkt l) i det andet annullationsanbringende undersøges. Først

21 — Jf. punkt 26 ff. i mit forslag til afgørelse i ovennævnte sag Hüls mod Kommissionen.

22 — Jf. dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 69. Denne dom vedrørte ganske vist traktatens artikel 86, men der er ingen grund til, at den ikke også kan anvendes på den i artikel 85 fastsatte betingelse, som på alle punkter er identisk, om, at handelen mellem medlemsstaterne skal være påvirket. Det skal endvidere bemærkes, at uanset om dette bliver et spørgsmål her, er det ikke nødvendigt, at den bebrejdede adfærd har påvirket handelen mærkbart. Det er tilstrækkeligt at bevise, således som Retten korrekt anførte i den appellerede doms præmis 253, at adfærden kan have den pågældende virkning. Jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 104, og af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 32.

23 — Jf. senest kendelse af 24.4.1996, sag C-87/95 P, CNPAAP mod Rådet, Sml. I, s. 2003, præmis 29, og kendelse i sagen San Marco mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 16), præmis 36 og 37.

må der henvises til, at i henhold til artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement må der ikke i appelskriftet foretages nogen ændring af sagsgenstanden, som den har foreligget for Retten. Under appel har Domstolen således kun kompetence til at prøve Rettens slutresultat under hensyn til de lovlige anbringender og argumenter for Retten [24]. Konkret skal jeg bemærke, at præmis 175, 176 og 177 i den appellerede dom, som Monte's foreliggende anbringende tager sigte på, drejer sig om, hvorvidt de oplysninger vedrørende salgsmængder, der blev udvekslet under møderne for producenterne, var rigtige eller forkerte, og ikke om, hvorvidt de var hemmelige eller offentlige. Tillige fremgår det ikke af de processkrifter, der blev fremlagt i første instans, at et sådant anbringende lovligt blev fremført for Retten. Derfor må dette anbringende, der først fremføres under appellen, afvises fra påkendelse.

c) Punkt a), b), f) og g) i det andet annullationsanbringende

33. Appellanten gør gældende, at Retten urigtigt ikke antog, at den samordning, som polypropylen-producenterne foretog, var berettiget på grund af omstændigheder af en sådan art, at anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, var udelukket [25].

34. I forbindelse med punkt a) i det andet annullationsanbringende har Monte gjort gældende, at Retten ikke, som den burde have gjort, tog hensyn til den konkurrencefordrejning, polypropylen-virksomhedernes adfærd blev udsat for på grund af udefra kommende omstændigheder, navnlig tredoblingen af oliepriserne (olie er hovedbestanddelen ved fremstilling af polypropylen) i slutningen af 1970'erne, som skyldtes oliekartellets misbrug af sin dominerende stilling på markedet. Efter appellantens opfattelse tilsidesatte Retten således Domstolens praksis, ifølge hvilken det altid er nødvendigt at vurdere de omstændigheder, der, selv om de er selvstændige i forhold til virksomhedernes adfærd, alligevel har påvirket den. Appellanten henviser til forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Mayras i sagerne Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen og Van Landewijck m.fl. mod Kommissionen samt til forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Verloren Van Themaat i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen [26]. Appellanten udleder af disse forslag til afgørelser og domme, at det, for endeligt at fastslå et selskabs ansvar i henhold til traktatens artikel 85, er nødvendigt at undersøge, i hvilket omfang der allerede

24 — Jf. dom i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl. (nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 59, og kendelse i sagen San Marco mod Kommissionen (ligeledes nævnt ovenfor i fodnote 18), præmis 49.

25 — Dette er i hvert fald appellantens hovedargument. Men på grund af den upræcise formulering kan disse anbringender fortolkes og behandles forskelligt, således som jeg vil gøre mere detaljeret rede for i nedenstående.

26 — Dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, og af 10.12.1985, forenede sager 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3831.

»effektivt« eksisterede konkurrencevilkår, uafhængigt af selskabernes markedsadfærd. Med andre ord gælder princippet om, at det er umuligt at krænke et gode, som ikke eksisterede på tidspunktet for den påståede krænkelse, ligeledes i Fællesskabets konkurrenceret. Efter appellantens opfattelse er det, når man tager udgangspunkt i denne tankegang, nødvendigt at tage hensyn til følgende omstændigheder, inden for hvis rammer selskabets handlinger i den relevante periode fandt sted: Det er nemlig spørgsmålet, om Monte's adfærd, når der ses bort fra forhøjelsen af indkøbsprisen for råvarerne, som skyldes oliekartellets misbrug af ovennævnte dominerende stilling, havde været dikteret dels af den italienske regering, som pålagde selskabet at deltage i møder mellem polypropylen-producenterne, dels af den fordelagtige stilling, køberne af polypropylen var i, og som medførte, at det mål at begrænse de tab, sektorens virksomheder i øvrigt havde sat sig, aldrig var blevet nået.

35. I sit svar anfører Kommissionen, at appellantens anbringende, der støtter på de ekstraordinære omstændigheder, som en tredobling af olieprisen har skabt, først er blevet gjort gældende for Domstolen. Det kan derfor ikke påkendes, da appellanten dermed forsøger at ændre sagsgenstanden fra første instans, hvilket er i strid med artikel 113 i Domstolens procesreglement. Efter Kommissionens opfattelse er dette anbringende ligeledes ubegrundet. Der findes hverken bestemmelser eller almindelige retsgrundsætninger, der giver selskaberne ret til at tilsidesætte konkurrencereglerne som reaktion på deres konkurrenters eller andres konkurrencebegrænsende aktiviteter. Med hensyn til dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, der påberåbes af appellanten, anfører Kommissionen som svar dels, at Domstolen i den foreliggende sag undersøgte de virkninger, lovgivningen i en medlemsstat havde på konkurrencen, en oplysning, der mangler her, dels at denne praksis i alle tilfælde var blevet forladt i betragtning af Domstolens (ovennævnte) senere domme i sagerne Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen og Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen. Ligeledes bemærker Kommissionen, at hverken den omstændighed, at den italienske regering havde givet Monte instrukser med hensyn til deltagelse i møder for polypropylen-producenterne, eller de vanskeligheder, som disse producenter blev udsat for ved den praktiske gennemførelse af de aftalte prisinitiativer, kan udgøre en undskyldning for tilsidesættelsen af artikel 85.

36. Med hensyn til punkt b) i det andet annullationsanbringende gør Monte gældende, at Rettens begrundelse i præmis 257 og 265 i den appellerede dom, hvor anvendelsen af princippet »rule of reason« blev forkastet, er behæftet med mangler. Appellanten foreholder Retten at have anvendt en streng fortolkning af dette princip, idet den kun tager stilling til, hvad der var virkningerne af virksomhedernes adfærd, og om denne eventuelt begunstigede konkurrencen snarere end at skade den. Imidlertid skulle Retten ifølge appellanten undersøge meningen med konkurrencereglerne og derefter undersøge, om en adfærd er eller ikke er i strid med nævnte regler. I forbindelse med denne undersøgelse er det nødvendigt tillige at vurdere de forhold, hvorunder virksomhederne har udøvet den pågældende adfærd. I det foreliggende tilfælde var det nødvendigt at tage de samlede ugun-

stige omstændigheder i betragtning, der tvang polypropylen-producenterne til at sælge med tab. Som følge heraf kan man ikke betragte forsøgene på at mindske tabene, der på grund af markedsforholdene i øvrigt var dømt til at mislykkes, som stridende mod konkurrencereglerne.

37. Indstævnte gør i øvrigt gældende, at Retten korrekt begrundede sit svar på Monte's anbringende om anvendelse af princippet »rule of reason«, da den i dommens præmis 264 fastslog, at Kommissionen havde godtgjort, at de aftaler og den samordnede praksis, som blev indgået mellem polypropylen-producenterne, havde et konkurrencestridigt formål. Ifølge samme argumentation anførte Retten bl.a. korrekt, at selv om princippet »rule of reason« finder anvendelse inden for Fællesskabets retsorden, var det berettiget, at Kommissionen ikke foretog en analyse af, hvilken virkning de pågældende aftaler havde på konkurrencen, idet de i artikel 85, stk. 1, litra a), b) og c), nævnte aftaler, som drejer sig om fastsættelse af priser, begrænsning af produktionen og opdelingen af markedet, udgør en så alvorlig tilsidesættelse af konkurrencereglerne, at de i sig selv må antages at indebære en tilsidesættelse af disse regler. Kommissionen tilføjer, at såvel i europæisk ret som i amerikansk ret anses horisontale prisaftaler for ulovlige, selv om virksomhederne producerer med tab.

38. Med hensyn til punkt f) i det andet annullationsanbringende gør appellanten under henvisning til præmis 295 i Rettens dom gældende, at Retten ikke, som den burde, tog hensyn til den »pligt til loyal indbyrdes adfærd mellem virksomhederne, som er tvunget til at sælge til en tabsgivende pris«. De polypropylen-producerende virksomheder ønskede at undgå at sælge til en pris, der var endnu lavere end kostprisen end nødvendigt. I denne sammenhæng tjente forsøgene på at øge priserne til at reducere tabene og at undgå den højst ulovlige praksis med »predatory pricing«.

39. Kommissionen anfører, at denne del af det andet annullationsanbringende i princippet må afvises dels, fordi det sigter på en fornyet påkendelse af de faktiske omstændigheder, dels fordi sagsgenstanden ændres, når spørgsmålet om salg til priser på et niveau, som var endnu lavere end det, der var nødvendigt, først rejses nu, hvilket er en tilsidesættelse af artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Efter Kommissionens opfattelse er dette anbringende i alle tilfælde ubegrundet. Den henviser i den forbindelse til det, Retten fastslog om, at alene salg til lavere priser end kostprisen, som praktiseres af en virksomhed, hvis hensigt er at styrke sin stilling i forhold til sine konkurrenter, kan kvalificeres som illoyal konkurrence. Derimod kan man ikke tale om illoyal konkurrence, såfremt salg til under kostprisen skyldes markedsforholdene.

40. Appellanten anfører dog i forbindelse med traktatens artikel 85, stk. 1, i det andet annullationsanbringende, punkt g), under henvisning til præmis 132 og 237 i den appellerede dom, at Retten diskriminerede mellem polypropylen-producenterne til fordel for køberne af produktet.

Appellanten bemærker i den henseende, at producenterne var klemt mellem olieselskaberne og køberne. Derfor kan meddelelsen om en lettere forhøjelse af prisen over for køberne — som udmærket kunne nægte at betale den, idet de kunne drage fordel af deres fordelagtige stilling — ifølge Monte ikke anses for en konkurrencebegrænsning. En sådan fremgangsmåde medfører en særlig beskyttelse af en speciel gruppe af virksomheders interesser til skade for en anden, og den er således i strid med traktatens artikel 2.

41. Kommissionen anfører, at den generelle formulering af dette anbringende vel ikke er tilstrækkelig grund til at afvise det, men det er i hvert fald ubegrundet. Artikel 85 anvendes på virksomheder, som indgår aftaler eller anvender en samordnet praksis, der begrænser konkurrencen, og dens anvendelse medfører i visse tilfælde fordele for køberne. Kommissionen kan derfor ikke indse, hvori forskelsbehandlingen består. Den tilføjer i øvrigt, at Retten korrekt antog, at den fordelagtige situation, som er til gunst for køberne i forbindelse med en given kategori af forretningstransaktioner, ikke fritager sælgerne fra pligten til at overholde artikel 85.

42. Med de ovennævnte klagepunkter har appellanten gjort gældende, at Retten fejlagtigt anvendte traktatens artikel 85. Ifølge denne opfattelse tog Retten slet ikke i betragtning eller anlagde i hvert fald en forkert fortolkning af en række faktorer, som viser, at der ikke var nogen begrænsning eller i det mindste ingen mærkbar begrænsning af konkurrencen, der skyldes polypropylen-producenternes adfærd. Derfor kunne artikel 85 ikke anvendes i det foreliggende tilfælde. I den forbindelse kan de pågældende anbringender kun realitetsbehandles, hvis de dels ikke er gjort gældende første gang under appellen, dels betyder, at en fastslået samordning i princippet af andre grunde ikke er omfattet af artikel 85 [27]. Ovennævnte forklaring er påkrævet, fordi Monte gennem sit andet annullationsanbringende søger at fremlægge sin adfærd som resultatet af en individuel handling og alligevel samtidig at gøre enhver fastslået aftale eller samordnet praksis berettiget [28].

43. I betragtning af ovenstående finder jeg, at appellantens erklæringer kun bør realitetsbehandles, i det omfang appellanten hermed har bestræbt sig på at gøre et anbringende gældende af en sådan art, at det kan gøre en adfærd, som ellers ville være omfattet af artikel 85, berettiget. Derimod, hvis man på grund af ganske de

27 — Med hensyn til denne anden del adskiller de påberåbte anbringender sig fra dem, der blev undersøgt i det foregående afsnit. Et annullationsanbringende, ifølge hvilket møderne mellem polypropylen-producenterne ikke havde eller ikke kunne have til formål at fastsætte pris og ønskede salgsmål, er fra et retligt synspunkt forskelligt fra et anbringende, som ikke anfægter den faktiske aftale som sådan, men påberåber sig særlige omstændigheder, der berettiger, ja endda påtvinger, disse aftaler mellem virksomheder. Kun i det andet tilfælde opstår der et retsspørgsmål, som kan prøves under appellen.

28 — Tilfældet i punkt f) i det andet anbringende, hvori der er henvist til pligt til loyal adfærd mellem de virksomheder, der var tvunget til at sælge med tab, er karakteristisk. Retten undersøgte hele spørgsmålet med hensyn til, i hvilket omfang der eventuelt foreligger en grund, som ville udelukke »aftalens« ulovlige karakter (jf. præmis 296 i dommen), mens der i appelskriftet gives en uklar henvisning til »forsøg« på at øge prisen. Men appellanten har derefter i replikken kategorisk tilbagevist enhver fortolkning, hvoraf kan udledes, at appellanten erkender at have deltaget i de omhandlede aftaler, og påpeger, at appellanten i hvert fald har ført bevis for, at det var en adfærd, som var blevet dikteret af den gældende konjunktur på det pågældende tidspunkt.

samme argumenter fandt, at Monte søger at bevise, at man ikke deltog i de ulovlige møder med de øvrige polypropylen-producenter, men at Monte bestemte sin egen adfærd individuelt, ville Monte bestride Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, således at anbringendet måtte afvises [29].

44. Det problem, der reelt rejses ved de førnævnte annullationsanbringender, er, om en korrekt fortolkning af fællesskabsretten kræver ikke-anvendelse af de forbud og de sanktioner, der er fastsat i traktatens artikel 85, i tilfælde af, at en pris og et salgsmål fastlægges, når visse særlige omstændigheder foreligger. Det væsentlige i appellantens argumenter består i at påberåbe princippet »rule of reason«, der er af amerikansk oprindelse, og at hævde nødvendigheden af at undersøge meningen med konkurrencereglerne. I henhold til disse to fortolkningsprincipper skal bedømmelsen af, om en adfærd, der ved første øjekast ser ud til at være i strid med konkurrencereglerne, er ulovlig eller ej, foretages konkret, efter at der er taget hensyn til alle faktorer, der påvirker virksomhedernes handlinger — og mere generelt handelen. For at bedømme lovligheden af en adfærd er det først nødvendigt at undersøge, om og i hvilket omfang konkurrencen i praksis er blevet fordrejet, eller tværtimod ikke er blevet påvirket eller endog er blevet begunstiget derved. Med andre ord skal der foretages en analyse af alle de elementer, som udgør et samlet økonomisk hele, dvs. markedet, samt af i hvilken grad det enkelte selskab påvirker dette. I henhold til den argumentation bør den undersøgelse, Kommissionen har foretaget, og den tilsvarende prøvelse, der er foretaget af Retten, med hensyn til de særlige oplysninger i hver af sagerne om den virkning, som virksomhedernes adfærd reelt eller potentielt har på markedet, støttes på grunden til, at denne adfærd er blevet anvendt, og det tilsigtede formål [30].

45. Der rejser sig derfor det spørgsmål, om ovennævnte fortolkning skal anvendes i Fællesskabets retsorden. Svaret bør efter min opfattelse være nej. Jeg skal nøjes med en enkelt bemærkning, som jeg finder er særlig vigtig for at forstå Domstolens praksis, og som belyser forskellene mellem amerikansk og europæisk konkurrenceret. Man kan i virkeligheden ikke sætte lighedstegn mellem disse to ordninger. Gør man det, overser man to af deres grundlæggende forskelle. Dels indeholder amerikansk lovgivning ingen bestemmelser i analogi med traktatens artikel 85, stk. 3, der i europæisk ret indfører en særlig procedure, som legaliserer visse former for adfærd, der

29 — Med hensyn til punkt f) i det andet annullationsanbringende må følgende fremhæves: I første instans havde appellanten gjort gældende, at nødvendigheden af en »loyal adfærd« mellem polypropylen-producenterne indbyrdes gjorde adfærd i strid med traktatens artikel 85 berettiget. Denne påstand er af rent retlig natur og er underkastet prøvelse under appellen. Derimod kan Monte's argument, ifølge hvilket polypropylen-producenterne anvendte den konstaterede ulovlige adfærd for at undgå, at produkter blev solgt til en endnu lavere pris end kostprisen end nødvendigt, ikke prøves i realiteten, da det er gjort gældende første gang under appellen.

30 — Denne fortolkning vedrører, i amerikansk ret, første del af Sherman Act 1890. Det følger af en hensyntagen til de her nævnte faktorer, at en adfærd kun endeligt betragtes som ulovlig, hvis den påvirker konkurrencen i et »urimeligt omfang« (»to an unreasonable degree«). Jf. nedenstående med hensyn til undtagelserne.

ellers udgør en tilsidesættelse af materielle konkurrencebestemmelser. Dels udgør De Forenede Stater et ensartet marked med samme valuta af en sådan art, at nødvendigheden af at indføre retsregler med henblik på at sikre varernes frie bevægelighed er mindre påtrængende end i Europa.

46. I hvert fald og uafhængigt af det synspunkt, som er fremsat vedrørende spørgsmålet om fortolkning af konkurrencereglerne, er det efter min opfattelse ubestrideligt, at visse former for adfærd på grund af deres indhold påvirker konkurrencen så tydeligt, at enhver anden undersøgelse af de forhold, der har ført til anvendelsen af dem, eller af de virkninger, som den har medført, i princippet er overflødig. Denne indfaldsvinkel ser ud til at være den samme i Europa og i De Forenede Stater, og den støtter i realiteten på sammenlignelige overtrædelser. Heriblandt er navnlig aftalerne eller den samordnede praksis [31], som består i at fastsætte priser, begrænse produktion og opdele markeder [jf. traktatens artikel 85, stk. 1, litra a), b) og c)] [32]. I amerikansk terminologi taler man i det tilfælde om overtrædelser »per se« af konkurrencereglerne [33].

47. Derfor er i det omfang, hvori de omhandlede virksomheder hverken har søgt at blive eller har haft det held at være omfattet af undtagelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, de aftaler, der blev indgået med det formål at fastsætte salgspris og -mængde, såvel som den samordnede praksis med samme indhold, ulovlige ipso facto i medfør af artikel 85, stk. 1.

48. Domstolens praksis [34], som appellanten påberåber sig, kunne eventuelt give anledning til tvivl med hensyn til, om dette synspunkt er korrekt. Det ser ud til, at muligheden for ikke at anvende artikel 85, stk. 1, i retspraksis er accepteret, når den nationale lovgivning i praksis ophæver den frie konkurrence. Med andre ord, for at vurdere de pågældende virksomheders ansvar, skal man tage hensyn til den indflydelse, som en ydre faktor udøver på virksomhedens adfærd. Man kan således gøre gældende, i det mindste teoretisk, at denne retspraksis burde komme til udtryk overalt for så vidt angår alle de tilsvarende ydre faktorer. Det er f.eks. nødvendigt at tage hensyn til, at den frie konkurrence er

31 — Her følges hele tiden den europæiske terminologi.

32 — Aftalerne om prisfastsættelse er i den forbindelse det mest repræsentative eksempel, men det er tillige det, der interesserer os mest her. Domstolen har fastslået, at disse aftaler »i sig selv« udgør en konkurrencebegrænsning. Se f.eks. dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 22, og af 3.7.1985, sag 243/83, Binon, Sml. s. 2015, præmis 44.

33 — Jf. vedrørende dette punkt dommen i sagen United States mod Yrenton Potteries Company (1927) og navnlig United States mod Socony-Vacuum Oil Company (1940), som især afviser prisaftaler som en lovlig imødegåelse af »konkurrencens negative sider«. Med hensyn til detaljer om nyere amerikansk retspraksis henvises til 54 *American Jurisprudence*, 2. udgave, »Monopolies, Restraints of Trade and Unfair Trade Practices«, New York, 1996, og navnlig punkt 46 ff. samt 70 ff.

34 — Jf. domme i sagerne Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen og Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 26).

ophørt med at være effektiv på grund af andres adfærd over for de omhandlede virksomheder. Jeg tror ikke, at dette standpunkt, der støttes af appellanten, kan anerkendes. For det første vedrører dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen et ganske særligt tilfælde, og den fortolkes snævert af Domstolen [35]. Det fænomen, at der findes national lovgivning, der undertrykker konkurrencen, kan ud fra et fællesskabsretligt synspunkt betragtes som særlig ekstraordinært og direkte forbundet med den aktuelle fase med hensyn til europæisk forening og med den vigtige rolle, som de nationale bestemmelser fortsat spiller inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde. I øvrigt ville udvidelsen af praksis i henhold til dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen således som foreslået af appellanten medføre, at bedømmelsen af lovligheden af enhver handling, der i princippet er i strid med bestemmelserne i artikel 85, gøres betinget af vurderingen af markedsforholdene, hvilket således ville forvanske hele filosofien om fri konkurrence, i hvert fald således som fællesskabsretten forstår den. Med andre ord tilkommer det de kompetente fællesskabsmyndigheder og ikke private at træffe passende foranstaltninger til at råde bod på de situationer, hvor konkurrencen påvirkes på grund af visse virksomheders adfærd [36].

49. Med hensyn til ovenstående må appellantens anbringender bedømmes således: For det første, selv om den frie konkurrence undertiden viser sig at være skadelig for bestemte virksomheder, kan virkningen af den frie konkurrence dog ikke ligestilles med illoyal konkurrence. Det fremgår af reglerne om udbud og efterspørgsel og kan derfor ikke påberåbes som begrundelse for, at prisaftalerne er berettigede, selv om de producenter, der deltager i disse aftaler, sælger til priser under kostprisen; for det andet giver den fordelagtige stilling, visse virksomheder har på markedet på grund af disse forhold, ikke deres konkurrenter ret til at overtræde artikel 85. De eventuelle anvisninger, der er givet til et selskab af regeringen i en medlemsstat med hensyn til selskabets deltagelse i de møder, hvis formål var at overtræde konkurrencereglerne, er ligeledes uden betydning med hensyn til anvendelsen af artikel 85.

50. På baggrund af ovenstående finder jeg det korrekt, at Retten udelukkende lagde formålet med møderne for polypropylenproducenterne til grund for sin vurdering og antog, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, var opfyldt. Retten fastslog ligeledes korrekt, at appellantens adfærd skal anses for en overtrædelse »per se« af konkurrencereglerne (præmis 264 og 265 i den appellerede dom). Endelig er det berettiget, at førsteinstansen forkastede det, der var gjort gældende i punkt f) i det andet annullationsanbringende (præmis 295 og 296 i Rettens dom) samt Monte's øvrige anbringender, som der her er taget stilling til.

35 — Uden nogensinde helt at være forladt kan den undtagelse, der for første gang blev udtrykt i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, vise sig vanskelig at anvende i praksis, idet Domstolen er særlig streng, da den kræver anerkendelse af eksistensen af en national lovgivning, som helt fratager virksomhederne muligheden for at handle frit, og som påbyder en adfærd, der er i strid med de fællesskabsretlige konkurrenceregler. Dommen i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 26) er det bedste eksempel herpå. I øvrigt bestrides virksomhedernes ansvar ikke, da deres handling i strid med artikel 85 og 86 blot er begunstiget af de nationale myndigheder (jf. dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc m.fl., Sml. s. 1, og af 29.1.1985, sag 231/83, Cullet, Sml. s. 305).

36 — Hvis dette ikke er tilfældet, anerkender man indirekte, at virksomhederne har en helt selvstændig ret til »at tage retten i egen hånd«, en ret ifølge hvilken de selv kan træffe passende foranstaltninger for at imødegå de illoyale konkurrencevilkår, som er skabt ved deres konkurrenters adfærd.

De punkter i det andet annullationsanbringende, som jeg her har undersøgt, kan således forkastes i deres helhed som ubegrundede.

d) Punkt i) i det andet annullationsanbringende

51. Med hensyn til dette punkt gør appellanten gældende, at Retten har indført en ny form for overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, der føjes til aftaler og samordnet praksis, som artiklen udtrykkeligt omfatter. Den nye form for overtrædelse er beskrevet ved udtrykket »en fælles vilje« (præmis 105, 201 og 230 i den appellerede dom), og den er uden hjemmel. Ifølge appellanten er det en fejl, at Retten ikke begrundede sin bedømmelse vedrørende den ulovlige karakter af polypropylen-producenternes samordning med hensyn til, i hvilket omfang de havde »til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen« som omhandlet i bestemmelsen i traktatens artikel 85, stk. 1, og undersøgte »formålet« med denne samordning, et kriterium, der ikke er gentaget i de gældende fællesskabsbestemmelser.

52. Jeg skal blot bemærke, således som Kommissionen i øvrigt allerede har gjort, at Retten anvendte bestemmelsen i artikel 85 korrekt: Først henviser den til polypropylen-producenternes »fælles vilje« som et forhold, der fører til en »aftale« mellem dem; dernæst henviser Retten, når den taler om »formålet« med møderne mellem producenterne, i realiteten til formålet med disse møder, som udtrykkeligt lægges til grund for afgørelsen (jf. præmis 91 i den appellerede dom).

Det omhandlede annullationsanbringende bør herefter forkastes som ubegrundet.

2. *Bevisbyrdefordelingen*

53. Med sit tredje annullationsanbringende gør Monte, under henvisning til præmis 82, 86, 89, 129, 144, 146 og 149 i den appellerede dom, gældende, at Retten tilsidesatte principperne vedrørende bevisbyrdefordelingen, formodningen om »tiltaltes« uskyldighed, og om det personlige ansvar. Ifølge appellanten påduttede Retten samtidig Monte ikke-eksisterende indrømmelser. Den fastslog uden bevis, at polypropylen-producenterne havde underskrevet en fælles plan, og fejlagtigt tilsidesatte Monte's erklæring om, at selskabets adfærd havde været dikteret af det pres og de trusler, der var fremsat af terroristorganisationer. Appellanten hævder, at Retten

fejlagtigt fastslog, at selskabet havde erkendt at have deltaget i alle møderne for polypropylen-producenterne, og at Retten anmodede det om at komme med en anden forklaring med hensyn til indholdet af de møder, det havde deltaget i. Retten har med hensyn hertil henholdt sig til de notater, Monte's repræsentanter havde taget, hvis bevisværdi ikke er tilstrækkelig til at fastslå deres eksistens. Retten har således vendt bevisbyrden og antaget skyld hos Monte, idet deltagelse i et møde ligestilles med deltagelse i alle de overtrædelser, som antages at være begået. Ligeledes har Retten ifølge Monte fastslået Monte's deltagelse i systemet med »kontoledelse« på grundlag af oplysninger, selskabet havde fremskaffet, og hvoraf det fremgik, at systemet ikke havde fungeret for så vidt selskabet angår, idet oplysningerne ikke vedrørte alle de kunder, Monte var blevet udpeget som »kontoleder« for. Ifølge appellanten påhviler det imidlertid Kommissionen at bevise, at systemet med »kontoledelse« i praksis er blevet anvendt. Når Retten pålægger Monte at føre bevis for det modsatte, har den foretaget en forkert fordeling af bevisbyrden. Dertil kommer — stadig ifølge appellanten — at iværksættelsen af en selvstændig prispolitik udgør et tilstrækkeligt bevis for, at selskabet ikke har deltaget i initiativer, der bestod i at fastsætte målpriser. Retten undlod således at udlede de tvingende konklusioner af dette anbringende.

54. Kommissionen bemærker, at bevisbyrden blev korrekt fordelt mellem parterne. Eftersom appellantens deltagelse i møderne for polypropylen-producenterne var blevet fastslået, og da der forelå beregninger foretaget på møderne, som var arrangeret af selskabet ICI, der ligeledes er impliceret, påhvilede det Monte at komme med en anden fortolkning af de pågældende møders indhold. Retten anfører i dommen, at Monte til dette formål kunne have fremlagt eventuelle regnskaber fra sine repræsentanter og deres vidneforklaringer.

55. Kommissionen lægger bl.a. vægt på — idet den støtter sig på en række beviser — at Retten antog, at der mellem polypropylen-producenterne eksisterede en aftale, hvis formål var at træffe foranstaltninger med henblik på prisinitiativer, og at det ikke var nødvendigt med yderligere bevis for anvendelsen af denne aftale over for visse kunder. At aftalen om den praktiske plan mislykkedes, er uden retlig betydning for spørgsmålet, om de implicerede virksomheder kan pålægges ansvar. Med et sådant argument er forskellen mellem de priser, der opnås på markedet, og de aftalte priser uadskilleligt forbundet med begrebet målpriser, og det beviser ikke, at appellanten ikke har deltaget i de pågældende aftaler.

56. Det må i første række bemærkes, at det spørgsmål, som dette anbringende rejser, reelt vedrører den måde, hvorpå overtrædelserne af artikel 85 blev konstateret, og

dernæst fordelingen af bevisbyrden. Appellantens anbringender drejer sig ligeledes herom, trods det mere omfattende indhold, som den vægt, der tillægges anbringendet under appellen, antyder [37]. Den kritik, som rettes mod dommen i første instans, vedrører den omstændighed, at det ud fra appellantens tilstedeværelse på møder for polypropylen-producenterne blev konkluderet, at selskabet deltog i alle overtrædelserne. Derfor foreholdes Retten, at bevisbyrden og formodningen om uskyldighed er blevet vendt, fordi Retten har anmodet det »tiltalte« selskab om at bevise dels, at indholdet af de pågældende møder var et andet, og dels, at selskabet ikke havde deltaget i forskellige overtrædelser.

57. Indledningsvis skal det her bemærkes, at i den foreliggende sag er overtrædelserne af traktatens artikel 85 alene resultatet af formålet med møderne for polypropylen-producenterne, som først og fremmest bestod i at fastsætte målpriser og salgsmål. Denne antagelse støttes på en efter min mening korrekt opfattelse af begrebet »samordnet praksis«. Efter denne opfattelse viser den samordnede praksis sig i visse tilfælde med selve aftalen, uden at nogen markedsadfærd er nødvendig for, at den er etableret [38].

58. I den sammenhæng påhvilede det Kommissionen at bevise, at de pågældende møder havde dette indhold. Til dette formål fremskaffede og fremlagde den for første gang referaterne fra møderne, der var blevet arrangeret på foranledning af selskabet ICI (jf. præmis 83, 84, 85, 128 og 144 i den appellerede dom). Med andre ord udledte Kommissionen ikke indholdet af disse møder på grundlag af hypoteser, men gjorde det på grundlag af konkrete beviselementer. Tilsvarende påhvilede det Kommissionen at bevise, at hver enkelt af de implicerede virksomheder deltog i møderne (jf. Rettens udtalelse i dommens præmis 82) [39], således som den har gjort.

59. Som følge heraf påhvilede det appellanten at imødegå ovennævnte beviselementer og fremlægge andre beviser, som kunne have udelukket selskabets deltagelse i de omstridte møder eller have givet dem et andet indhold. Retten nævner som »præcise oplysninger... dets egne [dvs. Monte's egne medarbejderes] notater... eller føre medarbejdere, der deltog i møderne, som vidner« (præmis 86). Det fremgår klart af ordlyden af denne præmis i den appellerede dom, at Retten foreslår en række bevismidler, som ville kunne have været påberåbt af Monte, uden at den samtidig udtaler sig om, hvorvidt de fandtes.

60. Derfor krævede førsteinstansen ikke andet eller mere end det, sagsøgerne efter

37 — Den totale mangel på enhver argumentation vedrørende trusler fra terroristorganisationer, for så vidt dette motiv har dikteret Montecatini's adfærd, er et typisk eksempel. Prøvelsen af en sådan begrundelse, som klart refererer til præmis 304, 309 og især 313 i den appellerede dom, vedrører systematisk eksistensen af eventuelle omstændigheder, der undertrykker den i princippet ulovlige karakter af den omhandlede adfærd (jf. ovenstående punkt 14 ff.).

38 — Jf. herved nærmere mit forslag til afgørelse, der ligeledes er fremsat i dag i sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, punkt 11 ff.

39 — Når Monte bestrider antallet af møder mellem polypropylen-producenter, som Monte har deltaget i, er dette et spørgsmål om bedømmelse af de faktiske omstændigheder under behandlingen for Retten, og det kan således ikke realitetsbehandles under appellen.

reglerne skulle føre bevis for med henblik på at få fastslået, om de kunne få medhold i deres anbringender.

61. Retten fulgte samme argumentation med hensyn til konstateringen af hvert enkelt af de implicerede selskabers deltagelse i de omhandlede overtrædelser. Af deltagelsen i møder med et ulovligt formål udleder Retten en tilsvarende deltagelse i aftaler og samordnet praksis, medmindre det pågældende selskab fremlægger indicier, som kan være til støtte for den modsatte antagelse (præmis 129 og 144 i den appellerede dom).

62. Med hensyn til denne side af spørgsmålet må det først medgives, at det teoretisk er muligt at deltage i et møde, hvorunder nogle deltagere træffer aftaler om noget ulovligt, uden at alle aktørerne af den grund samtidig deltager i denne ulovlighed. Man kan derfor påstå, at alene deltagelsen i et møde, hvis indhold er ulovligt, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at foranledige til at fastslå, at den, der kun deltog, har overtrådt konkurrencereglerne[40]. Det påhviler så Kommissionen at fremlægge beviser, der godtgør, at det alene af deltagelsen i et møde kan udledes, at der foreligger deltagelse i overtrædelsen.

63. Jeg finder dog denne problemstilling uanvendelig i de konkrete sager, hvor det er godtgjort, at den pågældende virksomhed i flere år deltog i en række møder med ulovligt formål. Den omstændighed, at Kommissionen har bevist, at virksomheden var til stede ved en række møder med samme ulovlige formål, gør det berettiget for dette ene selskabs vedkommende at antage, at Kommissionen på retligt fyldestgørende vis har fastslået deltagelse i overtrædelsen. Det påhviler herefter det sagsøgende selskab at fremskaffe indicier, som kan føre til den modsatte konklusion.

64. Endelig skal det undersøges, i hvilket omfang det af de indicier, som Monte har påberåbt sig, kan bekræftes dels, at systemet med »kontoledelse« havde fungeret dårligt med hensyn til Monte, dels at Monte selvstændigt havde fastsat sine markedspriser uafhængigt af de aftalte målpriser.

65. Det bemærkes, at de oplysninger, der er fremskaffet, vedrører resultater af foranstaltninger, som var aftalt under møderne for polypropylen-producenterne. Ifølge

40 — Jf. forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Sir Gordon Slynn i forbindelse med dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80, 101/80, 102/80 og 103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825. Jf. tillige amerikansk retspraksis Hunt mod Mobil Oil Corp. (Supreme Court 1977) 465 F Supp. 195, 231.

Monte beviser den omstændighed, at samordningen ikke var blevet konkretiseret, at Monte ikke deltog i denne samordning. Hermed søger Monte i virkeligheden at flytte det juridiske grundlag for sin argumentation og vende tilbage til en anden fortolkning af de i traktatens artikel 85 omhandlede begreber, navnlig af begrebet »samordnet praksis«.

66. Som jeg imidlertid allerede har anført [41], er beviset for mødernes konkurrencebegrænsende indhold tilstrækkeligt til at fastslå deres ulovlige karakter. Om de afgørelser, der træffes i forbindelse med disse møder, iværksættes eller ikke, er et andet spørgsmål, og det kan ikke anvendes som dokumentation for at fastslå manglende deltagelse i de omhandlede ulovlige aktiviteter.

67. Når Retten derfor støtter sin vurdering på den omstændighed, at målpriserne blev fastsat under møderne mellem polypropylen-producenterne, og at foranstaltninger, der skulle fremme disse prisinitiativer, blev vedtaget (præmis 137 og 150 i den anfør-

41 — Jf. punkt 56 i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni.

lerede dom), har den ikke tilsidesat nogen bevisbyrderegel ved ikke — som bevis for deltagelse eller manglende deltagelse i formålet med de pågældende møder — at have taget hensyn til de fire anbringender, der netop støttes på, om resultaterne af møderne nøje blev iværksat eller ej. De anbringender, der er gjort gældende af appellanten i den forbindelse, er således uden betydning. Blandt andet er den omstændighed, at målpriserne af natur er genstand for afvigelser, helt uden betydning. Det afgørende er, hvad der har været formålet med samordningen, og hvem der har taget del i den.

68. Endelig er jeg, på grundlag af ovenstående ikke af den opfattelse, at Retten overså formodningen om uskyldigighed, selv om det må erkendes, at denne regel fandt anvendelse i den foreliggende sag [42].

42 — Formodningen om uskyldighed, som er knæsat i artikel 6, stk. 2, i den europæiske menneskerettighedskonvention (jf. tillige artikel 14, stk. 2, i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder) vedrører i princippet tiltalte i en straffesag. I den forbindelse er det særlig tvivlsomt, om en eventuel henvisning til teksten i menneskerettighedskonventionen og til praksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan danne grundlag for anvendelse af dette princip i sin fulde udstrækning i forbindelse med en administrativ procedure som den, der føres for Kommissionen i konkurrencesager. Under alle omstændigheder er Kommissionens forpligtelse til at bevise en tilsidesættelse af konkurrencereglerne en garanti for, at den har gjort sig tilsvarende bestræbelser med hensyn til alle anbringenderne ved den juridiske vurdering af bevismaterialet. En eventuel annullation af den retsakt, hvormed der pålægges en bøde, på grundlag af en antagelse af, at Kommissionen på baggrund af de foreliggende oplysninger ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse for, at konkurrencereglerne ansås for tilsidesat, hindrer, at selskaberne tillægges en adfærd, der bevismæssigt fremstår som uklar.

Fra det tidspunkt, da Kommissionen havde skaffet bevis vedrørende de elementer, der udgør appellantens adfærds ulovlige karakter, støttedes Rettens efterfølgende vurdering ikke på simple antagelser, således som Monte åbenbart gør gældende. I øvrigt har Monte ikke fremlagt nogen dokumentation med tilsvarende vægt, som ville være af en sådan art, at den kunne danne grundlag for en rimelig tvivl med hensyn til rigtigheden af Kommissionens argumentation. Derfor finder jeg, i betragtning af ovenstående, at det tredje annullationsanbringende bør forkastes i sin helhed, da det er uden grundlag.

3. *Forældelse*

69. Med sit fjerde annullationsanbringende gør Monte under henvisning til præmis 236 og 237 i den appellerede dom gældende, at Retten urigtigt anvendte bestemmelserne om forældelse som fastsat i Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 [43].

70. Appellantens argumentation kan herved sammenfattes i to punkter: For det første gør Monte gældende, at det ikke blev bevist, at retsbruddet fortsattes i perioden 1977-1983, således at de ulovlige handlinger i sagen til dels var undergået forældelse; for det andet er begrundelsen i den appellerede dom med hensyn til overtrædelsens ensartethed ifølge appellanten utilstrækkelig. Mens Retten således erkendte, at alle handlinger i sagen i fællesskab havde »et bestemt økonomisk mål, nemlig at fordreje den normale prisudvikling på polypropylen-markedet...« (præmis 237 i den appellerede dom), hævder appellanten, at markedssituationen ikke på nogen måde kunne anses for at være »normal«. Hvad mere er, ifølge Monte, gav Retten ikke en fyldestgørende begrundelse for at antage, at selskabet deltog i overtrædelsen i hele denne periode, da den ikke præciserede, i hvor mange møder mellem polypropylen-producenter og i hvilken periode det deltog.

71. Kommissionen har svaret, at appellanten med sin argumentation anfægter Rettens bedømmelse af faktum, hvilket ikke kan admitteres. Kommissionen henviser i øvrigt til sine bemærkninger vedrørende den ulovlige karakter af selskabets adfærd i den foreliggende sag.

72. Det er tilstrækkeligt først at bemærke, at i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), i forordning nr. 2988/74 er Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder eller sanktioner for overtrædelse af bestemmelser in-

43 — Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 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, s. 1).

den for Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret underkastet en forældelsesfrist på fem år. Denne korte forældelsesfrist regnes i henhold til artikel 1, stk. 2, fra den dag, overtrædelsen er begået. Ved vedvarende eller gentagne overtrædelser regnes fristen dog først fra den dag, overtrædelsen er ophørt. Tillige gælder, at forældelsen i medfør af artikel 2, stk. 1, afbrydes ved ethvert skridt, der af Kommissionen eller af en medlemsstat på begæring af Kommissionen foretages med henblik på at undersøge eller forfølge en overtrædelse. Afbrydelse af forældelsen får virkning fra den dag, det pågældende skridt bliver meddelt mindst en af de virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, der har deltaget i overtrædelsen. I henhold til artikel 2, stk. 2, har afbrydelse af forældelsen virkning over for alle virksomheder og virksomhedssammenslutninger, som har deltaget i overtrædelsen [44].

73. I dette tilfælde kritiserer appellanten den begrundelse, Retten lagde til grund for sin vurdering vedrørende overtrædelsens karakter af »enkelt«. Kvalifikationen af en given overtrædelse som »enkelt« vedrører selvfølgelig faktiske omstændigheder, der forudsættes fastslået og kvalificeret juridisk, men den er ikke uden retlig betydning, navnlig med hensyn til spørgsmålet om forældelse [45]. Det fremgår udtrykkeligt af ovennævnte bestemmelser i forordning nr. 2988/74. I den forbindelse er den begrundelse, Retten lagde til grund for sin vurdering med hensyn til, om en given overtrædelse havde karakter af at være enkelt eller ikke, genstand for prøvelsen under appel [46].

74. Retten støttede hovedsagelig sin vurdering på dette punkt på det fælles økonomiske mål, som polypropylen-producenternes bestræbelser gik ud på at nå (præmis 237 i den appellerede dom). Den lagde bl.a. vægt på den systematiske karakter ved de pågældende aktiviteter samt på, at den tilsidesatte regel hver gang var den samme (dommens præmis 236). Som Retten antog, anses en overtrædelse af den samme retsregel, der begås ved på hinanden følgende og gentagne handlinger med det samme mål, og som foretages under den samme økonomiske konjunktur (eller generelt), for en enkelt overtrædelse. Denne definition er efter min mening relevant [47]. Jeg er derfor ikke af den opfattelse, at den appellerede dom er behæftet med nogen mangel i den henseende.

75. Jeg finder i øvrigt, at appellantens bemærkninger om, hvorvidt markedssitua-

44 — Det må bemærkes, at foruden den femårige forældelse, der, som jeg har anført, kan afbrydes af en række processuelle skridt, har fællesskabsretten ikke fastsat bestemmelser om nogen anden frist, efter hvis udløb det er umuligt at påbegynde sanktionsproceduren i medfør af forordning nr. 17. I modsætning til altså, hvad Monte har anført under den mundtlige forhandling, vil den omstændighed, at nogle af de afgørende overtrædelser går tilbage til 1977, ikke have den mindste retlige relevans i den forstand, at det ville eliminere eller begrænse selskabets ansvar for disse overtrædelser.

45 — Se mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, punkt 61 ff.

46 — I forbindelse med den foreliggende sag bør udtrykket »enkelt overtrædelse« anses for synonymt med det mere præcise juridiske udtryk »vedvarende eller gentagne overtrædelser«. Teksten i forordning nr. 2988/74 anvender korrekt det sidstnævnte udtryk.

47 — Se mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, punkt 78 ff.

tionen var »normal« eller ej, uden juridisk interesse. Dette argument vedrører spørgsmålet, om der i virkeligheden foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, og det drejer sig ikke om fortolkningen af udtrykket »enkelt overtrædelse« eller om beregning af forældelsesfristens forlængelse. Det følger heraf, at appellantens særlige anbringende herom bør forkastes som irrelevant.

76. I øvrigt er begrundelsen i dommen med hensyn til Monte's deltagelse i møder mellem polypropylen-producenter lovlig. Varigheden og indholdet af denne deltagelse blev detaljeret gennemgået i Rettens dom. Retten fastslog derfor korrekt i den appellerede doms præmis 237, at appellanten »deltog således i flere år...« i en enkelt overtrædelse. Herefter bør det pågældende anbringende ligeledes forkastes som ubegrundet.

77. Endelig må man som irrelevant forkaste appellantens anbringende om, at forældelsen ikke var afbrudt, da retsstridigheden af polypropylen-producenternes adfærd ikke var blevet bevist. Dette anbringende har, bortset fra at det ikke kan antages til realitetsbehandling under appellen, absolut intet konkret at gøre med forældelsesspørgsmålet [48]. Af disse grunde finder jeg, at det fjerde annullationsanbringende bør forkastes i sin helhed.

4. *Bødens størrelse*

78. Med sit femte annullationsanbringende kritiserer Monte begrundelsen i den appellerede dom og gør gældende, at Retten ikke, som den burde, tog hensyn til en række kriterier til beregning af den pålagte bøde. Retten undlod efter appellantens opfattelse specielt at tage i betragtning, at overtrædelsen ikke havde nogen virkninger, hvilket som en formildende omstændighed burde have ført til en nedsættelse af bøden. I den henseende kritiserer Monte dommens præmis 70, 347, 379 og 385. Ifølge Monte tog Retten ved fastsættelsen af bøden heller ikke hensyn til den individuelle virkning, som selskabets handling forårsagede ud over den generelle virkning, der blev forårsaget af overtrædelsen i almindelighed. Appellanten støtter sin argumentation på dommens præmis 254. Monte hævder videre, at Retten ved fastsættelsen af bøden burde have taget i betragtning, at polypropylen-producenternes adfærd kunne være blevet bragt ind under undtagelsen i traktatens artikel 85, stk. 3. Endelig tog ifølge appellanten Retten fejlagtigt ikke stilling til, om det var korrekt at anse overtrædelsens karakter af »forsætlig« for en skærpende omstændighed.

79. På sin side fremhæver Kommissionen først, at den ved fastsættelsen af bøden tog i

48 — Spørgsmålet om, der er påvist en overtrædelse, går logisk forud for spørgsmålet såvel om forældelsesfristen som om, a priori, fristens afbrydelse.

betragtning, at prisinitiativerne ikke havde nået deres mål, således som det fremgår af præmis 365-374 og 386 i den appellerede dom. Kommissionen anfører ligeledes, at dommens præmis 70, som Monte lægger til grund for sine klagepunkter, vedrører konstateringen af overtrædelsen og ikke nogen vurdering af dens grovhed. Ligeledes omhandler præmis 254 indvirkningen af polypropylen-producenternes adfærd på handelen mellem medlemsstaterne, som er det element, der giver grundlag for at stemple den pågældende adfærd som ulovlig. Monte påberåber sig således fejlagtigt denne præmis til støtte for sit anbringende om, at der ikke som krævet blev taget tilstrækkeligt hensyn til den enkelte virksomheds individuelle ansvar ved fastsættelsen af den pålagte bøde. Endelig anfører Kommissionen en formalitetsindsigelse i relation til Monte's argumenter om, at en række yderligere elementer skulle tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse. I den forbindelse henviser Kommissionen til artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement, der forbyder fremsættelse af nye anbringender under en appelsag.

80. Med hensyn til ovennævnte anbringender skal det først bemærkes, at muligheden for at pålægge bøder for overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Efter samme bestemmelse er de kriterier, der tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse, overtrædelsens grovhed og dens varighed. Af disse to kriterier er det kriteriet om den ulovlige adfærds grovhed, som hver gang bør specificeres. Herom har Domstolen udtalt, at »overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder bl.a. sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning« [49].

81. Inden for disse rammer er Retten enekompetent til at foretage en prøvelse af, hvorledes Kommissionen i hvert enkelt tilfælde bedømmer grovheden af den ulovlige adfærd. Den kontrol, der foretages under appel, er udelukkende en prøvelse af, om førsteinstansen i hvert enkelt tilfælde har taget alle de væsentlige faktorer i betragtning med henblik på at vurdere en adfærds grovhed ud fra en artikel 85-synsvinkel. Denne prøvelse omfatter ikke den måde, hvorpå Retten har bedømt de konstaterede faktiske omstændigheder.

82. På baggrund af ovenstående og i forbindelse med den foreliggende sag gør Monte i princippet med fuld ret gældende, at Retten ikke tog visse afgørende faktorer til korrekt fastsættelse af bødens størrelse i betragtning, herunder nærmere dels, at den ulovlige adfærd ikke havde konkret virk-

49 — Jf. kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 54. Jf. tillige dom af 15.7.1970, sag 45/69, Boehringer Mannheim mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 153, org. ref.: Rec. s. 769, af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 52, og dom i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 40), præmis 120.

ning, dels appellantens individuelle rolle i overtrædelsen.

83. Vedrørende den første del af denne argumentation er det nødvendigt at bemærke, at Monte påberåber sig præmis 70 i den appellerede dom til støtte for et anbringende, som er helt uden betydning for det spørgsmål, der her er til behandling. I virkeligheden vedrører denne præmis, således som Kommissionen korrekt har anført, spørgsmålet, om der foreligger en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, som følge af, at en aftale om minimumspriser fandtes bevist, og det har ingen forbindelse med det — herfra forskellige — spørgsmål om at tage virkningen af overtrædelsen i betragtning med henblik på størrelsen af den bøde, der skulle pålægges det enkelte selskab [50].

84. Appellanten overser endvidere betydningen af dommens præmis 365-374, som netop vedrører bedømmelsen af overtrædelsens virkninger, idet der herved sondres mellem to typer: Der tages hensyn dels til, at målpriserne tjente som forhandlingsgrundlag med kunderne, og dels til, at målet med prisinitiativerne generelt ikke helt blev nået. Retten udtalte i den henseende, at »Kommissionen med rette fuldt ud har taget hensyn til den første form for virkninger og til det begrænsede omfang af den anden form for virkninger. Det bemærkes i denne forbindelse, at sagsøgeren ikke har angivet, i hvilken udstrækning Kommissionen har undladt at tage tilstrækkeligt hensyn til det begrænsede omfang af den anden form for virkninger som en formildende omstændighed« (præmis 372 i den appellerede dom). Det fremgår klart af ovenstående, at Retten efter en grundig analyse tog hensyn til virkningerne af overtrædelsen ved fastsættelsen af bøden. Det følger heraf, at appellantens anbringende om det modsatte bør forkastes som ubegrundet.

85. Med hensyn til Monte's argumentation om den særlige rolle, selskabet spillede under overtrædelsen, skal det indledningsvis bemærkes, at præmis 254 i den appellerede dom, som det pågældende anbringende sigter mod, vedrører spørgsmålet om indvirkningen på handelen mellem medlemsstaterne, dvs. mod en af de nødvendige betingelser for at antage den i traktatens artikel 85, stk. 1, beskrevne overtrædelse. Derfor er det uvedkommende for spørgsmålet om fastsættelsen af bødens størrelse. Appellantens anbringende er således irrelevant. I øvrigt støtter det anbringende, ifølge hvilket Retten ikke skulle have taget hensyn til hver enkelt virksomheds rolle i overtrædelsen, på et unøjagtigt grundlag. I præmis 354 i den appellerede dom er det således i den forbindelse anført: »Hvad angår de to første kriterier... nemlig den rolle, virksomhederne hver især spillede i samarbejdet... bemærkes, at da begrundelserne med hensyn til fastsættelsen af bø-

50 — Monte's henvisning til dommens præmis 379, hvori spørgsmålet, om ved fastsættelsen af bødens størrelse at tage hensyn til de tab, som gennem lang tid var lidt af aktive virksomheder i polypropylen-sektoren, har ingen som helst betydning. Dette spørgsmål har, selv om det har mere med konsekvensen af markedsforholdene at gøre, efter alt at dømme intet at gøre med virkningerne af overtrædelsen af artikel 85, og følgen er, at dette anbringende ligeledes er uden betydning.

derne må ses i sammenhæng med alle beslutningens begrundelser, har Kommissionen i tilstrækkelig grad redegjort for, hvorledes der konkret vedrørende sagsøgeren er taget hensyn til disse kriterier« [51].

Appellantens anbringende om, at der ikke blev taget hensyn til appellantens individuelle rolle i overtrædelsen, bør derfor afvises fra påkendelse [52].

86. For så vidt angår Monte's to sidste anbringender skal der først tages stilling til Kommissionens afvisningsindsigelse. Jeg vil først og fremmest undersøge anbringendet om, at Retten ved fastsættelsen af bødens størrelse burde have taget hensyn til, at polypropylen-producenternes adfærd kunne have været omfattet af undtagelsen i henhold til artikel 85, stk. 3. Denne bestemmelse er da også blevet påberåbt i første instans, men kun, ifølge Monte, til støtte for at udelukke anvendelsen af artikel 85, stk. 1 (jf. i den forbindelse præmis 267-273 i den appellerede dom). Det fremgår dog ikke, at et sådant anbringende er gjort gældende til støtte for en påstand om nedsættelse af den bøde, der blev pålagt Monte. Anbringendet er således først gjort gældende under appellen og kan derfor ikke fremmes til realitetsbehandling, jf. artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement.

87. Endelig må appellantens anbringende om, at Retten fejlagtigt ikke undersøgte, om det var korrekt at anse overtrædelsens karakter af »forsætlig« for en skærpende omstændighed, anses for at være ubegrundet. Som det fremgår af dommens præmis 357-364, antager førsteinstansen først, at Kommissionen har fastslået, at Monte handlede forsætligt. Overtrædelsens karakter af at være »forsætlig« er vigtig for vurderingen af Monte's rolle i de konstaterede ulovligheder. Efter Rettens opfattelse tog Kommissionen behørigt hensyn til denne rolle ved beregningen af bøden. Derfor har Retten udtalt sig, om end implicit, om det af appellanten rejste spørgsmål, og dens vurdering er korrekt [53].

Det følger heraf, at Monte's femte annullationsanbringende bør afvises i sin helhed.

51 — Jf. ligeledes dommens præmis 361, hvori er anført, »at det fremgår af Rettens vurdering... at Kommissionen korrekt har ført bevis for sagsøgerens rolle i overtrædelsen i den periode, selskabet deltog heri. Kommissionen har derfor i beslutningen med rette taget hensyn til denne rolle ved udmålingen af den bøde, der er pålagt sagsøgeren«.

52 — Appellanten synes under alle omstændigheder at hævde, at individualiseringen af bødeniveauet er knyttet til virkningen af den enkelte virksomheds adfærd. Men for at kunne bedømme grovheden af en bestemt overtrædelse er det afgørende de virkninger, som er et resultat af overtrædelsen i sin helhed, jf. beskrivelsen i artikel 85, stk. 1. Naturligvis er det nødvendigt — og det er netop det, som en individualisering af bøden består i — at bedømme den rolle, som den enkelte virksomhed har spillet i forbindelse med overtrædelsen. Det er imidlertid et andet spørgsmål end spørgsmålet om virkningerne af den ulovlige adfærd (se min gennemgang i mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, punkt 103 ff.).

53 — Som jeg har anført i ovenstående, følger grovheden af den begåede overtrædelse, som kriterium for fastsættelse af bødens størrelse, af en lang række forhold (jf. kendelsen i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 49). I visse tilfælde kan bedømmelsen af overtrædelsens karakter af at være »forsætlig« anses for ét af de forhold, der skal tages i betragtning.

IV — Forslag til afgørelse

88. Jeg skal herefter foreslå Domstolen

1) i det hele at forkaste den af Montecatini SpA iværksatte appel

2) at afvise begæringen om intervention

3) at pålægge intervenienten at bære sine egne omkostninger

4) at dømme appellanten til at betale appelsagens omkostninger.