

RETTENS DOM (Tredje Udvidede Afdeling)

8. juli 2008*

I sag T-99/04,

AC-Treuhand AG, Zürich (Schweiz), ved advocats M. Karl, C. Steinle og J. Drolshammer,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Bouquet, som befuldmægtiget, bistået af avocat A. Böhlke,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2005/349/EF af 10. december 2003 om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-2/37.857 — Organiske peroxider) (EUT 2005 L 110, s. 44).

* Processprog: tysk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS (Tredje Udvidede Afdeling)

sammensat af præsidenten, M. Jaeger, samt dommerne J. Azizi og O. Czúcz,
justitssekretær: fuldmægtig K. Andová,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. september 2007,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- ¹ Kommissionens beslutning 2005/349/EF af 10. december 2003 om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-2/37.857 — Organiske peroxider) (EUT 2005 L 110, s. 44) (herefter »den anfægtede beslutning«) vedrører et kartel, som blev aftalt og gennemført på det europæiske marked for organiske peroxider, der er kemiske produkter, som anvendes inden for plast- og gummiindustrien, af bl.a. AKZO-koncernen (herefter »AKZO«) såvel som selskaberne Atofina SA, efterfølger for Atochem (herefter »Atochem/Atofina«), og Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, et selskab, der er kontrolleret af Laporte plc, nu Degussa UK Holdings Ltd (herefter »PC/Degussa«).

- 2 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at kartellet blev dannet i 1971 ved indgåelse af en skriftlig aftale (herefter »aftalen af 1971«), som blev ændret i 1975 (herefter »aftalen af 1975«), mellem de tre producenter af organiske peroxider AKZO, Luperox GmbH, senere Atochem/Atofina, og PC/Degussa (herefter »kartellet«). Kartellet tog bl.a. sigte på at opretholde producenternes markedsandele og samordne deres prisforhøjelser. Der blev afholdt regelmæssige møder for at sikre, at kartellet var velfungerende. Fides Trust AG (herefter »Fides«) og dernæst, fra 1993, sagsøgeren AC-Treuhand AG havde som led i aftalen, på grundlag af tjenesteydelsesaftaler indgået med AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa, bl.a. til opgave, på deres forretningssteder at opbevare visse hemmelige dokumenter vedrørende kartellet, såsom aftalen af 1971, at indsamle og behandle bestemte oplysninger om de handelsmæssige aktiviteter, som de tre producenter af organiske peroxider udøvede, og underrette disse om de på denne måde behandlede tal, samt at udføre logistiske og administrative opgaver vedrørende tilrettelæggelsen af møder, bl.a. i Zürich (Schweiz) mellem disse producenter, såsom reservering af lokaler og godtgørelse af producenternes repræsentanters rejseudgifter. Imidlertid opstod der uenighed blandt parterne på grund af bestemte faktiske omstændigheder vedrørende sagsøgerens aktiviteter i forbindelse med kartellet.
- 3 Kommissionen indledte undersøgelsen af kartellet efter et møde den 7. april 2000 med repræsentanter for AKZO, der med henblik på at blive omfattet af immunitet i henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«) oplyste Kommissionen om en overtrædelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler. Efterfølgende besluttede Atochem/Atofina og PC/Degussa ligeledes at samarbejde med Kommissionen, idet virksomhederne meddelte denne yderligere oplysninger (betragtning 56-63 til den anfægtede beslutning).
- 4 Den 3. februar 2003 tilsendte Kommissionen sagsøgeren en begæring om oplysninger. I denne begæring meddelte Kommissionen i det væsentlige, at den var i færd med at undersøge en formodet overtrædelse af artikel 81 EF og artikel 53 i aftalen om Det

Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) begået af de europæiske producenter af organiske peroxider. Den anmodede desuden sagsøgeren om at fremsende virksomhedens stillingsfortegnelse, at beskrive dens aktivitet og udvikling, herunder overtagelsen af Fides aktiviteter, arbejdet som »sekretariat« for producenterne af organiske peroxider og omsætningen i 1991-2001. Sagsøgeren besvarede denne begæring om oplysninger ved skrivelse af 5. marts 2003 (betragtning 73 til den anfægtede beslutning).

- 5 Den 20. marts 2003 blev der afholdt et møde mellem sagsøgerens repræsentanter og Kommissionens tjenestemænd med ansvar for sagen, på hvilket møde sidstnævnte oplyste, at sagsøgeren også var omfattet af Kommissionens undersøgelser, uden dog at præcisere de kritikpunkter, der ville blive rejst over for sagsøgeren.

- 6 Den 27. marts 2003 indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure og vedtog en klagepunktsmeddelelse, som derefter blev meddelt sagsøgeren. Sagsøgeren fremsendte den 16. juni 2003 sine bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen og deltog i den høring, der fandt sted den 26. juni 2003. Kommissionen vedtog endelig den anfægtede beslutning den 10. december 2003, der blev meddelt sagsøgeren den 9. januar 2004, hvorved sagsøgeren blev pålagt en bøde på 1 000 EUR [betragtning 454 til, og artikel 2, litra e), i den anfægtede beslutning].

- 7 Vedtagelsen af og meddelelsen om den anfægtede beslutning var ledsaget af en pressemeddelelse, hvori Kommissionen bl.a. anførte, at sagsøgeren som rådgivningsvirksomhed fra slutningen af 1993 havde spillet en væsentlig rolle i kartellet ved at

tilrettelægge møder og skjule beviser for overtrædelsen. Kommissionen fastslog følgelig, at sagsøgeren også havde overtrådt konkurrencereglerne, og præciserede:

»Den sanktion, der er fastsat [for sagsøgeren], er af begrænset omfang på grund af den nye politik, der indføres på området. Beskeden er imidlertid klar: De, der tilrettelægger eller fremmer karteller, dvs. ikke blot kartellets medlemmer, skal fremover frygte at blive afsløret og at blive pålagt meget byrdefulde sanktioner.«

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 8 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 16. marts 2004 har sagsøgeren anlagt denne sag.

- 9 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 30. november 2005 har sagsøgeren for så vidt angår offentliggørelsen af Rettens endelige dom fremsat begæring om fortrolig behandling af hele den aftale, der er indgået mellem sagsøgeren og Fides, og som er vedlagt som bilag til stævningen, herunder Fides' navn og selskabets tidligere medarbejder, M.S.

- 10 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 1. februar 2006 har sagsøgeren principalt anført, at selskabet opretholder sin begæring om fortrolig behandling, og subsidært begæret fortrolig behandling af passager, der er gjort ulæselige i den i præmis 9 ovenfor nævnte aftale. Sagsøgeren har efter Rettens anmodning fremlagt en ikke-fortrolig version af aftalen.

- 11 I henhold til artikel 14 i Rettens procesreglement og efter forslag fra Tredje Afdeling har Retten efter at have hørt parterne i overensstemmelse med procesreglementets artikel 51 besluttet at henvise sagen til en udvidet afdeling.
- 12 På grundlag af den refererende dommers rapport, har Retten (Tredje Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 13 Under retsmødet den 12. september 2007 har parterne afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten.
- 14 Den mundtlige forhandling blev afsluttet efter retsmødet den 12. september 2007. Et medlem af afdelingen kunne i overensstemmelse med artikel 32 i Rettens procesreglement ikke deltage i rådslagningen, hvorfor dommeren med den laveste anciennitet i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 6 i Rettens procesreglement, har undladt at deltage i rådslagningerne, og Rettens rådslagninger blev fortsat med de tre dommere, som har underskrevet denne dom.
- 15 Sagsøgeren har under retsmødet tilbagekaldt sin begæring om fortrolig behandling, for så vidt som den vedrører anvendelsen af navnet Fides. Dette er indført i retsmøderapporten.

16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres, for så vidt som den vedrører sagsøgeren.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.

- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — Indledende bemærkninger

18 Retten er af den opfattelse, at det er nødvendigt først at tage stilling til sagsøgerens begæring om fortrolig behandling, i det omfang den ikke er blevet tilbagekaldt under retsmødet (jf. præmis 9, 10 og 15 ovenfor).

19 For så vidt angår navnet på sagsøgerens tidligere medarbejder har Retten behandlet denne begæring i overensstemmelse med dens praksis i andre sager vedrørende offentliggørelser af fysiske personers identitet (jf. i denne retning Rettens dom af 16.11.2006, sag T-120/04, *Peróxidos Orgánicos mod Kommissionen*, Sml. II, s. 4441, præmis 31 og 33). Retten finder derimod, at eksistensen af selve aftalen mellem Fides og sagsøgeren under alle omstændigheder har mistet sin eventuelle fortrolige karakter, henset til angivelsen af denne aftale i uddraget fra handelsregistret i kantonen Zürich i forbindelse med sagsøgerens etablering, hvilket uddrag er offentligt tilgængeligt, og vedlagt som bilag til stævningen samt nævnt i betragtning 20 og 91 til den version af den anfægtede beslutning, som midlertidigt blev offentliggjort på internetsiden for Kommissionens Generaldirektorat »Konkurrence« (jf. i denne retning kendelse afsagt af formanden for Rettens Tredje Udvidede Afdeling den 4.3.2005, sag T-289/03, *BUPA m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 741, præmis 34 og 35). Sagsøgeren har ikke gjort indsigelser mod denne offentliggørelse i henhold til den procedure, der er fastsat i artikel 9 i Kommissionens afgørelse 2001/462/EF, EKSF af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (EFT L 162, s. 21).

20 Følgelig skal begæringen om fortrolig behandling for så vidt angår aftalen mellem Fides og sagsøgeren forkastes.

21 Retten bemærker dernæst, at sagsøgeren til støtte for søgsmålet har gjort fem anbringender gældende, dvs. for det første tilsidesættelse af retten til forsvar og til en retfærdig rettergang, for det andet af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), for det tredje tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, for det fjerde, subsidiært, tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed og strafferettens klarhed (*nulla poena sine lege certa*) for så vidt angår den anfægtede beslutnings artikel 3, stk. 2.

B — Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til forsvar og af retten til en retfærdig rettergang

1. Parternes argumenter

a) Sagsøgerens argumenter

- 22 Sagsøgeren er af den opfattelse, at Kommissionen har underrettet selskabet for sent om den procedure, der blev indledt mod det, og om de klagepunkter, der blev rejst mod det, nemlig tre år efter, at undersøgelsen blev iværksat. Sagsøgeren fik først kendskab hertil på tidspunktet for indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure og vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen den 27. marts 2003. Inden da havde sagsøgeren blot modtaget begæringen om oplysninger af 3. februar 2003, som selskabet besvarede behørigt ved skrivelse af 5. marts 2003. Sagsøgeren fik først den 20. marts 2003, under mødet med Kommissionen, kendskab til, at selskabet også var omfattet af undersøgelsen, dog uden at få nærmere oplysninger om rækkevidden af anklagerne.
- 23 Ifølge sagsøgeren skal enhver, der er anklaget, i medfør af artikel 6, stk. 3, litra a), i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (EMRK), ufortøvet modtage udførlig underretning på et sprog, som han forstår, om arten af og årsagen til den anklage, der er rejst mod ham. Denne ret følger af den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang i artikel 6, stk. 1, i EMRK, som udgør en integrerende del af retten til forsvar, hvilket er anerkendt i retspraksis som almindelige fællesskabsretlige principper, der finder anvendelse på procedurer i repressive administrative sager i henhold til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81) (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org. ref.: Rec. s. 661, præmis 172-176, af 28.3.2000, sag C-7/98, Krombach, Sml. I, s. 1935, præmis 25 og 26, af 6.3.2001, sag C-274/99 P, Connolly mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 37 og 38, og af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 63 og 64; jf. tillige Rettens domme af 20.3.2002, sag T-15/99, Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, Sml. II, s. 1613, præmis 109

og 122, og sag T-23/99, LR AF 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 220), og som er bekræftet i artikel 6, stk. 2, EU samt artikel 48, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som blev proklameret i Nice den 7. december 2000 (EFT C 364, s. 1).

²⁴ De bøder, der kan pålægges virksomheder i medfør af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, er nemlig, på trods af artikel 15, stk. 4, reelt sanktioner »af strafferetlig karakter«, da formålet hermed er både præventivt og repressivt (forslag til afgørelse fra dommer Vesterdorf som udpeget generaladvokat i sag T-1/89, Rhône-Poulenc mod Kommissionen, hvori Retten afsagde dom den 24.10.1991, Sml. II, s. 867, på s. 885; jf. tillige forslag til afgørelse fra generaladvokat Roemer i forbindelse med Domstolens dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhelm m.fl., Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 17 og 24; forslag til afgørelse fra generaladvokat Mayras i forbindelse med Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, på s. 2062 og 2141, forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i forbindelse med Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, på s. 8422, punkt 31, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i forbindelse med dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, i sag C-204/00 P, Sml. I, s. 133, punkt 26, i sag C-205/00 P, Sml. I, s. 171, punkt 32, i sag C-213/00 P, Sml. I, s. 230, punkt 26, i sag C-217/00 P, Sml. I, s. 267, punkt 29, og i sag C-219/00 P, Sml. I, s. 342, punkt 25). Denne konklusion følger tillige af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) (dom i sagen Engel m.fl. mod Nederlandene af 8.6.1976, serie A, nr. 22 (1977), § 81; i sagen Oztürk mod Tyskland af 21.2.1984, serie A, nr. 73, § 53, og i sagen Lutz mod Tyskland af 25.8.1987, serie A, nr. 123, § 54).

²⁵ I den forbindelse har sagsøgeren bestridt Kommissionens påstand om, at der ikke bliver rejst kritik af virksomhederne under den indledende undersøgelse i en administrativ

procedure. Kommissionen træffer derimod i denne fase foranstaltninger, der indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, hvilket har vigtige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation (Domstolens dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 182). Den omstændighed, at de berørte parter som led i den i forordning nr. 17 fastsatte procedure først er genstand for en formel anklage på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen (Rettens dom af 16.12.2003, forenede sager T-5/00 og T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen, Sml. II, s. 5761, præmis 79), er ikke afgørende og udelukker ikke, at sagsøgeren i løbet af undersøgelsesfasen allerede er blevet »anklaget« som omhandlet i artikel 6, stk. 3, i EMRK, som fortolket af Menneskerettighedsdomstolen. Hvad angår denne retspraksis er der ikke krav om et formelt anklageskrift, men indledningen af en undersøgelsesprocedure af strafferetlig karakter er tilstrækkelig (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delcourt mod Belgien af 17.1.1970, serie A, nr. 11, s. 13, § 25, i sagen Ringeisen mod Østrig af 17.7.1971, serie A, nr. 13, s. 45, § 110, i sagen Deweer mod Belgien af 27.2.1980, serie A, nr. 35, s. 22, § 42, i sagen Viezzer mod Italien af 19.2.1991, serie A, nr. 196-B, s. 21, § 17, i sagen Adolf mod Østrig af 26.3.1982, serie A, nr. 49, s. 15, § 30, og i sagen Imbrioscia mod Schweiz af 24.11.1993, serie A, nr. 275, s. 13, § 36).

- ²⁶ Sagsøgeren har gjort gældende, at det følger af formålet med artikel 6, stk. 3, litra a) i EMRK, at en anklage som led i en strafferetsforfølgelse straks skal underrettes om iværksættelsen af og formålet med den undersøgelse, der vedrører ham, således at det undgås, at han holdes hen i uvished i længere tid end nødvendigt. Derimod er en underretning, der først finder sted på tidspunktet for den formelle anklage, hvilket ofte først sker efter langvarige undersøgelser, ikke tilstrækkelig og risikerer at bringe retfærdigheden af den efterfølgende procedure i alvorlig fare og at fratage den rettighed, der er garanteret ved artikel 6, stk. 3, litra c), i EMRK, sin effektive virkning. Når Kommissionen imidlertid som i dette tilfælde, foretager en hemmelig undersøgelse i ca. tre år inden vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen, får den en uretfærdig, bevismæssig fordel, der er uforenelig med artikel 6 i EMRK. Dette er en konsekvens af, at det, henset til den tid, der er forløbet, er vanskeligt eller næsten umuligt for de berørte virksomheder at rekonstruere de faktiske omstændigheder og at fremføre modbeviser.

27 Desuden følger forpligtelsen til ufortøvet at underrette de berørte virksomheder af den betydning, dvs. den afgørende karakter, som undersøgelsesproceduren har for Kommissionens fremtidige beslutning (Domstolens dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. I, s. 2859, præmis 15, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 63). Efter en langvarig undersøgelse udført med støtte fra ansøgere om immunitet eller bødefritagelse, der går forud for vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen, anser Kommissionen ofte de faktiske omstændigheder for fastlagt, og er efterfølgende ikke tilbøjelig til at genoptage de konklusioner, den har udledt heraf. Risikoen for at foregribe en fremtidig beslutning er så meget desto større, da Kommissionen har rollen som undersøger, anklager og dommer. Under de i sagen foreliggende omstændigheder er Kommissionen ikke længere en upartisk dommer, og sagsøgeren havde ikke længere en passende og tilstrækkelig mulighed (jf. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Delta mod Frankrig af 19.12.1990, serie A nr. 191-A, s. 16, § 36) for at modbevise de falske anklager, som anklagerens hovedvidne, AKZO, fremsatte. Følgelig er den berørte virksomhed på tidspunktet for fremsendelsen af meddelelsen om klagepunkter i en situation, hvor dens muligheder for at overbevise Kommissionen om, at fremstillingen af de faktiske omstændigheder i meddelelsen er fejlagtig, betydeligt begrænset, hvilket alvorligt skader dens effektive forsvar.

28 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde næsten udelukkende har lagt vidneforklaringer fra ansøgeren om immunitet, AKZO, til grund for klagepunkterne, med hvilken virksomhed sagsøgeren har opretholdt nær kontakt siden år 2000. Under disse omstændigheder er sagsøgeren af den opfattelse, at AKZO i Kommissionens øjne er mere troværdig end alle andre virksomheder, herunder sagsøgeren, som ikke har lovet at samarbejde i henhold til punkt B, litra d), i samarbejdsmeddelelsen, og idet de tjenestemænd, der har ansvar for sagsakterne, ikke kender sagsøgeren personligt. Følgelig har Kommissionen lagt mere vægt på AKZO's fejlagtige påstande vedrørende sagsøgerens rolle end på sagsøgerens oplysninger, uden at sagsøgeren har haft mulighed for at forsvare sig effektivt mod AKZO's påstande og at berigtige dem.

29 Kommissionen skulle i det foreliggende tilfælde have underrettet sagsøgeren om arten af og grunden til den mistanke, selskabet var genstand for, da AKZO den 27. juni 2000 indgav en beskrivelse af sagsøgerens angivelige rolle i kartellet, idet Kommissionens fremtidige beslutning, fra dette tidspunkt, risikerede at være foregribet på grund af

AKZO's fejlagtige påstande, eller senest da AKZO den 18. juni 2001 aflagde den endelige vidneforklaring for Kommissionen. For så vidt angår sagsøgeren er den anfægtede beslutning nemlig næsten udelukkende baseret på denne vidneforklaring. Følgelig indebærer den manglende underretning af sagsøgeren fra tidspunktet for indledningen af undersøgelsen af selskabet, at Kommissionen har tilsidesat dets ret til en retfærdig rettergang og retten til et forsvar som omhandlet i artikel 6, stk. 1, og stk. 3, litra a), i EMRK.

³⁰ Ifølge sagsøgeren skal denne ulovlighed medføre annullation af den anfægtede beslutning (forslag til afgørelse fra generaladvokat Mischo i forbindelse med dommen i sag C-250/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, Sml. I, s. 8503, præmis 80). For at sikre den effektive virkning af den ret, der er garanteret ved artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK, som er en grundlæggende processuel garanti i en retsstat, kan det ikke kræves af den berørte virksomhed, at den godtgør, at Kommissionens beslutning ville have haft et andet indhold, hvis virksomheden var blevet underrettet rettidigt. En rettidig og udtømmende underretning af den anklagede udgør en nødvendig betingelse (*condicio sine qua non*) for en retfærdig rettergang og er et ufravigeligt retsprincip. Følgelig bør enhver beslutning, hvorved der pålægges en bøde, og som er vedtaget under tilsidesættelse af denne processuelle garanti, annulleres.

³¹ Subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at hvis Kommissionen havde overholdt den rettighed, der er garanteret ved artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK og havde underrettet selskabet uden ophold om arten af og formålet med den undersøgelse, det var genstand for, kunne det lettere og mere udtømmende have rekonstrueret de faktiske omstændigheder, end det havde mulighed for i 2003. Sagsøgeren kunne navnlig have gjort Kommissionen opmærksom på AKZO's fejlagtige vidneforklaring vedrørende selskabets rolle i kartellet. Denne konstatering ville have indebåret en anmodning fra Kommissionen til AKZO om nærmere oplysninger, og i givet fald en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17.

- 32 Derimod mistede sagsøgeren, ved ikke at være blevet underrettet straks, muligheden for at udøve en afgørende indflydelse på udførelsen af undersøgelsen og på Kommissionens interne beslutningsproces. I modsat fald ville Kommissionen have konkluderet, at sagsøgeren reelt ikke begik en overtrædelse, men at selskabet blot optrådte som ustrafbar medvirkende til de i kartellet involverede producenter af organiske peroxider. Følgelig har Kommissionen, på dette afgørende tidspunkt i proceduren, frataget sagsøgeren muligheden for at forsvare sig hurtigt og effektivt mod AKZO's påstande.
- 33 Den anfægtede beslutning skal derfor annulleres, da den tilsidesætter retten til forsvar og artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK.
- 34 I denne forbindelse har sagsøgeren imidlertid under retsmødet, som svar på et af Retten særligt stillet spørgsmål, erkendt, at en situation, hvor sagsøgeren blev underrettet på tidspunktet for begæringen om oplysninger den 3. februar 2003, og derved havde haft mulighed for at forsvare sig mere effektivt, efter selskabets mening ikke ville have kunnet ændre Kommissionens konklusioner vedrørende sagsøgeren i den anfægtede beslutning. Dette er blevet indført i retsmøderapporten.

b) Kommissionens argumenter

- 35 Kommissionen har bestridt, at den forud for fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen er forpligtet til at underrette sagsøgeren om arten af og begrundelsen for den undersøgelse, selskabet er genstand for.

36 Dels bekræftes det udtrykkeligt i artikel 15, stk. 4, i forordning nr. 17, at hverken den administrative procedure eller muligheden for at pålægge bøder i henhold til denne forordning er af strafferetlig art, dels er denne procedure opdelt i to faser, dvs. en indledende undersøgelsesfase og en kontradiktorisk fase, der strækker sig fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige beslutning. Mens den kontradiktoriske fase gør det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 182-184), fremsættes der endnu ikke kritik af de berørte virksomheder i løbet af undersøgelsesfasen. Denne fase tjener til at undersøge de faktiske elementer, som gør det muligt for Kommissionen at afgøre, om der skal indledes en procedure mod en virksomhed. Til dette formål kan Kommissionen kræve oplysninger, og virksomhederne har pligt til at medvirke aktivt til at forsyne Kommissionen med alle oplysninger vedrørende undersøgelsens genstand (Domstolens dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 27).

37 På tidspunktet for vedtagelsen af sådanne undersøgelsesforanstaltninger er Kommissionen endnu ikke klar til at fremsætte kritik af virksomheder, da den stadig er i færd med at fastlægge de faktiske omstændigheder, der kan medføre vedtagelsen af en klagepunktsmeddelelse. Følgelig kan den ene omstændighed, at en virksomhed er genstand for Kommissionens undersøgelsesforanstaltninger, ikke sidestilles med en anklage af denne virksomhed (forslag til afgørelse fra generaladvokat Mischo i forbindelse med dommen i sag C-250/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, punkt 41-46). Følgelig kan sagsøgerens argument om, at selskabet skulle have været underrettet allerede på tidspunktet for undersøgelsesfasen, for at være i stand til at forberede sit forsvar, ikke tiltrædes.

38 Kommissionen har erkendt, at retten til et forsvar, som er en grundlæggende rettighed, hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Fællesskabets retsinstanser skal beskytte (Krombach-dommen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 25 og 26, og dommen i sagen Conolly mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 37 og 38). Desuden er det korrekt, at Kommissionen skal forhindre, at disse rettigheder undergraves i undersøgelsesfasen, som kan være afgørende for tilvejebringelse af

beviser for, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar (dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 15, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 63). Denne forpligtelse omfatter dog kun nogle af rettighederne til et forsvar, herunder retten til at lade sig bistå af en juridisk sagkyndig og retten til at bevare den fortrolige karakter af en korrespondance mellem advokat og klient, mens andre rettigheder kun vedrører den kontradiktoriske procedure, som indledes efter vedtagelsen af klagepunktsmeddelelsen (dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 16).

39 Under alle omstændigheder foreligger der ikke en sådan angivelig ret til ufortøvet at blive underrettet om arten af og begrundelsen for undersøgelsen, og denne ret følger heller ikke af artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK, som følge af, at der rejses »tiltale« i løbet af undersøgelsesfasen. En sådan formel »tiltale« finder først sted på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen (dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 79). Denne meddelelse forudsætter, at proceduren i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 er iværksat, og er et udtryk for Kommissionens ønske om at vedtage en beslutning, der fastslår en overtrædelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, præmis 16). Samtidig indeholder den oplysninger til virksomheden om genstanden for den procedure, der er indledt imod den, og om den adfærd, Kommissionen kritiserer den for (Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94-T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 132, og dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 80).

40 Dette bekræftes af retspraksis, hvorefter der ikke efter de fællesskabsretlige konkurrenceregler består nogen ret til at blive underrettet om det trin, en administrativ procedure befinder sig på, før den formelle fremsendelse af en klagepunktsmeddelelse. Såfremt denne opfattelse skulle følges, ville dette nemlig skabe en ret til at blive

underrettet om en undersøgelse under omstændigheder, hvor en virksomhed er genstand for mistanke, hvilket i alvorlig grad kunne vanskeliggøre Kommissionens arbejde (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 110).

41 Kommissionen har tilføjet, at selv om Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende artikel 6 i EMRK i givet fald kan spille en rolle som led i strafferetlige undersøgelsesprocedurer, bl.a. for så vidt angår beregningen af en »rimelig frist« som omhandlet i artikel 6, stk. 1, EMRK, betyder dette på ingen måde, at dette også gælder artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK. Tilsidesættelsen af sådanne garantier på tidspunktet for undersøgelsen skal, for at blive taget i betragtning, være til alvorlig skade for retssagens retfærdige karakter (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Imbroscia mod Schweiz af 24.11.1993, serie A, nr. 275, § 36 og den deri nævnte retspraksis), når der henses til iværksættelsen af proceduren i sin helhed.

42 I det foreliggende tilfælde er den kontradiktoriske fase i den administrative procedure som fastsat i forordning nr. 17 af særlig betydning i denne forbindelse, da den netop har det formål, at den berørte underrettes om arten af og begrundelsen for den anklage, der er rettet mod ham. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremsat nogen klagepunkter vedrørende regelmæssigheden af forløbet af denne fase i proceduren. Sagsøgeren kan heller ikke for første gang i replikken hævde, at selskabet ikke i løbet af den kontradiktoriske fase i denne procedure har haft mulighed for på passende og tilstrækkelig måde at give udtryk for sit synspunkt om Kommissionens version af de faktiske omstændigheder. Denne fejlagtige påstand, sagsøgeren har nedlagt, kan under alle omstændigheder ikke anfægte hverken den kontradiktoriske eller retfærdige karakter af denne fase i den administrative procedure.

43 Følgelig skal dette anbringende forkastes som ugrundet.

2. Rettens bemærkninger

44 Med det første anbringende har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat selskabets ret til forsvar, og navnlig dets ret til en retfærdig rettergang som fastsat i artikel 6, stk. 3, litra a), i EMRK, idet den ikke på et meget tidligt tidspunkt i undersøgelsesproceduren underrettede sagsøgeren om arten af og begrundelsen for anklagerne, og navnlig idet den ikke på et tidligere tidspunkt oplyste selskabet om AKZO's vidneforklaring.

45 Det skal indledningsvist bemærkes, at Retten ikke har kompetence til at efterprøve lovligheden af en undersøgelse på konkurrenceområdet på baggrund af bestemmelserne i EMRK, da de ikke som sådan udgør en del af fællesskabsretten. Fællesskabets retsinstanser skal dog sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, der hører til de almindelige retsprincipper, og lader sig til dette formål inspirere af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne samt de anvisninger i form af internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaterne har udarbejdet og tiltrådt. Det skal fastslås, at EMRK i den forbindelse er af særlig betydning, hvilket bekræftes af artikel 6, stk. 2, EU (jf. i denne retning Rettens dom af 20.2.2001, sag T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 729, præmis 59 og 60 og den deri nævnte retspraksis). Dette er desuden igen blevet bekræftet i femte afsnit i præambelen til, og i artikel 52, stk. 3, og artikel 53 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

46 I denne forbindelse er det fast retspraksis, at retten til et forsvar i enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder i henhold til forordning nr. 17, er grundlæggende rettigheder, der er en del af de almindelige

retsprincipper, som Fællesskabets retsinstanser sikrer overholdelsen af (jf. i denne retning Domstolens dom i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 64, og dom af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 68).

⁴⁷ Det skal desuden bemærkes, at den administrative procedure i henhold til forordning nr. 17, som finder sted i Kommissionen, er underinddelt i to forskellige og successive faser, som hver har sin egen indre logik, nemlig en indledende undersøgelsesfase og en kontradiktorisk fase. Den indledende undersøgelsesfase, hvor Kommissionen udnytter sine undersøgelsesbeføjelser i henhold til forordning nr. 17, og som strækker sig til klagepunktsmeddelelsen, skal gøre det muligt for Kommissionen at indsamle alle de relevante elementer, som bekræfter eller afkræfter en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at foretage en første stillingtagen til, hvilken kurs proceduren skal følge. Den kontradiktoriske fase, som strækker sig fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige beslutning, skal gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse (jf. i denne retning dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 181-183, og Domstolens dom af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 38).

⁴⁸ For det første har Domstolen for så vidt angår den indledende undersøgelsesfase, præciseret, at denne fase som starttidspunkt har den dato, hvor Kommissionen under udøvelse af sin kompetence i henhold til artikel 11 og 14 i forordning nr. 17 træffer foranstaltninger, der indebærer kritik for at have begået en overtrædelse og har vigtige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation (dommen af 15.10.2002 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 182, og af 21.9.2006 i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 38). For det andet følger det af Domstolens praksis, at det først er i begyndelsen af den administrative kontradiktoriske fase, gennem klagepunktsmeddelelsen, at den berørte virksomhed bliver underrettet om alle de væsentlige omstændigheder, som Kommissionen lægger til grund på dette trin af proceduren, og at virksomheden har ret til aktindsigt for at sikre en effektiv udøvelse af dens ret til

forsvar. Følgelig er det først efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, at den berørte virksomhed fuldt ud kan gøre retten til forsvar gældende (jf. i denne retning dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 315 og 316, dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 66 og 67, dommen af 21.9.2006 i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 47, og Domstolens dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 59). Såfremt de nævnte rettigheder også omfattede perioden forud for afsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, ville det svække effektiviteten af Kommissionens undersøgelse, fordi den berørte virksomhed allerede under den indledende undersøgelsesfase ville blive i stand til at fastslå, hvilke oplysninger Kommissionen allerede havde kendskab til, og dermed hvilke oplysninger der stadig kunne holdes skjult for den (dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen, præmis 60).

- 49 Under disse omstændigheder kan der ikke gives medhold i sagsøgerens argument om, at overholdelsen af retten til et forsvar og af retten til en retfærdig rettergang indebærer, at selskabet skal have adgang til AKZO's vidneforklaring under den indledende undersøgelsesfase.
- 50 I overensstemmelse med den i præmis 48 ovenfor nævnte retspraksis indebærer Kommissionens undersøgelsesforanstaltninger under den indledende undersøgelsesfase, navnlig kontrolundersøgelser og begæringer om oplysninger i henhold til artikel 11 og 14 i forordning nr. 17, ikke desto mindre i sig selv, at der foreligger en anklage om en overtrædelse, hvilket kan have vigtige følger for de mistænkte virksomheders situation.
- 51 Det er følgelig væsentligt at undgå, at retten til et forsvar undergraves uopretteligt under denne fase i den administrative procedure, eftersom de undersøgelsesforanstaltninger, der er truffet, kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar (jf. i denne

retning dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 15). Hvad angår overholdelsen af en rimelig frist har Domstolen således i det væsentlige fastslået, at den udstrakte varighed af den indledende undersøgelsesfase kan påvirke de berørte virksomheders fremtidige muligheder for forsvar, navnlig ved at formindske virkningen af retten til et forsvar, når den påberåbes under den kontradiktoriske fase. Jo længere tid, der forløber mellem en undersøgelsesforanstaltning og klagepunktsmeddelelsen, desto mere sandsynligt er det, at eventuelle diskulperende beviser ikke længere, eller kun vanskeligt kan fremskaffes. Af denne årsag skal vurderingen af årsagen til den eventuelle svækkelse af den effektive virkning af retten til et forsvar ikke begrænses til selve den fase, hvor disse rettigheder får deres fulde virkning, dvs. den kontradiktoriske fase, men udstrække sig til hele denne procedure ved at henholde sig til dennes samlede varighed (jf. i denne retning dom af 21.9.2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen*, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 49 og 50).

52 Retten er af den opfattelse, at disse overvejelser finder tilsvarende anvendelse på spørgsmålet om, i hvilket omfang Kommissionen, fra tidspunktet for den indledende undersøgelsesfase, skal give den berørte virksomhed bestemte oplysninger om genstanden for og formålet med undersøgelsen, med henblik på at gøre det muligt for virksomheden at opretholde et effektivt forsvar i den kontradiktoriske fase. Selv om den berørte virksomhed rent formelt ikke er »anklaget« under den indledende undersøgelsesfase, kan iværksættelsen af en undersøgelse af virksomheden, navnlig i form af vedtagelsen af en foranstaltning til undersøgelse af virksomheden generelt, rent materielt ikke adskilles fra det forhold, at der foreligger en mistanke, og følgelig en indirekte anklage som omhandlet i den i præmis 48 ovenfor nævnte retspraksis, hvilken mistanke ligger til grund for vedtagelsen af denne foranstaltning (jf. tillige i denne retning *Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Casse mod Luxembourg* af 27.4.2006, sag nr. 40327/02, § 29-33, 71 og 72).

53 Hvad angår rækkevidden af denne oplysningspligt skal det først bemærkes, at Kommissionen i en begæring om oplysninger, hvad enten den er uformel som omhandlet i artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 17, eller tager form af en beslutning som

omhandlet i forordningens artikel 11, stk. 5, i henhold til artikel 11, stk. 3, og navnlig med henblik på overholdelsen af den berørte virksomheds ret til forsvar, skal angive retsgrundlaget for og formålet med begæringen. Således skal behovet i medfør af artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 for oplysninger begæret af Kommissionen vurderes ud fra formålet med undersøgelsen, hvilket skal angives i selve begæringen om oplysninger. I den forbindelse har Retten præciseret, at Kommissionen kun kan begære oplysninger, som kan være til nytte ved undersøgelsen af den formodede overtrædelse, som dels er årsag til undersøgelsen, dels skal være angivet i begæringen om oplysninger (jf. i denne retning Rettens dom af 12.12.1991, sag T-39/90, SEP mod Kommissionen, Sml. II, s. 1497, præmis 25, og af 8.3.1995, sag T-34/93, Société générale mod Kommissionen, Sml. II, s. 545, præmis 39, 40, 62 og 63).

54 Dernæst erindres om kravet om, at Kommissionen i en beslutning om kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 skal angive kontrolundersøgelsens genstand og formål. Dette krav udgør en grundlæggende garanti for den berørte virksomheds ret til et forsvar, således at rækkevidden af forpligtelsen til at begrunde beslutninger om kontrolundersøgelser ikke kan begrænses ud fra overvejelser vedrørende undersøgelsens gennemslagskraft. I den henseende følger det af retspraksis, at selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at give adressaten for en beslutning om en kontrolundersøgelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, eller til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser, har Kommissionen dog pligt til klart at angive, hvilke formodninger den påtænkte undersøgelse angår (jf. i denne retning dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 27 ovenfor, præmis 41, og af 17.10.1989, sag 85/87, Dow Benelux mod Kommissionen, Sml. s. 3137, præmis 8 og 9, Rettens dom af 12.7.2007, sag T-266/03, CB mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 36. Jf. analogt dommen i sagen Société générale mod Kommissionen, nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 62 og 63). Kommissionens inspektører skal ligeledes i forbindelse med en kontrolundersøgelse på grundlag af artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17 fremlægge en skriftlig fuldmagt, hvori også genstanden for og formålet med kontrolundersøgelsen er angivet.

55 Retten er af den opfattelse, at kravene i præmis 53 og 54 ovenfor finder anvendelse uafhængigt af, om begæringen om oplysninger til en virksomhed, der er mistænkt for at have begået en overtrædelse, er baseret på en formel beslutning som omhandlet i

artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17, eller en uformel skrivelse som omhandlet i artikel 11, stk. 2. Hertil kommer, at den berørte virksomheds mulighed for under den indledende undersøgelsesprocedure at forberede et passende forsvar, ikke kan variere alt efter, om Kommissionen træffer en undersøgelsesforanstaltning i henhold til artikel 11 eller artikel 14 i forordning nr. 17, eftersom alle disse foranstaltninger, der indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, har vigtige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation (jf. i denne retning dommen af 15.10.2002 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 25 ovenfor, præmis 182, og af 21.9.2006 i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 38).

56 Heraf følger, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor den første foranstaltning vedrørende virksomheden træffes, skal underrette den berørte virksomhed — også i begæringerne om oplysninger, som sendes til virksomheden i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 — bl.a. om genstanden for og formålet med den iværksatte undersøgelse. I den forbindelse skal begrundelsen ikke være af samme omfang som den begrundelse, der kræves for beslutninger om kontrolundersøgelser, hvilket krav følger af den mere bindende karakter og den særligt væsentlige virkning heraf på den berørte virksomheds retsstilling (jf. vedrørende Kommissionens beføjelser til kontrolundersøgelser dommen i sagen CB mod Kommissionen, nævnt i præmis 54 ovenfor, præmis 71). Denne begrundelse skal imidlertid gøre det muligt for virksomheden at forstå formålet med og genstanden for undersøgelsen, hvilket indebærer, at de formodede overtrædelser skal præciseres, og i den sammenhæng at virksomheden kan gøres til genstand for kritik i forbindelse med den eventuelle overtrædelse, således at den kan træffe de nødvendige diskulperende foranstaltninger og derved forberede sit forsvar på tidspunktet for den kontradiktoriske fase i den administrative procedure.

57 Følgelig var Kommissionen i det foreliggende tilfælde på tidspunktet for fremsendelsen af begæringen om oplysninger den 3. februar 2003 forpligtet til at oplyse sagsøgeren bl.a. om den formodede overtrædelse, som er genstand for den iværksatte undersøgelse, og om, at dette kan indebære, at Kommissionen i denne sammenhæng må fremsætte kritik af virksomheden. Det fremgår dog alene af denne begæring, at Kommissionen foretog en undersøgelse af en formodet overtrædelse af artikel 81 EF begået af de europæiske producenter af organiske peroxider i form af en bestemt adfærd, som er nævnt generelt og som et eksempel, uden at det derved præciseres, at undersøgelsen

også omfattede en eventuel overtrædelse begået af sagsøgeren. Det ser ud til, at det først var under mødet den 20. marts 2003, dvs. nogle uger før iværksættelsen af den formelle undersøgelsesprocedure, at Kommissionens tjenestemænd med ansvar for sagen nævnte, at sagsøgeren også var omfattet af undersøgelsen. En forudgående underretning af sagsøgeren var så meget desto mere nødvendig som Kommissionens valg om at retsforfølge en rådgivningsvirksomhed ifølge dens eget udsagn udgjorde en ændring af institutionens tidligere beslutningspraksis, og sagsøgeren følgelig ikke kunne forvente, at selskabet ville blive direkte omfattet af klagepunktsmeddelelsen.

58 Denne omstændighed kan dog ikke i sig selv medføre en annullation af den anfægtede beslutning. Det skal desuden efterprøves, om den uregelmæssighed, Kommissionen har begået, konkret kan påvirke sagsøgerens ret til et forsvar som led i den omhandlede procedure (jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 71 ff., og dommen af 21.9.2006 i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt i præmis 47 ovenfor, præmis 55 ff.).

59 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke fremført et eneste konkret element, der godtgør, at den omhandlede uregelmæssighed svækkede effektiviteten af selskabets forsvar under den kontradiktoriske fase i den administrative procedure, og at procedurens forløb i sin helhed samt indholdet af Kommissionens beslutning kunne have været påvirket af et mere effektivt forsvar. Sagsøgeren har derimod under retsmødet erkendt, at en forudgående underretning vedrørende rækkevidden af kritikken af selskabet, bl.a. på tidspunktet for begæringen om oplysninger den 3. februar 2003, ikke på nogen måde kunne have påvirket Kommissionens konklusioner i den anfægtede beslutning for så vidt angår sagsøgeren, hvilket er blevet indført i retsmøderapporten. En sådan påvirkning er nemlig så meget desto mindre sandsynlig, da der kun forløb omkring syv uger mellem fremsættelsen af denne begæring om oplysninger på den ene side og iværksættelsen af den formelle undersøgelsesprocedure samt fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen på den anden side.

60 Følgelig skal dette anbringende forkastes som ugrundet.

C — Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege)

1. Parternes argumenter

a) Sagsøgerens argumenter

Generelt

61 Sagsøgeren er af den opfattelse, at selskabet ikke har overtrådt artikel 81 EF, eftersom det blot har optrådt som ustrafbar medvirkende i kartellet bestående af AKZO, Atochem/Atofinia og PC/Degussa. Kommissionen har selv i betragtning 339 til den anfægtede beslutning erkendt, at sagsøgeren ikke var kontraherende part i kartellet, som blev aftalt af producenterne af organiske peroxider. Heraf drog Kommissionen ikke desto mindre den meget vage konklusion i betragtning 349 til beslutningen, at sagsøgeren »deltog i en aftale og/eller traf beslutninger som virksomhed og/eller som en sammenslutning af virksomheder«. Dernæst erkendte Kommissionen i betragtning 454 til beslutningen, at »det forhold, at en beslutning rettes til en virksomhed og/eller en sammenslutning af virksomheder, som har spillet en i den grad særlig rolle, i et vist omfang er nyt«. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen således overskredet sine beføjelser, der følger af artikel 15, st. 2, i forordning nr. 17, sammenholdt med artikel 81, stk. 1, EF, og tilsidesat princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege). Hertil kommer, at Kommissionens

ukorrekte juridiske bedømmelse lægger fejlagtige faktiske konstateringer vedrørende sagsøgerens rolle i kartellet til grund.

Om indsigelsen mod de faktiske omstændigheder, der er anført i den anfægtede beslutning

- ⁶² Sagsøgeren har i det væsentlige gjort indsigelse mod den betydning, Kommissionen i den anfægtede beslutning har tillagt selskabets aktivitet i forbindelse med kartellet (betragtning 95, 105, 332, 333 og 345 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har reelt blot i sin egenskab af rådgivningsvirksomhed og befuldmægtiget, i overensstemmelse med AKZO, Atochem/Atofinas og PC/Degussas instrukser, udført administrative tjenester for disse virksomheders regning, hvoraf størstedelen ingen forbindelse har med kartellet.
- ⁶³ For det første var sagsøgeren fra slutningen af 1993 til slutningen af 1999 i medfør af den schweiziske obligationsret og uden noget konkurrencebegrænsende formål, forbundet til disse tre producenter af organiske peroxider i form af tjenesteydelsesaftaler, såkaldt »fuldmagter«. På grundlag af disse fuldmagter udfærdigede sagsøgeren for det første en markedsstatistik, for det andet organiserede selskabet fire officielle møder mellem disse producenter i Zürich samtidig med, at det deltog i den officielle del af disse møder, for det tredje reserverede sagsøgeren et mødelokale til fire uformelle møder mellem disse producenter i Zürich uden dog at have deltaget heri, eller blot delvist at have deltaget heri, og uden at have kendskab til indholdet heraf, for det fjerde godtgjorde sagsøgeren repræsentanterne fra disse producenter deres udgifter til rejsen med henblik på at deltage i disse møder, og for det femte opbevarede selskabet visse dokumenter, der for en dels vedkommende havde et konkurrencebegrænsende indhold, for PC/Degussa og Atochem/Atofinas regning.

64 I øvrigt var disse tjenesteydelsesaftaler, i modsætning til det i betragtning 340 til den anfægtede beslutning nævnte, ikke konkurrencebegrænsende. Kun aftalerne mellem producenterne, navnlig aftalen af 1971, som sagsøgeren aldrig har været part i (betragtning 339 til den anfægtede beslutning), fastsatte begrænsninger for konkurrencen på markedet for organiske peroxider. Følgelig er den påstand, der fremgår af betragtning 335 til den anfægtede beslutning, hvorefter sagsøgerens aktivitet »udgjorde grundlaget for oprettelsen af kartellet«, også fejlagtig, da kartellet blev oprettet i 1971 af AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa, uden sagsøgerens deltagelse. Sagsøgeren har i det væsentlige præciseret, at de handlinger, selskabet er tiltalt for, ganske vist har en forbindelse med kartellet, såsom reserveringen af et mødelokale og godtgørelse af rejseudgifter, men at de blot var af rent logistisk og administrativ art for de tre producenter af organiske peroxider.

65 For det andet har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen, ved i betragtning 87, 109 ff., navnlig betragtning 209 til den anfægtede beslutning at henvise til »Fides/AC-Treuhand« som en enhed, fejlagtigt har pålagt sagsøgeren Fides' handlinger i perioden fra 1971-1993. Således har Kommissionen tilsidesat princippet om skyld og individuelt ansvar, og har skadet sagsøgerens omdømme (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 145). Sagsøgeren, der blev grundlagt i 1993, er ikke ansvarlig for Fides' adfærd, og der er ingen selskabsretlig strukturel forbindelse mellem Fides og sagsøgeren. I slutningen af 1993 erhvervede sagsøgeren den afdeling af Fides, som beskæftiger sig med rådgivning om ledelse til sammenslutninger, og indgik efterfølgende nye tjenesteydelsesaftaler med Fides' tidligere kunder. Desuden er brevet fra Fides fra november 1993, hvori virksomheden foreslår sine tidligere kunder at fortsætte de handelsmæssige forbindelser med sagsøgeren, ikke et relevant bevis for en angivelig »personalemæssig kontinuitet« mellem Fides og sagsøgeren. Det er helt sædvanligt, som led i erhvervelsen af virksomheder, at sælgeren af markedsføringsmæssige årsager sender sådanne »anbefalingsbreve« vedrørende en eventuel overførsel af fuldmagten til det selskab, der har forestået overtagelsen. Heraf har sagsøgeren konkluderet, at selskabet ikke kan holdes ansvarlig for Fides' adfærd, hvilket burde have medført, at Kommissionen lagde betydeligt mindre vægt på selskabets rolle i den afgørende periode fra 1994 til 1999.

- 66 Sagsøgeren har i denne forbindelse præciseret, at selskabet i modsætning til Fides ikke har deltaget i en konkurrencebegrænsende udveksling af oplysninger mellem de tre producenter af organiske peroxider. Beskrivelsen af sagsøgerens rolle i betragtning 91 ff. til den anfægtede beslutning tager ikke hensyn til, at disse producenter i 1993 væsentligt ændrede den måde, kartellet fungerede på, idet de fremover afstod fra, med deltagelse af Fides, at udveksle oplysninger om salgsomsætningen og priser under møder. Efter 1993 blev denne ordning afløst af en ordning om udveksling af oplysninger administreret af AKZO i form af telefaxer og som led i møder, kaldet »arbejdsgrupper«, hvilken ordning sagsøgeren ikke deltog i, og som selskabet end ikke havde kendskab til (betragtning 136 til den anfægtede beslutning). I den sammenhæng udarbejdede AKZO detaljerede statistikker med henblik på fremlæggelse heraf under møder i arbejdsgruppen, ledede disse møder, overvågede, at markedsandelene blev overholdt, og henstillede til de andre producenter, at de forhøjede deres priser.
- 67 For det tredje har sagsøgeren for så vidt angår opbevaringen af den originale version af aftalen fra 1971 og af aftalen fra 1975 påstået, at selskabet udelukkende opbevarede eksemplarerne i sin bankboks for Atochem/Atofina og for PC/Degussa, som til enhver tid kunne afhente eller efterse dem. Desuden har sagsøgeren erkendt, at selskabet indtil 1995 eller 1996, for producenterne af organiske peroxidens regning, beregnede afvigelserne mellem de kvoter, der var aftalt mellem dem. Dokumenterne med denne beregning kunne ligeledes til enhver tid efterses af medlemmerne af kartellet. Sagsøgerens opbevaring af andres dokumenter er dog ikke i sig selv en ulovlig handling i henhold til konkurrencereglerne.
- 68 For det fjerde har sagsøgeren bestridt kritikpunktet om, at selskabet indsamlede oplysninger vedrørende salget af organiske peroxider og fremsendte de »overensstemmende statistikker« til medlemmerne af kartellet (betragtning 92 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har gjort gældende, at disse statistikker var lovlige og ingen forbindelse havde med aftalen, hvilket ifølge sagsøgeren er bekræftet af AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa. Efter at Fides, på foranledning af disse producenter, oprettede en officiel oplysningsordning om markedet for organiske peroxider, indgik sagsøgeren stiltiende, i slutningen af 1993, nye tjenesteydelsesaftaler med producenterne, der vedrørte udarbejdelsen af »neutrale« markedsstatistikker. Disse statistikker blev udarbejdet på grundlag af historiske salgsomsætninger (i ton), indberettet af producenterne. De priser, som producenterne havde fastsat, samt navnet på deres kunder, blev ikke angivet. De blev ledsaget af en liste over de relevante produktkategorier, som Kommissionen fejlagtigt betegnede som »AC-Treuhand-

koden« (betragtning 105 til den anfægtede beslutning). Denne liste var dog blot et arbejdsredskab, dels for sagsøgeren, så denne kunne udarbejde markedsstatistikkerne, dels for det selskab, der skulle foretage en revision af de salgsmængder, producenterne havde indberettet. De således udarbejdede statistikker indeholdt, for de omfattede kategorier af organiske peroxider, kun den samlede mængde på markedet fra det forudgående år eller kvartal, salgsmængden for hver producent og dennes markedsandel, men ikke oplysninger om konkurrenterne.

69 I denne sammenhæng har sagsøgeren bemærket, at udvekslingen af oplysninger fra 1993 til 1999 mellem producenterne af organiske peroxider om mængder og salgspriser pr. land og pr. kunde, og følgelig samordningen af deres adfærd, ikke længere fulgte de regler, der blev aftalt i 1971 og i 1975, men blev sikret ved telefax eller under særskilte arbejdsgruppemøder, og undertiden efter de officielle møder i Zürich, dog uden sagsøgerens deltagelse (betragtning 128 og 136 til den anfægtede beslutning). Heraf har sagsøgeren konkluderet, at den markedsstatistik, selskabet udarbejdede, i modsætning til det indtryk, man får i betragtning 92 til den anfægtede beslutning, ikke blev anvendt til at samordne producenternes adfærd. Forberedelsen af og kontrollen med tallene i oplysningsordningen om markedet udgjorde heller ikke grundlaget for overtrædelsen. Den af sagsøgeren udarbejdede statistik havde nemlig fra 1993 ingen forbindelse til sagsøgerens deltagelse i kartellets møder og til forslaget om kvoter. Denne forbindelse blev senest i 1996 afbrudt, da sagsøgeren ophørte med at beregne afvigelserne mellem de aftalte kvoter.

70 Sagsøgeren har præciseret, at revisionen af producenterne af organiske peroxidernes salgstal ingen forbindelse havde med kartellet. Sagsøgeren havde hverken »udarbejdet eller godkendt« en revision heraf (betragtning 333 til den anfægtede beslutning), eller været »bogholder« for kartellet (betragtning 404 til den anfægtede beslutning). Denne fejlagtige bedømmelse er opstået dels på grund af en sammenblanding af funktionen af den lovlige oplysningsordning på markedet og kartellets ordning, dels en misforståelse af de opgaver, der blev udført af det selskab, der havde sagsøgerens underfuldmagt, hvilket selskab foretog revisionen af oplysningerne om de salgsmængder, producenterne fremsendte til sagsøgeren hver tredje til hver sjette måned for hver produktkategori. På dette grundlag beregnede sagsøgeren de respektive markedsandele for dernæst at fremsende »de samlede tal for markedet« til producenterne. Endelig opfyldte revisionen af de salgsmængder, der blev fremsendt til sagsøgeren, de tre

producenters ønske og var en almindeligt brugt og lovlig fremgangsmåde inden for rammerne af seriøse oplysningsordninger på markedet, uden nogen forbindelse til kartellet.

71 For det femte har sagsøgeren bestridt Kommissionens påstand om, at selskabet deltog »mindst en gang« i et arbejdsgruppemøde (betragtning 92 til den anfægtede beslutning), eller i flere af disse møder (betragtning 99 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren deltog næsten aldrig i de konkurrencebegrænsende møder mellem de tre producenter af organiske peroxider. Ud af de 63 møder, der fandt sted fra slutningen af december 1993, som angivet i tabel 4 i den anfægtede beslutning (s. 28 ff.), hvoraf kun ni fandt sted i Zürich, blev der kun afholdt fem møder med delvis deltagelse af sagsøgerens medarbejdere, dvs. møderne i Zürich den 25. oktober 1994, den 16. februar 1995, den 16. januar og den 19. april 1996, og den 23. november 1998. Mødet i Amersfoort (Nederlandene) den 19. oktober 1998 bør tilføjes, hvor kun repræsentanter fra AKZO og en af sagsøgerens tidligere medarbejdere deltog, M.S. Sagsøgeren har imidlertid detaljeret bestridt den betydning, Kommissionen i den anfægtede beslutning har tillagt M.S.' deltagelse. Under alle omstændigheder påhviler det Kommissionen at føre bevis for, at sagsøgeren rent faktisk har deltaget i møder med konkurrencebegrænsende formål (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 78).

72 Sagsøgeren har præciseret, at det bortset fra mødet den 16. januar 1996 drejede sig om såkaldte »topmøder«, der bestod af en »officiel« og en »uformel« del. Sagsøgerens medarbejdere deltog dog kun i den officielle del af disse møder, under hvilke kun spørgsmål vedrørende den officielle markedsstatistik samt klassificeringen og sikkerheden af varerne blev rejst. I den sammenhæng var sagsøgerens rolle begrænset til administrative opgaver, såsom fremsendelsen af indbydelser med dagsordenen, reservering af et mødelokale og i givet fald hotelværelser, modtagelse af deltagerne og udarbejdelsen af et referat fra de officielle møder. Sagsøgeren havde desuden fået

instrukser om telefonisk at reservere et mødelokale i et hotel til de »uformelle« møder i Zürich den 23. oktober 1997, den 17. april og den 27. oktober 1998, uden dog selv at have deltaget i disse møder.

- 73 AKZO's påstand, som anført i betragtning 127 til den anfægtede beslutning, om, at sagsøgeren »systematisk« deltog i de årlige møder, bl.a. med henblik på at tilpasse markedsandelene, er følgelig åbenbart fejlagtig. Denne tilpasning krævede ikke sagsøgerens deltagelse i møderne, da hver producent af organiske peroxider kendte de »officielle« markedsandele som følge af deres indbyrdes udveksling af salgsmængder ved hjælp af telefax eller under arbejdsgruppemøder (betragtning 128 til den anfægtede beslutning).
- 74 For det sjette har sagsøgeren gjort gældende, at selskabet hverken har været ordstyrer eller mægler for deltagerne i kartellet (betragtning 92, 99, 102 og 336 til den anfægtede beslutning). Dels var der ingen »ordstyrer« under de sjældne møder mellem de tre producenter af organiske peroxider, som sagsøgeren deltog i mellem 1994 og 1999, hvor sagsøgerens rolle var begrænset til at modtage deltagerne og udfærdige referat af den officielle del af mødet, dels fungerede sagsøgeren heller ikke som »mægler« i tilfælde af spændinger mellem medlemmerne af kartellet, eller tilskyndede disse til at finde et kompromis. Deltagerne i kartellet blev altid selv enige om, at en afslutning af drøftelserne kun ville forværre situationen. Hertil kommer, at sagsøgeren, henset til, at selskabet ikke deltog i de uformelle møder (jf. præmis 72 ovenfor), ikke kunne fungere som mægler i tilfælde af spændinger mellem medlemmerne af kartellet.
- 75 I den forbindelse har sagsøgeren bestridt, at selskabet i sit svar på klagepunktsmeddelelsen har erklæret, at det »optrådte som mægler« (betragtning 92, 94 og 99 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har rent faktisk erklæret, at M.S. som sekretær blot optrådte som »vært« under mødet, hvilket bl.a. indebærer, at han åbnede de fire officielle og lovlige »topmøder« mellem 1994 og 1999 med en velkomsttale (jf. præmis 72 ovenfor), og at han gav meddelelse om frokostpausen. I denne periode deltog M.S. aldrig eller næsten aldrig i de uformelle møder mellem de tre producenter af organiske peroxider. § 10 i aftalen fra 1971, der har overskriften »Mægling«, dokumenterer, at producenterne selv fungerede som mæglere, hvilket er blevet bekræftet af Atochem/Atofina for så vidt angår AKZO's rolle som mægler under flere møder. På denne

baggrund har sagsøgeren konkluderet, at AKZO har fremsat falske anklager mod selskabet med henblik på at aflede opmærksomheden fra AKZO's egen rolle som mægler.

76 For det syvende har sagsøgeren atter hævdet, at selskabet kun indtil 1995 eller 1996 varetog opgaven med at beregne forskellene med hensyn til de aftalte kvoter og videregive dem til producenterne af organiske peroxider i henhold til en fuldmagt og efter instruks. Senest fra 1997 foretog de tre producenter selv beregningen af forskellene under ledelse af AKZO, på grundlag af deres salgsomsætning, som blev udvekslet under arbejdsgruppemøderne eller ved telefax (jf. præmis 69 ovenfor). AKZO udarbejdede dernæst på dette grundlag den globale statistik over salgsomsætningen for alle producenterne af organiske peroxider og fremlagde den under det efterfølgende arbejdsgruppemøde. Desuden hidrører de dokumenter, AKZO har fremlagt med henblik på at godtgøre, at sagsøgeren i 1996 eller i 1997 fortsatte med at beregne forskellene med hensyn til de aftalte kvoter, fra AKZO selv, og ikke fra sagsøgeren.

77 Endelig har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens bevisbedømmelse er ulovlig, da den tilsidesætter uskyldsformodningen (dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, nævnt i præmis 24 ovenfor, præmis 58) og den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang som fastsat i artikel 6, stk. 1, i EMRK og i artikel 47, stk. 2, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Kommissionen har nemlig tiltrådt AKZO's fejlagtige vidneforklaring uden dog at efterprøve, om den i lyset af Atochem/Atofina og PC/Degussa samt sagsøgerens modstridende vidneforklaring er begrundet. Det følger imidlertid af artikel 6, stk. 1, i EMRK, at erklæringer fremsat af en part, som samarbejder, kun kan anses for troværdige, når de understøttes af yderligere og uafhængige beviser (Den Europæiske Menneskerettighedskommissions afgørelse af 6.10.1976 i sagen X mod Det Forenede Kongerige, sag nr. 7306/75, *Decisions and Reports* nr. 7, s. 119, på s. 122). Desuden er det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af beviserne disses troværdighed (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, hvori der henvises til forslag til afgørelse fra dommer Vesterdorf som udpeget generaladvokat i sagen Rhône-Poulenc mod Kommissionen, nævnt i præmis 24 ovenfor, Sml. II, s. 869, på s. 954; jf.

tillige i denne retning Domstolens dom af 23.3.2000, forenede sager C-310/98 og C-406/98, Met-Trans og Sagpol, Sml. I, s. 1797, præmis 29, og Rettens dom af 7.11.2002, forenede sager T-141/99, T-142/99, T-150/99 og T-151/99, Vela og Tecnagrind mod Kommissionen, Sml. II, s. 4547, præmis 223).

78 En part, der samarbejder, har imidlertid god grund til at lyve, og Kommissionen er forpligtet til, af egen drift at efterprøve vidneforklaringen, navnlig når den er afgørende for den endelige beslutning og er i strid med en anden vidneforklaring (jf. tillige betragtning 85 til Kommissionens beslutning 86/399/EØF af 10.7.1986 om en procedure i henhold til artikel [81 EF] (IV/31.371 — Asfaltpap) (EFT L 232, s. 15) og betragtning 278 til den anfægtede beslutning). I det foreliggende tilfælde har Kommissionen tilsidesat disse principper, idet den har gengivet flere af AKZO's falske anklager mod sagsøgeren uden derved at fremlægge andre uafhængige beviser (jf. tillige i denne retning Rettens dom af 14.10.2004, sag T-44/02, Dresdner Bank mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 74). Der kræves en særligt kritisk undersøgelse af AKZO's erklæringer, når henses dels til risikoen for, at AKZO overdriber sagsøgerens rolle og betydning, for at aflede opmærksomheden fra AKZO's egen afgørende rolle i gennemførelsen af kartellet, dels til, at AKZO for sent fremsatte bestemte, ubegrundede anklager mod sagsøgeren.

79 Hvis AKZO i sin skrivelse af 17. februar 2003 havde indrømmet, at forslaget om nye kvoter hidrørte fra AKZO selv og ikke fra sagsøgeren, ville Kommissionen nemlig ikke have andet valg end at tage AKZO's afgørende rolle i kartellet til efterretning, hvilket ville medføre, at AKZO ikke ville kunne fritages fra en bøde i henhold til punkt B, litra e), i samarbejdsmeddelelsen. Ifølge sagsøgeren bekræfter risikoen for at få afslag på immunitet og størrelsen af den bøde, AKZO risikerede at blive pålagt, at AKZO blev tilskyndet til at aflægge vidneforklaring mod sagsøgeren. Følgelig har Kommissionen, ved at lægge AKZO's fejlagtige erklæringer til grund, uden at fremlægge yderligere, uafhængige beviser til støtte for klagepunkterne og uden at stille spørgsmål om troværdigheden af disse erklæringer eller tage hensyn til alle de for sagsøgeren diskulperende omstændigheder, tilsidesat den grundlæggende ret til en retfærdig rettergang samt uskyldsformodningen.

Tilsidesættelse af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege)

— Om virkningen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), på sondringen mellem ophavsmand og medvirkende i de fællesskabsretlige konkurrenceregler

⁸⁰ Sagsøgeren har anført, at Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 17 kun kan pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder, såfremt de forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 81, stk. 1 EF. Imidlertid tilsidesætter virksomheder — som blot, uden at deltage i kartellet i denne bestemmelses forstand, letter den overtrædelse af konkurrencereglerne, som medlemmerne af kartellet begår, eller tilskynder til at begå en sådan overtrædelse — ikke artikel 81, stk. 1, EF, og kan ikke pålægges en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Følgelig har Kommissionen, ved i den anfægtede beslutning at fastslå, at sagsøgeren har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF, og ved at pålægge selskabet en bøde, tilsidesat princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) som fastsat i artikel 7, stk. 1, EMRK. Hertil kommer ifølge sagsøgeren, at Kommissionens udvidende fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF ubegrænset udvider det element, der udgør grundlaget for overtrædelsen i artikel 81, stk. 1, EF, og således tilsidesætter princippet om strafferettens klarhed (nulla poena sine lege certa).

⁸¹ Sagsøgeren har gjort gældende, at der i de fællesskabsretlige konkurrenceregler i forbindelse med en overtrædelse sondres mellem ophavsmand på den ene side og anstiftere og medvirkende på den anden side. Denne sondring er en del af de almindelige fællesskabsretlige principper, henset til overensstemmelsen med reglerne i nationale retsordener på området, såsom § 27, stk. 1, i Strafgesetzbuch (den tyske straffelov), artikel 48 i Wetboek van Strafrecht (den nederlandske straffelov), artikel 67 i den belgiske straffelov, artikel 121-7 i den franske straffelov, section 8 i Accessories and Abettors Act af 1861 (Det Forenede Kongeriges straffelov), artikel 28, stk. 2, litra b), og

artikel 29 i Código penal (den spanske straffelov) vedrørende medvirken, og artikel 46 og 47 i Poinikos kodikas (den græske straffelov), artikel 66 og 67 i den luxembourgske straffelovbog, artikel 26 ff. i Código penal (den portugisiske straffelov), kapitel 23, § 4 i Brottsbalk (den svenske straffelov) og kapitel 5 i Rikoslaki (den finske straffelov). Den bekræftes endvidere af artikel 2, stk. 1, i konventionen om beskyttelse af De Europæiske Fællesskabers finansielle interesser af 26. juli 1995 (EFT C 316, s. 49) og af artikel 11 i Corpus Juris om strafferetlig beskyttelse af Fællesskabets finansielle interesser (udarbejdet under ledelse af Mireille Delmas-Marty, *Economica*, 1997).

82 Følgelig skal der endvidere, når sanktioner pålægges i henhold til forordning nr. 17, sondres mellem ophavsmænd på den ene side og anstiftere og medvirkende på den anden side. Ifølge sagsøgeren er der imidlertid ikke i de fællesskabsretlige konkurrenceregler hjemmel til at pålægge anstifteren eller den medvirkende sanktioner for en overtrædelse. Derfor er det kun en person, der som ophavsmand til en overtrædelse opfylder betingelsen om en overtrædelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, der pålægges en sanktion. Derimod kan medvirkende eller anstiftere til en overtrædelse ikke straffes.

83 En modsat og udvidende fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF som den, Kommissionen har foretaget i det foreliggende tilfælde, tilsidesætter princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) som omhandlet i artikel 7, stk. 1, EMRK, og artikel 49, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Menneskerettighedsdomstolen har fastslået, at artikel 7 i EMRK indeholder både dette princip og princippet om, at straffeloven ikke må fortolkes udvidende, herunder ved analogi, til skade for tiltalte. Det følger heraf, at en lovovertrædelse skal være klart defineret i selve loven (Menneskerettighedsdomstolens dom af 22.3.2001 i sagen *Streletz m.fl. mod Tyskland*, sag nr. 34044/96, *Report of Judgements and Decisions*, 2001-II, § 50 og den deri nævnte retspraksis).

84 Sagsøgeren er af den opfattelse, at princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), der er et almindeligt, fællesskabsretligt princip, tillige finder anvendelse på en repressiv administrativ procedure i henhold til forordning nr. 17, og navnlig på bøder som fastsat i forordningens artikel 15, stk. 2. Dette følger dels af artikel 6, stk. 2, EU, dels af retspraksis (Domstolens dom af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, X, Sml. I, s. 6609, præmis 25, dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 109 og 122, og i sagen LR AF 1998 mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 209 og 210). Hertil kommer, at det drejer sig om et væsentligt retsstatsprincip, der sikrer en effektiv beskyttelse mod vilkårlige forfølgelser og sanktioner (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Streletz m.fl. mod Tyskland, nævnt i præmis 83 ovenfor, § 50 og den deri nævnte retspraksis).

— Om begrebet ophavsmand i henhold til artikel 81 EF

85 Sagsøgeren har præciseret, at princippet om strafferettens klarhed (*nulla poena sine lege certa*) i artikel 7, stk. 1 i EMRK (jf. præmis 80 ovenfor) kræver, at begrebet ophavsmand til en overtrædelse som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF fortolkes restriktivt (jf. tillige Domstolens dom i X-sagen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 25, og dom af 2.10.2003, sag C-195/99 P, Krupp Hoesch mod Kommissionen, Sml. I, s. 10937, præmis 86). Dette princip har til formål at sikre, at den sanktion, der pålægges for en overtrædelse af en regel, som f.eks. den sanktion, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, kan forudses af de personer, reglen omfatter, og at den kompetente beslutningsmyndighed har nogle rammer, der gør, at »overraskende« afgørelser udelukkes. Domstolen har nemlig fastslået, at en sanktion i henhold til fællesskabsretten, herunder ikke-strafferetlige sanktioner, kun kan pålægges, hvis de er baseret på et klart og utvetydigt grundlag (Domstolens dom af 25.9.1984, sag 117/83, Könecke, Sml. s. 3291, præmis 11, og af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena, Sml. s. 4587, præmis 15).

86 Hertil kommer, at jo mere individet oplever, at sanktionen er alvorlig, desto mere skal en fællesskabsretlig retsakt være præcis. Domstolen har på dette område fastslået, at kravet om juridisk klarhed er særligt påtrængende på et område, hvor enhver

usikkerhed risikerer at indebære, at særdeles alvorlige sanktioner bringes i anvendelse (Domstolens dom af 10.7.1980, sag 32/79, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 2403, præmis 46). Under hensyn til, at loftet for den bøde, der kan pålægges i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, er særligt højt, hvilket bekræftes af Kommissionens seneste praksis, begrundes det strafferetlige legalitetsprincip, at begrebet ophavsmand i forbindelse med artikel 81, stk. 1, EF fortolkes restriktivt. Således indebærer Kommissionens udvidende fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF en væsentlig overskridelse af en simpel gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar ved hjælp af en juridisk fortolkning, på grund af uforeneligheden dels med den almindeligt anerkendte definition af begrebet »aftale«, dels med den grundlæggende opfattelse af, at reglerne på konkurrenceområdet er selvstændige.

87 Sagsøgeren har anført, at selskabet i det foreliggende tilfælde ikke var ophavsmand til en overtrædelse, eftersom det hverken var part i aftalen eller en del af en sammenslutning af virksomheder. Sagsøgeren har reelt blot udført opgaver som medvirkende for AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa, hvilket ikke udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF. I lyset af de nationale bestemmelser som nævnt i præmis 81 ovenfor skal sondringen mellem ophavsmænd til en overtrædelse og medvirkende foretages på grundlag af objektive kriterier. Kun personer, der tilhører de kategorier af personer, som er nævnt i artikel 81, stk. 1, EF, og som begår en handling, der er omfattet heraf, er ophavsmand til en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF. Derimod er en person, som uden at opfylde betingelserne om en overtrædelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, men blot i form af hjælp eller bistand bevidst letter forberedelsen af overtrædelsen eller overtrædelseshandlingen, en ustrafbar medvirkende.

88 De overtrædelser, som er nævnt i artikel 81 EF og artikel 82 EF, henhører nemlig under kategorien »særlige« lovovertrædelser, da disse artikler begrænser den kreds af virksomheder, som kan være ophavsmænd til sådanne overtrædelser, til at omfatte dem, som opfylder de særlige kendetegn, dvs. med hensyn til artikel 81 EF virksomheder, som er kontraherende parter i en konkurrencebegrænsende aftale. Dette følger af udtrykket »aftaler mellem virksomheder« i artikel 81, stk. 1, EF og er bekræftet i retspraksis

(dommen i sagen Krupp Hoesch mod Kommissionen, nævnt i præmis 85 ovenfor, præmis 86). Følgelig er det kun en virksomhed, som er kontraherende part i en konkurrencebegrænsende aftale, der kan pålægges en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

⁸⁹ Sagsøgeren har gjort gældende, at ordlyden af og formålet med artikel 81, stk. 1, EF, som tilsigter at beskytte konkurrencen, gør kvalificeringen som ophavsmand afhængig af, om den omhandlede virksomhed er en konkurrent, som skal være genstand for konkurrence, og som følgelig skal udvise en vis konkurrencemæssig adfærd. Kun en virksomhed, der skal opfylde denne særlige forpligtelse, som er forbundet med formålet om fri konkurrence, er omfattet af denne regel. En konkurrencebegrænsende aftale kan nemlig kun indgås mellem virksomheder, som på det pågældende marked er konkurrent, udbyder eller efterspørger.

⁹⁰ Følgelig er en virksomhed kun ophavsmand til en overtrædelse, når den konkurrencebegrænsende aftale er indgået inden for virksomhedens egen erhvervssektor. Begrænsningen af kredsen af ophavsmænd til overtrædelsen er desuden et resultat af retspraksis vedrørende kravet om den såkaldte »selvstændighed«, som ligger til grund for traktatens bestemmelser på konkurrenceområdet, hvorefter enhver erhvervsdrivende selvstændigt skal kunne tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked. Dette krav om selvstændighed er således en fuldstændig hindring for enhver direkte eller indirekte kontakt mellem disse aktører, som har til formål eller til følge at påvirke en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet, eller over for en sådan konkurrent afslører den adfærd, man har besluttet eller overvejer selv at udvise på markedet (Domstolens dom i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 24 ovenfor, præmis 174, og dom af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 160).

— Om kvalificeringen af sagsøgeren som ustrafbar medvirkende

- 91 Sagsøgeren har understreget, at selskabet ikke har været part i en konkurrencebegrænsende aftale mellem producenterne af organiske peroxider, og at det således ikke har tilsidesat det krav om selvstændighed, som ligger til grund for konkurrenceretten. Sagsøgeren har nemlig hverken kontaktet selskabets egne konkurrenter eller påvirket eller søgt at påvirke disses adfærd på markedet. Da sagsøgerens erhvervsaktivitet adskiller sig fra markedet for organiske peroxider, hvilket marked er genstand for overtrædelsen, opfylder sagsøgeren ikke betingelserne for en overtrædelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, og selskabet kan ikke anses for at være ophavsmand til overtrædelsen. Endvidere er Kommissionens opfattelse af, at aftalen af 1971 og tjenesteydelsesaftalerne mellem sagsøgeren på den ene side og AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa på den anden side, der angiveligt er en »global og samlet« aftale, som sagsøgeren deltog i, fejlagtig. Indledningen til aftalen af 1971 angiver nemlig udelukkende producenterne af organiske peroxider som parter i denne aftale (betragtning 80 til den anfægtede beslutning).
- 92 Sagsøgeren har dog aldrig været part i denne aftale (betragtning 339 til den anfægtede beslutning), hvilken aftale udgjorde rammerne for kartellets aktiviteter fra 1971 til 1999 (betragtning 89, 90 og 316 til den anfægtede beslutning), og det har aldrig været meningen, at selskabet skulle være det, da dets erhvervsaktivitet adskiller sig fra det berørte marked. Imidlertid har Kommissionen, ved at fastslå, at sagsøgeren deltog i bestemte elementer af den aftale, der krænker artikel 81, stk. 1, EF, tilsidesat denne bestemmelses ordlyd. Desuden er denne aktivitet, selv om det antages, at sagsøgeren rent faktisk udførte de opgaver, Kommissionen fejlagtigt har tilskrevet selskabet (betragtning 334 til den anfægtede beslutning), i mangel af selskabets direkte deltagelse i den konkurrencebegrænsende aftale på det berørte marked ikke en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, men udgør ustrafbar medvirken.

— Om Kommissionens tidligere, modsatte beslutningspraksis

93 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at Kommissionens tilgang i den anfægtede beslutning er i strid med dens beslutningspraksis siden 1983, hvorefter rådgivningsvirksomheder, som ikke befinder sig på det marked, som overtrædelsen vedrører, ikke anses for parter i den konkurrencebegrænsende aftale, og følgelig ikke er ophavsmænd til en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF. Den modsatte opfattelse, som Kommissionen stadig gav udtryk for i beslutning 80/1334/EØF af 17. december 1980 om en procedure i henhold til artikel [81 EF] (IV/29.869 — Støbt glas i Italien) (EFT L 383, s. 19, herefter »beslutningen vedrørende støbt glas i Italien«), tilsidesætter princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), eftersom den pågældende rådgivningsvirksomhed ikke var part i den konkurrencebegrænsende aftale, men blot medvirkende. Af denne grund har Kommissionen siden 1983 stiltiende forladt denne opfattelse. I beslutning 83/546/EØF af 17. oktober 1983 vedrørende en procedure i medfør af artikel [81 EF] (IV/30.064 — Støbejerns- og stålvalser) (EFT L 317, s. 1, herefter »beslutningen vedrørende støbejerns- og stålvalser«) kvalificerede den kun virksomheder, som befandt sig på det pågældende marked for overtrædelsen og parterne i den konkurrencebegrænsende aftale, som ophavsmænd til en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, og ikke den rådgivende virksomhed, som bl.a. havde til opgave at administrere ordningen om udveksling af oplysninger mellem kartellets medlemmer (betragtning 10 ff.). Kommissionen anvendte samme tilgang i betragtning 66 til beslutning 86/398/EØF af 23. april 1986 vedrørende en procedure i henhold til artikel [81 EF] (IV/31.149 — Polypropylen) (EFT L 230, s. 1, herefter »polypropylenbeslutningen«), betragtning 11 og 19 til beslutning 89/191/EØF af 21. december 1988 vedrørende en procedure i henhold til [81 EF] (IV/31.866, PEBD) (EFT 1989 L 74, s. 21, herefter »PEBD-beslutningen«), og betragtning 2, 27 ff., 33, 37, 61 ff., 134 og 162 til beslutning 94/601/EF af 13. juli 1994 vedrørende en procedure i henhold til artikel [81 EF] (IV/C/33.833 — Karton) (EFT L 243, s. 1, herefter »kartonbeslutningen«).

94 Kommissionen kan ikke hævde, at sagsøgerens rolle i det foreliggende tilfælde var af større betydning end rådgivningsvirksomhedernes rolle i de nævnte sager. Derimod har sagsøgeren, i modsætning til rådgivningsvirksomhederne i de sager, der gav anledning

til beslutningen vedrørende støbejerns- og stålvalser og kartonbeslutningen, næsten aldrig deltaget i møder med konkurrencebegrænsende formål (jf. præmis 72 ff. Ovenfor). Hertil kommer, at de øvrige klagepunkter, der er fremsat mod sagsøgeren, ikke er relevante, og de har ingen tilknytning til kartellet. Således er den oplysningsordning på markedet, som er baseret på officielle statistikker, ikke i strid med artikel 81, stk. 1, EF (Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-179/99 P, Eurofer mod Kommissionen, Sml. I, s. 10725, præmis 44, og Rettens dom af 11.3.1999, sag T-136/94, Eurofer mod Kommissionen, Sml. II, s. 263, offentliggørelse i uddrag, præmis 186), da ordningen ikke indebærer en udveksling mellem konkurrenter af oplysninger, som er omfattet af forretningshemmeligheder. Hvad angår Kommissionens faste beslutningspraksis er dette så meget desto mere korrekt, når en rådgivningsvirksomhed blot anvender salgstal, som den har fået tilsendt, uden derved at deltage i selve udvekslingen af følsomme oplysninger (betragtning 12 til Kommissionens beslutning 94/599/EF af 27.7.1994 om en procedure i henhold til [81 EF] (IV/31.865 — PVC) (EFT L 239, s. 14), betragtning 11 til PEBD-beslutningen og betragtning 66 til polypropylenbeslutningen). Endelig er den revision, som uafhængige regnskabs eksperter har foretaget af salgsomsætningen, og som kartelmedlemmerne har videregivet, ikke konkurrencebegrænsende i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Følgelig er de »sekretariatsmæssige« opgaver, som sagsøgeren har nævnt, og som har forbindelse til kartellet, ikke et udtryk for medvirken.

— Om det forhold, at sagsøgeren ikke har ledet kartellet, samt årsagsforbindelsen mellem selskabets aktiviteter og konkurrencebegrænsningen

⁹⁵ Sagsøgeren har præciseret, at selskabet på ingen måde ledede kartellet. Beslutningerne vedrørende kartellets gennemførelse, administration og kurs blev udelukkende truffet af de tre producenter af organiske peroxider. Følgelig er der ingen årsagsforbindelse mellem sagsøgerens aktivitet og begrænsningen af konkurrencen på markedet for organiske peroxider. Sagsøgeren fungerede, i form af fuldmægtig i henhold til schweizisk obligationsret og underlagt disse producenters instrukser samt en fortrolighedspligt, blot som et værktøj for kartellets medlemmer. Alene af den grund kan sagsøgeren ikke anses for at være medophavsmand til overtrædelsen på lige fod med producenterne af organiske peroxider. Det forhold, at sagsøgeren ikke ledede kartellet, er endvidere en konsekvens af, at selskabet ikke deltog i selve den hemmelige

aftale, dvs. udveksling af oplysninger mellem producenter ved hjælp af telefax, mobiltelefon og under arbejdsgruppemøder, hvor sagsøgeren ikke var til stede (jf. ovenfor, præmis 72 ff.).

96 Sagsøgeren har desuden, i modsætning til det i betragtning 345 til den anfægtede beslutning anførte, gjort gældende, at producenterne af organiske peroxider, for så vidt angår de tjenesteydelser, sagsøgeren leverede i forbindelse med kartellet, såsom godtgørelse af rejseudgifter, til enhver tid kunne have været erstattet selskabet med en anden rådgivningsvirksomhed, uden at dette ville forstyrre kartellets funktion på samme måde, som hvis det havde drejet sig om en af producenterne.

97 På baggrund af det ovenstående er sagsøgeren af den opfattelse, at selskabet skal kvalificeres som ustrafbar medvirkende til kartellet bestående af de tre producenter af organiske peroxider. I den forbindelse er det uden betydning, at sagsøgeren havde delvist kendskab til kartellet, da dette kendskab ikke er tilstrækkeligt til at fastslå, at selskabet selv begik en overtrædelse (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 39, og forslag til afgørelse fra generaladvokat Mischo i forbindelse med denne dom, Sml. I, s. 9928, punkt 80).

— Om den fejlagtige kvalificering af sagsøgeren som en »sammenslutning af virksomheder«

98 Sagsøgeren har endelig anfægtet, at selskabet er blevet kvalificeret som en »sammenslutning af virksomheder« i artikel 1 i samt betragtning 347, 373 og 464 til den anfægtede beslutning. Kommissionen har, idet den fortolkede dette begreb udvidende, tilsidesat forbuddet mod analogislutninger, som er knyttet til princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) i artikel 7, stk. 1, i EMRK (jf. præmis 83 ovenfor), hvilket princip tillige finder anvendelse på den administrative repressive procedure i forordning nr. 17. En rådgivningsvirksomhed som sagsøgeren udgør nemlig normalt ikke en »sammenslutning af virksomheder«, dvs. en organisatorisk struktur, som består af medlemsvirksomheder.

Sagsøgeren består ikke af medlemsvirksomheder, men er en uafhængig virksomhed, der udelukkende er kontrolleret af fysiske personer i form af aktionærer. Virksomheden er ligeledes knyttet til sine kunder i form af en udelukkende aftalebaseret fuldmagt, og ikke i form af en strukturel forbindelse.

99 Kommissionens opfattelse strider endvidere mod meningen og formålet med begrebet virksomhedssammenslutning. Dette begreb har ikke til formål at give adgang til at sanktionere medvirkende i et kartel, men har reelt til formål at forhindre, at virksomhederne alene ved den måde, hvorpå de samordner deres adfærd på markedet, unddrager sig konkurrencebestemmelserne, og følgelig tillige at ramme de institutionelle samarbejdsformer gennem en kollektiv struktur eller et fælles organ (forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger i forbindelse med Domstolens dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, på s. 1582, punkt 62). Derimod har producenterne af organiske peroxider ikke handlet gennem en kollektiv struktur eller et fælles organ, men har samordnet deres adfærd direkte ved hjælp af telefax, telefon og under møder i arbejdsgruppen. I den forbindelse har sagsøgeren blot bistået administrativt eller logistisk, uden at selskabet har udgjort en »kollektiv struktur« eller et »fælles organ« for disse producenter.

100 På denne baggrund har sagsøgeren fastslået, at selskabet som ustrafbar medvirkende med AKZO, Atochem/Atofinia og PC/Degussa ikke er skyldigt i en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, og at den omstændighed, at Kommissionen har tilskrevet selskabet denne overtrædelse, er i strid med princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege).

b) Kommissionens argumenter

Om den faktuelle ramme for den anfægtede beslutning

101 Hvad angår den relevante faktuelle ramme har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at sagsøgeren ikke har bestridt, at selskabet i sin bankboks bl.a. opbevarede eksemplarer af aftalen fra 1971 og af aftalen fra 1975, som tilhører Atochem/Atofina og PC/Degussa. Desuden har Kommissionen anfægtet sagsøgerens isolerede bedømmelse af den officielle ordning om markedsoplysninger, og den er af den opfattelse, at ordningen skal vurderes i sammenhæng med kartellet. Indsamlingen, forberedelsen af og kontrollen med tallene samt udarbejdelsen af statistikker inden for rammerne af denne ordning, med fuldt kendskab til den konkurrencebegrænsende årsag og formålene hermed, udgør nemlig, sammen med deltagelsen i møderne, forslag til kvoter og beregning af forskelle mellem de aftalte kvoter, en væsentlig betingelse for kartellets funktion.

102 Der er desuden enighed om, at sagsøgeren har deltaget i fem møder i Zürich mellem 1994 og 1998, hvoraf de fire var »topmøder«, og i mødet med AKZO's repræsentanter i Amersfoort. Sagsøgeren har endvidere erkendt at have reserveret mødelokalet til tre »uformelle« møder i Zürich mellem 1997 og 1998. Under hensyn til disse tre, uomstridte faktiske omstændigheder kan sagsøgeren ikke bagatellisere sin deltagelse ved at anvende udtrykkene »sjældent« eller »næsten aldrig«. Sagsøgeren har heller ikke bestridt, at selskabet har beregnet forskellene mellem de aftalte kvoter, i det mindste i 1995 eller i 1996. Sagsøgeren har endvidere fungeret som clearinghouse med henblik på at sikre, at møderne med konkurrencebegrænsende formål ikke ville efterlade spor i de deltagende virksomheders konti. Således har sagsøgeren selv i forbindelse med godtgørelsen overvåget, at der i de interne betalingsordrer, som var udfyldt og undertegnet af M.S., ikke blev angivet årsagen til betalingen. Kommissionen har endelig gjort indsigelser mod sagsøgerens argument om, at den anfægtede beslutning er baseret på erklæringer fra AKZO, som angiveligt er utroværdige. I den forbindelse har Kommissionen fremført forskellige erklæringer vedrørende de relevante faktiske

omstændigheder, som gensidigt kan styrke hinanden (dommen i sagen Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, nævnt i præmis 77 ovenfor, præmis 87).

Om tilsidesættelsen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege)

103 Kommissionen har bestridt, at den anfægtede beslutning tilsidesætter princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege). Den har afvist sagsøgerens argumentation om, at ophavsmænd i henhold til fællesskabsrettens konkurrenceregler, i lighed med flere medlemsstaters strafferet, formelt skal adskilles fra anstiftere og medvirkende. Heller ikke den relevante primære eller afledte ret indeholder en sådan sondring. Desuden er den administrative procedure, som er fastsat i forordning nr. 17, ikke strafferetlig, hvilket bekræftes af forordningens artikel 15, stk. 4 (Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 235). Det er endvidere ikke nødvendigt at foretage en sådan formel sondring i de fællesskabsretlige konkurrenceregler, da der i forbindelse med udmålingen af bøden kan henses til de forskellige former for deltagelse og grovheden af bidraget til overtrædelsen (forslag til afgørelse fra generaladvokat Stix-Hackl i forbindelse med dommen i sagen Krupp Hoesch mod Kommissionen, nævnt i præmis 85 ovenfor, Sml. I, s. 10941, fodnote 15).

104 I mangel af en regel om sondring mellem ophavsmand og medvirkende kan alle personer, som opfylder betingelserne for en overtrædelse i artikel 81, stk. 1, EF, pålægges en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Kommissionen har tilføjet, at det krav, der følger af retssikkerhedsprincippet, hvorefter Fællesskabets retsakter skal være klare, og anvendelsen heraf på tilstrækkelig vis skal kunne forudses af de omfattede personer, ikke nødvendigvis udelukker, at det undertiden er nødvendigt at fortolke disse regler. Menneskerettighedsdomstolen har nemlig tillige erkendt behovet for ligevægten mellem forpligtelsen til præcision og forbuddet mod analogislutninger på strafferetsområdet i henhold til artikel 7, stk. 1, i EMRK på den ene side, og den juridiske fortolkning, som navnlig har til formål at opnå gradvis

klarlægning af reglerne om straffeansvar fra en sag til en anden, på den anden side (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen S.W. mod Det Forenede Kongerige af 22.11.1995, serie A, nr. 335-B, § 36). Følgelig opfylder enhver ophavsmand til en overtrædelse betingelserne i artikel 81, stk. 1, EF.

105 Kommissionen har bestridt sagsøgerens påstand om, at selskabet ikke var part i aftalen, og ikke kunne være det. Aftalen af 1971, som blev indgået mellem producenterne af organiske peroxider, og tjenesteydelsesaftalerne, som blev indgået mellem sagsøgeren og disse producenter, skal anses for væsentlige elementer i et globalt og samlet kartel. Da tjenesteydelsesaftalerne blev brugt til at gennemføre aftalen af 1971, skal de bedømmes sammen med denne aftale som supplerende og accessoriske aftaler (betragtning 339 og 340 til den anfægtede beslutning, jf. tillige beslutningen vedrørende støbt glas i Italien).

106 I denne forbindelse er det ikke i medfør af artikel 81, stk. 1, EF nødvendigt, at sagsøgeren som rådgivningsvirksomhed er aktiv på det omhandlede marked som konkurrent, udbyder eller efterspørger. Der er heller ikke krav om en begrænsning af de berørte virksomheders forretningsmæssige selvstændighed eller af konkurrencen mellem disse, men det er tilstrækkeligt, at der foreligger en grad af begrænsning af konkurrencen inden for det fælles marked. Dette svarer til formålet med artikel 81 EF, som i henhold til artikel 3, stk. 1, litra g), EF er en del af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes (jf. tillige betragtning 9 til Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

107 Artikel 81, stk. 1, EF finder nemlig ikke kun anvendelse på »horisontale«, men også på »vertikale« konkurrencebegrænsende aftaler, som er indgået mellem virksomheder, der befinder sig på forskellige niveauer af distributionskæden (Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429), eller virksomheder, som er aktive på

forskellige markeder. I denne forbindelse har aftalebegrebet kun til formål at gøre det muligt at foretage en sondring mellem ulovlig samordning og lovlig parallel adfærd (jf. tillige Rettens dom af 11.12.2003, sag T-61/99, *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen*, Sml. II, s. 5349, præmis 89). Desuden er den i artikel 81, stk. 1, EF omhandlede overtrædelse et »abstrakt faredelikt« (abstraktes *Gefährdungsdelikt*), for så vidt som denne bestemmelse tillige omfatter genstanden for konkurrencebegrænsningen, dvs. kartellets farlige indvirkning på konkurrencen, med undtagelse af særlige tilfælde.

108 Dernæst har Kommissionen gjort opmærksom på retspraksis, hvorefter alene deltagelse i møder med et konkurrencebegrænsende formål samt den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale (dommen i sagen *Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 83 og 84, samt Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, *Hercules Chemicals mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1711, præmis 232, af 10.3.1992, sag T-12/89, *Solvay mod Kommissionen*, Sml. II, s. 907, præmis 98, og af 6.4.1995, sag T-141/89, *Tréfileurope mod Kommissionen*, Sml. II, s. 791, præmis 85 og 86). Dette gælder så meget desto mere for en virksomheds aktive deltagelse i et kartel, uagtet at denne virksomhed er aktiv på det pågældende marked.

109 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren dog ikke opført sig som en passiv medvirkende i kartellet, men har deltaget aktivt som organisator og tilsynsførende med den korrekte gennemførelse heraf (betragtning 343 til den anfægtede beslutning). Takket være disse aktiviteter har sagsøgeren bidraget væsentligt til at opretholde og skjule kartellet, og har således alvorligt og varigt begrænset konkurrencen på markedet for organiske peroxider. Ifølge Kommissionen er disse elementer nødvendige og tilstrækkelige til at ifalde ansvar i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. I denne forbindelse er det uden relevans, om en medvirkende til en overtrædelse har opnået en fordel (dommen i sagen *Krupp Hoesch mod Kommissionen*, nævnt i præmis 85 ovenfor), eftersom artikel 81, stk. 1, EF ikke er baseret på et kriterium om berigelse, men på kriteriet om at bringe konkurrencen i fare.

- 110 Under alle omstændigheder har kartellets gode funktion været direkte til gunst for sagsøgeren (betragtning 342 til den anfægtede beslutning). Ifølge Kommissionen er det heller ikke afgørende, om en medvirkende direkte kan påvirke priser og mængder som parametre for konkurrencen (jf. analogt dommen i sagen Brugg Rohrsysteme mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 61), da dette kunne bringe den effektive virkning af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF i fare, idet det gøres muligt at omgå forbuddet ved at ansætte »specialister i tjenesteydelser vedrørende hemmelige aftaler« med henblik på at tilrettelægge, opretholde og skjule kartellet.
- 111 Kommissionen er følgelig af den opfattelse, at dette anbringende skal forkastes.

2. Rettens bemærkninger

a) Indledende bemærkninger

- 112 Det skal for det første præciseres, at sagsøgeren ikke har anfægtet selve størrelsen af den bøde, selskabet er blevet pålagt ved den anfægtede beslutning. Med det første anbringende har sagsøgeren i det væsentlige gjort gældende at Kommissionen ved at gøre sagsøgeren ansvarlig for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og ved at pålægge selskabet en bøde har overskredet grænsen for den beslutningsbeføjelse, der tilkommer den i medfør af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og har tilsidesat princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i EMRK. I denne forbindelse skulle Kommissionen have henset til, at sagsøgeren blot var ustrafbar medvirkende i kartellet og derfor ikke kan anses for en virksomhed eller en sammenslutning af virksomheder, som var »ophavsmand« til en overtrædelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

- 113 Det bemærkes dernæst, at proceduren for Kommissionen i henhold til forordning nr. 17 er rent administrativ (jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 200, samt Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 717 og 718), og at de almindelige fællesskabsretlige principper, og navnlig princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), som finder anvendelse på de fællesskabsretlige konkurrenceregler (Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 215-223), ikke nødvendigvis skal have den samme rækkevidde, som når de anvendes på en situation, der er omfattet af strafferetten *strictu sensu*.
- 114 For at afgøre, om der med hensyn til forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF og princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), skal sondres mellem den virksomhed, som var »ophavsmand« til en overtrædelse, og den virksomhed, som på ustrafbart grundlag var »medvirkende«, finder Retten det nødvendigt at foretage en ordlydsfortolkning, en kontekstuel og en teleologisk fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF (jf. vedrørende metoden Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 72 ff., og af 6.10.2005, forenede sager T-22/02 og T-23/02, Sumitomo Chemical og Sumika Fine Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 4065, præmis 41 ff.).

b) Om ordlydsfortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF

- 115 Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer, at »[a]lle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der

kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt«.

116 Navnlig rækkevidden af begrebet »aftaler mellem virksomheder« skal behandles.

117 I denne forbindelse fastslår Retten for det første, at Fællesskabets retsinstanser stadig ikke udtrykkeligt har taget stilling til spørgsmålet, om begrebet aftaler mellem virksomheder i artikel 81, stk. 1, EF er baseret på en »samlet« forståelse, som omfatter hele den virksomhed, som har bidraget til en overtrædelse, uafhængigt af den erhvervssektor, virksomheden normalt opererer i, eller, som sagsøgeren har hævdet, på en »bipolar« forståelse, som sonderer mellem virksomheder, der er »ophavsmænd« eller som er »medvirkende« til overtrædelsen. Desuden bemærkes, at sagsøgeren har gjort gældende, at formuleringen af artikel 81, stk. 1, EF er mangelfuld, idet den kun, ved at nævne »virksomheden« som er ophavsmand til overtrædelsen og dennes deltagelse i en »aftale«, omfatter bestemte virksomheder med særlige kendetegn og kun bestemte former for deltagelse. Følgelig finder princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), udelukkende anvendelse ved et således begrænset virksomheds- og aftalebegreb, og derved en restriktiv anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF, således at enhver udvidende fortolkning af denne bestemmelses ordlyd udelukkes.

118 Hvad angår begrebet »aftale« fastslår Retten for det første, at dette kun er et udtryk, som betegner en samordnet/svigagtig og konkurrencebegrænsende adfærd, dvs. et kartel i bred forstand, hvori mindst to forskellige virksomheder deltager, hvilke virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 79 og 112, samt Rettens dom af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 67 og 173, og af 27.9.2006, forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3567, præmis 53-55). Hertil kommer, at en akt

eller en tilsyneladende ensidig adfærd for at udgøre en aftale i henhold til artikel 81, stk. 1, EF blot i det mindste skal være udtryk for de to parter samstemmende vilje, idet den måde, hvorpå denne samstemmighed kommer til udtryk, ikke i sig selv er afgørende (Domstolens dom af 13.7.2006, sag C-74/05 P, Kommissionen mod Volkswagen, Sml. I, s. 6585, præmis 37). Dette vide aftalebegreb bekræftes af, at samordnet praksis, som består i en form for samordning mellem virksomheder, der ikke resulterer i en egentlig aftale, også er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 115 og den deri nævnte retspraksis).

119 I det foreliggende tilfælde er spørgsmålet, om kartellet, som sagsøgeren har hævdet, skal henhøre under en bestemt erhvervssektor, dvs. et enkelt produkt- eller tjenesteydelsesmarked, således at kun virksomheder, som er aktive som konkurrenter, udbydere eller efterspørgere på dette marked, kan samordne deres adfærd som virksomheder i deres egenskab af (med)ophavsmænd til en overtrædelse.

120 I den forbindelse bemærkes, at artikel 81, stk. 1, EF ikke blot finder anvendelse på »horisontale« aftaler mellem virksomheder, som udøver erhvervsaktiviteter på det samme relevante produkt- eller tjenesteydelsesmarked, men også på »vertikale« aftaler, som indebærer samordning af adfærd mellem virksomheder, som er aktive på forskellige niveauer af produktions- eller distributionskæden og følgelig opererer på forskellige produkt- og tjenesteydelsesmarkeder (jf. i denne forbindelse Domstolens dom i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt i præmis 107 ovenfor, s. 251 og 252, dom af 6.1.2004, forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, Kommissionen mod Bayer, Sml. I, s. 23, af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, dommen i sagen Kommissionen mod Volkswagen, nævnt i præmis 118 ovenfor, og Domstolens kendelse af 28.9.2006, sag C-552/03 P, Unilever Bestfoods mod Kommissionen, Sml. I, s. 9091, samt Rettens dom af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 72 ff.; jf. tillige Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22.12.1999 om anvendelse af artikel 81, stk. 3, [EF] på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (EFT L 336, p. 21), samt Kommissionens meddelelse (2000/C 291/01) — Retningslinjer for vertikale

begrænsninger (EFT C 291, s. 1)).

- 121 Det følger ligeledes af retspraksis, at det er tilstrækkeligt, at den pågældende aftale, for at være omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF begrænser konkurrencen på nabomarkeder og/eller opstående markeder, på hvilke mindst en af de deltagende virksomheder (endnu) ikke befinder sig (jf. i denne retning Rettens dom af 2.5.2006, sag T-328/03, O2 (Germany) mod Kommissionen, Sml. II, s. 1231, præmis 65 ff.; jf. tillige, for så vidt angår anvendelsen af artikel 82 EF, Domstolens dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951).

- 122 I denne forbindelse fremhæver de i retspraksis anvendte formuleringer »en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde« (dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, nævnt i præmis 118 ovenfor, præmis 67) eller »udtryk for kartelmedlemmernes fælles vilje vedrørende deres adfærd på fællesmarkedet« (dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 112) elementet »fælles vilje«, og det kræves ikke, at der foreligger en fuldstændig overensstemmelse mellem det relevante marked, hvorpå den virksomhed, som er »ophavsmand« til konkurrencebegrænsningen, er aktiv, og det marked, hvorpå denne begrænsning skal have sin virkning. Heraf følger, at enhver begrænsning af konkurrencen på det fælles marked kan være omfattet af en »aftale mellem virksomheder« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Denne konklusion bekræftes af kravet om, at der foreligger en aftale, der har til formål at begrænse konkurrence på det fælles marked. Dette krav indebærer, at en virksomhed kan tilsidesætte forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, såfremt virksomhedens adfærd, som koordineret med andre virksomheders adfærd, har til formål at begrænse konkurrencen på et særligt relevant marked i det fælles marked, uden at dette nødvendigvis indebærer, at virksomheden selv er aktiv på dette relevante marked.

- 123 Det følger af det ovenstående, at en ordlydsfortolkning af begrebet »aftaler mellem virksomheder« ikke, som sagsøgeren har hævdet, indebærer en indskrænkende fortolkning af begrebet ophavsmand til overtrædelsen.

c) Om den kontekstuelle og teleologiske fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF

Kravet om begrænsning af den forretningsmæssige selvstændighed

- 124 Til støtte for sit anbringende har sagsøgeren desuden anført, at begrebet ophavsmand til overtrædelsen nødvendigvis indebærer, at denne begrænser sin egen forretningsmæssige selvstændighed over for konkurrenterne, og er således i strid med det krav om selvstændighed, der ligger til grund for artikel 81, stk. 1, EF, hvorefter enhver erhvervsdrivende selvstændigt skal kunne tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked.
- 125 Som sagsøgeren imidlertid, med henvisning til den relevante retspraksis, har anført, er kravet om selvstændighed navnlig blevet udviklet i forbindelse med retspraksis vedrørende sondringen mellem forbudt samordnet praksis og lovlig parallel adfærd mellem konkurrenter (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 115-117 og den deri nævnte retspraksis, samt dommen i sagen Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, nævnt i præmis 107 ovenfor, præmis 89). Desuden følger det af den sondring, der er foretaget i retspraksis mellem eksistensen af en konkurrencebegrænsende aftale som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF på den ene side, og det forhold, at en virksomhed blot har truffet en ensidig foranstaltning med henblik på at pålægge andre virksomheder en bestemt adfærd på den anden side, at konkurrencebegrænsningen skal være et resultat af en tilstrækkelig godtgjort fælles vilje til at gennemføre en bestemt adfærd blandt de involverede virksomheder (jf. i denne retning dommen i sagen BAI og Kommissionen

mod Bayer, nævnt i præmis 120 ovenfor, præmis 96-102 og 141, og i sagen Kommissionen mod Volkswagen, nævnt i præmis 118 ovenfor, præmis 37). Heraf følger, at kravet om selvstændighed, i modsætning til det af sagsøgeren anførte, ikke er direkte forbundet med spørgsmålet — som ikke er relevant for det foreliggende tilfælde (jf. præmis 120-123 ovenfor) — om de virksomheder, som har begrænset deres forretningsmæssige frihed, er aktive i den samme erhvervssektor eller på et enkelt relevant marked, men nærmere med begreberne »samordnet praksis« og »aftale«, hvilke begreber forudsætter bevis for, at der foreligger en tilstrækkelig klar og præcis fælles vilje blandt de involverede virksomheder.

126 I øvrigt har sagsøgeren overvurderet betydningen af kriteriet om begrænsningen af den forretningsmæssige selvstændighed i forbindelse med bedømmelsen af, om der foreligger en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF. Det følger af fast retspraksis, at alle aftaler mellem virksomheder eller alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, som begrænser parternes eller én af parternes handlefrihed, ikke nødvendigvis er omfattet af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF. Ved anvendelsen af denne bestemmelse på en konkret sag skal det nemlig først tages i betragtning, i hvilken overordnet sammenhæng den pågældende aftale eller beslutning er blevet vedtaget eller har virkninger, og herunder særligt, hvilke mål der søges nået hermed (Domstolens dom i sagen *Wouters m.fl.*, nævnt i præmis 99 ovenfor, præmis 97, og dom af 18.7.2006, sag C-519/04 P, *Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen*, Sml. I, s. 6991, præmis 42). I denne forbindelse har Retten præciseret, at det ikke var fornødent, fuldstændig abstrakt og uden forskel at anse alle aftaler, der indskrænker handlefriheden for parterne eller en af disse, for nødvendigvis at falde ind under forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF, men der skal ved undersøgelsen af, om denne bestemmelse finder anvendelse på en aftale, tages hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de produkter/tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (jf. dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 120 ovenfor, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

127 Med hensyn til denne kontekstuelle forståelse af begrebet konkurrencebegrænsning er det følgelig ikke udelukket, at en virksomhed kan deltage i gennemførelsen af en sådan begrænsning, selv om den ikke begrænser sin egen handlefrihed på det marked, hvorpå virksomheden primært er aktiv. Enhver anden fortolkning kan indskrænke række-

vidden af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF, og modvirke bestemmelsens effektive virkning samt dens primære formål, som fremgår af artikel 3, stk. 1, litra g), EF, om at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrøjes, idet en sådan fortolkning ikke giver adgang til at forfølge en virksomheds aktive bidrag til en begrænsning af konkurrence, alene fordi dette bidrag ikke hidrører fra en økonomisk aktivitet på det relevante marked, hvor begrænsningen gennemføres eller har til formål at blive gennemført. Det skal i lighed med det af Kommissionen anførte præciseres, at alene det ansvar, der påhviler alle »virksomheder« i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, fuldt ud kan sikre denne effektive virkning, eftersom dette ansvar gør det muligt at sanktionere og på forhånd hindre oprettelsen af nye former for hemmelige aftaler med hjælp fra virksomheder, som ikke er aktive på de markeder, konkurrencebegrænsningen omfatter, og som har til formål at omgå forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF.

- 128 På denne baggrund fastslår Retten, at en fortolkning af begrebet »aftaler mellem virksomheder« i lyset af formålene med artikel 81, stk. 1, EF og artikel 3, stk. 1, litra g), EF bekræfter opfattelsen af, at aftalen og den virksomhed, som er ophavsmand til en overtrædelse, ikke afhænger af den sektor hvori, eller det marked hvorpå de berørte virksomheder er aktive.

Betingelserne for, at en virksomheds deltagelse i et kartel udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF

- 129 Der skal dernæst henvises til retspraksis vedrørende de betingelser, der skal opfyldes, for at en virksomhed, der deltager i et kartel, ifalder ansvar som medophavsmand til overtrædelsen.

- 130 I denne forbindelse er det tilstrækkeligt bevis for, at en virksomhed har deltaget i et kartel, hvis Kommissionen godtgør, at virksomheden har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra. For

at fastslå en virksomheds deltagelse i en samlet aftale, bestående af en flerhed af tidsmæssigt udstrakte overtrædelser, skal Kommissionen føre bevis for, at den pågældende virksomhed har haft til hensigt ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og at den har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget med de samme mål for øje, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. I den forbindelse virker den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelserne og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelserne, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig inden for rammerne af en samlet aftale (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 83 og 87, dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 81-84, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 142 og 143; jf. tillige dommen i sagen Tréfileurope mod Kommissionen, nævnt i præmis 108 ovenfor, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis). Desuden følger det af retspraksis, at disse principper finder tilsvarende anvendelse på møder, hvori ikke alene de konkurrerende producenter har deltaget, men også deres kunder (jf. i denne retning Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 62-66).

- ¹³¹ I forbindelse med fastsættelsen af det individuelle ansvar for en virksomhed, hvis deltagelse i kartellet ikke har den samme rækkevidde og intensitet som de andre virksomheder, fremgår det desuden af retspraksis, at selv om aftaler og samordnet praksis som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF nødvendigvis må være et resultat af flere virksomheders medvirken, som alle deltager i overtrædelserne, men hvis deltagelse kan have forskellig form afhængig af det pågældende markeds karakter, den enkelte virksomheds stilling på markedet, de tilsigtede mål og måden, hvorpå gennemførelsen heraf er besluttet eller planlagt, udelukker selve den omstændighed, at den enkelte virksomheds deltagelse i overtrædelserne har en individuel karakter, dog ikke, at virksomheden er ansvarlig for hele overtrædelserne, herunder for de handlinger, som konkret gennemføres af de andre deltagende virksomheder, men som har samme konkurrencebegrænsende mål eller virkning (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 78-80).

- 132 Følgelig er den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i alle de elementer, der udgør et kartel, eller at den har spillet en mindre rolle i de aspekter, som den har deltaget i, dog ikke relevant for at fastslå, at den er skyldig i en overtrædelse. Selv om den begrænsede betydning af den berørte virksomheds deltagelse i givet fald således ikke kan anfægte virksomhedens individuelle ansvar for den samlede overtrædelse, kan den dog påvirke bedømmelsen af rækkevidden og grovheden af overtrædelsen, og derved bødens størrelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 90, i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 86, og i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 145).
- 133 Det følger af ovenstående overvejelser, at hvad angår forholdet mellem konkurrenter, der opererer på det samme relevante marked, samt mellem sådanne konkurrenter og deres kunder, anerkender retspraksis, at virksomheder, som er medophavsmænd og/eller medvirkende til en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, kan være medansvarlige, i betragtning af, at den objektive betingelse for, at den berørte virksomhed tilskrives forskellige ulovlige handlinger, som udgør hele kartellet, er opfyldt, idet virksomheden har bidraget til gennemførelsen heraf, selv underordnet, accessorisk eller passivt, f.eks. i form af en stiltiende godkendelse og ved ikke at angive kartellet til myndighederne. Den eventuelt begrænsede betydning af dette bidrag kan tages i betragtning i forbindelse med udmålingen af bødens størrelse.
- 134 Den omstændighed, at en deltagende virksomhed gøres ansvarlig for hele overtrædelsen, afhænger desuden af, om virksomhedens egen vilje er kommet til udtryk, hvilket godtgør, at virksomheden, eventuelt stiltiende, har tilsluttet sig kartellets formål. Denne subjektive betingelse følger dels af kriteriet om stiltiende godkendelse af kartellet og om den manglende offentlige afstandtagen til indholdet heraf (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 84, i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 143, og i sagen Tréfileurope mod Kommissionen, nævnt i præmis 108 ovenfor, præmis 85), idet disse kriterier indebærer en formodning om, at den berørte virksomhed fortsætter med at tilslutte sig formålene med og gennemførelsen af kartellet, dels berettiger den, at den berørte virksomhed gøres medansvarlig, eftersom den har tilsigtet ved sin egen adfærd at bidrage til de fælles mål, deltagerne som helhed har forfulgt, og har haft kendskab til de øvrige deltageres ulovlige handlinger, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i

præmis 65 ovenfor, præmis 83 og 87, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 23 ovenfor, præmis 83).

¹³⁵ Kun ved overholdelsen af de ovenfor i præmis 133 og 134 nævnte betingelser er den berørte virksomheds ifald af ansvar for den samlede overtrædelse i overensstemmelse med kravene i princippet om individuelt ansvar (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 84).

¹³⁶ På baggrund af de ovenfor i præmis 115-127 nævnte overvejelser er Retten af den opfattelse, at disse principper finder tilsvarende anvendelse på en virksomheds deltagelse, hvilken virksomheds økonomiske aktivitet og faglige ekspertise udelukker, at den har kunnet være uvidende om den konkurrencebegrænsende karakter af den pågældende adfærd, og således bidrager med en ikke uvæsentlig støtte til en overtrædelse. På denne baggrund kan der ikke gives medhold i sagsøgerens argument om, at en rådgivningsvirksomhed ikke kan anses for medophavsmand til en overtrædelse, fordi den dels ikke udøver en økonomisk aktivitet på det relevante marked, som påvirkes af konkurrencebegrænsningen, og dels kun underordnet har bidraget til kartellet.

Fortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF på baggrund af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

¹³⁷ Sagsøgeren har imidlertid i det væsentlige gjort gældende, at en sådan »helheds«-opfattelse af begrebet ophavsmand til en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF er uforenelig med de krav, der følger dels af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i henhold til artikel 7,

stk. 1, i EMRK, dels af de regler, der er fælles for medlemsstaternes retsordener vedrørende sondringen mellem ophavsmænd og medvirkende, som skal anvendes såvel i strafferetten som i konkurrenceretten.

138 I denne forbindelse understreger Retten for det første, som anført ovenfor i præmis 45, at grundrettighederne hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Fællesskabets retsinstanser skal beskytte ved især at tage hensyn til EMRK som inspirationskilde.

139 Det bemærkes dernæst, at Fællesskabets retsinstanser har anvendt princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), som et almindeligt fællesskabsretligt princip i sager vedrørende konkurrenceretten, under hensyntagen til Menneskerettighedsdomstolens praksis (jf. dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 215 ff., og Rettens dom af 27.9.2006, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 71 ff. og den deri nævnte retspraksis). Generelt set kræver dette princip navnlig, at alle fællesskabsretlige bestemmelser, især bestemmelser, som pålægger eller gør det muligt at pålægge sanktioner, er klare og præcise, således at de berørte personer utvetydigt kan kende de rettigheder og pligter, som følger heraf, og kan indrette deres handlinger herefter. Dette princip finder endvidere anvendelse på både normer, der har karakter af straf, og specifikke administrative instrumenter, som pålægger eller gør det muligt at pålægge administrative sanktioner (jf. i denne retning Maizena-dommen, nævnt i præmis 85 ovenfor, præmis 14 og 15, og X-dommen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 25), såsom sanktioner pålagt i henhold til forordning nr. 17.

140 Desuden følger det af Menneskerettighedsdomstolens faste fortolkning af artikel 7, stk. 1, i EMRK, at det heri fastsatte princip om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), navnlig kræver, at straffeloven ikke anvendes udvidende, navnlig ved analogi, til ulempe for den tiltalte. Heraf følger, at en overtrædelse skal have klar lovhjemmel, hvilken betingelse er opfyldt, når retssubjektet ud fra den relevante bestemmelses ordlyd, og efter behov ved hjælp af retsinstansernes fortolkning heraf, kan vide, hvilke handlinger eller undladelser der indebærer, at man ifalder strafferetligt ansvar. I den forbindelse har Menneskerettighedsdomstolen

præciseret, at det retsbegreb, som er anvendt i artikel 7 EMRK, svarer til det lovbegreb, som er anvendt i de andre bestemmelser i EMRK, at det både omfatter den lovgivningsmæssige ret samt retspraksis og er underlagt kvalitative betingelser, navnlig betingelserne vedrørende tilgængelighed og forudsigelighed (jf. Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kokkinakis mod Grækenland af 25.5.1993, serie A nr. 260-A, § 40, 41 og 52, i sagen S.W. mod Det Forenede Kongerige, nævnt i præmis 104 ovenfor, § 35, i sagen Cantoni mod Frankrig af 15.11.1996, *Report of Judgements and Decisions*, 1996-V, s. 1627 § 29, i sagen Baskaya og Okçuoglu mod Tyrkiet af 8.7.1999, *Report of Judgements and Decisions*, 1999-IV, s. 308, § 36, i sagen Coëme mod Belgien af 22.6.2000, *Report of Judgements and Decisions*, 2000-VII, s. 1, § 145, og i sagen E.K. mod Tyrkiet af 7.2.2002, sag nr. 28496/95, § 51; jf. tillige dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 216).

- 141 Henset til denne praksis kan princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), ikke fortolkes således, at det forbyder en gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar ved domstolsfortolkning (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 217). Ifølge Menneskerettighedsdomstolen er det nemlig, uanset hvor klart en lovbestemmelse er affattet, herunder strafferetlige bestemmelser, uundgåeligt, at der foreligger mulighed for domstolsfortolkning, og det vil altid være nødvendigt at klarlægge uklare punkter og tilpasse ordlyden ud fra omstændighedernes udvikling. Desuden er det ifølge Menneskerettighedsdomstolen klart fastsat i retstraditionerne i de stater, som har tiltrådt EMRK, at retspraksis som retskilde nødvendigvis bidrager til den progressive udvikling af strafferetten (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen S.W. mod Det Forenede Kongerige, nævnt i præmis 104 ovenfor, § 36). I denne forbindelse har Menneskerettighedsdomstolen anerkendt, at lovene ikke er absolut præcise, at mange af dem på grund af nødvendigheden af at undgå en overdreven rigiditet og af at tilpasse sig skiftende situationer betjener sig af mere eller mindre vage formuleringer, og at fortolkningen og anvendelsen heraf afhænger af praksis (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Kokkinakis mod Grækenland, nævnt i præmis 140 ovenfor, § 40 og 52, og i sagen E.K. mod Tyrkiet, nævnt i præmis 140 ovenfor, § 52, samt Rettens dom i sagen Jungbunzlauer mod Kommissionen, nævnt i præmis 139 ovenfor, præmis 80). Således tager Menneskerettighedsdomstolen i forbindelse med bedømmelsen af, om de anvendte begreber er klare eller ej, ud over selve bestemmelsens ordlyd hensyn til fast og offentliggjort retspraksis (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen G. mod Frankrig af 27.9.1995, serie A, nr. 325-B, § 25).

142 Selv om princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), principielt giver adgang til en gradvis klarlægning af reglerne om straffeansvar ved domstolsfortolkning, kan det være til hinder for en anvendelse med tilbagevirkende kraft af en ny fortolkning af en regel, som fastlægger en overtrædelse. Dette gælder navnlig, hvis resultatet af fortolkningen ikke med rimelighed kunne forudses på det tidspunkt, da overtrædelsen blev begået, navnlig henset til den på dette tidspunkt i retspraksis anlagte fortolkning af den pågældende lovbestemmelse. Desuden afhænger begrebet om, hvad der kunne forudses, i vidt omfang af indholdet af den relevante bestemmelse, det område, den omfatter, samt antallet og arten af dens adressater, og den er ikke til hinder for, at den berørte person finder det nødvendigt at søge faglig bistand med henblik på i et efter sagens omstændigheder rimeligt omfang at kunne vurdere de følger, en bestemt handling vil kunne have. Dette gælder særligt for erhvervsdrivende, der er vant til at måtte udvise stor forsigtighed ved udøvelsen af deres erhverv. Det kan derfor af disse forventes, at de udviser særlig omhu ved vurderingen af de risici, som erhvervet indebærer (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 217-219, som henviser til dommen i sagen *Cantoni mod Frankrig*, nævnt i præmis 140 ovenfor, præmis 35).

143 Det følger af ovenstående overvejelser, at fortolkningen af rækkevidden af artikel 81, stk. 1, EF, og navnlig begreberne »aftale« og »virksomhed«, hvorefter enhver virksomhed, som har bidraget til gennemførelsen af et kartel, er omfattet af denne bestemmelse, selv om virksomheden ikke er aktiv på det relevante marked, der er berørt af konkurrencebegrænsningen, på det tidspunkt, hvor de strafbare forhold blev begået, skal have været tilstrækkeligt forudsigelig i forhold til bestemmelsens ordlyd, som den er fortolket i retspraksis.

144 I denne forbindelse bemærkes, at begreberne »aftale« og »virksomhed« som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF udgør ubestemte juridiske begreber, hvis præcise rækkevidde i sidste instans afhænger af Fællesskabets retsinstanser, og hvis anvendelse af administrationen er undergivet en fuldstændig retslig efterprøvelse. På denne baggrund er Fællesskabets retsinstansers gradvise klarlægning af begreberne »aftale« og »virksomhed« af afgørende betydning for at bedømme, om den konkrete anvendelse heraf er bestemt og forudsigelig.

145 Retten er dog for det første, henset til den i præmis 115-128 ovennævnte faste retspraksis, af den opfattelse, at udtrykket »aftale mellem virksomheder« i artikel 81, stk. 1, EF udgør et tilstrækkeligt præcist udtryk for begrebet kartel og ophavsmand til overtrædelsen, som beskrevet i præmis 128 ovenfor, idet disse udtryk omfatter enhver virksomhed, som handler svigagtigt, uafhængigt af erhvervssektoren eller det relevante marked, hvorpå virksomheden er aktiv, således at denne virksomhed ikke kan undgå at iagttage eller erkende, at den udsætter sig selv for forfølgning, såfremt den handler således.

146 For det andet foreligger der, som anført i præmis 129-135 ovenfor, en fast retspraksis vedrørende det medansvar i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, som virksomheder som medophavsmænd og/eller medvirkende til en samlet overtrædelse kan tilskrives, hvilke virksomheder gensidigt bliver gjort ansvarlige for de andre deltagende virksomheders overtrædelser. Denne retspraksis, som også er baseret på »enheds«-opfattelsen af begreberne karteller og ophavsmænd til overtrædelser, angiver klart og præcist de objektive og subjektive betingelser for, at en virksomhed kan ifalde ansvar for en overtrædelse, som er begået af flere medophavsmænd eller medvirkende. I denne henseende kan det forhold, at Domstolen først i 1999 præciserede principperne om ansvar (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 78 ff.), ikke i sig selv berøre den omstændighed, at principperne var forudsigelige allerede på tidspunktet for de faktiske omstændigheder mellem 1993 og 1999, som sagsøgeren kritiseres for, eftersom de elementer, som er afgørende for det individuelle ansvar, allerede med tilstrækkelig præcision følger af det brede begreb aftale og virksomhed som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF og af Rettens tidligere praksis (jf. dommen i sagen Tréfileurope mod Kommissionen, nævnt i præmis 108 ovenfor, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis). Hertil kommer at den omstændighed, at Fællesskabets retsinstanter endnu ikke har udtalt sig om det særlige tilfælde af en rådgivningsvirksomheds medansvar, hvilken virksomhed ikke er aktiv på det samme marked som de primære deltagere i kartellet, ikke er tilstrækkelig til at fastslå, at en fast administrativ og retlig praksis, som fastslår en sådan virksomheds medansvar, eller i det mindste muligheden for et sådant medansvar, ikke rimeligvis kunne forudses af erhvervsdrivende på grundlag af både artikel 81, stk. 1, EF og den nævnte retspraksis.

147 Hvad i øvrigt angår den administrative strafferetlige praksis i den forbindelse bemærkes det derimod, hvilket sagsøgeren selv har erkendt, at Kommissionen allerede i 1980 besluttede at pålægge en rådgivningsvirksomhed ansvar for en overtrædelse af

artikel 81, stk. 1, EF, hvilken virksomhed på en måde, der kan sammenlignes med sagsøgerens deltagelse i det foreliggende tilfælde, havde deltaget i gennemførelsen af det pågældende kartel (beslutningen vedrørende støbt glas i Italien, jf. navnlig punkt II. A.4 in fine i betragtningerne). I den forbindelse berettiger det forhold, at Kommissionen ikke har anvendt denne fremgangsmåde i flere efterfølgende beslutninger, ikke, at der ikke er en rimelig mulighed for at forudse en sådan fortolkning af rækkevidden af artikel 81, stk.1, EF. Dette gælder så meget desto mere for så vidt angår en rådgivningsvirksomhed, som i henhold til Kommissionens beslutningspraksis siden 1980 må antages at udvise stor forsigtighed ved udøvelsen af sine økonomiske aktiviteter og anvende veloplyst rådgivning, navnlig fra juridiske eksperter, ved vurderingen af de risici, som virksomhedens handlinger indebærer (jf. i denne retning dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 219).

148 I denne sammenhæng kan sagsøgeren ikke med føje gøre gældende, at en sådan fortolkning er i strid med medlemsstaternes fælles regler på området for individuelt ansvar, hvilke regler indeholder en sondring mellem ophavsmænd og medvirkende til overtrædelser. De regler, sagsøgeren har nævnt (jf. præmis 81 ovenfor), henhører nemlig udelukkende under national strafferet og forklarer ikke om, og i hvilket omfang disse regler tillige i de respektive nationale retsordener finder anvendelse på området for administrative sanktioner, og navnlig sanktioner i forbindelse med konkurrencebe-grænsende adfærd.

149 Desuden følger det hverken af Menneskerettighedsdomstolens praksis eller af Menneskerettighedskommissionens tidligere beslutningspraksis, at princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), indeholder et krav om, at der i forbindelse med strafferetlige eller administrative sanktioner sondres mellem ophavsmænd og medvirkende til overtrædelser, således at sidstnævnte ikke kan straffes, når den relevante retsregel ikke udtrykkeligt fastsætter en sanktion. Det følger derimod heraf, at den anklagede persons handling, med henblik på overholdelsen af dette princip, må kunne udledes af den omhandlede bestemmelses ordlyd, i givet fald under hensyntagen til den fortolkning, der er anlagt i retspraksis. Hvis denne definition er tilstrækkelig bred til at omfatte både handlinger begået af de primære ophavsmænd til overtrædelser samt de medvirkende, er princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, ikke derved tilsidesat (jf. modsæt-

ningsvist Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen E.K. mod Tyrkiet, nævnt i præmis 140 ovenfor, § 55 og 56, samt Menneskerettighedskommissionens afgørelse om formaliteten i sagen L.-G. R. mod Sverige af 15.1.1997, sag nr. 27032/95, s. 12).

150 På baggrund af alle de ovenstående overvejelser fastslår Retten, at enhver virksomhed, som har begået en svigagtig handling, herunder rådgivningsvirksomheder, som ikke er aktive på det pågældende marked, der berøres af konkurrencebegrænsningen, rimeligvis kunne forudse, at forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF i princippet fandt anvendelse. Denne virksomhed kunne nemlig ikke overse, eller den var i stand til at forstå, at Kommissionens beslutningspraksis og Fællesskabets tidligere retspraksis allerede tilstrækkeligt klart og præcist indeholdt en udtrykkelig anerkendelse af, at en rådgivningsvirksomhed er ansvarlig for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, når den aktivt og forsætligt medvirker i et kartel mellem producenter, som er aktive på et marked, som adskiller sig fra det marked, som rådgivningsvirksomheden opererer på.

d) Om sagsøgerens rolle som medophavsmand til kartellet

151 Det skal dernæst undersøges, om de objektive og subjektive betingelser, som gør det muligt at fastslå, at sagsøgeren er medansvarlig, idet selskabet tilskrives de andre deltagende virksomheders ulovlige handlinger, i det foreliggende tilfælde var opfyldt. I denne forbindelse bemærkes for det første, at for at kunne tilskrive virksomheden ansvar for den samlede overtrædelse, skal den dels have bidraget, selv underordnet, til den pågældende konkurrencebegrænsning, dels skal den subjektive betingelse om, at virksomheden giver udtryk for sin vilje i denne henseende, være opfyldt.

- 152 Uafhængigt af spørgsmålet, om sagsøgeren var »kontraherende« part i aftalen af 1971 og i aftalen af 1975, og om de tjenesteydelsesaftaler, som blev indgået med de tre producenter af organiske peroxider, var en integrerende del af kartellet i bred forstand, fastslår Retten, at det er godtgjort, at sagsøgeren aktivt har bistået til gennemførelsen af kartellet mellem 1993 og 1999.
- 153 For det første er det ubestridt, at sagsøgeren på sit forretningssted opbevarede og skjulte den originale version af aftalen af 1971 og aftalen af 1975 indgået af Atochem/Atofina og PC/Degussa, og dette for så vidt angår sidstnævnte helt frem til 2001 eller 2002 (betragtning 63 og 83 til den anfægtede beslutning). For det andet har sagsøgeren erkendt at have beregnet og meddelt kartellets medlemmer forskellene mellem disses respektive markedsandele og de aftalte kvoter, i det mindste indtil 1995 eller 1996, hvilken aktivitet udtrykkeligt var fastsat i aftalen af 1971 og i aftalen af 1975, og sagsøgeren havde til dette formål opbevaret hemmelige dokumenter i sine lokaler. For det tredje, for så vidt angår afholdelsen af møder mellem producenterne af organiske peroxider, som indeholdt en konkurrencebegrænsende del, har sagsøgeren erkendt at have organiseret og delvist deltaget i fem af disse møder og i mødet i Amersfoort den 19. oktober 1998, som havde til formål at forberede et forslag til en fordeling af kvoter mellem producenterne. For det fjerde er det ubestridt, at sagsøgeren regelmæssigt godtgjorde rejseudgifter til repræsentanter for producenterne af organiske peroxider, hvilke udgifter blev afholdt i forbindelse med deres deltagelse i møder med konkurrencebegrænsende formål. Det er åbenbart, at denne godtgørelse blev foretaget for at skjule eller undgå, at der i disse producenters regnskabsbøger, fremgik spor af gennemførelsen af kartellet (jf. præmis 63 og 102 ovenfor).
- 154 Uden at det er fornødent i detaljer at vurdere de elementer, som parterne har anfægtet vedrørende den faktiske rækkevidde af sagsøgerens deltagelse i kartellet, fastslår Retten, på baggrund af de ovenfor i præmis 153 anførte forhold, at sagsøgeren aktivt har bidraget til gennemførelsen af kartellet, og at der, i modsætning til det af selskabet hævdede, var en tilstrækkelig konkret og afgørende årsagsforbindelse mellem denne aktivitet og konkurrencebegrænsningen på markedet for organiske peroxider. Sagsøgeren har nemlig ikke under retsmødet bestridt denne årsagsforbindelse, men har blot anfægtet den juridiske kvalificering af sagsøgerens bidrag som en ophavsmands overtrædelse, idet dette bidrag, ifølge sagsøgeren, kun kan kvalificeres som en medvirkende handling, hvilken handling enhver anden rådgivningsvirksomhed kunne have udført.

155 Hertil kommer, at det under disse omstændigheder ikke er af betydning, om sagsøgeren formelt og direkte var kontraherende part i aftalen af 1971 og i aftalen af 1975. Dels er spørgsmålet, om der foreligger en skriftlig eller på anden vis udtrykkelig aftale mellem de deltagende virksomheder eller ej ikke med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, afgørende, såfremt disse udviser en hemmelig adfærd (jf. præmis 115-123 ovenfor). Dels har sagsøgeren selv erkendt, at selskabet i form af en stiltiende aftale med producenterne af organiske peroxider, i sit eget navn og for egen regning har udført bestemte aktiviteter for Fides, som udtrykkeligt var fastsat i disse aftaler, såsom beregningen og videregivelsen af forskellene mellem de aftalte kvoter. Det skal tilføjes, at da Kommissionen blot har pålagt sagsøgeren en bøde på et minimumsbeløb af 1 000 EUR, og da sagsøgeren ikke har anfægtet dette beløb i sig selv, skal Retten ikke tage stilling til den præcise rækkevidde af sagsøgerens deltagelse, i det omfang deltagelsen kunne påvirke lovligheden af den pålagte bødes størrelse.

156 Desuden fastslår Retten, henset til alle de objektive omstændigheder, som karakteriserer sagsøgerens deltagelse, at sagsøgeren i fuldt kendskab til sagen og forsætligt har givet kartellet rådighed over selskabets faglige ekspertise og infrastruktur med henblik på, i det mindste indirekte, at drage fordel heraf ved hjælp af de individuelle tjenesteydelsesaftaler, som forbandt sagsøgeren med de tre producenter af organiske peroxider. Uafhængigt af spørgsmålet, om sagsøgeren således forsætligt har tilsidesat de fagetiske regler, som selskabet har tilsluttet sig som økonomisk rådgiver, er det åbenbart, at selskabet enten ikke kunne overse, eller også kendte det til det konkurrencebegrænsende og ulovlige formål med det kartel, det bistod, hvilket formål navnlig kom til udtryk i forbindelse med aftalen af 1971 og med aftalen af 1975, hvilke aftaler selskabet opbevarede i sine lokaler, samt i forbindelse med afholdelsen af møder med konkurrencebegrænsende formål og med udvekslingen af følsomme oplysninger, som sagsøgeren deltog aktivt i, i det mindste indtil 1995 eller 1996.

157 På baggrund af alle de ovenstående overvejelser fastslår Retten, at den anfægtede beslutning, for så vidt som den fastslår sagsøgerens medansvar for den overtrædelse, som primært blev begået af AKZO, Atochem/Atofina og PC/Degussa, ikke overskrider grænserne for det forbud, som er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF, og følgelig at

Kommissionen, ved at pålægge sagsøgeren en bøde på 1 000 EUR, ikke har overskredet de beføjelser, som tilkommer den i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

158 På denne baggrund er Retten af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, om Kommissionen tillige lovligt kunne basere sagsøgerens ansvar på begrebet vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder. Som Kommissionen har erkendt under retsmødet, er der i det foreliggende tilfælde tale om en udelukkende alternativ bedømmelse, dvs. subsidiær, som hverken kan udgøre en retlig begrundelse for eller anfægte Kommissionens primære kritikpunkt, som er baseret på begreberne aftale og virksomhed. Det er ligeledes ikke nødvendigt at bedømme, om Kommissionen korrekt har undersøgt og vurderet bestemte belastende beviser mod sagsøgeren, som ikke er afgørende for løsningen af den foreliggende tvist. I denne forbindelse bemærkes, at sagsøgerens argumenter, som er gengivet i præmis 77-79 ovenfor, kun har til formål at støtte begrundelsen for dette anbringende og ikke udgør et adskilt anbringende.

159 Følgelig skal det andet anbringende forkastes som ubegrundet.

D — Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

1. Parternes argumenter

160 Sagsøgeren er af den opfattelse, at selskabet, henset til Kommissionens faste beslutningspraksis siden 1983, berettiget kunne forvente, at Kommissionen ville bedømme sagsøgerens adfærd på samme måde som andre rådgivningsvirksomheders

lignende adfærd i tidligere sager. Den anfægtede afgørelse er derfor i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Ifølge sagsøgeren udgør Kommissionens beslutninger, selv om de kun er bindende for adressaterne, ikke desto mindre, og navnlig når de indfører en fast beslutningspraksis, retsakter, som er af betydning for lignende situationer. Retssubjektets mulighed for at kunne stole på, at en bestemt beslutningspraksis følges, fortjener så meget desto mere at blive beskyttet, da anvendelsen af artikel 81 EF indeholder et stort antal ubestemte juridiske begreber, som nødvendigvis skal konkretiseres ved hjælp af en sådan praksis.

- 161 Sagsøgeren har anført, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som anerkendt i retspraksis (Domstolens dom af 3.5.1978, sag 112/77, Töpfer m.fl., Sml. s. 1019, præmis 19, og Rettens dom af 8.7.1999, sag T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mod Kommissionen, Sml. II, s. 2329, præmis 71), indeholder et forbud for Kommissionen mod uden varsel at forlade sin egen beslutningspraksis vedrørende artikel 81 EF og med tilbagevirkende kraft at kvalificere en handling, som hidtil har været anset for ikke at være omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde, som en overtrædelse og at pålægge en bøde herfor. Kommissionen har dog siden 1983, i modsætning til fremgangsmåden i beslutningen vedrørende støbt glas i Italien, ikke anset rådgivningsvirksomheders bistand, hvilke virksomheder ikke er parter i den konkurrencebegrænsende aftale, for en overtrædelse (jf. bl.a. beslutningen vedrørende støbejerns- og stålvalser af 1983, polypropylenbeslutningen af 1986, PEBD-beslutningen af 1988 og kartonbeslutningen af 1994). Således kunne sagsøgeren på tidspunktet for selskabets stiftelse i slutningen af 1993 berettiget forvente, at selskabets bistand til de tre producenter af organiske peroxider heller ikke blev kvalificeret som en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF. Ifølge sagsøgeren overskred selskabets aktiviteter ikke de aktiviteter, de andre rådgivningsvirksomheder havde udøvet i de sager, som gav anledning til beslutningen vedrørende støbejerns- og stålvalser eller kartonbeslutningen. Følgelig skulle Kommissionen ikke have holdt sagsøgeren ansvarlig for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og pålagt selskabet en bøde.

- 162 Kommissionen har anført, at dette anbringende skal forkastes.

2. Rettens bemærkninger

163 Retten er af den opfattelse, at princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning — henset til anerkendelsen i de fællesskabsretlige konkurrenceregler af princippet om medansvar for en rådgivningsvirksomhed, som har deltaget i et kartel — ikke kan være til hinder for en ændring af Kommissionens beslutningspraksis i det foreliggende tilfælde. Som det fremgår af præmis 112-150 ovenfor, er denne ændring af praksis nemlig begrundet i en korrekt fortolkning af rækkevidden af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. Da fortolkningen af det ubestemte juridiske begreb »aftaler mellem virksomheder« i sidste instans påhviler Fællesskabets retsinstanser, har Kommissionen ikke nogen margen til i givet fald at undlade at forfølge en rådgivningsvirksomhed, som opfylder disse kriterier vedrørende medansvar. Kommissionen skal derimod, i henhold til den beføjelse, den er tillagt i medfør af artikel 85, stk. 1, EF, påse, at de i artikel 81 EF fastlagte principper anvendes, og på eget initiativ undersøge alle tilfælde af formodet overtrædelse af disse principper, som de er fortolket af Fællesskabets retsinstanser. Følgelig kan denne praksis i det omfang, Kommissionens beslutningspraksis, der lå forud for den anfægtede beslutning, kan forekomme at være i strid med den ovennævnte fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF, og uanset beslutningen vedrørende støbt glas i Italien, ikke give anledning til et begrundet håb hos de berørte virksomheder.

164 Desuden er denne ændring af Kommissionens beslutningspraksis, hvilket fremgår af præmis 147 og 148 ovenfor, så meget desto mere forudsigelig for sagsøgeren som der forelå præcedens i form af beslutningen vedrørende støbt glas i Italien fra 1980. Hertil kommer, at Kommissionens beslutningspraksis, som lå efter 1980, hvilket fremgår af præmis 163 ovenfor, ikke rimeligvis kan opfattes som en endelig fravigelse fra den oprindelige tilgang, som blev anvendt i beslutningen vedrørende støbt glas i Italien. I øvrigt har Kommissionen, selv om den i polypropylenbeslutningen af 1986 ikke kvalificerede selskabet Fides Trust som ophavsmand til overtrædelsen, ikke desto mindre klart fastslået, at den ordning om udveksling af oplysninger, som blev iværksat og administreret af dette selskab, var uforenelig med artikel 81, stk. 1, EF (betragtning 106 til polypropylenbeslutningen og artikel 2 i samme beslutning; jf. tillige betragtning 134 til kartonbeslutningen). På denne baggrund kan Kommissionens

beslutningspraksis efter 1980, hvori den blot undlader at dømme og sanktionere rådgivningsvirksomheder, uden dog juridisk at afvise den oprindelige opfattelse i beslutningen vedrørende støbt glas i Italien, så meget desto mindre skabe et begrundet håb for sagsøgeren om, at Kommissionen i fremtiden undlader at forfølge rådgivningsvirksomheder, som deltager i et kartel.

165 Følgelig skal dette anbringende forkastes som ugrundet.

E — *Det fjerde subsidiære anbringende vedrørende tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed og strafferettens klarhed*

1. *Parternes argumenter*

166 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens juridiske analyse for så vidt angår sagsøgeren er så vag og selvmodsigende, at den tilsidesætter princippet om retssikkerhed og om strafferettens klarhed (*nulla poena sine lege certa*). Kommissionen har ikke med den nødvendige klarhed præciseret rammerne og grænserne for, hvornår en rådgivningsvirksomhed som sagsøgeren begår ulovlige og strafbare handlinger, og unddrager det således fra den retssikkerhed, der kræves i en retsstat.

167 Sagsøgeren har bemærket, at princippet om strafferettens klarhed (*nulla poena sine lege certa*) som fastsat i artikel 7, stk. 1, i EMRK, og som er anerkendt som et almindeligt fællesskabsretligt princip, er en del af retssikkerhedsprincippet (X-

dommen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 25). Retssikkerhedsprincippet er et grundlæggende princip i fællesskabsretten (Domstolens dom af 14.5.1975, sag 74/74, CNTA mod Kommissionen, Sml. 533, præmis 44, af 12.11.1981, forenede sager 212/80-217/80, Salumi m.fl., Sml. s. 2735, præmis 10, og af 22.2.1984, sag 70/83, Kloppenburg, Sml. s. 1075, præmis 11), som navnlig kræver, at fællesskabslovgivningen er klar, og at retssubjekterne kan forudse dens anvendelse. Sagsøgeren har præciseret, at Kommissionens beslutninger, som er vedtaget i henhold til artikel 81 EF, og som pålægger bøder, hvis størrelse kan være af særlig betydning, skal være særligt klare og præcise (Domstolens dom af 10.7.1980, sag 32/79, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 2403, præmis 46), således at de berørte virksomheder kan kontrollere og bestemme deres adfærd under hensyn til og ud fra kriterier, som er tilstrækkeligt klare og konkrete for så vidt angår spørgsmålet, om en bestemt aktivitet er ulovlig.

168 I modsætning til disse krav har Kommissionen i den anfægtede beslutning på næsten fem sider angivet grundene til, at den finder, at sagsøgeren har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF (betragtning 331 ff. til den anfægtede beslutning). Af denne argumentation fremgår det ikke desto mindre ikke klart, hvilke konkrete handlinger sagsøgeren har begået, som henhører under anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, og hvilke handlinger der ikke henhører under denne bestemmelse (jf. bl.a. betragtning 339, 343, 344 og 349 til den anfægtede beslutning). Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen fejlagtigt har kritiseret selskabet for at have givet juridisk rådgivning (betragtning 339 til den anfægtede beslutning). Selv hvis det antages, at dette blev godtgjort, kan juridisk rådgivning ikke anses for en overtrædelse af konkurrencereglerne. Kommissionen kunne under alle omstændigheder ikke fastslå, at den juridiske rådgivning og sagsøgerens støtte samlet set, som beskrevet i den anfægtede beslutning, udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, når disse handlinger isoleret set ikke udgør en sådan overtrædelse. Det vil ellers være umuligt at forudse, på hvilket tidspunkt en lovlig handling bliver til en ulovlig handling. Dernæst har sagsøgeren kritiseret Kommissionen for, i betragtning 332 ff. til den anfægtede beslutning, at have udtrykt sig vagt, uforståeligt og selvmodsigende i forbindelse med selskabets angivelige deltagelse i kartellet. Hvad angår Kommissionens argumentation i dette anbringende vedrørende den manglende selvstændighed har sagsøgeren bestridt, at begrundelsen for den anfægtede beslutning, selv hvis det antages, at selskabet er skyldigt i en overtrædelse af

konkurrenceretten, klart og præcist angiver, hvilke konkrete handlinger sagsøgeren beskyldes for at have begået, som udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF.

¹⁶⁹ I mangel af en klar besvarelse af spørgsmålet om, hvorfor og hvordan sagsøgeren overtrådte artikel 81, stk. 1, EF, skal den anfægtede beslutning annulleres, idet den tilsidesætter princippet om strafferettens klarhed og retssikkerhedsprincippet.

¹⁷⁰ Kommissionen er af den opfattelse, at dette anbringende skal forkastes, da det blot udgør en gentagelse af det andet anbringende.

2. Rettens bemærkninger

¹⁷¹ Retten fastslår for det første, at sagsøgeren i forbindelse med det første anbringende i det væsentlige har fremført de samme argumenter som i det andet og tredje anbringende. Det er derfor tilstrækkeligt at henvise til overvejelserne i præmis 112-159 ovenfor med henblik på at fastslå, at den anfægtede beslutning indeholder tilstrækkelige elementer til godtgørelse af, at sagsøgeren deltog aktivt og med forsæt i kartellet, således at selskabet ifalder ansvar for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, uafhængigt af den faktiske rækkevidde af denne deltagelse i detaljer.

- 172 Selv hvis det antages, at dette anbringende også skal opfattes således, at sagsøgeren påberåber sig tilsidesættelse af begrundelsespligten i artikel 253 EF, følger det tillige af disse betragtninger, at den anfægtede beslutning indeholder alle de relevante elementer, som gør det muligt for sagsøgeren at anfægte begrundelsen herfor, og for Retten at udøve sin kontrol, som omhandlet i retspraksis (jf. Rettens dom af 12.12.2006, sag T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran mod Rådet, Sml. II, s. 4665, præmis 138 og den deri nævnte retspraksis).
- 173 Følgelig skal dette anbringende også forkastes som ubegrundet.

F — *Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og princippet om strafferettens klarhed i artikel 3, stk. 2, i den anfægtede beslutning*

1. Parternes argumenter

- 174 Ifølge sagsøgeren er både den juridiske analyse og artikel 3, stk. 2, i den anfægtede beslutning, i mangel af en klar og præcis angivelse af de ulovlige handlinger, sagsøgeren blev tiltalt for, i strid med retssikkerhedsprincippet og princippet om strafferettens klarhed. Det fremgår nemlig ikke klart af begrundelsen for den anfægtede beslutning, i form af hvilke konkrete handlinger sagsøgeren skulle have overtrådt artikel 81, stk. 1, EF. Følgelig kunne sagsøgeren heller ikke vide, hvilke handlinger der er omfattet af forpligtelsen i henhold til beslutningens artikel 3. Heraf følger, at artikel 3 tilsidesætter »kravet om klarhed og forudsigelighed« i fællesskabslovgivningen, hvilket krav gælder

med særlig styrke, når der er tale om bestemmelser med retsvirkninger af økonomisk art, således at de berørte kan få et nøjagtigt kendskab til omfanget af de forpligtelser, der herved pålægges dem (Domstolens dom af 9.7.1981, sag 169/80, Gondrand og Garancini, Sml. s. 1931, præmis 17 og 18, domme af 15.12.1987, sag 325/85, Irland mod Kommissionen, Sml. s. 5041, præmis 18, og sag 326/85, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 5091, præmis 24, dom af 22.2.1989, forenede sager 92/87 og 93/87, Kommissionen mod Frankrig og Det Forenede Kongerige, Sml. s. 405, præmis 22, af 13.3.1990, sag C-30/89, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 691, præmis 23, af 17.7.1997, sag C-354/95, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 4559, præmis 57, og af 16.10.1997, sag C-177/96, Banque Indosuez m.fl., Sml. I, s. 5659, præmis 27).

- 175 Denne uklare juridiske analyse og den uklare forpligtelse, som er fastsat i artikel 3 i den anfægtede beslutning, forværres yderligere dels ved, at sagsøgeren ifølge denne bestemmelse tillige er forpligtet til at undgå enhver aftale eller samordnet praksis med et »lignende« formål eller virkning, dels idet enhver overtrædelse af denne bestemmelse kan indebære, at der pålægges en bøde i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, hvis størrelse kan være særligt væsentlig. Desuden har Kommissionen erkendt, at den har indfundet sig på et juridisk set »nyt område« (betragtning 454 til den anfægtede beslutning). I et sådant tilfælde skal præcisionen af et pålæg om ikke at gentage en overtrædelse opfylde særligt strenge krav, således at den berørte virksomhed kan bedømme den reelle rækkevidde af forbuddet i artikel 81 EF. Denne usikkerhed om retstilstanden truer rådgivningsvirksomheders økonomiske aktiviteter, herunder sagsøgerens, bl.a. på området for udarbejdelsen af markedsstatistikker og administration af sammenslutninger.

- 176 Hvad angår Kommissionens argument om, at dette anbringende vedrører pålægget om at bringe overtrædelsen til ophør (artikel 3, stk. 1, i den anfægtede beslutning), har sagsøgeren præciseret, at søgsmålet kun vedrører pålægget om ikke at gentage overtrædelsen (artikel 3, stk. 2, i den anfægtede beslutning). Det første pålæg er ikke

bebyrdende for selskabet, da overtrædelsen allerede ophørte i slutningen af 1999 og begyndelsen af 2000 (betragtning 91 til den anfægtede beslutning).

177 Følgelig skal artikel 3 i den anfægtede beslutning annulleres for så vidt angår sagsøgeren.

178 Kommissionen er af den opfattelse, at dette anbringende er ugrundet og skal forkastes.

2. *Rettens bemærkninger*

179 Retten er af den opfattelse, at dette anbringende blot er en gentagelse af det fjerde anbringende, som også vedrører tilsidesættelsen af retssikkerhedsprincippet og princippet om strafferettens klarhed, og bedømmelsen heraf er følgelig ikke anderledes.

180 I det omfang, dette anbringende vedrører artikel 3, stk. 2, i den anfægtede afgørelse, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen, på grundlag af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 har beføjelse til at påbyde adressaten til en beslutning, der er truffet i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, at bringe den ulovlige adfærd til ophør og for fremtiden at afstå fra enhver aftale eller samordnet praksis med samme eller lignende formål eller

virkning (dommen af 20.4.1999 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 39 ovenfor, præmis 1252 og 1253).

181 Følgelig skal dette anbringende tillige forkastes som ugrundet.

182 Det følger heraf, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

183 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Tredje Udvidede Afdeling):

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) AC-Treuhand AG betaler sagens omkostninger.

Jaeger

Azizi

Czucz

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juli 2008.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Jaeger

Præsident

Indhold

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Sagens baggrund | II - 1506 |
| Retsforhandlinger og parternes påstande | II - 1509 |
| Retlige bemærkninger | II - 1511 |
| A — Indledende bemærkninger | II - 1511 |
| B — Om det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af retten til forsvar og af retten til en retfærdig rettergang. | II - 1513 |
| 1. Parternes argumenter | II - 1513 |
| a) Sagsøgerens argumenter | II - 1513 |
| b) Kommissionens argumenter | II - 1518 |
| 2. Rettens bemærkninger | II - 1522 |
| C — Det andet anbringende vedrørende tilsidesættelsen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) | II - 1529 |
| 1. Parternes argumenter | II - 1529 |
| a) Sagsøgerens argumenter | II - 1529 |
| Generelt | II - 1529 |
| Om indsigelsen mod de faktiske omstændigheder, der er anført i den anfægtede beslutning | II - 1530 |
| Tilsidesættelse af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) | II - 1538 |
| — Om virkningen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege), på sondringen mellem ophavsmand og medvirkende i de fællesskabsretlige konkurrenceregler | II - 1538 |
| — Om begrebet ophavsmand i henhold til artikel 81 EF | II - 1540 |
| — Om kvalificeringen af sagsøgeren som ustrafbar medvirkende | II - 1543 |
| — Om Kommissionens tidligere, modsatte beslutningspraksis | II - 1544 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| — Om det forhold, at sagsøgeren ikke har ledet kartellet, samt årsagsforbindelsen mellem selskabets aktiviteter og konkurrencebegrænsningen | II - 1545 |
| — Om den fejlagtige kvalificering af sagsøgeren som en »sammenlutning af virksomheder« | II - 1546 |
| b) Kommissionens argumenter | II - 1548 |
| Om den faktuelle ramme for den anfægtede beslutning | II - 1548 |
| Om tilsidesættelsen af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege) | II - 1549 |
| 2. Rettens bemærkninger | II - 1552 |
| a) Indledende bemærkninger | II - 1552 |
| b) Om ordlydsfortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF | II - 1553 |
| c) Om den kontekstuelle og teleologiske fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF | II - 1557 |
| Kravet om begrænsningen af den forretningsmæssige selvstændighed | II - 1557 |
| Betingelserne for, at en virksomheds deltagelse i et kartel udgør en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF | II - 1559 |
| Fortolkningen af artikel 81, stk. 1, EF på baggrund af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (nullum crimen, nulla poena sine lege). | II - 1562 |
| d) Om sagsøgerens rolle som medophavsmand til kartellet | II - 1568 |
| D — Det tredje anbringende vedrørende tilsidesættelsen af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning | II - 1571 |
| 1. Parternes argumenter | II - 1571 |
| 2. Rettens bemærkninger | II - 1573 |
| E — Det fjerde subsidiære anbringende vedrørende tilsidesættelse af principperne om retssikkerhed og strafferettens klarhed | II - 1574 |
| 1. Parternes argumenter | II - 1574 |
| 2. Rettens bemærkninger | II - 1576 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| F — Det femte anbringende vedrørende tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet og princippet om strafferettens klarhed i artikel 3, stk. 2, i den anfægtede beslutning | II - 1577 |
| 1. Parternes argumenter | II - 1577 |
| 2. Rettens bemærkninger | II - 1579 |
| Sagens omkostninger | II - 1580 |