

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

16. marts 2000 *

I de forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P,

Compagnie maritime belge transports SA (sag C-395/96 P), Antwerpen (Belgien),

Compagnie maritime belge SA (sag C-395/96 P), Antwerpen,

og

Dafra-Lines A/S (sag C-396/96 P), København,

ved advokaterne M. og D. Waelbroeck, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat E. Arendt, 34, rue Philippe II,

appellanter,

angående appel af dom afsagt den 8. oktober 1996 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Tredje Udvidede Afdeling) i de forenede sager

* Processprog: engelsk.

T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 1201), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af dommen,

de andre parter i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Lyal, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af barrister J. Flynn, og med valgt adresse i Luxembourg hos C. Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt i første instans,

Grimaldi, Palermo (Italien),

og

Cobelfret, Antwerpen,

ved solicitor M. Clough og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat A. May, 31, Grand-rue,

intervenienter i første instans,

Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co., Hamburg (Tyskland),

Nedlloyd Lijnen BV, Rotterdam (Nederlandene),

sagsøgere i første instans,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, D.A.O. Edward (refererende dommer), og dommerne J.C. Moitinho de Almeida, L. Sevón, C. Gulmann og P. Jann,

generaladvokat: N. Fennelly

justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 14. maj 1998,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. oktober 1998,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved appelskrifter indleveret til Domstolens Justitskontor den 10. december 1996 har Compagnie maritime belge SA (herefter »CMB«) og Compagnie maritime belge transports SA (herefter »CMBT«) (sag C-395/96 P) samt Dafra-Lines A/S (herefter »Dafra«) (sag C-396/96 P) i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af dom afsagt af Retten i Første Instans den 8. oktober 1996 i de forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 1201, herefter »den appellerede dom«), hvorved Kommissionen blev frifundet for appellanternes påstande om annullation af Kommissionens beslutning 93/82/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) og EØF-traktatens artikel 86 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal) (EFT 1993 L 34, s. 20, herefter »den anfægtede beslutning«).
- 2 CMB er holdingselskab i CMB-koncernen, der bl.a. driver rederivirksomhed og virksomhed i forbindelse med operation af skibe. Den 7. maj 1991 blev aktiviteterne med linjetransport og kombineret transport udskilt i en særskilt juridisk enhed, CMBT, med virkning fra den 1. januar 1991.
- 3 CMB er medlem af Associated Central West Africa Lines (»Cewal«), der er en linjekonference med sekretariat i Antwerpen. Konferencen omfatter rederier, der driver linjefart mellem havne i Zaire (nu Den Demokratiske Republik Congo) og Angola og havne på nordsødkysten, bortset fra Det Forenede Kongerige.

- 4 Dafra er medlem af Cewal og har siden den 1. januar 1988 ligeledes tilhørt CMB-koncernen.

- 5 Det anføres i den anfægtede beslutning:

»*Artikel 1*

Cewal-, Cowac- og Ukwal-konferencerne og deres medlemmer, der er opført på listen i bilag I, har overtrådt bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, ved at have foretaget en geografisk opdeling af markedet for trafikken mellem Nordeuropa og Vestafrika gennem en gensidig forpligtelse til at afstå fra at konkurrere med de andre konferencer som uafhængige rederier ('outsidere') inden for disse områder.

Artikel 2

Med det formål at eliminere den principale udenforstående konkurrent i den pågældende trafik har Cewal's medlemmer misbrugt deres kollektive dominerende stilling

— ved at have deltaget i iværksættelsen af samarbejdsaftalen med Ogefrem og gentagne gange at have krævet denne aftale strengt overholdt

- ved at ændre [deres] takster til at afvige fra de gældende takster, med henblik på at tilbyde takster, der var identiske med eller lavere end taksterne fra den principale udenforstående konkurrent på samme afgangsdag eller tilstødende dage (en praksis benævnt 'fighting ships'), og

- ved at have udarbejdet loyalitetsaftaler, som blev gennemtvunget 100 % (herunder for varer, solgt fob), og som var mere vidtgående end i artikel 5, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4056/86, med anvendelse af den i nærværende beslutning omhandlede 'sortlistning' af illoyale afskibere.

Artikel 3

De virksomheder, denne beslutning er rettet til, bringer den i artikel 1 nævnte overtrædelse til ophør.

Medlemmerne af Cewal bringer yderligere de i artikel 2 nævnte overtrædelser til ophør.

Artikel 4

De virksomheder, denne beslutning er rettet til, afstår fremover fra enhver aftale eller samordnet praksis med samme eller tilsvarende formål eller virkning som de i artikel 1 omhandlede aftaler og former for praksis.

Artikel 5

Det henstilles til Cewal's medlemmer at bringe bestemmelserne i deres loyalitetsaftaler i overensstemmelse med artikel 5, nr. 2, i forordning (EØF) nr. 4056/86.

Artikel 6

De virksomheder, der er medlemmer af Cewal, med undtagelse af rederierne Compagnie maritime zairoise (CMZ), Angonave, Portline og Scandinavian West Africa Lines (SWAL), pålægges bøder for de overtrædelser, der er omhandlet i artikel 2.

Disse bøder fastsættes til følgende beløb:

— Compagnie maritime belge: 9,6 mio. (ni millioner seks hundrede tusinde) ECU

- Dafra Line: 200 000 (to hundrede tusinde) ECU

- Nedlloyd Lijnen BV: 100 000 (et hundrede tusinde) ECU

- Deutsche Afrika Linien-Woermann Linie: 200 000 (to hundrede tusinde) ECU.

Artikel 7

De i artikel [6] fastsatte bøder indbetales senest tre måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning i ecu på EF-Kommissionens konto nr. 310-0933000-43 i Banque Bruxelles-Lambert, Agence Européenne, Rond-point Schuman 5, B-1040 Bruxelles.

Efter udløbet af ovennævnte frist pålægges der automatisk renter efter den sats, Den Europæiske Fond for Monetært Samarbejde anvender til sine ecu-transaktioner den første hverdag i den måned, nærværende beslutning er vedtaget, med tillæg af tre og et halvt procentpoints, dvs. 13,25%.

Artikel 8

Denne beslutning er rettet til linjekonferencerne og deres medlemmer, der er angivet på listen i bilag I.«

- 6 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 19. marts 1993 anlagde CMB og CMBT sag med påstand principalt om annullation af den anfægtede beslutning. Sagen blev registreret under nr. T-24/93.

- 7 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 19. og den 22. marts 1993 anlagde Dafra, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. og Nedlloyd Lijnen BV sag. Sagerne, hvorunder der principalt blev nedlagt påstand om annullation af den anfægtede beslutning, blev registreret under numrene T-25/93, T-26/93 og T-28/93.

- 8 Sagsøgerne i sagerne ved Retten påberåbte sig fire anbringender til støtte for annullationspåstandene:

— I sag T-26/93 påberåbte sagsøgeren sig, at der forelå sagsbehandlingsfejl.

— I sagerne T-24/93, T-25/93 og T-28/93 gjorde sagsøgerne gældende, at den anfægtede praksis ikke påvirkede samhandelen i Fællesskabet, og i sagerne

T-24/93 og T-25/93 at de relevante markeder ikke var en del af fællesmarkedet.

— I sagerne T-24/93, T-25/93 og T-26/93 bestred sagsøgerne, at den anfægtede praksis havde til formål eller til følge at fordreje konkurrencen som omhandlet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF).

— Sagsøgerne har i alle sagerne gjort gældende, at den anfægtede praksis ikke var udtryk for misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i EØF-traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF).

9 Retten nedsatte bøderne, men frifandt Kommissionen for påstandene om annullation af den anfægtede beslutning.

10 Kun Dafra, CMB og CMBT har iværksat appel til prøvelse af den appellerede dom.

11 Under appellen har Dafra, CMB og CMBT fremført tre argumenter med henblik på at anfægte den appellerede dom:

— Appellanterne har bestridt, at Cewal's medlemmer som antaget skulle have en kollektiv dominerende stilling.

— Appellanterne har bestridt rigtigheden af de tre konklusioner, Retten har draget med henblik på at fastslå et misbrug af dominerende stilling,

vedrørende aftalen med det zairiske Office de gestion de fret maritime (herefter »Ogefrem«), vedrørende »fighting ships« og vedrørende loyalitetsaftaler.

— Appellanterne har anfægtet de fastsatte bøder.

Anbringendet vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en kollektiv dominerende stilling

Appellanternes argumenter

- 12 Med det første anbringende har appellanterne bestridt, at Retten på grundlag af undersøgelsen i præmis 59-68 i den appellerede dom af, om der forelå en kollektiv dominerende stilling, med føje kunne fastslå, at Kommissionen i den anfægtede beslutning havde ført tilstrækkeligt bevis for, at den stilling, Cewal's medlemmer indtog på det relevante marked, måtte vurderes samlet. Appellanterne har i denne forbindelse fremført tre argumenter.
- 13 Appellanternes første argument går ud på, at Retten har begået en retlig fejl ved til støtte for sin argumentation at henvise til begrundelser, som ikke fremgik af den anfægtede beslutning.
- 14 Ifølge appellanterne udtalte Kommissionen i 61. betragtning til den anfægtede beslutning, at Cewal havde en dominerende stilling, og at »denne dominerende stilling indtages af Cewal's medlemmer i forening, idet de er bundet af konferenceaftalen, der har etableret meget snævre økonomiske bånd mellem dem indbyrdes« (jf. ligeledes 49. betragtning til den anfægtede beslutning). Det fremgår af præmis 67 i den appellerede dom, at Retten fandt, at der ud over

aftalerne mellem rederierne om oprettelse af Cewal var et så tæt samarbejde mellem dem, at de kunne føre samme markedspolitiske adfærd. Appellanterne har understreget, at Retten ikke har fastlagt karakteren at dette samarbejde.

- 15 Det er appellanternes opfattelse, at det ikke fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen fandt, at der ud over aftalen om linjekonferencen var et sådant økonomisk samarbejde mellem Cewal's medlemmer, at Cewal's stilling på markedet måtte vurderes samlet. Dette samarbejde skulle have været klart omtalt i den anfægtede beslutning, og Retten kan ikke uddybe Kommissionens argumentation ved af den anfægtede beslutning at uddrage enkeltstående forhold, der taler til støtte for en samlet vurdering. Heraf følger, at der ikke i den anfægtede beslutning er grundlag for Rettens begrundelse på dette punkt.
- 16 Med det andet argument har appellanterne gjort gældende, at Retten med henblik på at påvise det økonomiske samarbejde, som er en nødvendig forudsætning for anvendelsen af begrebet kollektiv dominerende stilling, i virkeligheden har »genbrugt« en samordnet praksis efter traktatens artikel 85 mellem Cewal's medlemmer. Ifølge appellanterne er denne indfaldsvinkel i strid med Domstolens praksis, hvorefter det er en betingelse for, at der kan fastslås en kollektiv dominerende stilling, at gruppen af virksomheder har et samarbejde af en anden karakter end blot en samordnet praksis eller en aftale efter traktatens artikel 85.
- 17 Appellanterne har i denne forbindelse bl.a. henvist til punkt 65 i generaladvokatens forslag til afgørelse i sagerne DIP m.fl. (dom af 17.10.1995, forenede sager C-140/94, C-141/94 og C-142/94, Sml. I, s. 3527), hvori generaladvokaten udtalte, at det ikke er tilstrækkeligt til at fastslå et sådant tæt økonomisk samarbejde at henvise til, at de pågældende virksomheder deltager i, hvad der i alt væsentligt er en samordnet praksis, der henhører under traktatens artikel 85.

- 18 I præmis 65 i den appellerede dom har Retten ifølge appellanterne netop med henblik på at konkludere, at Cewal-medlemmernes stilling på markedet skulle vurderes samlet, dels henvist til de forskellige komitéer, som Cewal's medlemmer indgik i, dels til, at disse medlemmer ved aftaler indgået i komitéer enedes om at følge en praksis, som Kommissionen anså for at udgøre misbrug.
- 19 Retten har imidlertid ikke henvist til noget forhold, der kan forklare, hvorfor oprettelsen af disse komitéer må anses for at indebære et sådant økonomisk samarbejde, som forelå i Rettens dom af 10. marts 1992 (forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403, præmis 358), og hvoraf fremgår, at der mellem de pågældende virksomheder skal være et tilstrækkeligt tæt økonomisk samarbejde.
- 20 Appellanternes tredje argument går ud på, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at den samordnede praksis mellem de rederier, der er medlemmer af Cewal, måtte anses for ulovlig, idet der var tale om misbrug af en kollektiv dominerende stilling.
- 21 Det er appellanternes opfattelse, at en samordnet praksis mellem virksomheder, som eventuelt vil kunne anses for kollektivt dominerende, ikke kan »genbruges« til misbrug af en kollektiv dominerende stilling, men må behandles i henhold til de regler, der gælder for samordnet praksis. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til, at traktatens artikel 86 kun omhandler en ensidig adfærd udvist af virksomheder, som har en dominerende stilling, mens traktatens artikel 85 omhandler samordnet adfærd. Vedrørende dette spørgsmål har appellanterne henvist til dom af 14. juli 1981 (sag 172/80, Züchner, Sml. s. 2021, præmis 10) og af 5. oktober 1988 (sag 247/86, Alsatel, Sml. s. 5987, præmis 20).
- 22 Endvidere fremgår det af dom af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 39), at traktatens artikel 86 kun finder anvendelse på en adfærd udvist af virksomheder, som er besluttet ensidigt,

og ikke en samordnet adfærd mellem uafhængige virksomheder. I øvrigt har Domstolen i dom af 11. april 1989 (sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, præmis 36 ff.) fastslået, at artikel 86 kun undtagelsesvis kan finde anvendelse på en aftale mellem to virksomheder.

- 23 Retten har derfor ifølge appellanterne begået en retlig fejl ved at fastslå, at disse aftaler og/eller denne samordnede praksis kunne anses for at være i strid med traktatens artikel 86, selv om de ikke var udtryk for en ensidig adfærd fra Cewal-medlemmernes side.
- 24 Appellanterne har ligeledes anført, at Retten ikke undersøgte deres anbringende herom, eller at den appellerede dom i hvert fald indeholder modstridende udtalelser herom.
- 25 Det er således usikkert, hvorledes den praksis, som angiveligt er udtryk for misbrug, skal kvalificeres. I præmis 64 i den appellerede dom udtalte Retten således i vendinger, der til en vis grad er selvmodsigende, følgende: »På grund af den tætte forbindelse, der er mellem rederierne i en linjekonference, vil de på det relevante marked i fællesskab kunne gennemføre en praksis på en sådan måde, at den udgør en ensidig adfærd. En sådan adfærd kan være i strid med [traktatens] artikel 86.« Tilsvarende udtalte Retten i præmis 65 i den appellerede dom, at medlemmerne af Cewal havde »en vilje til at fastlægge en fælles markedspolitisk linje for samlet at imødegå en udvikling, som man anså for uheldig, i konkurrencesituationen på det marked, hvor de var aktive«.
- 26 Ifølge appellanterne er en markedspolitisk linje enten samordnet eller også er den ensidig, men den kan ikke samtidig være samordnet og ensidig.

- 27 Det er derfor appellanternes opfattelse, at den appellerede dom må ophæves, fordi begrundelsen er behæftet med mangler.

Domstolens bemærkninger

Argumentet om, at Retten til støtte for sin argumentation har henvist til begrundelser, som ikke fremgik af den anfægtede beslutning

- 28 Det første argument beror på en fejlagtig fortolkning af præmis 64-67 i den appellerede dom.
- 29 I præmis 64 fastslog Retten, at traktatens artikel 86 kunne finde anvendelse på en linjekonferences ensidige adfærd. I præmis 65 udtalte Retten, at når henses til oplysningerne i den anfægtede beslutning, gav den praksis, som blev gjort gældende over for Cewal's medlemmer, sig udslag i en vilje til at fastlægge en fælles markedspolitisk linje for samlet at imødegå en udvikling, som man anså for uheldig, i konkurrencesituationen på det marked, hvor de var aktive. Retten fastslog på denne baggrund i præmis 66, at Kommissionen havde ført tilstrækkeligt bevis for, at den stilling, Cewal's medlemmer indtog på det relevante marked, måtte vurderes samlet.
- 30 I præmis 67 tog Retten stilling til argumentet om, at Kommissionen havde »genbrugt« de faktiske omstændigheder, der udgjorde gerningsindholdet for en overtrædelse af traktatens artikel 85. Formålet med denne præmis var derimod ikke at omtale et andet samarbejde end det, der allerede var fastslået i præmis 65.

31 Det første argument må herefter forkastes.

Argumenterne om et påstået »genbrug« af en samordnet praksis, muligheden af, at samordnet praksis kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling, og begrundelsen i den appellerede dom på dette punkt

32 Det andet og det tredje argument, som skal behandles sammen, vedrører i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen med henblik på at fastslå et misbrug af en dominerende stilling alene kan henvise til faktiske forhold eller situationer, som eventuelt udgør en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis, der henhører under traktatens artikel 85, stk. 1, og dermed er uden retsvirkninger, medmindre der meddeles fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3.

33 Det fremgår af ordlyden af traktatens artikel 85, stk. 1, litra a), b), d) og e), og artikel 86, litra a)-d), at en praksis kan udgøre en overtrædelse af begge bestemmelser. Det kan derfor ikke på forhånd udelukkes, at traktatens artikel 85 og 86 kan anvendes samtidig. Der må imidlertid sondres mellem de formål, der forfølges med disse to bestemmelser.

34 Traktatens artikel 85 finder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der mærkbart kan påvirke handelen mellem medlemsstater, men der tages ikke hensyn til de berørte virksomheders stilling på markedet. Traktatens artikel 86 omfatter derimod en eller flere virksomheders adfærd, for så vidt som denne går ud på at misbruge en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne (jf. dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 30).

- 35 Det fremgår af traktatens artikel 86, at en dominerende stilling kan indtages af flere »virksomheder«. Domstolen har i en række tilfældet fastslået, at begrebet »virksomhed« i kapitlet i traktaten vedrørende konkurrencereglerne forudsætter, at den pågældende enhed er økonomisk uafhængig (jf. bl.a. dom af 25.11.1971, sag 22/71, Béguelin, Sml. 1971, s. 257, org. ref.: Rec. s. 949).
- 36 Heraf følger, at udtrykket »flere virksomheder« i traktatens artikel 86 indebærer, at en eller flere økonomiske enheder, som juridisk er uafhængige af hinanden, kan indtage en dominerende stilling, såfremt de økonomisk set fremtræder eller handler samlet på et givet marked som en kollektiv enhed. Udtrykket »kollektiv dominerende stilling«, som anvendes nedenfor i nærværende dom, skal forstås på denne måde.
- 37 Det forhold, at det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling, er ikke i sig selv ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, men betyder blot, at denne uafhængigt af årsagerne til denne stilling, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 57).
- 38 Dette gælder også for så vidt angår virksomheder, som har en kollektiv dominerende stilling. En konstatering af, at to eller flere virksomheder har en kollektiv dominerende stilling, må som udgangspunkt ske på grundlag af en økonomisk vurdering af de berørte virksomheders stilling på det relevante marked, og først derefter kan der foretages en vurdering af, om virksomhederne har misbrugt deres stilling på markedet.
- 39 Ved en vurdering af, om betingelserne i traktatens artikel 86 er opfyldt, må det derfor undersøges, om de berørte virksomheder sammen udgør en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne på et givet marked. Kun såfremt det er tilfældet, må det dernæst undersøges, om

denne kollektive enhed faktisk har en dominerende stilling, og om denne misbruges.

40 Det bemærkes i denne forbindelse, at Retten i den appellerede dom omhyggeligt har foretaget en særskilt undersøgelse af disse tre forhold, nemlig den kollektive stilling, den dominerende stilling og misbruget af en sådan stilling.

41 Ved afgørelsen af, om der er tale om en kollektiv dominerende stilling, således som dette begreb er fastlagt ovenfor, må der foretages en undersøgelse af det økonomiske samarbejde og de indbyrdes økonomiske relationer mellem de berørte virksomheder (jf. bl.a. dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, præmis 43, og af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 221).

42 I denne forbindelse må det bl.a. undersøges, om der mellem de berørte virksomheder består et sådant økonomisk samarbejde, at de kan handle i fællesskab uafhængigt af deres konkurrenter, deres kunder og forbrugerne (jf. hertil dommen i sagen Michelin mod Kommissionen).

43 Det må fremhæves, at dette ikke vil kunne fastslås, alene fordi der mellem to eller flere virksomheder måtte bestå en aftale, en vedtagelse inden for sammenlutninger af virksomheder eller en samordnet praksis som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

44 Derimod kan en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis (uanset om der er meddelt en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3) utvivlsomt — når den gennemføres — medføre, at de berørte virksomheder er bundet med hensyn til deres adfærd på et givet marked på en sådan måde, at de på markedet

fremtræder som en kollektiv enhed i forhold til deres konkurrenter, deres forretningsforbindelser og forbrugerne.

- 45 Det kan således fremgå af karakteren eller ordlyden af en aftale, af den måde, hvorpå den gennemføres, og dermed af det heraf følgende samarbejde og relationerne mellem virksomhederne, at der findes en kollektiv dominerende stilling. Det er imidlertid ikke en nødvendig forudsætning for at fastslå en kollektiv dominerende stilling, at der foreligger en aftale eller andre retlige forbindelser, men dette vil kunne fastslås på grundlag af andre relationer mellem virksomheder og forudsætter en økonomisk vurdering og en vurdering af strukturen på det relevante marked.
- 46 I henhold til artikel 1, stk. 3, litra b), i Rådets forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22. december 1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 på søtransport (EFT L 378, s. 4) er en linjekonference en »gruppe på to eller flere linjerederier, som driver international linjefart med godsbeholdning i en eller flere bestemte ruter inden for et fastsat geografisk område, og som har en aftale eller ordning, hvorefter virksomheden drives i henhold til ensartede eller fælles fragtrater og andre aftalte vilkår for sådan rutefart«.
- 47 Det fremgår af ottende betragtning til forordningen, at »linjekonferencerne har en stabiliserende rolle, der kan give afskiberne en garanti for pålidelige tjenesteydelser; de bidrager ligeledes til at sikre et tilstrækkeligt stort udbud af regelmæssige og fyldestgørende søtransportydelser, hvor der på rimelig vis tages hensyn til brugernes interesser; disse resultater kan ikke opnås uden det samarbejde, der finder sted mellem rederierne inden for nævnte linjekonferencer vedrørende takster og eventuelt udbud af ledig kapacitet eller fordeling af de godsmængder, der skal transporteres, eller endog af indtægterne; i de fleste tilfælde er konferencerne udsat for en effektiv konkurrence både fra linjerederier, som ikke deltager i konferencerne, og fra tramprederier samt i visse tilfælde fra andre transportformer; desuden udøver flådernes mobilitet, som er kendeteg-

nende for udbudsstrukturen inden for søtransportområdet, et stadigt konkurrencemæssigt pres på konferencerne, som normalt ikke har mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende søtransportydelse.

- 48 Det fremgår af disse bestemmelser, at en linjekonference, der, når den er i overensstemmelse med Rådets definition, er omfattet af gruppefritagelsen i forordning nr. 4056/86, efter sin karakter og ud fra sit formål kan anses for en kollektiv enhed, der fremtræder som sådan på markedet i forhold til såvel brugere som konkurrenter. Det er på denne baggrund naturligt, at Rådet i forordning nr. 4056/86 har fastsat bestemmelser, der er nødvendige for at undgå, at en linjekonference har virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86 (jf. bl.a. forordningens artikel 8).
- 49 Der er ikke herved taget stilling til, om en linjekonference i en given situation har en dominerende stilling på et bestemt marked, og så meget mindre, om den har misbrugt en sådan stilling. Som det fremgår af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4056/86, er det ved dens adfærd, at en linjekonference, som har en dominerende stilling, kan have virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86.
- 50 Det må på grundlag af det anførte vurderes, om der skal gives appellanterne medhold i det andet og det tredje argument.
- 51 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at appellanterne under appellen hverken har anfægtet afgrænsningen af det relevante marked eller de omstændigheder, der er anvendt med henblik på at påvise, at Cewal havde en dominerende stilling på markedet (forudsat, at der er ført bevis for en kollektiv stilling).

- 52 Kommissionen har i den anfægtede beslutnings afsnit II, punkt A, der har overskriften »Anvendelse af traktatens artikel 86 på linjekonferencer«, alene fastslået i 49. betragtning, at artikel 8 i forordning nr. 4056/86 forudsætter muligheden af, at linjekonferencer kan misbruge en dominerende stilling, at Retten havde nævnt linjekonferencer som eksempel på aftaler mellem økonomisk uafhængige enheder, der åbner mulighed for sådanne økonomiske forbindelser, at de pågældende enheder i forening kan komme til at indtage en dominerende stilling i forhold til andre, der opererer på samme marked, og at aftalen mellem Cewal-medlemmerne var en sådan aftale. Ifølge 50. betragtning til beslutningen er den omstændighed, at visse af Cewal's aktiviteter var omfattet af en gruppefritagelse, ikke til hinder for, at artikel 86 bringes i anvendelse på konferencens aktiviteter.
- 53 Retten har ganske vist i præmis 65 i den appellerede dom omtalt en række forhold, som er omtalt i den anfægtede beslutning, men som ikke udtrykkeligt er nævnt i 49. og 50. betragtning til beslutningen.
- 54 Heraf følger imidlertid ikke, at Retten må anses for at have fastslået, at såfremt de specifikke forhold, som den har omtalt i præmis 65 i den appellerede dom, ikke havde foreligget, ville Kommissionen ikke have kunnet fastslå, at Cewal udgjorde en kollektiv enhed, som kunne have en dominerende stilling på det relevante marked. Formålet med den begrundelse, der er indeholdt i dommens præmis 65, er derimod — i besvarelse af appellanternes argumenter — at påvise, at gennemførelsen af Cewal-aftalen medførte, at konferencens medlemmer på markedet fremtrådte som en kollektiv enhed.
- 55 Endvidere bemærkes, at appellanterne hverken har bestridt rigtigheden af de forhold, Retten har nævnt i præmis 65 i den appellerede dom, og som allerede fandtes i den anfægtede beslutning, eller har gjort gældende, at de ikke var i stand til at fremføre deres synspunkt på dette punkt under den administrative procedure.

- 56 Spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens retlige vurdering, således som denne fremgår af 49. og 50. betragtning til den anfægtede beslutning, er korrekt, skal ikke alene vurderes på grundlag af de faktiske omstændigheder og forhold, som udtrykkeligt er nævnt i denne del af en beslutning, men også på grundlag af alle andre ubestridte forhold, som er omtalt i beslutningen.
- 57 Det følger af det anførte, at Retten ikke begik nogen retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen havde ført tilstrækkeligt bevis for, at det på grundlag af Cewal-aftalen, således som denne var blevet gennemført, var muligt at foretage en samlet vurdering af den adfærd, den herved oprettede linjekonferences medlemmer havde udvist.
- 58 Det er således uforholdsmæssigt at tage stilling til, om en linjekonferences medlemmers adfærd altid må vurderes samlet med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 86.
- 59 Herefter må det andet og det tredje argument og dermed det første anbringende forkastes.

Anbringendet vedrørende et påstået misbrug af Cewal's dominerende stilling

- 60 Med det andet anbringende har appellanterne gjort gældende, at ingen af de tre overtrædelser, som både Kommissionen og Retten har fastslået i forhold til dem, kan anses for overtrædelser.

Misbruget vedrørende samarbejdsaftalen («Ogefrem-aftalen»)

Appellanternes argumenter

- 61 Appellanterne har anført, at Retten har tilsidesat deres ret til kontradiktion og en retfærdig rettergang, at der er en selvmodsigelse i begrundelsen i den appellerede dom, og at Retten ikke har nævnt visse af appellanternes argumenter.
- 62 Med hensyn til tilsidesættelsen af retten til kontradiktion og en retfærdig rettergang har appellanterne anført, at Retten har tilsidesat deres rettigheder ved at ændre klagepunktet vedrørende Ogefrem, som er indeholdt i den anfægtede beslutning, til et nyt klagepunkt.
- 63 Ifølge appellanterne påberåbte Kommissionen sig over for dem i 63.-72. og 115. betragtning til den anfægtede beslutning, dels at de ikke havde opsagt Ogefrem-aftalens artikel 1-6, dels at de henledte Ogefrem's opmærksomhed på, at den eneret, de var indrømmet, skulle overholdes. Det er appellanternes opfattelse, at Retten har ændret dette dobbelte klagepunkt til et nyt klagepunkt gående ud på, at de ikke havde anvendt deres vetoet på en rimelig måde.
- 64 Appellanterne har anført, at der er en afgørende forskel mellem at anmode en offentlig myndighed om at handle og udtrykkeligt at nedlægge »veto« over for en handling fra denne myndigheds side, idet vetoet angår en situation, hvor den person, der har denne ret, kan blokere en handling. Appellanterne har aldrig haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til dette nye klagepunkt. Endvidere er der ikke fremført faktiske omstændigheder, der underbygger dette.

- 65 Det er appellanternes opfattelse, at Retten på grund af dette nye klagepunkt har set bort fra, at Kommissionens klagepunkt over for Cewal's medlemmer havde en dobbelt karakter.
- 66 For så vidt angår det første argument, der går ud på, at Cewal aldrig har opsagt Ogefrem-aftalens artikel 1-6, har appellanterne anført, at Retten fastslog, at overtrædelsen ophørte i september 1989. Da aftalen aldrig er blevet opsagt, kan det udledes heraf, at Retten i modsætning til Kommissionen fandt, at aftalen ikke som sådan udgjorde et misbrug, eller at Retten i det mindste ikke undersøgte, om denne del af klagepunktet udgjorde et misbrug. Under alle omstændigheder burde Retten have ophævet bøden for så vidt angår dette misbrug.
- 67 Hvis Retten derimod havde fastslået, at bestemmelserne vedrørende eneretten i sig selv udgjorde et misbrug, finder appellanterne, at den burde have taget stilling til de anbringender, de havde fremført, og hvorefter eneretten var indrømmet dem af Republikken Zaire og derfor var en myndighedsakt.
- 68 Med hensyn til det andet argument vedrørende anmodningerne fra Cewal's medlemmer, som gik ud på, at Ogefrem-aftalen nøje skulle overholdes, har appellanterne anført, at Retten på grund af forskellen mellem at anmode en offentlig myndighed om at handle og udtrykkeligt at nedlægge veto over for en handling fra denne myndigheds side har kunnet se bort fra appellanternes argumenter vedrørende dette klagepunkt.
- 69 Subsidiært har appellanterne anført, at selv om Retten ikke måtte have ændret Kommissionens klagepunkt, skulle den have taget stilling til de anbringender, de havde fremført, og hvorefter denne blotte opfordring til indgriben fra regeringens side ikke kan anses for misbrug.

- 70 Appellanternes andet argument går ud på, at da Retten fandt, at det ikke var gjort gældende som et klagepunkt over for Cewal's medlemmer, at de ikke havde opsagt Ogefrem-aftalen, eller at de havde opfordret en regering til at handle, kunne den ikke uden derved at modsige sig selv fastslå, at Kommissionen med rette havde lagt til grund, at Cewal's medlemmer ved aktivt at deltage i gennemførelsen af aftalen og konsekvent at have krævet aftalen nøje overholdt havde tilsidesat traktatens artikel 86.
- 71 Appellanternes tredje argument går ud på, at det ikke kan anses for misbrug i henhold til traktatens artikel 86, at de ikke gav afkald på at udøve deres eneret.

Domstolens bemærkninger

- 72 Det må først undersøges, om Retten har ændret klagepunktet vedrørende Ogefrem i den anfægtede beslutning til et nyt klagepunkt, idet appellanterne angiveligt ikke havde anvendt deres vetoret på en rimelig måde.
- 73 Det fremgår af den anfægtede beslutnings artikel 2, at Kommissionen fandt, at de virksomheder, som var medlemmer af linjekonferencen Cewal, havde misbrugt deres kollektive dominerende stilling ved at have deltaget i iværksættelsen af Ogefrem-aftalen og konsekvent at have krævet denne aftale nøje overholdt.
- 74 I præmis 109 i den appellerede dom udtalte Retten, at Kommissionen med føje havde lagt til grund, at Cewal's medlemmer havde tilsidesat traktatens artikel 86 ved aktivt at deltage i gennemførelsen af Ogefrem-aftalen og ved konsekvent at

kræve aftalen nøje overholdt med henblik på at fortrænge det eneste uafhængige rederi, som med Ogefrem's accept kunne komme ind på markedet.

- 75 Selv om Retten i præmis 108 i den appellerede dom havde omtalt brugen af vetoretten, kan dette kun være en henvisning til den mulighed, der ved Ogefrem-aftalen var indrømmet Cewal til at nægte at godkende fravigelser af den eneret, der var indrømmet linjekonferencen. Som generaladvokaten har anført i punkt 58 i forslaget til afgørelse, er denne henvisning uden betydning for kvalificeringen af det misbrug, der ifølge såvel Retten som Kommissionen bestod i, at Cewal vedholdende krævede konferencens eneret nøje overholdt.
- 76 Henvisningen til vetoretten har således ikke til formål at beskrive et misbrug, men snarere at imødegå appellanternes argumentation om, at deres adfærd var pålagt dem af de zairiske myndigheder.
- 77 Hvad angår de øvrige argumenter, der er fremført på dette punkt, kunne Retten, da hverken Kommissionen eller Retten fandt, at Ogefrem-aftalen udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86, fastslå, at overtrædelsen ophørte i september 1989, selv om denne aftale stadig var i kraft.
- 78 Retten fandt heller ikke, at den eneret, der var indrømmet ved Ogefrem-aftalen, i sig selv udgjorde et misbrug. Den var derfor ikke forpligtet til at undersøge appellanternes argument om, at indrømmelsen af en sådan eneret var en myndighedsakt.

- 79 Det må herefter undersøges, om Retten burde have undersøgt appellanternes argumenter om, at den blotte opfordring til indgriben fra myndighedernes side ikke kunne anses for misbrug.
- 80 Det fremgår af præmis 104 og 105 i den appellerede dom, at artikel 1, stk. 1, i Ogefrem-aftalen indeholdt bestemmelser om en eneret for Cewal's medlemmer for alt gods, der skulle transporteres inden for konferencens område. Artikel 1, stk. 2, åbnede udtrykkeligt mulighed for, at eneretten med de to parters samtykke kunne fraviges. Ogefrem gav ensidigt tilladelse til et uafhængigt rederi, i begyndelsen svarende til 2% af den samlede trafik til og fra Zaire, men denne sats steg senere. Cewal's medlemmer forsøgte herefter over for Ogefrem at opnå, at Grimaldi og Cobelfret (herefter »G og C«) blev udelukket fra markedet. De gjorde Ogefrem opmærksom på dets forpligtelser og krævede dem nøje overholdt.
- 81 Det må i denne forbindelse dels undersøges, om det forhold, at appellanterne i forbindelse med en aftale, der var indgået med de zairiske myndigheder, krævede denne aftale overholdt, kan sidestilles med en simpel opfordring til handling fra regeringens side. I bekræftende fald må det dernæst undersøges, om en sådan opfordring i sig selv kan udgøre et misbrug.
- 82 Der er ubestrideligt en forskel mellem en anmodning til en offentlig myndighed om at overholde en specifik kontraktlig forpligtelse og en simpel henstilling eller »opfordring« til myndigheden om at handle. I sidstnævnte tilfælde er der således blot tale om et forsøg på at påvirke myndigheden i dens udøvelse af det skøn, den har. En anmodning til myndigheden om at overholde en specifik kontraktlig forpligtelse har til formål at gøre rettigheder gældende, som myndigheden i givet fald er forpligtet til at overholde.

- 83 Heraf følger, at det forhold, at appellanterne krævede Ogefrem-aftalen overholdt, ikke kan anses for en simpel henstilling til de zairiske myndigheder om en handling fra regeringens side. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, om og i hvilket omfang en simpel henstilling til en regering om at handle kan udgøre et misbrug efter traktatens artikel 86.
- 84 Som anført fandt Retten og Kommissionen, at misbruget bestod i, at Cewal vedholdende over for de zairiske myndigheder havde krævet konferencens eneret nøje overholdt.
- 85 Der henvises i denne forbindelse til, at den omstændighed, at der findes en dominerende stilling, betyder, at den eller de dominerende virksomhed(er) uafhængigt af årsagerne til denne stilling, er særlig forpligtet til ikke ved deres adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 57).
- 86 Det er ubestridt, at Cewal forsøgte at gøre en kontraktmæssig eneret, der fremgår af Ogefrem-aftalen, gældende med henblik på at fjerne den eneste konkurrent fra markedet. En sådan adfærd var ikke påkrævet efter aftalen, idet det ifølge artikel 1, stk. 2, udtrykkeligt var forudsat, at eneretten kunne fraviges, således at kravene i traktatens artikel 86 kunne overholdes.
- 87 Heraf følger, at det andet argument må forkastes, og at det tredje argument, hvorefter det var gjort gældende som et klagepunkt over for appellanterne, at de ikke havde givet afkald på deres eneret, er uden betydning for sagernes afgørelse.

- 88 Det fremgår af det anførte, at det første, det andet og det tredje argument, appellanterne har fremført til støtte for deres anbringende vedrørende Ogefrem-aftalen, må forkastes.

*Misbruget vedrørende den påståede praksis med såkaldte »aktionsskibe«
(»fighting ships«)*

Appellanternes argumenter

- 89 Appellanterne har for det første anført, at Retten ikke har taget stilling til deres anbringende om, at Kommissionens definition af det misbrug, der er gjort gældende over for dem, var ændret i forhold til meddelelsen af klagepunkter, således at den anfægtede beslutning burde have været annulleret på grund af tilsidesættelse af deres ret til kontradiktion.
- 90 Ifølge appellanterne gik de på grundlag af meddelelsen af klagepunkter og den anfægtede beslutning ud fra, at det misbrug, som blev gjort gældende over for dem, bestod i, at de fortøjede et skib ved siden af »outsider«-skibet, samtidig tilbød lavere tariffer end »outsiderens« og fordeling af tabene ved aktionsskibene mellem konferencens medlemmer. Appellanterne gik endvidere ud fra, at tabene skyldtes, at de havde anvendt underbudspriser i modsætning til den normale praksis, der bestod i at afpasse priserne til en konkurrents med henblik på loyalt at konkurrere med denne.
- 91 For Retten anførte Kommissionen i svarskriftet, at betingelsen om, at afsejlingstidspunkterne bevidst skulle være tilrettelagt således, at de var sammenfaldende med afsejlingstidspunktet for konkurrentens skib, ikke var afgørende. Kommissionen anførte endvidere, at betingelsen om, at tarifferne skulle være lavere end konkurrentens, heller ikke var et afgørende kendetegn ved praksis med såkaldte

»aktionsskibe«. Endvidere gjorde Kommissionen gældende, at det ikke var nødvendigt, når der er tale om en konference, der har en dominerende stilling, at de anvendte fragtrater medførte driftstab for en konferences medlemsrederier.

92 Endelig var det Kommissionens opfattelse, at begrebet underbudspriser ikke var relevant.

93 Appellanterne har anført, at det først var på dette tidspunkt i sagsbehandlingen, at de indså, at Kommissionen havde ændret sin definition af det misbrug, som var gjort gældende over for dem. Det er grunden til, at de i replikken anførte, at hvis den anfægtede beslutning skulle fortolkes således, at den bygger på denne nye definition, er Cewal's medlemmer blevet pålagt sanktioner for en praksis, som ikke var gjort gældende over for dem i meddelelsen af klagepunkter. Beslutningen skulle derfor have været annulleret på grund af tilsidesættelse af deres ret til kontradiktion og af EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF).

94 Ifølge appellanterne fastslog Retten efter at have undersøgt visse uddrag af den anfægtede beslutning, at denne byggede på den samme definition som den, Kommissionen fremførte i svarskriftet. Retten undersøgte imidlertid ikke anbringendet om, at beslutningen i så fald måtte annulleres på grund af tilsidesættelse af appellanternes ret til kontradiktion. Den appellerede dom må derfor efter appellanternes opfattelse ophæves.

95 For det andet har appellanterne anført, at den appellerede dom må ophæves på grund af en forkert fortolkning af den anfægtede beslutning. Ifølge appellanterne fastslog Retten fejlagtigt, at den anfægtede beslutning byggede på en ny definition af det angivelige misbrug af dominerende stilling. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til, at Kommissionen selv i *XXII Beretning om Konkurrencepolitikken* fra 1992 gav en anden fortolkning end i den anfægtede beslutning, nemlig at praksis med såkaldte »aktionsskibe«, som Cewal's medlemmer er pålagt sanktioner for, omfatter de tre forhold, som krævedes i meddelelsen af klagepunkter. Retten har ved at foretage en fejlagtig fortolkning af beslutningen

ændret karakteren af det klagepunkt, der var gjort gældende over for dem, og dermed tilsidesat deres ret til kontraktion og til en retfærdig rettergang.

96 Appellanterne har for det tredje anført, at misbrug af dominerende stilling, således som begrebet er fastlagt ved den nye definition, ikke kan kvalificeres som sådant. De har i denne forbindelse gjort gældende, at det er ubestridt, at virksomheder, som har en dominerende stilling, har ret til at reagere over for konkurrence fra konkurrerende virksomheder. Retten begik en retlig fejl, da den ikke ville anerkende, at en dominerende virksomhed på grund af priskonkurrence fra en ny virksomhed, som ønsker at komme ind på markedet, kan udarbejde en plan med henblik på at eliminere denne virksomhed ved hjælp af selektive prisnedsættelser, for så vidt som de priser, virksomheden tilbyder, ikke må betragtes som misbrug som omhandlet i Domstolens dom af 3. juli 1991 (sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359).

97 Endvidere er det appellanternes opfattelse, at såvel Kommissionen som Retten har undladt at påvise, at betingelserne for, at der er en praksis med underbudspriser, er opfyldt i dette tilfælde. I dommen i sagen AKZO mod Kommissionen fastsatte Domstolen strenge betingelser for, hvornår såkaldte »underbudspriser« kunne anses for misbrug af dominerende stilling i henhold til traktatens artikel 86. Disse betingelser går ud på, at der skal være tale om priser, der ligger under kostprisen. Da de af Cewal's medlemmer anvendte priser i dette tilfælde ikke lå under omkostningerne, kan de ikke anses for at have anvendt underbudspriser. Den omstændighed, at formålet med denne priskonkurrence var at fortrænge en konkurrent fra markedet, kan ikke i sig selv medføre, at en lovlig konkurrence bliver ulovlig.

98 Hvis disse argumenter måtte blive forkastet, er det appellanternes opfattelse, at definitionen af misbrug af dominerende stilling under alle omstændigheder er ny, hvorfor der ikke kan pålægges dem en bøde.

Domstolens bemærkninger

- 99 For så vidt angår det første argument om, at Retten ikke har taget stilling til det i replikken fremførte anbringende, fremgår det af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, at nye anbringender ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.
- 100 Det anbringende, som appellanterne fremførte, kunne kun have været antaget til realitetsbehandling ved Retten, såfremt den påståede forskel mellem meddelelsen af klagepunkter og den anfægtede beslutning havde vist sig under sagens behandling ved denne retsinstans.
- 101 I denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af punkt 23 i meddelelsen af klagepunkter, at det over for appellanterne blev gjort gældende, at de i fællesskab havde fastsat »aktionspriser«, der afveg fra Cewal's normaltarif og ikke var fastsat ud fra »økonomiske kriterier (dvs. i forhold til omkostningerne), men udelukkende ud fra ønsket om at holde dem på et sådant niveau, at de svarede til eller var lavere end G & C's priser, idet indtægtstabet i forhold til konferencetariffen blev dækket af alle Cewal-medlemmerne i forening«. På s. 20 i meddelelsen af klagepunkter anførte Kommissionen endvidere, at »en sådan adfærd (fastsættelse af underbudspriser) med henblik på at fortrænge en konkurrent fra markedet« udgør misbrug af dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86.
- 102 I den anfægtede beslutnings artikel 2 fastslås, at appellanterne misbrugte deres dominerende stilling ved at ændre deres takster til at afvige fra de gældende takster med henblik på at tilbyde takster, der var identiske med eller lavere end taksterne fra den principale udenforstående konkurrent på samme afgangsdag eller tilstødende dage. I 73. betragtning til den anfægtede beslutning forklarede Kommissionen, at indtægtstabet som følge af denne prisfastsættelsesordning i forhold til konferencetariffen blev dækket af alle Cewal's medlemmer i forening. Endvidere anførte Kommissionen i 74. betragtning, at Cewal i kraft af det store

antal afgange, konferencen rådede over, kunne udpege aktionsskibe uden at ændre fartplanerne.

- 103 Det må erkendes, at der umiddelbart er en forskel mellem definitionen af misbrug, således som den er beskrevet i meddelelsen af klagepunkter, og den definition, der er indeholdt i den anfægtede beslutning. I den førstnævnte definition henvises til priser, der er lavere end G & C's priser, og til tab, mens der i den anden definition henvises til priser, som er lavere end eller lig med G & C's priser, og et indtægtstab.
- 104 Denne forskel fremgår imidlertid ved en umiddelbar sammenligning af ordvalget i de to dokumenter og må have været åbenbar allerede ved fremsendelsen af den anfægtede beslutning. Det kan ikke gøres gældende, at der er tale om retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne ved Retten.
- 105 Der må derfor tages stilling til, om Retten var forpligtet til at tage stilling til dette anbringende, som for første gang blev fremført i replikken.
- 106 Det bemærkes i denne forbindelse, at Retten ganske vist som udgangspunkt skal tage stilling til de argumenter, der fremføres under behandlingen af en sag, og begrunde sin afgørelse om, at en påstand ikke kan antages til realitetsbehandling, således at Domstolen under en appelsag kan efterprøve Rettens afgørelse (jf. i denne retning dom af 14.5.1998, sag C-259/96 P, Rådet mod De Nil og Impens, Sml. I, s. 2915, præmis 32).
- 107 Det kan imidlertid ikke kræves, at Retten, hver gang en part under behandlingen af en sag fremfører et nyt anbringende, som åbenbart ikke opfylder kravene i artikel 48, stk. 2, i dens procesreglement, enten i dommen forklarer, hvorfor anbringendet må afvises, eller foretager en realitetsbehandling heraf.

- 108 Under alle omstændigheder er appellanternes situation ikke blevet påvirket af, at Retten ikke udtrykkeligt tog stilling til, om anbringendet skulle antages til realitetsbehandling, idet det var åbenbart, at det måtte afvises.
- 109 For så vidt angår appellanternes andet argument om Rettens fortolkning af den anfægtede beslutning bemærkes, at Kommissionen i svarskriftet anførte, at det ikke var nødvendigt, at et aktionsskib var et specielt befragtet skib, at priserne var lavere end konkurrentens, eller at fremgangsmåden faktisk førte til tab.
- 110 Som Retten fastslog, er der ikke på dette punkt nogen forskel mellem den anfægtede beslutning og svarskriftet. I svarskriftet fremføres der på ingen måde en ny definition af misbrug med hensyn til aktionsskibe i forhold til beslutningen, men svarskriftet er derimod i overensstemmelse hermed, hvorfor dette argument må forkastes.
- 111 Appellanternes tredje argument vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den adfærd, som i overensstemmelse med definitionen i den anfægtede beslutning og svarskriftet er anset for at udgøre misbrug, kan anses herfor.
- 112 Efter fast retspraksis angiver opregningen af forskellige former for misbrug i traktatens artikel 86 ikke udtømmende de former for udnyttelse af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til traktaten (dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 26).
- 113 I øvrigt gælder, at det forhold, at en virksomhed med en dominerende stilling styrker sin stilling således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i

væsentlig grad hindrer konkurrencen, under visse omstændigheder kan udgøre et misbrug (dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, præmis 26).

- 114 Endvidere bemærkes, at det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen (dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 24).
- 115 Søtransportmarkedet er en meget specialiseret branche. På grund af markedets særlige karakter har Rådet ved forordning nr. 4056/86 fastsat en konkurrenceordning, der er forskellig fra den, der gælder for andre brancher. Den tilladelse, der er givet linjekonferencerne til i en ubegrænset periode at samordne prisfastsættelsen for den del af transporten, der foregår med skib, udgør således en undtagelse fra de gældende regler og konkurrencepolitikken.
- 116 Det fremgår af ottende betragtning til forordning nr. 4056/86, at når linjekonferencerne har tilladelse til at fastsætte priser, skyldes det deres stabiliserende rolle og den omstændighed, at de bidrager til at sikre et tilstrækkeligt stort udbud af regelmæssige og fyldestgørende søtransportydelser. Resultatet heraf kan blive, at hvis én linjekonference har en dominerende stilling på et givet marked, vil det være mindre fordelagtigt for brugeren af denne tjenesteydelse at anvende en uafhængig konkurrent, medmindre denne kan tilbyde mere fordelagtige priser end linjekonferencen.
- 117 Heraf følger, at når en linjekonference, der har en dominerende stilling, foretager en selektiv prisnedsættelse med henblik på målrettet at tilpasse priserne til en konkurrents, opnår den en dobbelt fordel. For det første fjerner linjekonferencen den væsentligste eller eneste konkurrencemulighed, den konkurrerende virk-

somhed har. For det andet kan linjekonferencen fortsat af brugerne kræve højere priser for de tjenesteydelser, der ikke er truet af konkurrence.

- 118 Det er ikke nødvendigt i dette tilfælde generelt at tage stilling til de omstændigheder, hvorunder en linjekonference lovligt i det enkelte tilfælde kan anvende priser, der er lavere end den af konferencen angivne tarif, med henblik på at imødegå en konkurrent, som tilbyder mere fordelagtige priser, eller at tage stilling til den nøjagtige rækkevidde af udtrykket »ensartede eller fælles fragtrater«, der er indeholdt i artikel 1, stk. 3, litra b), i forordning nr. 4056/86.
- 119 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at der i det foreliggende tilfælde er tale om en adfærd udvist af en linjekonference, der har en andel af det relevante marked på mere end 90% og kun har én konkurrent. Appellanterne har i øvrigt aldrig reelt bestridt, men derimod erkendt i retsmødet, at formålet med den anfægtede adfærd var at fortrænge G & C fra markedet.
- 120 Det må derfor fastslås, at Retten ikke begik nogen retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionens klagepunkter — hvorefter fremgangsmåden med såkaldte »aktionsskibe«, således som den blev anvendt over for G & C, udgjorde misbrug af dominerende stilling — var begrundede. Endvidere bemærkes, at der i det foreliggende tilfælde på ingen måde er tale om en ny definition af misbrug.
- 121 Argumenterne vedrørende aktionsskibe må derfor dels afvises, dels forkastes.

Misbruget vedrørende loyalitetsaftaler

Appellanternes argumenter

- 122 Det er over for Cewal gjort gældende, at linjekonferencen udarbejdede loyalitetsaftaler, som blev gennemtvunget 100%, og som var mere vidtgående end tilladt efter artikel 5, nr. 2, i forordning nr. 4056/86, med anvendelse af »sortlistning« af illoyale afskibere. Appellanterne har i denne forbindelse fremført fire argumenter.
- 123 For det første har appellanterne anført, at loyalitetsrabatter er tilladt efter artikel 5, nr. 2, i forordning nr. 4056/86, medmindre de »påtvinges« af en dominerende virksomhed. Det er deres opfattelse, at Retten ikke har fortolket denne bestemmelse korrekt. Retten fandt således, at en loyalitetsaftale kunne anses for »påtvunget« ensidigt, når linjekonferencen, som i dette tilfælde, befinder sig i en dominerende stilling.
- 124 For det andet har appellanterne anført, at Retten begik en retlig fejl, da den i præmis 184 i den appellerede dom fastslog, at det forhold, at loyalitetsaftalerne omfattede fob-salg, indebar, at sælgeren havde en loyalitetsforpligtelse, selv om han ikke havde ansvaret for forsendelsen af varerne. Appellanterne har i denne forbindelse henvist til, at aftaler om 100%'s loyalitet er fritaget ved forordning nr. 4056/86. Forordningens artikel 5, nr. 2, må derfor fortolkes således, at loyalitetsaftaler, som omfatter fob-salg, også er fritaget.
- 125 For det tredje har appellanterne anført, at Retten begik en retlig fejl, da den i præmis 185 i den appellerede dom fastslog, at »sortlistning« ikke kan anses for omfattet af fritagelserne i henhold til forordning nr. 4056/86. Appellanterne har i denne forbindelse gjort gældende, at en rabatordning for afskibere, som kun gælder for medlemmerne af en linjekonference, i praksis ikke kan fungere,

medmindre der føres en liste over »ikke-loyale afskibere« eller en tilsvarende registrering af navnene på de virksomheder, som har benyttet en konkurrent. Det er appellanternes opfattelse, at anvendelsen af sådanne lister nødvendigvis må være omfattet af fritagelserne i henhold til forordning nr. 4056/86.

- 126 For det fjerde har appellanterne anført, at selv om det antages, at Retten med føje fastslog, at når der er tale om virksomheder i en dominerende stilling, må enhver loyalitetsaftale anses for »påtvunget« i den betydning, hvori udtrykkes anvendes i artikel 5, nr. 2, litra b), nr. i), har Retten under alle omstændigheder tilsidesat artikel 7 og artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4056/86. Den eneste virkning af en eventuel tilsidesættelse af de forpligtelser, der følger af artikel 5, ville være, at Cewal ikke havde overholdt en forpligtelse, der er knyttet til en fritagelse, og ikke en betingelse for indrømmelse af fritagelsen.
- 127 Betydningen af denne sondring er, at når en betingelse ikke er opfyldt, gælder fritagelsen af denne grund ikke, eller den gælder ikke længere, mens den manglende overholdelse af en forpligtelse kun kan medføre, at fritagelsen tilbagekaldes uden nogen virkning for fortiden.
- 128 Ifølge appellanterne er fritagelsen ikke på noget tidspunkt blev tilbagekaldt over for dem. Da der findes en formel fremgangsmåde for tilbagekaldelse af fritagelsen, kan der ikke pålægges nogen bøde for en adfærd, som er omfattet af en gruppefritagelse for tiden før tilkaldelsen heraf. Når Kommissionen har tilbagekaldt fritagelsen, kan den derefter i medfør af artikel 10 i forordning nr. 4056/86 træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at bringe overtrædelser af traktatens artikel 86 til ophør. Der kan imidlertid ikke som led i sådanne foranstaltninger pålægges en bøde, idet formålet med bøden er at pålægge en sanktion for en adfærd i fortiden.

Domstolens bemærkninger

- 129 Med disse fire argumenter gør appellanterne gældende, at der ikke kan fastslås en overtrædelse af traktatens artikel 86 på grundlag af en praksis, som er omfattet af en specifik bestemmelse (artikel 5, nr. 2) i forordning nr. 4056/86, hvorved der indrømmes en fritagelse. Endvidere må Kommissionen under alle omstændigheder tilbagekalde gruppefritagelsen over for de berørte virksomheder, før den kan fastslå en overtrædelse af traktatens artikel 86.
- 130 Denne argumentation beror på en urigtig læsning af bestemmelserne og en urigtig opfattelse af den måde, hvorpå de er opbygget. Som anført i denne doms præmis 33, er anvendelsen af traktatens artikel 85 på en aftale ikke til hinder for, at traktatens artikel 86 anvendes på den af parterne i denne aftale udviste adfærd, når betingelserne for anvendelse af begge bestemmelserne er opfyldt. Nærmere bestemt er indrømmelsen af en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, ikke til hinder for anvendelsen af artikel 86 (jf. i denne retning dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 11).
- 131 Det forhold, at virksomheder, som befinder sig i en reel konkurrencesituation, følger en tilladt praksis, indebærer derfor ikke, at der aldrig kan være tale om misbrug af en dominerende stilling, såfremt en virksomhed, der har en sådan stilling, anvender samme praksis.
- 132 Ved vurderingen af den adfærd, der udvises af en virksomhed, som har en dominerende stilling, må der tages hensyn til, at såfremt en virksomhed har en meget stor markedsandel, giver det den i en vis periode en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse for virksomhedens forretningsforbindelser (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 41).

- 133 Hvad angår spørgsmålet om »påtvungelse« af loyalitetsaftaler — hvilket er det udtryk, der anvendes i artikel 5, nr. 2, litra b), nr. i), i forordning nr. 4056/89 — kan en dominerende virksomhed i praksis »påtvunge« brugeren af virksomhedens tjenesteydelser en loyalitetsaftale, og det er ikke i denne forbindelse nødvendigt, at virksomheden udtrykkeligt kræver, at der indgås en sådan aftale som betingelse for at få dens tjenesteydelser.
- 134 Det var derfor ikke relevant ved vurderingen af Cewal's adfærd i relation til traktatens artikel 86 at tage stilling til, hvilke betingelser der skulle være opfyldt for, at en loyalitetsaftale for så vidt angår en linjekonference, som er undergivet normal konkurrence, kunne anses for »påtvunget« i den betydning, hvori udtrykket anvendes i artikel 5, nr. 2, litra b), nr. i), i forordning nr. 4056/86.
- 135 Hvad angår det fjerde argument bemærkes, at det udtrykkeligt fremgår af artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 4056/86, at misbrug af en dominerende stilling er forbudt, uden at forudgående afgørelse herom er påkrævet. Som generaladvokaten har anført i punkt 164 i forslaget til afgørelse, er denne klare formulering fuldt ud i overensstemmelse med principperne vedrørende den effektive virkning af traktatens artikel 86 og med, at der ikke kan meddeles en fritagelse. Efter fast retspraksis kan der således ikke meddeles nogen fritagelse, for så vidt angår misbrug af dominerende stilling (dommen i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, præmis 32).
- 136 Heraf følger, at artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4056/86, hvorefter Kommissionen kan tilbagekalde gruppefritagelsen, når den i et givet tilfælde konstaterer, at den praksis, som anvendes af konferencer, der er fritaget i henhold til forordningens artikel 3, alligevel har virkninger, som er uforenelige med traktatens artikel 86, ikke indeholder og heller ikke kan indeholde nogen begrænsning i den beføjelse, Kommissionen har til at pålægge bøder for overtrædelse af traktatens artikel 86.
- 137 Herefter må det andet anbringende forkastes.

Anbringendet vedrørende bøderne

Appellanternes argumenter

- 138 Appellanterne har for det første anført, at Retten har begået en retlig fejl ved at acceptere alle de faktorer, som Kommissionen havde taget hensyn til ved udmålingen af bøderne.
- 139 Appellanternes andet argument går ud på, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen var berettiget til at pålægge dem individuelle bøder, selv om Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter kun omtalte muligheden af at pålægge Cewal bøder og ikke at pålægge linjekonferencens medlemmer bøder.
- 140 Endvidere udgør det forhold, at bøderne ikke er pålagt Cewal, men visse af linjekonferencens medlemmer, en tilsidesættelse af deres grundlæggende proceduremæssige rettigheder. Bøden burde således være udmålt på grundlag af Cewal's og ikke medlemmernes omsætning. Endvidere skulle Cewal's medlemmer selv have haft mulighed for at fastlægge fremgangsmåden for fordeling af bøden, eventuelt i forhold til deres deltagelse i linjekonferencen, mens bøderne for 95%'s vedkommende er pålagt CMB.

Domstolens bemærkninger

- 141 Det andet argument må behandles først.
- 142 Ifølge fast praksis skal meddelelsen af klagepunkter klart angive de væsentlige faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på i denne fase af proceduren. Den væsentlige proceduremæssige garanti, som meddelelsen af klagepunkter

udgør, er udtryk for det grundlæggende princip i fællesskabsretten, at retten til kontradiktion gælder i enhver procedure (dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 10 og 14).

- 143 Heraf følger, at Kommissionen er forpligtet til i meddelelsen af klagepunkter klart at angive, hvilke personer der vil kunne blive pålagt en bøde.
- 144 Det må fastslås, at en meddelelse af klagepunkter, hvori alene en kollektiv enhed som Cewal anses for at have begået en overtrædelse, ikke er tilstrækkelig til at orientere de selskaber, der udgør denne enhed, om, at de vil blive pålagt bøder individuelt, hvis overtrædelsen måtte blive fastslået. I modsætning til, hvad Retten fastslog, er det ikke i denne forbindelse relevant, at Cewal ikke er en juridisk person.
- 145 Endvidere er en således affattet meddelelse af klagepunkter ikke tilstrækkelig til at advare de berørte selskaber om, at bøden vil blive udmålt på grundlag af en vurdering af hvert enkelt selskabs deltagelse i den adfærd, som udgør den påståede overtrædelse.
- 146 Retten findes således at have begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen var berettiget til at pålægge Cewal's medlemmer individuelle bøder, der var udmålt på grundlag af en vurdering af deres deltagelse i den omhandlede adfærd, selv om meddelelsen af klagepunkter kun var stilet til Cewal.

- 147 Herefter må der gives appellanterne medhold i dette anbringende, og den appellerede dom må derfor ophæves, i det omfang den anfægtede beslutning opretholdes, for så vidt som den angår de appellanterne pålagte bøder.
- 148 Det bestemmes i artikel 54, stk. 1, i EF-statutten for Domstolen, at når Domstolen giver appellanten medhold, ophæver den den af Retten truffene afgørelse. Den kan i denne forbindelse enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse. Da sagen er tilstrækkelig oplyst til, at Domstolen selv kan træffe endelig afgørelse, er det ikke fornødent at hjemvise den til Retten.
- 149 Heraf følger, at den anfægtede beslutnings artikel 6 og 7 må annulleres for så vidt angår de bøder, der er pålagt appellanterne.
- 150 Det er herefter uforholdent at undersøge de øvrige argumenter, appellanterne har påberåbt sig til støtte for dette anbringende.

Sagsomkostningerne

- 151 Det bestemmes i procesreglementets artikel 122, stk. 1, at såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, træffer den afgørelse om sagens omkostninger. I henhold til artikel 69, stk. 3, der finder anvendelse på appelsager, jf. artikel 118, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

- 152 Appellanterne har under appellen kun fået medhold for så vidt angår anbringendet vedrørende bøderne, hvorfor CMB, CMBT og Dafra findes at burde bære deres egne omkostninger og betale tre fjerdedele af Kommissionens omkostninger og samtlige G & C's omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

- 1) Den af Retten i Første Instans afsagte dom af 8. oktober 1996 i de forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93 ophæves, for så vidt som de bøder, der var pålagt Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA og Dafra-Lines A/S, herved opretholdes.
- 2) Artikel 6 og 7 i Kommissionens beslutning 93/82/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) og EØF-traktatens artikel 86 (IV/32.448 og IV/32.450: Cewal) annulleres for så vidt angår Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA og Dafra-Lines A/S.

3) I øvrigt forkastes appellen.

4) **Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA og Dafra-Lines A/S bærer deres egne omkostninger og betaler tre fjerdedele af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers omkostninger og samtlige Grimaldi & Cobelfret's omkostninger.**

Edward	Moitinho de Almeida	Sevón
Gulmann		Jann

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 16. marts 2000.

R. Grass

Justitssekretær

D.A.O. Edward

Formand for Femte Afdeling