FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 18. maj 2000 *

1. Ved appelskrift indleveret den 9. juli 1998 har selskabet NV Koninklijke KNP BT (herefter »KNP«) iværksat appel af dom afsagt den 14. maj 1998 af Retten i Første Instans i sagen KNP BT mod Kommissionen [1] (herefter »den appellerede dom«).

2. Ved denne dom gav Retten delvis KNP medhold i den af selskabet anlagte sag til prøvelse af Kommissionens beslutning 94/601/EF af 13. juli 1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/C/33.833 — Karton) [2] (herefter »beslutningen«), hvorved Kommissionen havde pålagt 19 producenter, der leverer karton inden for Fællesskabet, bøder for overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), idet den nedsatte den bøde, der var pålagt KNP, fra 3 000 000 ECU til 2 700 000 ECU, men i øvrigt frifandt Kommissionen.

3. Under sagen for Retten nedlagde KNP påstand om, at beslutningen helt eller delvis blev annulleret, om at bøden blev annulleret eller nedsat, og om at der blev truffet de foranstaltninger, som Retten fandt nødvendige.

4. For en fuldstændig redegørelse for KNP's argumenter mod beslutningen og grundene til, at Retten fandt, at disse argumenter kun delvis kunne tiltrædes, henvises der til den appellerede dom.

5. I appelsagen har KNP nedlagt følgende påstande:

1) Den appellerede dom ophæves.

2) Beslutningen annulleres, og den bøde, der er pålagt appellanten, ophæves eller nedsættes, i overensstemmelse med selskabets stævning af 7. oktober 1994, subsidiært hjemvises sagen til Retten til afgørelse af spørgsmålet om (delvis) annullation af beslutningen.

* — Originalsprog: fransk.

1 — Sag T-309/94, Sml. II, s. 1007.

2 — EFT L 243, s. 1.

3) Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne for Retten og Domstolen.

6. Kommissionen, der er indstævnt i appelsagen og var sagsøgt i første instans, har for Domstolen nedlagt følgende påstande:

1) Appellen forkastes.

2) Appellanten tilpligtes at betale appelsagens omkostninger.

7. KNP har til støtte for sine påstande fremført fire anbringender, nemlig

— et anbringende, der betegnes som principalt, om, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til udmålingen af appellantens bøde

— et andet anbringende vedrørende det forhold, at der ikke ved bødeudmålingen blev taget hensyn til, at appellanten forlod kartellet fra slutningen af 1989, eller i det mindste til selskabets marginale deltagelse i kartellet fra 1990

— et tredje anbringende vedrørende det forhold, at der ved fastsættelsen af den omsætning, der dannede grundlag for bødeudmålingen, blev taget hensyn til det interne salg inden for koncernen bestående af appellanten og dets datterselskaber, og

— et fjerde anbringende vedrørende det forhold, at overtrædelsen for så vidt angår Badische Kartonfabrik (herefter »Badische«), en af virksomhederne inden for koncernen, blev anset for påbegyndt fra midten af 1986.

8. Med henblik på at undgå unødvendige gentagelser vil jeg redegøre for detaljerne i disse anbringender, efterhånden som jeg behandler dem.

Det første anbringende om, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet med hensyn til bødeudmålingen

9. Appellanten gør gældende, at Retten burde have annulleret beslutningen på grund af dens helt utilstrækkelige begrundelse med hensyn til bødeudmålingen.

10. Ifølge selskabet kan man ikke finde nogen som helst fremstilling af den metode, Kommissionen benyttede til at fastsætte en

bøde, der stod i forhold til omsætningen i de forskellige virksomheder, som KNP blev anset for ansvarlig for, og til varigheden og intensiteten af hver enkelt af disse virksomheders deltagelse i overtrædelsen.

11. Da denne kritik er parallel med den, der er fremført af appellanten Mo och Domsjö AB i sag C-283/89 P, tillader jeg mig at henvise til mit forslag til afgørelse i den sag, som også fremsættes i dag, for en redegørelse for grundene til, at dette anbringende bør forkastes.

Det andet anbringende vedrørende det forhold, at der ved bødeudmålingen blev taget hensyn til, at KNP var involveret i kartellet efter 1989

12. Appellanten gør gældende, at Retten »i sin dom burde have behandlet selskabets argument om, at Kommissionen fejlagtigt pålagde det en bøde for perioden efter slutningen af 1989, eller subsidiært kun burde have pålagt det en meget lille bøde i betragtning af selskabets marginale deltagelse i kartellet«.

13. Selskabet hævder således, at der ikke er taget stilling til et af dets argumenter i den appellerede dom. Dette er imidlertid klart forkert, da det pågældende argument netop prøves og forkastes i dommens præmis 55-59.

14. Det må således konstateres, at den pågældende kritik er uberettiget, i det omfang den går ud på, at Retten undlod at tage stilling. Men måske skal den forstås på en anden måde, nemlig således at appellanten ikke kritiserer Retten for ikke at have taget stilling, men for ikke at have tiltrådt det af selskabet fremførte argument.

15. Hvis KNP's kritik skal forstås på den måde, må den imidlertid — som anført af Kommissionen — afvises, da den ikke støttes af en begrundet kritik af Rettens ræsonnement, idet selskabet kun herved havde kunnet undgå at blive mødt med den indvending, at der blot er tale om en ren og skær gentagelse af selskabets argumentation for Retten.

16. Stadig inden for rammerne af samme anbringende kritiserer appellanten det forhold, at Retten for så vidt angår perioden efter slutningen af 1989, da den ændrede størrelsen af den af Kommissionen pålagte bøde, anvendte en sats på 7,5% af virksomhedens omsætning, hvilket ikke er passende under hensyn til dens rent marginale deltagelse i kartellet, som Kommissionen selv anerkender i beslutningen.

17. Som påpeget af Kommissionen, kan en sådan kritik ikke tiltrædes inden for rammerne af en appelsag, idet appellanten hermed opfordrer Domstolen til at underkende Rettens udøvelse af sin fulde prøvel-

sesret, uden at det på nogen måde angives, hvilke *retlige* grunde der måtte være herfor.

18. Det forhold, at appellanten ikke er enig i en vurdering, som Retten har foretaget med hensyn til bødens passende størrelse, udgør ikke i sig selv et appelanbringende.

19. Jeg foreslår på baggrund af denne konstatering, at det andet anbringende enten delvis forkastes og delvis afvises eller afvises i det hele.

Det tredje anbringende vedrørende det forhold, at der ved bødeudmålingen blev taget hensyn til den del af omsætningen, der svarede til det interne salg inden for koncernen

20. Appellanten gør gældende, at Retten fejlagtigt og i strid med fællesskabsretten i den appellerede doms præmis 112 bemærker, at det for så vidt angår det interne salg af karton inden for koncernen »må [...] konstateres, at sagsøgeren ikke har ført nogen form bevis for, at Kommissionen burde have undladt at tage hensyn til dette salg ved bødeudmålingen«.

21. Det fremgår af KNP's udredninger i forbindelse med dette anbringende, at selskabet i realiteten kritiserer Retten på flere forskellige punkter.

22. Appellanten mener for det første, at Retten med urette bemærkede, at selskabet ikke havde ført »nogen form« for bevis, selv om det fremgår af selskabets advokats notater, at det under retsmødet gjorde gældende, at de interne omsætninger er uden betydning.

23. Selskabet finder endvidere, at den ovenfor citerede formulering, hvorved Retten forkaster selskabets argumentation, giver grundlag for at antage, at Retten har tilsidesat begrundelsespligten på dette punkt.

24. Selskabet gør endelig gældende, at det forhold, at der tages hensyn til det interne salg ved fastsættelsen af den omsætning, der danner grundlag for bødeudmålingen, udgør en tilsidesættelse af »visse generelle retlige principper, bl.a. ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet«, og af »EF-traktatens artikel 190 og artikel 15 i forordning nr. 17«.

25. Det første af disse kritikpunkter er ikke alene alvorligt, men rejser efter min opfattelse et meget delikat problem under hensyn til de betingelser, hvorunder de forskel-

lige selskaber, som beslutningen var rettet til, kunne gøre deres rettigheder gældende ved Retten.

26. Jeg skal her blot erindre om, at beslutningen med hensyn til bødeudmålingen kun indeholder en kortfattet, om end tilstrækkelig begrundelse, og at Kommissionen først under retsforhandlingerne for Retten som svar på et spørgsmål fra denne nævnte en række faktorer, som den havde taget hensyn til i forbindelse med bødeudmålingen.

27. De selskaber, der var blevet pålagt en bøde, kunne således først under den mundtlige forhandling fremkomme med deres indvendinger på dette punkt.

28. Det er derfor ikke muligt efter en undersøgelse af KNP's stævning og replik for Retten at fastslå, at bemærkningen i den appellerede doms præmis 112 er fuldstændig berettiget.

29. Hvilken betragtning kan da danne grundlag for afgørelsen af, om KNP's kritik er berettiget?

30. Det første sikre element er, at Badische under den administrative procedure, da selskabet imødekom en anmodning fra Kommissionen om at få oplyst selskabets omsætning, fremlagde en tabel, som Kommissionen har vedlagt som bilag til svarskriftet i nærværende sag, og hvori der sondres mellem den samlede omsætning og den omsætning, der blev opnået med virksomheder uden for koncernen, idet det gøres gældende: »Hvad angår de mængder, der internt skal forarbejdes til færdige produkter, skal det bemærkes, at de hverken var eller er disponible på kartonmarkedet. Man kan derfor ikke tage hensyn hertil ved fastlæggelsen af vores virksomheds markedsandele.«

31. For det andet er det sikkert, at intet i beslutningen gav KNP mulighed for at vide, om dette synspunkt var blevet accepteret af Kommissionen.

32. For det tredje står det fast, at KNP, selv efter at selskabet havde fået de oplysninger, Kommissionen fremkom med på Rettens begæring, ikke kunne opnå vished på det pågældende punkt, da Kommissionen først under retsmødet tilkendegav, at den for KNP's vedkommende ikke havde valgt omsætningen i 1990 ligesom for de øvrige virksomheder, der blev pålagt bøder, men omsætningen i 1989 af nogle grunde, som den forklarede, og som ikke overbeviste Retten.

33. Appellanten kunne således først under den mundtlige forhandling konstatere, at det var Badische's samlede omsætning, der var taget hensyn til.

34. Under disse betingelser var det med sikkerhed ikke let for appellanten at improvisere et mundtligt indlæg ad hoc, efter at sandheden var kommet frem. Fremkom selskabet ikke desto mindre med en argumentation, som det havde ret til at forvente, at Retten ville tage hensyn til, det være sig for at tiltræde den eller for at forkaste den?

35. Det er sikkert, at selskabet rejste spørgsmålet, eftersom Retten selv i den appellerede doms præmis 98 bemærkede, at KNP havde hævdet, at Kommissionen »med urette [tog] hensyn til det interne salg af karton inden for koncernen«.

36. Spørgsmålet er således alene, om KNP blot fremkom med et postulat, eller om selskabet reelt argumenterede. I førstnævnte tilfælde var Retten berettiget til at fastslå, at »sagsøgeren ikke har ført nogen form for bevis for, at Kommissionen burde have undladt at tage hensyn til dette salg ved bødeudmålingen«, selv om det efter min opfattelse ikke var beviser, selskabet skulle være fremkommet med, eftersom inddelingen i internt salg og eksternt salg var blevet meddelt under den administrative procedure, men derimod *retlige* grunde. I sidstnævnte tilfælde ville det første og det andet kritikpunkt under dette tredje anbringende skulle tiltrædes, og en ophævelse af Rettens dom kunne komme på tale.

37. Jeg tenderer mod at mene, at selskabet ikke reelt argumenterede, for det er svært at se, hvorfor Retten, hvis der var blevet fremført en argumentation, skulle have forsømt at tilbagevise den, hvilket den ikke ville have haft svært ved, eftersom den gjorde det i sin dom af samme dag i sagen Europa Carton mod Kommissionen [3], hvor sagsøgeren også anfægtede det forhold, at der blev taget hensyn til det interne salg.

38. Jeg kan imidlertid ikke hævde at have opnået vished, selv om Kommissionen har tilkendegivet, at ud fra dens befuldmægtigedes hukommelse »forklarede sagsøgerens advokat på ingen måde, *hvorfor* dette salg til et søsterselskab skulle trækkes fra«.

39. I en sådan situation synes jeg, at tvivlen bør komme KNP til gode, især hvis man tager i betragtning, at selskabet som nævnt var blevet stillet i en alt andet end ideel situation for så vidt angår mulighederne for at fremføre sine argumenter. Men inden jeg foreslår, at Rettens dom ophæves, skal jeg undersøge, om dette er begrundet, eftersom Domstolen har fastslået, at »selv om præmisserne til en dom afsagt af Retten er udtryk for en fejlagtig anvendelse af fællesskabsretten, må appellen forkastes, hvis det fremgår, at dommens konklusion er berettiget af andre grunde« [4].

40. Jeg mener derfor, at jeg bør undersøge det tredje kritikpunkt, som appellanten har fremført, og som vedrører realiteten, dvs.

3 — Dom af 14.5.1998, sag T-304/94, Sml. II, s. 869, præmis 120-131.

4 — Dom af 9.6.1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen, Sml. I, s. 3755, præmis 28.

fastlæggelsen af den omsætning, der blev lagt til grund ved bødeudmålingen.

41. Jeg finder imidlertid, at Retten med rette undlod at kritisere det forhold, at Kommissionen havde baseret sig på Badische's samlede omsætning inden for kartonsektoren.

42. Retten udtalte nemlig følgende i dommen i sagen Europa Carton mod Kommissionen:

»Hvis der ikke blev taget hensyn til værdien af de interne kartonleverancer [...] ville de vertikalt integrerede selskaber nødvendigvis blive begunstiget på uberettiget vis.

Der ville i så fald ikke blive taget hensyn til den fordel, der blev draget af kartellet, og den pågældende virksomhed ville dermed ikke blive pålagt en sanktion, der står i forhold til dens betydning på markedet for de af overtrædelsen omfattede produkter.«

43. Jeg finder derfor, at det tredje anbringende bør forkastes.

Det fjerde anbringende vedrørende fastsættelsen af begyndelsestidspunktet for overtrædelsen for et af selskaberne i koncernen

44. Appellanten gør gældende, at Kommissionen ved i forbindelse med bødeudmålingen at gøre selskabet ansvarligt for Badische's retsstridige handlinger fra midten af 1986, selv om appellanten først erhvervede dette selskab den 1. januar 1987, tilsidesatte ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet, EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF) og artikel 15 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [5], og at Retten ved at billige denne fremgangsmåde uden at give nogen som helst forklaring herpå, selv om appellanten havde anfægtet den, selv tilsidesatte fællesskabsretten og navnlig begrundelsespligten.

45. Ligesom det var tilfældet for så vidt angår det foregående anbringende, gør Kommissionen også her indsigelse mod appellantens påstande. Den gør gældende, at den ikke har fundet »antydningen af et sådant anbringende eller argument vedrørende bødeudmålingen, hverken i stævningen i første instans eller i replikken. Kommissionens befuldmægtigede har heller ingen erindring om, at spørgsmålet blev rejst under retsmødet«. Kommissionen finder således, at anbringendet bør afvises.

5 — EFT 1959-1962, s. 81.

46. Før det undersøges, om dette er tilfældet, skal det fastslås, at den appellerede dom faktisk, som anført af KNP, på intet tidspunkt beskæftiger sig med spørgsmålet om, fra hvilket tidspunkt KNP kunne gøres ansvarlig for Badische's deltagelse i kartellet, selv om spørgsmålet om afslutningen på Badische's deltagelse i kartellet undersøges i dommens præmis 55-60.

47. Er denne tavshed blot et udtryk for, at spørgsmålet aldrig blev rejst af KNP? Hvis KNP forklarede, at selskabet først henledte Rettens opmærksomhed på dette kritisable aspekt af beslutningen under retsmødet, ville vi stå over for det samme dilemma som i forbindelse med det tredje anbringende, men dette er — heldigvis, tør jeg godt sige — ikke tilfældet.

48. Man behøver nemlig blot at kaste et blik på KNP's skriftlige indlæg for Retten for at kunne konstatere, at selskabet, selv om det ikke vidste i detaljer, hvordan bøden var beregnet, på baggrund af beslutningens betragtning 149, hvori det hedder, at »KNP var endvidere på samtlige væsentlige tidspunkter ejer (95%) af den tyske kartonproducent Herzberger Papierfabrik, der omfattede Badische Kartonfabrik«, gjorde gældende, at Badische først var blevet en del af koncernen fra den 1. januar 1987, og anmodede Retten om at drage konsekvenserne heraf.

49. Selskabets argumentation i så henseende står i punkt 7, 8, 12, 13 og 14 i stævningen, mens der i replikkens punkt 7 erindres om datoen for erhvervelsen af Badische.

50. Kommissionen hævder derfor med urette, at KNP med sit fjerde anbringende kritiserer Retten for ikke at have taget stilling til et argument, som faktisk ikke var blevet fremført for Retten. Det fjerde anbringende bør derfor antages til realitetsbehandling.

51. Men kan det føre til, at den appellerede dom bør ophæves?

52. I sin stillingtagen til anbringendet udtrykker Kommissionen sig således: »Kommissionen skal endnu en gang, helt subsidiært, erindre om, at Retten i den appellerede dom fastsatte bøden til 2 700 000 ECU under udøvelse af sin fulde prøvelsesret (præmis 114). Da Domstolen ikke har mulighed for at få direkte kendskab til de faktiske omstændigheder [...] kan

den ikke udøve en sådan fuld prøvelsesret under en appelsag.«

53. Disse udtalelser synes at bero på en beklagelig misforståelse. Det forhold, at Retten har benyttet sig af sin fulde prøvelsesret til at fastsætte bøden, kan på ingen måde betyde, at denne fastsættelse ikke kan ophæves af Domstolen i forbindelse med appelsagen.

54. Den fulde prøvelsesret har nemlig intet med vilkårlighed at gøre. Retten kan ganske vist frit vurdere, hvor stor bøden skal være, men den skal foretage denne vurdering under regulære betingelser og navnlig på grundlag af rigtige oplysninger.

55. Dette fremgår meget klart af dommen i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen [6], hvori det hedder:

»Hvad angår påstanden om, at bøden er urimeligt stor, bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten (dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 34). Derimod er Domstolen kompetent til at undersøge, om Retten i tilstrækkelig grad har taget stilling til alle de argumenter, som appellanten har fremført til støtte for sin påstand om ophævelse eller nedsættelse af bøden.

I så henseende bemærkes for det første (jf. kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611) dels, at artikel 15, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 17 fastsætter de betingelser, som skal være opfyldt, for at Kommissionen kan pålægge bøder (betingelser for bødepålæg), hvoraf en af betingelserne er, at overtrædelsen skal være begået forsætligt eller uagtsomt. Dels indeholder nævnte bestemmelses andet afsnit en regel om fastsættelse af bødens størrelse, som afhænger af overtrædelsens grovhed og varighed.«

56. Det er i det foreliggende tilfælde klart, at Retten under udøvelse af sin fulde prøvelsesret fandt, at det var korrekt at holde KNP ansvarlig for Badische's adfærd fra midten af 1986. Man behøver nemlig blot at kaste et blik på den appellerede doms

6 — Dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Sml. I, s. 4411, præmis 31 og 32.

præmis 96-114 for at konstatere, at Retten så helt bort fra de indvendinger, KNP støttede på erhvervelsen af Badische den 1. januar 1987, og på intet tidspunkt ville sætte spørgsmålstegn ved rigtigheden af Kommissionens påstand om, at appellanten skulle bære ansvaret for Badische's retsstridige adfærd for så vidt angår 60/60 af overtrædelsens varighed, dvs. fra midten af 1986 til april 1991.

57. En sådan udøvelse af den fulde prøvelsesret er en klar kompetenceoverskridelse, for et skøn kan kun udøves lovligt under hensyntagen til rigtige faktiske oplysninger. Jeg kan derfor kun foreslå Domstolen at ophæve den appellerede dom, for så vidt som KNP's bøde heri fastsættes til 2 700 000 ECU, idet selskabet holdes ansvarligt for den af Badische begåede overtrædelse fra midten af 1986.

58. Denne ophævelse bør dog ikke efter min mening ledsages af en hjemvisning af sagen til Retten. Det er nemlig med henblik på at drage konsekvenserne heraf ikke nødvendigt at undersøge faktiske forhold og at give parterne mulighed for at fremføre deres argumenter herom, eftersom der ikke sættes spørgsmålstegn ved rigtigheden af Rettens bemærkninger for så vidt angår det generelle bødeniveau.

59. Det er tilstrækkeligt at drage konsekvenserne af, at Retten for så vidt angår Badische lagde en for lang overtrædelsesperiode til grund, og at nedsætte bøden i forhold hertil.

60. Jeg foreslår således, at Domstolen anser sagen for moden til påkendelse, selv udøver den fulde prøvelsesret, som Fællesskabets retsinstanser har i henhold til forordning nr. 17, og under udøvelse heraf nedsætter KNP's bøde til 2 600 000 EUR.

Sagens omkostninger

61. Det er klart, at ophævelsen af den appellerede dom, også selv om den kun vedrører et enkelt punkt, bør få betydning med hensyn til sagsomkostningerne. Retten bestemte i sin dom, at appellanten skulle bære sine egne omkostninger og halvdelen af Kommissionens, mens Kommissionen skulle bære halvdelen af sine egne omkostninger.

62. Jeg foreslår, at denne fordeling ændres, således at appellanten ud over sine egne omkostninger kun bærer 2/5 af Kommissionens omkostninger. For så vidt angår omkostningerne i forbindelse med appelsagen finder jeg i betragtning af, at appellanten har tabt sagen på de fleste punkter, at det er passende, at selskabet bærer sine egne omkostninger og betaler 2/3 af Kommissionens omkostninger.

Forslag til afgørelse

63. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»— Den af Retten i Første Instans den 14. maj 1998 afsagte dom i sagen KNP BT mod Kommissionen (sag T-309/94) ophæves, for så vidt som den bøde, der er pålagt appellanten, fastsættes til 2 700 000 ECU, og for så vidt som det bestemmes, at appellanten bærer sine egne omkostninger og halvdelen af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger, og at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer halvdelen af sine egne omkostninger.

— Bøden fastsættes til 2 600 000 EUR.

— Appellanten bærer for så vidt angår sagen for Retten, ud over sine egne omkostninger, 2/5 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger, og for så vidt angår sagen for Domstolen, ud over sine egne omkostninger, 2/3 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger.

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber bærer for så vidt angår sagen for Retten 3/5 af sine egne omkostninger og for så vidt angår sagen for Domstolen 1/3 af sine egne omkostninger.

— I øvrigt forkastes appellen.«