FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

8 juli 2008 *

I mål T-99/04,

AC-Treuhand AG, Zürich (Schweiz), företrätt av advokaterna M. Karl, C. Steinle och J. Drolshammer,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Bouquet, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten A. Böhlke,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2005/349/EG av den 10 december 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-2/37.857 – Organiska peroxider) (EUT L 110, 2005, s. 44),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna J. Azizi och O. Czúcz,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 september 2007,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Kommissionens beslut 2005/349/EG av den 10 december 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-2/37.857 – Organiska peroxider) (EUT L 110, 2005, s. 44) (nedan kallat det angripna beslutet) avser en konkurrensbegränsande samverkan som ingåtts och genomförts på den europeiska marknaden för organiska peroxider, som är kemikalier som används inom plast- och gummiindustrin av exempelvis AKZO-koncernen (nedan kallad AKZO) och av företagen Atofina SA, som efterträtt Atochem (nedan kallat Atochem/Atofina) och Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, som kontrolleras av Laporte plc, numera Degussa UK Holdings Ltd (nedan kallat PC/Degussa).

2 Det framgår av det angripna beslutet att den konkurrensbegränsande samverkan inleddes år 1971 med ett skriftligt avtal (nedan kallat avtalet av år 1971), som ändrades år 1975 (nedan kallat avtalet av år 1975), mellan de tre producenterna av organiska peroxider AKZO, Luperox GmBH, därefter Atochem/Atofina, och PC/Degussa (nedan kallat samverkan). Denna syftade framför allt till att de deltagande företagen skulle behålla sina marknadsandelar och samordna sina prishöjningar. Möten ägde rum regelbundet för att säkerställa att samverkan fungerade väl. I samband med samverkan hade Fides Trust AG (nedan kallat Fides) och från och med år 1993 sökanden, AC Treuhand AG, i uppdrag att på grundval av tjänsteavtal som ingåtts med AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa bland annat i sina lokaler förvara vissa hemliga handlingar beträffande samverkan, såsom avtalet av år 1971, att samla in och behandla vissa uppgifter avseende den kommersiella verksamheten hos de tre producenterna av organiska peroxider, att meddela dessa de på detta sätt behandlade sifferuppgifterna samt att i samband med att möten mellan de ovannämnda producenterna organiserades i bland annat Zürich (Schweiz) utföra vissa logistikuppgifter och sekretariatsuppgifter, såsom att boka lokaler och ersätta företrädarnas resekostnader. Vissa faktiska omständigheter med avseende på sökandens verksamhet avseende samverkan är emellertid stridiga mellan parterna.

3 Kommissionen började undersöka den konkurrensbegränsande samverkan efter ett möte den 7 april 2000 med företrädare för AKZO, som upplyste kommissionen om en överträdelse av gemenskapens konkurrensbestämmelser i syfte att åtnjuta immuniteten enligt kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete). Även Atochem/Atofina och PC/Degussa beslutade därefter att samarbeta med kommissionen och att lämna denna ytterligare upplysningar (skälen 56–63 i det angripna beslutet).

4 Den 3 februari 2003 sände kommissionen en begäran om upplysningar till sökanden. I denna begäran meddelade kommissionen i sak att den höll på att utreda en förmodad överträdelse av artikel 81 EG och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska

samarbetsområdet (EES), som begåtts av de europeiska tillverkarna av organiska peroxider. Kommissionen begärde vidare att sökanden skulle överlämna en organisationsplan för företaget, beskriva verksamheten och utvecklingen av denna, inbegripet övertagandet av Fides verksamhet, företagets verksamhet i egenskap av ”sekretariat” för producenterna av organiska peroxider och inge uppgifter om dess omsättning för åren 1991–2001. Till svar på denna begäran lämnade sökanden upplysningar i skrivelse av den 5 mars 2003 (skäl 73 i det angripna beslutet).

5 Den 20 mars 2003 hölls ett möte mellan sökandens företrädare och tjänstemän hos kommissionen med ansvar för ärendet. I slutet av mötet uppgav de sistnämnda att även sökanden skulle komma att bli föremål för det förfarande som kommissionen hade inlett. De angav emellertid inte vad sökanden klandrades för.

6 Kommissionen inledde det formella undersökningsförfarandet den 27 mars 2003 och antog ett meddelande om invändningar som därefter delgavs bland annat sökanden. Sökanden yttrade sig över meddelandet om invändningar den 16 juni 2003 och deltog i det förhör som hölls den 26 juni 2003. Kommissionen fattade slutligen det angripna beslutet den 10 december 2003 och det delgavs sökanden den 9 januari 2004. Genom beslutet ålades sökanden böter med 1 000 euro (skäl 454 och artikel 2 e i det angripna beslutet).

7 Det angripna beslutet fattades och delgavs samtidigt som kommissionen i en presskommuniké angav bland annat att sökanden i egenskap av konsultföretag sedan slutet av år 1993 hade spelat en väsentlig roll i samband med samverkan genom att sökandeföretaget organiserade möten och hemlighöll bevisning för överträdelsen.

Kommissionen drog därför slutsatsen att även sökanden hade brutit mot konkurrensbestämmelserna. Kommissionen angav följande:

”Den sanktionsåtgärd som har vidtagits [mot sökanden] uppgår till ett begränsat belopp, eftersom den politik som förs på området är ny. Meddelandet är emellertid tydligt. De som organiserar eller underlättar en samverkan, och således inte enbart deltagarna, kan hädanefter påräkna att bli upptäckta och åläggas mycket kraftiga sanktionsåtgärder.”

Förfarandet och parternas yrkanden

8 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 mars 2004.

9 Sökanden ansökte genom skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 november 2005 om att hela avtalet mellan sökanden och Fides, som återfinns i en bilaga till ansökan, samt Fides och den tidigare medarbetaren M. S. namn ska behandlas konfidentiellt vid offentliggörandet av förstainstansrättens dom.

10 Sökanden uppgav i skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 februari 2006 i första hand sig vidhålla sin ansökan om konfidentiell behandling och ansökte i andra hand om att de avsnitt i texten till det avtal som anges ovan i punkt 9 som gjorts oläsliga ska behandlas konfidentiellt. Sökanden ingav på förstainstansrättens begäran en icke konfidentiell version.

11 Med tillämpning av artikel 14 i förstainstansrättens rättegångsregler och på förslag av tredje avdelningen beslutade förstainstansrätten, efter att ha hört parterna i enlighet med artikel 51 i rättegångsreglerna, att hänskjuta målet till en avdelning i utökad sammansättning.

12 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet.

13 Vid förhandlingen den 12 september 2007 utvecklade parterna sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor.

14 Det muntliga förfarandet avslutades efter förhandlingen den 12 september 2007. Eftersom en av avdelningens ledamöter var förhindrad att delta i överläggningarna, avstod den yngste domaren enligt den i artikel 6 i förstainstansrättens rättegångsregler fastställda ordningen, i enlighet med artikel 32 i rättegångsreglerna, från att delta i överläggningarna, vilka fortsatte med de tre domare som har undertecknat denna dom.

15 Vid förhandlingen återkallade sökanden sin ansökan om konfidentiell behandling till den del denna avsåg användningen av Fides namn. Detta noterades i förhandlingsprotokollet.

16 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet till den del detta avser sökanden, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

17 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten ska,

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Inledande synpunkter*

18 Förstainstansrätten finner det nödvändigt att först och främst behandla den del av sökandeföretagets ansökan om konfidentiell behandling som detta inte återkallat under förhandlingen (se ovan punkterna 9, 10 och 15).

19 Beträffande namnet på sökandens tidigare medarbetare, har förstainstansrätten beaktat denna ansökan i enlighet med sin praxis för offentliggörande av fysiska personers identitet i andra mål (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 16 november 2006 i mål T-120/04, Peróxidos Orgánicos mot kommissionen, REG 2006, s. II-4441, punkterna 31 och 33). Förstainstansrätten anser däremot att det förhållandet i sig att ett sådant avtal förelegat mellan Fides och sökanden i vart fall har förlorat sin eventuellt konfidentiella karaktär med hänsyn till att avtalet angavs i det utdrag ur handelsregistret för kantonen Zürich, vilket är tillgängligt för allmänheten, som avsåg sökandens etablering och som har ingetts i en bilaga till ansökan. Avtalet angavs även i skälen 20 och 91 i den version av det angripna beslutet som offentliggjordes provisoriskt på Internetsidan för kommissionens generaldirektorat konkurrens (se, för ett motsvarande synsätt, beslut meddelat av ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning i utökad sammansättning den 4 mars 2005 i mål T-289/03, BUPA m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-741, punkterna 34 och 35). Sökanden invände inte mot detta offentliggörande i enlighet med det förfarande som anges i artikel 9 i kommissionens beslut 200l/462/EG, EKSG av den 23 maj 2001 om kompetensområdet för förhörsombudet i vissa konkurrensförfaranden (EGT L 162, s. 21).

20 Ansökan om konfidentiell behandling ska därför avslås till den del som avser att ett avtal förelegat mellan Fides och sökanden.

21 Förstainstansrätten anger vidare att sökanden till stöd för sin talan har åberopat fem grunder, nämligen för det första åsidosättande av rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång, för det andra åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), för det tredje åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar, för det fjärde och alternativt åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*) samt för det femte åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*) med avseende på artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet.

B — *Den första grunden: Åsidosättande av rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång*

1. *Parternas argument*

a) Sökandens argument

22 Sökandeföretaget anser att kommissionens upplysningar om det förfarande som inletts mot detta och anmärkningarna mot det lämnades för sent, nämligen tre år efter det att utredningen inleddes. Sökanden fick kännedom om detta först när det formella undersökningsförfarandet inleddes, och meddelandet om invändningar antogs den 27 mars 2003. Dessförinnan hade sökandeföretaget endast erhållit begäran om upplysningar av den 3 februari 2003, som detta i vederbörlig ordning besvarade i skrivelse av den 5 mars 2003. Sökanden fick först den 20 mars 2003, under mötet med kommissionen, kännedom om att även sökanden var föremål för utredning, men fick inga exakta upplysningar om omfattningen av de anklagelser som riktades mot sökanden.

23 Enligt sökanden har var och en som blivit anklagad för brott, enligt artikel 6.3 a i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (Europakonventionen), rätt att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom. Denna rätt följer av den grundläggande rätten till en rättvis rättegång som föreskrivs i artikel 6.1 i Europakonventionen och utgör en väsentlig del av rätten till försvar, som enligt rättspraxis utgör en av gemenskapsrättens allmänna principer, som är tillämplig på de repressiva administrativa förfaranden som föreskrivs i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkterna 172–176, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, av den 28 mars 2000 i mål C-7/98, Krombach, REG 2000, s. I-1935, punkterna 25 och 26, av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen, REG 2001, s. I-1611, punkterna 37 och 38, och av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkterna 63 och 64; se även förstainstansrättens dom av den

20 mars 2002 i mål T-15/99, Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, REG 2002, s. II-1613, punkterna 109 och 122, och i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 220). Den ovannämnda rätten fastställs genom artikel 6.2 EU och artikel 48.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1).

24 De böter som får åläggas företag enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 har nämligen, trots vad som anges i artikel 15.4 i samma förordning, i realiteten ”straffrättslig karaktär”, eftersom dessa har både preventivt och repressivt syfte (domaren B. Vesterdorfs, tillförordnad generaladvokat, förslag till avgörande i mål T-1/89, Rhône-Poulenc mot kommissionen, där förstainstansrätten meddelade dom den 24 oktober 1991, REG 1991, s.idorna II-867 och II-885; se även generaladvokaten Roemers förslag till avgörande i mål 14/68, Wilhelm, där domstolen meddelade dom den 13 februari 1969, REG 1969, sidorna 1, 17 och 24, svensk specialutgåva, volym 1, s. 379, generaladvokaten Mayras förslag till avgörande i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 16 december 1975, REG 1975, sidorna 1663, 2062 och 2141, generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 17 december 1998, REG 1998, s. I-8417, s. I-8422, punkt 31, och generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, C-204/00 P, REG 2004, s. I-133, punkt 26, C-205/00 P, REG 2004, s. I-171, punkt 32, C-213/00 P, REG 2004, s. I-230, punkt 26, C-217/00 P, REG 2004, s. I-267, punkt 29, och C-219/00 P, REG 2004, s. I-342, punkt 25). Denna slutsats följer även av rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen), se Europadomstolens dom av den 8 juni 1976 i mål Engel m. fl. mot Nederländerna, serie A nr 22 (1977), 82 §, av den 21 februari 1984 i mål Öztürk mot Tyskland, serie A nr 73, 53 §, och av den 25 augusti 1987 i mål Lutz mot Tyskland, serie A nr 123, 54 §).

25 Sökanden har härvid bestritt kommissionens påstående att inte något klander riktats mot företagen i utredningsskedet av det administrativa förfarandet. I detta skede vidtog

kommissionen tvärtom åtgärder som innebar anklagelser om att en överträdelse skett och som fick väsentliga följder för de misstänkta företagens situation (domstolens dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkt 182). Den omständigheten att de berörda företagen i samband med det förfarande som föreskrivs i förordning nr 17 är föremål för en formell anklagelse först vid tidpunkten för meddelandet om invändningar (förstainstansrättens dom av den 16 december 2003 i de förenade målen T-5/00 och T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie mot kommissionen, REG 2003, s. II-5761, punkt 79) är nämligen inte avgörande och utesluter inte att sökanden under utredningsskedet blivit ”anklagad för brott” i den mening som avses i artikel 6.3 i Europakonventionen, såsom denna tolkats av Europadomstolen. Mot bakgrund av denna rättspraxis är det inte nödvändigt att utfärda en formell anklagelseskrift. Det är tillräckligt att en straffrättsliknande utredning inleds (Europadomstolens dom av den 17 januari 1970 i mål Delcourt mot Belgien, serie A nr 11, s. 13, 25 §, av den 17 juli 1971 i mål Ringeisen mot Österrike, serie A nr 13, s. 45, 110 §, av den 27 februari 1980 i mål Deweer mot Belgien, serie A nr 35, s. 22, 42 §, dom av den 19 februari 1991 i mål Viezzer mot Italien, serie A nr 196-B, s. 21, 17 §, av den 26 mars 1982 i mål Adolf mot Österrike, serie A nr 49, s. 15, 30 §, och av den 24 november 1993 i mål Imbrioscia mot Schweiz, serie A nr 275, s. 13, 36 §).

26 Sökanden har gjort gällande att det framgår av ändamålet med artikel 6.3 a i Europakonventionen att en anklagad i ett straffrättsligt förfarande utan dröjsmål ska underrättas om att en utredning mot honom har inletts och om föremålet för den för att undvika att han går i ovisshet längre tid än nödvändigt. Det är däremot inte tillräckligt att underrättelsen lämnas först när han blir formellt anklagad, vilket ofta sker först efter en lång utredning. Detta skulle allvarligt kunna äventyra det efterföljande förfarandets skäliga karaktär, och artikel 6.3 c i Europakonventionen skulle förlora sin ändamålsenliga verkan. När kommissionen såsom i förevarande mål genomför utredningen i hemlighet under en tid av omkring tre år innan den antar meddelandet om invändningar, har den ett oskäligt försprång i fråga om bevisningen som inte är förenligt med artikel 6 i Europakonventionen. Detta beror på den omständigheten att det med hänsyn till den tid som förflutit är svårt eller nästan omöjligt för de berörda företagen att rekonstruera omständigheterna och förebringa motbevisning.

27 Skyldigheten att utan dröjsmål underrätta de berörda företagen följer i övrigt av den betydelse, eller till och med den avgörande betydelse, som utredningsförfarandet har för kommissionens kommande beslut (domstolens dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen, REG 1989, s. I-2859, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 10, s. 133, och domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 63). Efter en lång utredning, genomförd med stöd av dem som ansöker om immunitet eller nedsättning och genomförd innan meddelandet om invändningar antas, har kommissionen benägenhet att anse att omständigheterna är styrkta och föga benägen att återta de slutsatser som den har dragit. Risken att föregripa det kommande beslutet är så mycket större som det är kommissionen själv som utreder, anklagar och avgör ärendet. Under de omständigheter som förelåg i förevarande mål var kommissionen inte opartisk och sökanden hade inte möjlighet att i lämplig och tillräcklig utsträckning (se Europadomstolens dom av den 19 december 1990 i mål Delta mot Frankrike, serie A nr 191-A, s. 16, 36 §) motbevisa de felaktiga påståenden som anförts av AKZO, det huvudsakliga vittne som åberopats mot sökanden. Vid den tidpunkt då meddelandet om invändningar avsändes hade det ifrågavarande företaget därför mycket begränsade möjligheter att övertyga kommissionen om att omständigheterna framlades på ett felaktigt sätt i detta meddelande. Därigenom hindrades företaget att försvara sig på ett effektivt sätt.

28 Sökanden har erinrat om att kommissionen i förevarande mål har grundat sina invändningar nästan uteslutande på det vittnesmål som avgetts av AKSO, som ansökt om immunitet. Kommissionen har haft nära kontakter med detta företag sedan år 2000. Sökanden anser under dessa förhållanden att AKZO i kommissionens ögon har varit mer trovärdigt än andra företag, vilka i likhet med sökanden inte har förbundit sig att samarbeta i enlighet med avsnitt B punkt d i meddelandet om samarbete och vilka de tjänstemän som ansvarade för ärendet inte kände till personligen. Kommissionen ansåg därför att AKZO:s felaktiga påståenden avseende sökandens roll var trovärdigare än de upplysningar som sökanden lämnade, och sökanden hade därvid inte möjlighet att försvara sig effektivt mot AKZO:s påståenden och att rätta dessa.

29 Kommissionen borde i förevarande mål ha upplyst sökanden om innebörden av och grunden för de misstankar som riktades mot sökanden när AKZO den 27 juli 2000 lämnade kommissionen en beskrivning av sökandens påstådda roll i samverkan. Från det ögonblicket förelåg det nämligen risk för att kommissionens kommande beslut skulle föregripas på grund av AKZO:s felaktiga påståenden. Kommissionen borde ha

gjort detta senast den 18 juni 2001 när AKZO avgav sitt slutliga vittnesmål till kommissionen. Vad sökanden beträffar är det angripna beslutet nämligen nästan uteslutande grundat på detta vittnesmål. Genom att sökanden inte lämnats några upplysningar från och med den dag då utredningen mot sökanden inleddes, har kommissionen åsidosatt sökandens rätt till en rättvis rättegång och rätt till försvar i den mening som avses i artikel 6.1 och 6.3 a i Europakonventionen.

30 Enligt sökanden måste denna rättsstridighet leda till att det angripna beslutet ogiltigförklaras (generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, i mål C-250/99 P, REG 2002, s. I-8503, punkt 80). För att säkerställa den ändamålsenliga verkan av rättigheten enligt artikel 6.3 a i Europakonventionen, som är en grundläggande processrättslig skyddsregel i en rättsstat, kan det inte fordras att det berörda företaget ska visa att kommissionens beslut skulle ha haft ett annat innehåll om företaget hade erhållit upplysningar i god tid. Att den anklagade erhåller uttömmande upplysningar i god tid är ett nödvändigt villkor för en rättvis rättegång och utgör tvingande rätt. Beslut att ålägga böter som fattats med åsidosättande av denna processrättsliga skyddsregel ska därför ogiltigförklaras.

31 Sökanden har i andra hand hävdat att om kommissionen hade iakttagit rättigheten enligt artikel 6.3 a i Europakonventionen och omedelbart lämnat sökanden upplysningar om utredningens innebörd och föremål, skulle sökandeföretaget ha kunnat rekonstruera de relevanta omständigheterna lättare och mer uttömmande än vad det kunde göra år 2003. Sökanden hade särskilt kunnat fästa kommissionens uppmärksamhet på att AKZO:s vittnesmål om sökandens roll i samband med samverkan var felaktigt. Om denna uppgift hade ifrågasatts, skulle kommissionen ha begärt förtydliganden från AKZO och i förekommande fall kontrollerat uppgifterna i enlighet med artikel 14 i förordning nr 17.

32 I brist på omedelbara upplysningar hade sökanden däremot inte någon möjlighet att utöva något avgörande inflytande på hur utredningen genomfördes och på kommissionens interna beslutsförfarande. Vid det motsatta förhållandet hade kommissionen kommit till slutsatsen att sökanden i verkligheten inte hade begått någon överträdelse, utan endast var en icke straffansvarig medhjälpare till de producenter av organiska peroxider som deltog i samverkan. Kommissionen gjorde det således omöjligt för sökanden att i detta avgörande skede av förfarandet försvara sig snabbt och effektivt mot AKZO:s påståenden.

33 Det angripna beslutet ska därför ogiltigförklaras på grund av åsidosättande av rätten till försvar och av artikel 6.3 a i Europakonventionen.

34 Som svar på en särskild fråga från förstainstansrätten har sökandeföretaget under förhandlingen emellertid medgett att det enligt sin egen uppfattning inte hade kunnat ändra kommissionens slutsatser beträffande sökanden i det angripna beslutet även om sökanden hade erhållit upplysningar samtidigt med begäran om upplysningar av den 3 februari 2003 och därmed haft möjlighet att försvara sig mer effektivt. Detta noterades i förhandlingsprotokollet.

1. Kommissionens argument

35 Kommissionen har bestritt att den är skyldig att innan meddelandet om invändningar sänds lämna upplysningar till sökanden om innebörden av och skälen till den utredning som omfattar sökanden.

36 Såsom uttryckligen anges i artikel 15.4 i förordning nr 17 har varken det administrativa förfarandet eller möjligheten att ålägga böter straffrättslig karaktär. Detta förfarande är vidare uppdelat i två skeden: förundersökningsskedet och det kontradiktoriska skedet, som omfattar tiden mellan meddelandet om invändningar och antagandet av det slutliga beslutet. Det kontradiktoriska skedet gör det i och för sig möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen (domen i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 182–184). Emellertid uttrycks inte något klander mot de ifrågavarande företagen under utredningsskedet. Syftet med detta skede är att utreda faktiska omständigheter för att kommissionen ska kunna avgöra om det finns anledning att vidta åtgärder mot ett företag. Kommissionen kan härvid kräva att upplysningar lämnas till den, och företagen har skyldighet att samarbeta aktivt genom att tillhandahålla allt informationsunderlag som är relevant i förhållande till föremålet för utredningen (domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. I-3283, punkt 27; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217).

37 När sådana utredningsåtgärder vidtas har arbetet nämligen ännu inte kommit så långt att kommissionen kan rikta några anklagelser mot företagen, eftersom den fortfarande inhämtar bevisning som kan leda till att ett meddelande om invändningar antas. Den omständigheten i sig att ett företag omfattas av kommissionens utredningsåtgärder kan således inte likställas med att detta företag anklagas (generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 41–46). Sökandeföretagets argument att detta borde ha erhållit upplysningar redan i utredningsskedet för att kunna utarbeta sitt försvar kan därför inte godtas.

38 Kommissionen har medgett att rätten till försvar i egenskap av en grundläggande rättighet utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som gemenskapsdomstolen ska säkerställa efterlevnaden av (domarna i de ovan i punkt 23 nämnda målen Krombach, punkterna 25 och 26, och Connolly mot kommissionen, punkterna 37 och 38). Det är vidare riktigt att kommissionen ska ombesörja att dessa rättigheter inte undergrävs under utredningsskedet som kan ha en avgörande betydelse för

införskaffande av bevis för att ett företags rättsstridiga uppträdande är av sådan art att det kan medföra ansvar för företaget (domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 15, och i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 63). Denna skyldighet avser däremot endast vissa delar av rätten till försvar, såsom rätten till juridisk rådgivning och skyddet för advokatsekretessen, medan andra delar endast avser det kontradiktoriska förfarandet som inleds till följd av att ett meddelande om invändningar har antagits (domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 16).

39 Den påstådda rätten att omedelbart underrättas om innebörden av och grunden för utredningen föreligger i vart fall inte, och följer inte heller av artikel 6.3 a i Europakonventionen, eftersom någon ”anklagelse” inte föreligger under utredningsskedet. En sådan formell ”anklagelse” föreligger nämligen först vid tidpunkten för meddelandet om invändningar (domen i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie mot kommissionen, punkt 79). För detta meddelande förutsätts att förfarandet i enlighet med artikel 3 i förordning nr 17 har inletts, och genom meddelandet tillkännager kommissionen sin avsikt att fatta ett beslut om konstaterande av en överträdelse (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 6 februari 1973 i mål 48/72, Brasserie de Haecht, REG 1973, s. 77, punkt 16; svensk specialutgåva, volym 2, s. 67). Meddelandet utgör samtidigt en upplysning till företaget om föremålet för det förfarande som har inletts mot det och de beteenden som kommissionen klandrar företaget för (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 132, och domen i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie mot kommissionen, punkt 80).

40 Kommissionen har hävdat att detta bekräftas genom rättspraxis, enligt vilken det i enlighet med gemenskapens konkurrensbestämmelser inte finns någon rätt att bli informerad om det skede i vilket ett administrativt förfarande befinner sig innan meddelandet om anmärkningar formellt har avgetts. En motsatt uppfattning skulle nämligen leda till att det skapades en rätt att bli informerad om att det pågår en

utredning så fort en misstanke föreligger mot ett företag. Ett sådant förfarande skulle på ett allvarligt sätt hindra kommissionens arbete (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-50/00, Dalmine mot kommissionen, REG 2004, s. II-2395, punkt 110).

41 Kommissionen har tillagt att Europadomstolens rättspraxis avseende artikel 6 i Europakonventionen i förekommande fall visserligen kan vara av betydelse i samband med utredningsförfaranden med straffrättslig karaktär, till exempel när det är fråga om beräkning av ”skälig tid” i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen. Det finns emellertid ingenting som tyder på att detta även gäller artikel 6.3 a i Europakonventionen. För att beaktas ska underlåtelsen att iaktta sådana skyddsregler under utredningsskedet emellertid allvarligt äventyra förfarandets skäliga karaktär (Europadomstolens dom av den 24 november 1993 i mål Imbroscia mot Schweiz, serie A nr 275, 36 § och där angiven rättspraxis). Härvid ska hela förfarandet beaktas.

42 Kommissionen har gjort gällande att i förevarande mål är det kontradiktoriska skedet i det administrativa förfarande som föreskrivs i förordning nr 17 särskilt betydelsefullt i detta hänseende, eftersom detta skede just syftar till att den berörde ska underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom. Sökanden har emellertid inte framställt några anmärkningar med avseende på huruvida detta skede av förfarandet genomförts på ett lagenligt sätt. Sökandeföretaget kan därför inte först i sin replik påstå att det under det kontradiktoriska skedet av förfarandet inte hade tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt och i tillräcklig omfattning tillkännage sin uppfattning om den version av omständigheterna som kommissionen har gjort gällande. Den kontradiktoriska och skäliga karaktären i detta skede av det administrativa förfarandet kan i vart fall inte påverkas av sökandens felaktiga påstående.

43 Talan kan således enligt kommissionen inte vinna bifall på denna grund.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

44 I sin första grund har sökandeföretaget gjort gällande att kommissionen har åsidosatt dess rätt till försvar och i synnerhet dess rätt till en rättvis rättegång, i enlighet med artikel 6.3 a i Europakonventionen, genom att inte på ett mycket tidigt stadium i utredningsförfarandet underrätta sökandeföretaget om innebörden av och grunden för anklagelserna mot detta och bland annat genom att inte i ett tidigare skede låta sökandeföretaget få kännedom om AKZO:s vittnesmål.

45 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att rätten inte är behörig att bedöma huruvida en utredning i konkurrensfrågor är lagenlig mot bakgrund av Europakonventionens bestämmelser, eftersom dessa bestämmelser inte i sig utgör en del av gemenskapsrätten. Detta hindrar inte att gemenskapsdomstolen ska säkerställa att de grundläggande rättigheter iakttas som utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciperna och att den härvid utgår från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och från uppgifter i internationella dokument angående skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta och tillträtt. Det ska konstateras att Europakonventionen är av särskild betydelse i detta avseende, vilket framgår av artikel 6.2 EU (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, REG 2001, s. II-729, punkterna 59 och 60 och där angiven rättspraxis). Detta framgår i övrigt även av femte stycket i ingressen och av artiklarna 52.3 och 53 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

46 I alla förfaranden som kan leda till sanktionsåtgärder, bland annat böter och löpande vite, såsom det förfarande som föreskrivs i förordning nr 17, utgör rätten till försvar enligt fast rättspraxis en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciperna som gemenskapsdomstolen ska säkerställa efterlevnaden av

(se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 64, och av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2007, s. I-1331, punkt 68).

47 Det ska dessutom erinras om att det administrativa förfarandet i enlighet med förordning nr 17 som äger rum vid kommissionen sönderfaller i två särskilda och på varandra följande skeden som vart och ett har en egen intern logik, nämligen förundersökningsskedet och det kontradiktoriska skedet. Under förundersökningsskedet utnyttjar kommissionen de undersökningsbefogenheter som föreskrivs i förordning nr 17. Detta skede omfattar tiden fram till meddelandet om invändningar och är avsett att ge kommissionen möjlighet att inhämta relevanta omständigheter till stöd för huruvida konkurrensreglerna har överträtts eller ej och ta en första ställning till vilken inriktning och fortsättning förfarandet ska ges. Det kontradiktoriska skedet som i sin tur omfattar tiden från meddelandet om invändningar till antagandet av det slutliga beslutet ska däremot göra det möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen (se, för ett motsvarande synsätt, domen av den 15 oktober 2002 i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 181–183, och domstolens dom av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, REG 2006, s. I-8725, punkt 38).

48 Domstolen har preciserat att förundersökningsskedet börjar löpa den dag då kommissionen, vid utövandet av den behörighet som den har enligt artiklarna 11 och 14 i förordning nr 17, vidtar åtgärder som innebär anklagelser om att en överträdelse har skett och som får väsentliga följder för de misstänkta företagens situation (domen av den 15 oktober 2002 i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 182, och domen av den 21 september 2006 i det ovan i punkt 47 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 38). Det framgår vidare av domstolens rättspraxis att det inte är förrän i början av det kontradiktoriska administrativa skedet som det ifrågavarande företaget genom meddelandet om invändningar underrättas om samtliga väsentliga omständigheter som kommissionen grundar sig på i detta skede av förfarandet och där detta företag har rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet för att effektivt kunna utöva rätten till försvar. Följaktligen är det endast efter det att meddelandet om invändningar har

avsänts som det ifrågavarande företaget kan göra gällande sin rätt till försvar till fullo (se, för ett motsvarande synsätt, domen av den 15 oktober 2002 i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 315 och 316, domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 66 och 67, av domen den 21 september 2006 i det ovan i punkt 47 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 47, och domstolens dom av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen, REG 2007, s. I-829, punkt 59). Om dessa rättigheter även utsträcktes till att omfatta det skede som föregår meddelandet om invändningar, skulle effektiviteten i kommissionens utredning kunna äventyras, eftersom det ifrågavarande företaget redan under förundersökningsskedet skulle kunna fastställa vilken information som var känd av kommissionen och därigenom vilken information det fortfarande skulle kunna dölja för denna (domen i det ovannämnda målet Dalmine mot kommissionen, punkt 60).

49 Under dessa förhållanden kan förstainstansrätten inte godta sökandens argument att iakttagandet av rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång innebär att sökanden borde ha fått tillgång till AKZO:s vittnesmål under förundersökningsskedet.

50 Såsom framgår av den rättspraxis som anges ovan i punkt 48 innebär emellertid kommissionens utredningsåtgärder under förundersökningsskedet, och särskilt undersökningsåtgärder och begäran om upplysningar med stöd av artiklarna 11 och 14 i förordning nr 17, på grund av sin art att en överträdelse påtalas och dessa åtgärder kan få väsentliga följder för de misstänkta företagens situation.

51 Det är därför viktigt att förhindra att rätten till försvar äventyras på ett irreparabelt sätt i detta skede av det administrativa förfarandet, eftersom de utredningsåtgärder som vidtas kan ha en avgörande betydelse för införskaffandet av bevis för att ett företags rättsstridiga uppträdande är av sådan art att det kan medföra ansvar för företaget (se, för

ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 15). Beträffande iakttagande av en rimlig frist har domstolen fastslagit i huvudsak att den omständigheten att förundersökningsskedet blir alltför utdraget kan ha en inverkan på de berörda företagens framtida försvarsmöjligheter, bland annat genom att rätten till försvar blir mindre effektiv när den åberopas under det kontradiktoriska skedet. Ju mer tid som förflyter mellan en utredningsåtgärd och meddelandet om invändningar, desto mer sannolikt blir det att eventuella friande bevis inte längre kan samlas in eller att så endast svårligen kan ske. Bedömningen av orsaken till eventuella hinder mot att rätten till försvar utövas effektivt ska därför inte begränsas till det skede då denna rätt har full verkan, nämligen det kontradiktoriska skedet av det administrativa förfarandet, utan omfatta hela detta förfarande och avse hela den tid då detta förfarande pågår (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 21 september 2006 i det ovan i punkt 47 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkterna 49 och 50).

52 Förstainstansrätten anser att dessa överväganden är analogt tillämpliga på frågan huruvida och i vilken omfattning kommissionen från och med förundersökningsskedet är skyldig att lämna det berörda företaget vissa upplysningar om föremålet för och ändamålet med utredningen som innebär att detta företag har möjlighet att bibehålla ett effektivt försvar under det kontradiktoriska skedet. Det ifrågavarande företaget är visserligen inte ”anklagat” i formell mening under förundersökningsskedet, men den omständigheten att en undersökning inleds med avseende på företaget, bland annat genom att en utredningsåtgärd vidtas, kan i materiellt hänseende i allmänhet inte skiljas från att misstankar och därmed en underförstådd anklagelse föreligger i den mening som avses i den rättspraxis som anges ovan i punkt 48, vilket innebär att denna åtgärd är befogad (se, för ett motsvarande synsätt, även Europadomstolens dom av den 27 april 2006 i mål Casse mot Luxemburg, ansökan nr 40327/02, 29–33, 71 och 72 §§).

53 Med avseende på omfattningen av denna upplysningsskyldighet erinrar förstainstansrätten först och främst om att kommissionen, enligt artikel 11.3 i förordning nr 17 och bland annat i syfte att iaktta de berörda företagens rätt till försvar, i en begäran om upplysningar är skyldig att ange den rättsliga grunden för och syftet med denna

begäran, oberoende av om begäran är informell i den mening som avses i artikel 11.2 i förordning nr 17 eller har formen av ett beslut i enlighet med artikel 11.5 i denna förordning. Huruvida det är nödvändigt för kommissionen att inhämta upplysningar i den mening som avses artikel 11.1 i förordning nr 17 ska bedömas med hänsyn till utredningens syfte, som med nödvändighet ska anges i begäran om upplysningar. Förstainstansrätten har härvid preciserat att kommissionen endast får kräva upplysningar som kan göra det möjligt för kommissionen att kontrollera antaganden om överträdelser som innebär att det är befogat att genomföra utredningen och som ska anges i själva begäran om upplysningar (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-39/90, SEP mot kommissionen, REG 1991, s. II-1497, punkt 25, och av den 8 mars 1995 i mål T-34/93, Société Générale mot kommissionen, REG 1995, s. II-545, punkterna 39, 40, 62 och 63).

54 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen i ett beslut om undersökning i enlighet med artikel 14.3 i förordning nr 17 är skyldig att ange föremålet för och syftet med undersökningen. Detta krav utgör en grundläggande skyddsregel för de berörda företagens rätt till försvar, vilket innebär att motiveringsskyldigheten med avseende på beslut om undersökning inte kan begränsas av hänsyn till undersökningens effektivitet. Det framgår i detta avseende av rättspraxis att det visserligen är riktigt att kommissionen inte är skyldig att meddela den som ett beslut om undersökning riktas till alla upplysningar som den förfogar över med avseende på förmodade överträdelser och inte heller att göra en ingående rättslig bestämning av dessa överträdelser, men att den däremot tydligt måste ange vilka antaganden som den har för avsikt att undersöka (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 41, av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkterna 8 och 9, förstainstansrättens dom av den 12 juli 2007 i mål T-266/03, CB mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 36; se, analogt, domen i det ovan i punkt 53 nämnda målet Société Générale mot kommissionen, punkterna 62 och 63). I samband med en undersökning med stöd av artikel 14.2 i förordning nr 17 ska kommissionens kontrollörer på samma sätt uppvisa en skriftlig fullmakt och i denna ska även föremålet för och syftet med undersökningen anges.

55 Förstainstansrätten anser att de krav som anges ovan i punkterna 53 och 54 är tillämpliga oberoende av huruvida begäran om upplysningar, som riktas till ett företag som misstänks för att har begått en överträdelse, har karaktären av ett formellt beslut i den mening som avses i artikel 11.5 i förordning nr 17 eller av en informell skrivelse

i den mening som avses i artikel 11.2 i samma förordning. Under förundersökningsskedet ska det berörda företagets möjligheter att förbereda sitt försvar på ett ändamålsenligt sätt inte påverkas av om kommissionen vidtar en utredningsåtgärd i enlighet med artikel 11 eller artikel 14 i förordning nr 17, eftersom samtliga åtgärder kan leda till en anklagelse om att en överträdelse skett och få väsentliga följder för de misstänkta företagens situation (se, för ett motsvarande synsätt, domen av den 15 oktober 2002 i de ovan i punkt 25 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 182, och domen av den 21 september 2006 i det ovan i punkt 47 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 38).

56 Härav följer att kommissionen vid den tidpunkt då den första åtgärden vidtas mot det ifrågavarande företaget är skyldig att lämna upplysningar till detta företag om bland annat föremålet för och ändamålet med den pågående utredningen. Detta omfattar även begäran om upplysningar som kommissionen riktar till företaget i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17. Motiveringen ska härvid inte ha samma omfattning som den motivering som fordras med avseende på beslut om undersökning. Detta följer av att dessa beslut är mer betungande och har särskilt stor inverkan på det ifrågavarande företagets rättsliga situation (se, beträffande kommissionens undersökningsbefogenheter, domen i det ovan i punkt 54 nämnda målet CB mot kommissionen, punkt 71). Företaget ska emellertid ha möjlighet att med ledning av motiveringen förstå föremålet för och ändamålet med utredningen, vilket innebär att antaganden om överträdelser ska preciseras, liksom den omständigheten att anklagelser kan komma att göras gällande mot företaget i samband med den eventuella överträdelsen, detta för att företaget ska kunna vidta åtgärder som det anser vara ändamålsenliga för sitt försvar och därigenom förbereda sitt försvar i det kontradiktoriska skedet av det administrativa förfarandet.

57 När kommissionen sände begäran om upplysningar av den 3 februari 2003, var den i förevarande mål därför skyldig att upplysa sökanden om bland annat de antaganden om överträdelser som var föremål för den pågående utredningen och om att den i detta sammanhang kunde komma att göra gällande anklagelser mot företaget. Av denna begäran framgår emellertid endast att kommissionen, på grund av vissa ageranden som nämns såsom exempel och i allmänna ordalag, höll på att utreda en förmodad överträdelse av artikel 81 EG som begåtts av europeiska producenter av organiska peroxider, och det preciserades härvid inte att denna utredning även avsåg en eventuell

överträdelse som sökanden anklagades för. Det förefaller nämligen vara först vid mötet den 20 mars 2003, det vill säga några veckor innan det formella undersökningsförfarandet inleddes, som de tjänstemän hos kommissionen som ansvarade för ärendet uppgav att även sökanden var föremål för utredningen. Det hade emellertid varit så mycket mer nödvändigt att lämna sökanden upplysningar i förväg, eftersom kommissionen, enligt dess egna uppgifter, genom att vidta åtgärder mot ett konsultföretag ändrade inriktningen på sin tidigare beslutspraxis och eftersom sökanden därmed inte med nödvändighet kunde förvänta sig att vara ett av de företag som avsågs direkt med meddelandet om invändningar.

58 Denna omständighet kan emellertid inte i sig leda till att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras. Förstainstansrätten ska nämligen därutöver kontrollera om kommissionens lagstridiga agerande varit sådant att det konkret påverkat sökandens rätt till försvar i samband med det ifrågavarande förfarandet (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 71 och följande punkter, och domen av den 21 september 2006 i det ovan i punkt 47 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 55 och följande punkter).

59 Sökanden har i förevarande mål inte förebringat någon konkret omständighet till stöd för att det lagstridiga agerandet i fråga skadat sökandens möjligheter till ett effektivt försvar under det kontradiktoriska skedet av det administrativa förfarandet eller för att detta förfarandes förlopp i sin helhet och innehållet i kommissionens beslut hade kunnat påverkas av ett effektivare försvar. Vid förhandlingen har sökanden tvärtom medgett att förhandsinformation om omfattningen av anklagelserna mot sökanden vid bland annat tidpunkten för begäran om upplysningar av den 3 februari 2003 inte på något sätt hade kunnat påverka kommissionens slutsatser beträffande sökanden i det angripna beslutet. Detta noterades i förhandlingsprotokollet. En sådan påverkan är så mycket mindre trolig som det förelåg en tidsskillnad på bara ungefär sju veckor mellan den ovannämnda begäran om upplysningar och det att det formella undersökningsförfarandet inleddes och meddelandet om invändningar sändes.

60 Talan kan därför inte bifallas på denna grund.

C — *Den andra grunden: Åsidosättande av legalitetsprincipen (nullum crimen, nulla poena sine lege)*

1. *Parternas argument*

a) Sökandens argument

Allmänt

61 Sökandeföretaget anser sig inte ha överträtt artikel 81 EG, eftersom det endast varit en icke straffansvarig medhjälpare till deltagarna i samverkan, nämligen bland annat AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa. Kommissionen medgav i skäl 339 i det angripna beslutet att sökanden inte varit en avtalsslutande part i den samverkan som dessa producenter av organiska peroxider avtalat. Kommissionen kom emellertid i skäl 349 i det ovannämnda beslutet fram till den mycket vaga slutsatsen att sökanden ”varit part i avtalet eller fattat beslut i egenskap av företag eller företagssammanslutning”. Kommissionen medgav därefter i skäl 454 i det ovannämnda beslutet att ”det i viss mån utgjorde en nyhet att ett beslut riktades till ett företag eller en

företagssammanslutning som haft en så speciell roll". Enligt sökanden överskred kommissionen härvid gränserna för sin behörighet enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 jämförd med artikel 81.1 EG och åsidosatte legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Kommissionens oriktiga rättsliga bedömning vilar dessutom på att de faktiska omständigheterna beträffande sökandens roll i samband med samverkan fastställts på ett felaktigt sätt.

Bestridande av de omständigheter som lagts till grund för det angripna beslutet

62 Sökanden har i sak ifrågasatt den betydelse som kommissionen i det angripna beslutet fäste vid sökandens verksamhet i samverkan (skälen 95, 105, 332, 333 och 345 i det angripna beslutet). I realiteten tillhandahöll sökanden i egenskap av konsultföretag och uppdragstagare som hade att följa de anvisningar som gavs av AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa endast sekretariatsuppgifter för dessa företags räkning, som till största delen saknade samband med samverkan.

63 Mellan slutet av år 1993 och slutet av år 1999 var sökanden för det första i enlighet med den schweiziska obligationsrätten och utan att detta hade något konkurrensbegränsande syfte förbunden med dessa tre producenter av organiska peroxider genom tjänsteavtal kallade "uppdrag". På grundval av dessa uppdrag och enligt anvisningar från de ovannämnda producenterna upprättade sökanden för det första en marknadsstatistik och organiserade för det andra fyra officiella möten mellan dessa producenter i Zürich, varvid sökanden deltog i den officiella delen av dessa möten. För det tredje bokade sökanden en möteslokal för fyra halvofficiella möten mellan dessa producenter i Zürich men deltog inte, eller endast delvis, i dessa möten och kände inte till deras innehåll. För det fjärde ersatte sökanden de resekostnader som företrädarna för de ovannämnda producenterna haft för att bege sig till dessa möten, och för det femte förvarade sökanden vissa handlingar med delvis konkurrensbegränsande innehåll för PC/Degussas och Atochem/Atofinas räkning.

64 I motsats till vad som fastställts i skäl 340 i det angripna beslutet var dessa tjänsteavtal inte konkurrensbegränsande. Det var endast avtalen mellan producenterna och särskilt avtalet av år 1971, i vilka sökanden inte var part (skäl 339 i det angripna beslutet), som innebar begränsningar av konkurrensen på marknaden för organiska peroxider. Därför är även påståendet i skäl 335 i det angripna beslutet felaktigt. Enligt detta utgjorde sökandens verksamhet en ”grundval för genomförandet av samverkan”, vilken utan sökandens medverkan tillkom år 1971 genom AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa. Sökandeföretaget har preciserat att den verksamhet som företaget anklagats för, till den del denna haft något samband med samverkan, såsom bokning av möteslokal och ersättning för resekostnader, endast avsett logistik och sekretariatsuppgifter för de tre producenterna av organiska peroxider.

65 Sökanden har för det andra hävdat att kommissionen genom att i skälen 87, 109 och följande skäl, särskilt skäl 209 i det angripna beslutet, hänvisa till Fides/AC-Treuhand som en enhet felaktigt tillskrev sökanden handlingar som Fides utförde under tiden mellan åren 1971 och 1993. Kommissionen åsidosatte därigenom skuldprincipen och principen om personligt ansvar och skadade sökandens anseende (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 145). Sökandeföretaget, som grundades år 1993, är inte ansvarigt för Fides agerande och det finns inte några strukturella samband mellan Fides och sökandeföretaget i enlighet med bolagslagstiftningen. I slutet av år 1993 övertog sökanden enbart den avdelning som ansvarade för företagskonsultverksamhet från Fides och ingick därefter nya tjänsteavtal med Fides tidigare kunder. Dessutom är skrivelsen från Fides i november 1993, i vilken detta företag rekommenderade sina tidigare kunder att fortsätta sina affärsförbindelser med sökanden, inte relevant bevisning för att en ”personlig kontinuitet” förelåg mellan Fides och sökanden. Vid företagsöverlåtelser är det mycket vanligt att säljaren av marknadsföringsskäl sänder sådana ”rekommendationsbrev” beträffande en eventuell överföring av uppdragen till det övertagande företaget. Sökanden har härav dragit slutsatsen att detta inte kan hållas ansvarigt för Fides agerande, varför kommissionen borde ha fäst betydligt mindre vikt vid sökandens roll under den avgörande tiden mellan år 1994 och år 1999.

66 Sökandeföretaget har härvid preciserat att det, till skillnad från Fides, inte deltog i det konkurrensbegränsande informationsutbytet mellan de tre producenterna av organiska peroxider. I beskrivningen av sökandens roll i skäl 91 och följande skäl i det angripna beslutet beaktas inte att dessa producenter år 1993 väsentligt förändrade funktionssättet för samverkan genom att med stöd av Fides därefter inte meddela varandra försäljningssiffror och -priser i samband med mötena. Efter år 1993 ersattes detta system med ett system för informationsutbyte genom telefaxmeddelanden och möten kallade ”arbetsgrupp”. Detta system, som sökanden inte deltog i och inte ens hade kännedom om, sköttes av AKZO (skäl 136 i det angripna beslutet). AKZO upprättade härvid detaljerad statistik som presenterades under mötena med arbetsgruppen. AKZO ledde dessa möten, övervakade att marknadsandelarna iakttogs och insisterade på att de andra producenterna skulle höja sina priser.

67 Med avseende på förvarandet av original av avtalet av år 1971 och av avtalet av år 1975, har sökandeföretaget för det tredje gjort gällande att det i sitt kassaskåp förvarat endast de exemplar som tillhörde Atochem/Atofina och PC/Degussa, som kunde avlägsna eller läsa igenom dessa när som helst. Sökandeföretaget har därutöver medgett att det fram till år 1995 eller år 1996 för producenternas räkning beräknade avvikelserna från de kvoter som överenskommits mellan producenterna av organiska peroxider. Deltagarna i samverkan kunde när som helst läsa igenom även handlingarna avseende denna beräkning. Att sökanden förvarade handlingar för annan är emellertid inte i sig förbjudet enligt konkurrensreglerna.

68 Sökandeföretaget har för det fjärde gjort gällande att det inte ska klandras för att ha samlat in uppgifter om försäljning av organiska peroxider och tillhandahållit deltagarna i samverkan ”motsvarande statistik” (skäl 92 i det angripna beslutet). Sökandeföretaget har hävdat att denna statistik var lagenlig och inte hade något samband med samverkan, vilket AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa har bekräftat. Efter det att Fides på dessa producenters begäran infört ett officiellt informationssystem avseende marknaden för organiska peroxider ingick sökandeföretaget i slutet av år 1993 underförstått nya tjänsteavtal med dessa avseende upprättande av ”neutral” marknadsstatistik. Denna statistik grundades på äldre försäljningssiffror (i ton) som de ovannämnda producenterna tillhandahöll. De priser som dessa tillämpade och namnen på deras kunder angavs inte. Till denna statistik bifogades en förteckning över relevanta produktkategorier som kommissionen felaktigt betecknade ”kod AC-Treuhand”

(skäl 105 i det angripna beslutet). Denna förteckning utgjorde emellertid endast ett arbetsverktyg för sökanden som upprättade marknadsstatistik och för det företag som ansvarade för att göra en revision av de försäljningsvolymer som producenterna hade meddelat. Den statistik som därvid upprättades omfattade, med avseende på de kategorier organiska peroxider som avses, endast den totala marknadsvolymen för föregående år eller kvartal samt varje producents försäljningsvolym och marknadsandel, men däremot inga upplysningar om konkurrenterna.

69 Sökanden har härvid erinrat om att utbytet mellan producenterna av organiska peroxider mellan år 1993 och år 1999 av uppgifter om producenternas försäljningsvolymer och försäljningspriser för varje land och varje kund och därmed samordningen av deras agerande inte följde de regler som hade överenskommits år 1971 och år 1975, utan skedde genom telefaxmeddelanden eller under separata möten med arbetsgruppen och ibland vid officiella möten i Zürich, varvid sökanden emellertid inte deltog (skälen 128 och 136 i det angripna beslutet). Sökanden har härav dragit slutsatsen att den marknadsstatistik som sökanden upprättade, i motsats till det intryck som skäl 92 i det angripna beslutet ger, inte användes för att samordna producenternas agerande. Inte heller utarbetandet och kontrollen av siffrorna i marknadsinformationssystemet utgjorde någon grundval för en överträdelse. Från och med år 1993 hade den statistik som sökanden utarbetade nämligen inte något samband med dess deltagande i kartellens möten eller med förslagen till kvoter. Detta samband bröts senast år 1996 när sökanden upphörde med att beräkna avvikelserna från de överenskomna kvoterna.

70 Sökanden har preciserat att revisionen av försäljningssiffrorna för producenterna av organiska peroxider inte hade något samband med samverkan. Sökanden ”genomförde och godkände” inte revisionen i denna egenskap (skäl 333 i det angripna beslutet) och var inte heller kartellens ”bokhållare” (skäl 404 i det ovannämnda beslutet). Denna felaktiga bedömning beror dels på att funktionssättet för det lagenliga marknadsinformationssystemet sammansmälts med funktionssättet för kartellen, dels på en förväxling med skyldigheterna för det företag som sökanden hade tillsatt som uppdragstagare i andra hand och som genomförde revisionen av de försäljningsvolymer som producenterna meddelade sökanden mellan var tredje och var sjätte månad med avseende på varje produktkategori. Sökanden beräknade på denna grundval de respektive marknadsandelarna för att sända ”sifferuppgifter om de totala marknadsandelarna” till producenterna. Slutligen följde det de tre producenternas vilja att revisionen av de försäljningsvolymer som meddelades sökanden genomfördes, och

detta är ett vanligt och lagenligt förfarande i samband med seriösa marknadsinformationssystem och har inget samband med samverkan.

71 Sökanden har för det femte bestritt kommissionens påstående att sökanden ”vid åtminstone ett tillfälle” deltog i ett möte med arbetsgruppen (skäl 92 i det angripna beslutet) eller till och med i flera av dessa möten (skäl 99 i det angripna beslutet). I realiteten deltog sökanden nästan aldrig i möten med konkurrensbegränsande syfte med de tre producenterna av organiska peroxider. Av de 63 möten som ägde rum efter slutet av december 1993 och som anges i tabell 4 i det angripna beslutet (s. 28 och följande sidor) hölls endast nio i Zürich, och sökandens medarbetare deltog endast delvis i fem möten, nämligen mötena i Zürich den 25 oktober 1994, den 16 februari 1995, den 16 januari och den 19 april 1996 samt den 23 november 1998. Det ska tilläggas att ett möte ägde rum i Amersfoort (Nederländerna) den 19 oktober 1998, i vilket endast företrädare för AKZO och en tidigare medarbetare hos sökanden, M.S., deltog. Sökanden har emellertid mycket detaljerat bestritt den omfattning som kommissionen i det angripna beslutet tillskrev M.S. deltagande. Bevisbördan för att sökanden verkligen deltagit i dessa möten med konkurrensbegränsande syfte åvilar i vart fall kommissionen (domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 78).

72 Sökanden har preciserat att det med undantag för mötet den 16 januari 1996 var fråga om så kallade ”toppmöten” som omfattade en ”officiell” del och en ”halvofficiell” del. Sökandens medarbetare deltog emellertid endast i den officiella delen av dessa möten, vid vilka bara frågor avseende officiell marknadsstatistik, produktklassificering och produktsäkerhet behandlades. I samband härmed inskränktes sökandens roll till sekretariatsuppgifter, såsom att sända inbjudningar med uppgift om dagordning, att boka möteslokal och i förekommande fall hotellrum, att ta emot deltagarna och upprätta protokoll över den officiella delen av mötena. Enligt anvisningar bokade

sökanden dessutom per telefon en möteslokal på ett hotell för de ”halvofficiella” mötena i Zürich den 23 oktober 1997, den 17 april och den 27 oktober 1998, men deltog inte i dessa möten.

73 AKZO:s påstående som anges i skäl 127 i det angripna beslutet, nämligen att sökanden ”systematiskt” deltagit i årliga möten, till exempel för att kunna anpassa marknadsandelar, är därför uppenbart felaktigt. Det var inte nödvändigt att sökanden deltog för att genomföra detta, eftersom samtliga producenter av organiska peroxider hade kännedom om de officiella marknadsandelarna på grund av att de utbytte uppgifter om försäljningsvolymer genom telefaxmeddelanden eller under möten med arbetsgruppen (skäl 128 i det angripna beslutet).

74 Sökandeföretaget har för det sjätte hävdat att detta inte fungerat som vare sig ordförande eller medlare för samverkan (skälen 92, 99, 102 och 336 i det angripna beslutet). Det fanns för övrigt inte någon ”ordförande” under de sällsynta möten mellan de tre producenterna av organiska peroxider som sökanden deltog i mellan åren 1994 och 1999 och under vilka sökandens insats var begränsad till att ta emot deltagarna och upprätta protokoll över den officiella delen av mötena. Sökanden fungerade inte heller som ”medlare” om motsättningar uppkom mellan deltagarna i samverkan och uppmanade inte heller dessa att finna en kompromiss. Dessa kom alltid själva till slutsatsen att situationen skulle förvärras om diskussionerna upphörde. Med beaktande av att sökandeföretaget inte deltog i de halvofficiella mötena (se ovan punkt 72), kunde det inte heller fungera som ”medlare” när motsättningar uppkom mellan deltagarna i samverkan.

75 Sökandeföretaget har härvid bestritt att det i sitt svar på meddelandet om invändningar förklarade att det hade ”fungerat som mellanhand” (skälen 92, 94 och 99 i det angripna beslutet). I realiteten förklarade sökanden att M.S. i egenskap av sekreterare var begränsad till att spela ”rollen av diskussionsledare vid mötet”, vilket bland annat innebar att han med ett välkomstord inledde de fyra officiella och lagenliga ”toppmötena” mellan år 1994 och år 1999 (se ovan punkt 72) och att han tillkännagav lunchpausen. Under denna tid deltog M.S. emellertid inte eller nästan aldrig i de halvofficiella mötena mellan de tre producenterna av organiska peroxider. Av punkt 10 i avtalet av år 1971, som har rubriken ”Skiljeförfarande”, framgår att producenterna själva fungerade som medlare, vilket bekräftats av Atochem/Atofina med avseende på

AKZO:s roll som medlare vid flera möten. Sökanden har härav dragit slutsatsen att AKZO har framfört falska anklagelser mot sökanden för att vända uppmärksamheten från företagets egen roll som medlare.

76 Sökandeföretaget har bekräftat att det beräknade avvikelserna från de överenskomna kvoterna och att det i enlighet med uppdrag och anvisningar sände beräkningarna till producenterna av organiska peroxider endast fram till år 1995 eller år 1996. Senast från och med år 1997 beräknade de tre producenterna under AKZO:s ledning själva dessa avvikelser på grundval av uppgifter om försäljningsvolymer som utbyttes under möten med arbetsgruppen eller genom telefaxmeddelanden (se ovan punkt 69). På denna grundval upprättade AKZO därefter en global statistik som omfattade försäljningssiffrorna för samtliga producenter av organiska peroxider och framlade denna vid följande möte med arbetsgruppen. De handlingar som AKZO åberopat till styrkande av att sökanden fortsatte att beräkna avvikelserna från de överenskomna kvoterna under år 1996 eller år 1997 härrörde för övrigt från AKZO och inte från sökanden.

77 Sökanden har slutligen hävdat att kommissionens bevisvärdering är rättsstridig, eftersom oskuldspresumtionen åsidosatts (domen i det ovan i punkt 24 nämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 58) liksom den grundläggande rätten till en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6.1 i Europakonventionen och artikel 47.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Kommissionen anammade nämligen AKZO:s felaktiga vittnesmål utan att kontrollera huruvida detta var välgrundat mot bakgrund av de vittnesmål som hade avgetts av Atochem/Atofina, PC/Degussa och sökanden och som gick i motsatt riktning. Det framgår emellertid av artikel 6.1 i Europakonventionen att uttalanden som avges av en samarbetande part kan anses vara trovärdiga endast om de stöds av ytterligare och oberoende bevisning (Europakommissionen, beslut av den 6 oktober 1976, ansökan nr 7306/75, X mot Förenade kungariket, *Décisions et rapports* nr 7, sidorna 119 och 122). Trovärdigheten är för övrigt det enda relevanta kriteriet vid bedömningen av förebringad bevisning (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, REG 2004, s. II-2223, med hänvisning till domaren

B. Vesterdorfs, tillförordnad generaladvokat, förslag till avgörande i det ovan i punkt 24 nämnda målet Rhône-Poulenc mot kommissionen; se, för ett motsvarande synsätt, även domstolens dom av den 23 mars 2000 i de förenade målen C-310/98 och C-406/98, Met-Trans och Sagpol, REG 2000, s. I-1797, punkt 29, och förstainstansrättens dom av den 7 november 2002 i de förenade målen T-141/99, T-142/99, T-150/99 och T-151/99, Vela och Tecnagrind mot kommissionen, REG 2002, s. II-4547, punkt 223).

78 En samarbetande part har emellertid all anledning att ljuga och kommissionen är skyldig att ex officio ifrågasätta detta vittnesmål, i synnerhet när det är avgörande för det slutliga beslutet och motsägs av ett annat vittnesmål (se även skäl 85 i kommissionens beslut 86/399/EEG av den 10 juli 1986 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (IV/31.371 – Bituminös taktäckning) (EGT L 232, s. 15), och skäl 278 i det angripna beslutet). I förevarande mål åsidosatte kommissionen de ovannämnda principerna genom att göra gällande flera falska anklagelser från AKZO mot sökanden utan att därvid förebringa annan oberoende bevisning (se, för ett motsvarande synsätt, även förstainstansrättens dom av den 14 oktober 2004 i mål T-44/02, Dresdner Bank mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 74). Det skulle emellertid vara nödvändigt att göra en särskilt kritisk undersökning av AKZO:s uttalanden med hänsyn till att det föreligger risk för att AKZO överdriver sökandens roll och betydelse för att vända uppmärksamheten från dess egen avgörande roll när samverkan genomfördes och vidare med hänsyn till att AKZO inte förrän sent gjorde gällande vissa ogrundade anklagelser mot sökanden.

79 AKZO medgav visserligen i sin skrivelse av den 17 februari 2003 att förslaget om nya kvoter härrörde från detta företag och inte från sökanden, och kommissionen hade därför inte något annat val än att beakta AKZO:s avgörande roll i samverkan, vilket hindrade den från att undanta AKZO från böter i enlighet med avsnitt B punkt e i meddelandet om samarbete. Enligt sökanden utgjorde risken att vägras immunitet och storleken på det bötesbelopp som hotade AKZO ett incitament för detta företag att vittna mot sökanden. Genom att grunda sin bedömning på AKZO:s felaktiga uttalanden utan att förebringa ytterligare och oberoende bevisning till stöd för sina anmärkningar och utan att klargöra huruvida dessa uttalanden var trovärdiga eller beakta samtliga omständigheter till sökandens försvar, åsidosatte kommissionen därmed den grundläggande rätten till en rättvis rättegång och oskuldspresumtionen.

Åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

— Inverkan av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) på åtskillnaden mellan den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse enligt gemenskapens konkurrensrätt

80 Sökanden har erinrat om att kommissionen enligt artikel 15.2 a i förordning nr 17 får ålägga företag och företagssammanslutningar böter endast om dessa uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt bestämmelserna i artikel 81.1 EG. Företag som inte har deltagit i en samverkan i den mening som avses i den sistnämnda bestämmelsen, utan endast underlättat den överträdelse av konkurrensrätten som deltagarna i samverkan har gjort sig skyldiga till eller endast anstiftat till en sådan överträdelse har inte åsidosatt artikel 81.1 EG och kan inte åläggas böter med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17. Genom att i det angripna beslutet konstatera att sökanden hade överträtt artikel 81.1 EG och ålägga sökanden böter åsidosatte kommissionen legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), som avses i artikel 7.1 i Europakonventionen. Genom kommissionens vidsträckta tolkning av artikel 81.1 EG utsträcks rekvisitet för överträdelse som anges i artikel 81.1 EG enligt sökanden i det oändliga och därigenom åsidosätts principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*).

81 Sökanden har hävdat att en åtskillnad måste göras mellan den som gjort sig skyldig till och den som anstiftat eller medverkat till en överträdelse enligt gemenskapens konkurrensrätt. Denna åtskillnad utgör en del av de allmänna gemenskapsrättsliga principerna med hänsyn till samstämmigheten mellan de nationella rättsordningarna i detta avseende, såsom 27.1 § i Strafgesetzbuch (tyska strafflagen), artikel 48 i Wetboek van Strafrecht (nederländska strafflagen), artikel 67 i code pénal belge (belgiska strafflagen), artikel 121-7 i code pénal francais (franska strafflagen), section 8 i Accessories and Abettors Act av år 1861 (strafflagen i Förenade kungariket), artiklarna 28.2 b och 29 i Código penal (spanska strafflagen) beträffande medverkan,

artiklarna 46 och 47 i Poinikos kodikas (grekiska strafflagen), artiklarna 66 och 67 i code pénal luxembourgeois (luxemburgska strafflagen), artikel 26 och följande artiklar i Código penal (portugisiska strafflagen), 23 kap. 4 § brottsbalken och 5 kapitlet i Rikoslaki (finländska strafflagen). Åtskillnaden bekräftas även genom artikel 2.1 i konventionen av den 26 juli 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT C 316, s. 49) och genom artikel 11 i Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (Corpus juris om straffrättsliga bestämmelser om skyddet av Europeiska unionens ekonomiska intressen, red. Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997).

82 Även när sanktionsåtgärder vidtas med stöd av förordning nr 17 måste därför åtskillnad göras mellan den som gjort sig skyldig till och den som anstiftat eller medverkat till en överträdelse. Enligt sökanden finns det emellertid inte någon bestämmelse i gemenskapens konkurrensrätt som gör det möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot den som anstiftat eller medverkat till en överträdelse. Därför kan sanktionsåtgärder vidtas endast mot den som genom att ha gjort sig skyldig till en överträdelse uppfyller rekvisitet för överträdelse i artikel 81.1 EG. De som anstiftat eller medverkat till en överträdelse kan däremot inte straffas.

83 En motsatt och extensiv tolkning av artikel 81.1 EG, såsom den som kommissionen har gjort i förevarande mål, innebär att legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), i den mening som avses i artikel 7.1 i Europakonventionen och artikel 49.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, åsidosätts. Europadomstolen har fastslagit att artikel 7 i Europakonventionen avser denna princip och principen att straffrättsliga bestämmelser inte får tillämpas extensivt, bland annat genom att tillämpas analogt, till nackdel för den anklagade. Härav följer att en överträdelse måste definieras tydligt i själva lagtexten (Europadomstolens dom av den 22 mars 2001 i mål Streletz m.fl. mot Tyskland, nr 34044/96 m.fl., *Recueil des arrêts et décisions,* 2001-II, 50 § och där angiven rättspraxis).

84 Sökanden anser att legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), såsom en allmän gemenskapsrättslig princip, även ska tillämpas på ett repressivt administrativt förfarande i enlighet med förordning nr 17 och i synnerhet på böter som föreskrivs i artikel 15.2 i denna förordning. Detta följer dels av artikel 6.2 EU, dels av rättspraxis (domstolens dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-74/95 och C-129/95, X, REG 1996, s. I-6609, punkt 25, samt domarna i de ovan i punkt 23 nämnda målen Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, punkterna 109 och 122, och LR AF 1998 mot kommissionen, punkterna 209 och 210). I en rättsstat är den dessutom en inneboende princip som innebär ett effektivt skydd mot godtyckliga anklagelser och sanktionsåtgärder (Europadomstolens dom i det ovan i punkt 83 nämnda målet Streletz m.fl. mot Tyskland, 50 § och där angiven rättspraxis).

— Begreppet den som gjort sig skyldig till en överträdelse i den mening som avses i artikel 81 EG

85 Sökanden har preciserat att principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*), som anges i artikel 7.1 i Europakonventionen (se ovan punkt 80), innebär att begreppet den som gjort sig skyldig till en överträdelse i den mening som avses i artikel 81.1 EG ska uppfattas restriktivt (se även domstolens dom i det ovan i punkt 84 nämnda målet X, punkt 25, och av den 2 oktober 2003 i mål C-195/99 P, Krupp Hoesch mot kommissionen, REG 2003, s. I-10937, punkt 86). Denna princip syftar till att säkerställa att sanktionsåtgärden för överträdelse av en norm, såsom den sanktionsåtgärd som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17, ska kunna förutses av dem som avses i bestämmelsen och att den behöriga myndighetens befogenhet att fatta beslut ska omfattas av sådana bestämmelser att ”överraskande” beslut utesluts. Domstolen har nämligen fastslagit att en sanktionsåtgärd som föreskrivs i gemenskapsrätten, även om den inte är av straffrättslig art, kan vidtas endast om den vilar på en klar och entydig rättslig grund (domstolens dom av den 25 september 1984 i mål 117/83, Könecke, REG 1984, s. 3291, punkt 11, och av den 18 november 1987 i mål 137/85, Maizena, REG 1987, s. 4587, punkt 15).

86 En gemenskapsrättsakt måste vara än mer exakt när intrånget är stort för individen. Domstolen har fastslagit denna innebörd och preciserat att behovet av tydlighet i rättsligt hänseende är särskilt stort på ett område där ovisshet medför en risk för att

särskilt kännbara sanktionsåtgärder vidtas (domstolens dom av den 10 juli 1980 i mål 32/79, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1980, s. 2403, punkt 46; svensk specialutgåva, volym 5, s. 277). Med hänsyn till att de böter som kan åläggas i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17 kan vara synnerligen höga, vilket bekräftas av kommissionens senaste praxis, är det med beaktande av legalitetsprincipen befogat att tillämpa begreppet den som gjort sig skyldig till en överträdelse restriktivt i samband med artikel 81.1 EG. På samma sätt går en sådan extensiv tolkning av artikel 81.1 EG som kommissionen gör gällande mycket längre än ett gradvist klargörande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar genom rättslig tolkning, eftersom denna tolkning är oförenlig både med den allmänt erkända definitionen av begreppet avtal och med den grundläggande tanken om självständighet, som ligger till grund för konkurrensbestämmelserna.

87 Sökandeföretaget har i förevarande mål anfört att det inte gjort sig skyldigt till någon överträdelse, eftersom det inte varit deltagare i samverkan och inte heller utgjort en del av en företagssammanslutning. I realiteten var sökanden endast medhjälpare åt AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa, vilket inte utgör en överträdelse i den mening som avses artikel 81.1 EG. Mot bakgrund av de nationella bestämmelser som anges ovan i punkt 81 ska åtskillnaden mellan den som har gjort sig skyldig till en överträdelse och den som deltagit göras på grundval av objektiva kriterier. Endast den som tillhör någon av de personkategorier som anges i artikel 81.1 EG och som utför någon handling som anges där gör sig skyldig till en straffbar överträdelse av artikel 81.1 EG. Den som utan att uppfylla rekvisiten för överträdelse i artikel 81.1 EG uppsåtligt, genom råd eller dåd, underlättar förberedelse till eller genomförande av en överträdelse är däremot en medhjälpare som inte kan straffas.

88 Överträdelser som anges i artiklarna 81 EG och 82 EG tillhör nämligen den kategori som kallas särskilda gärningar, eftersom den grupp av företag som kan göra sig skyldiga till sådana överträdelser, enligt dessa artiklar, begränsas till de företag som uppfyller vissa särskilda karakteristika, vilket i fråga om artikel 81 EG är företag som är avtalsslutande part i ett konkurrensbegränsande avtal. Detta framgår av formuleringen ”avtal mellan företag” i artikel 81.1 EG och bekräftas i rättspraxis (domen i det ovan

i punkt 85 nämnda målet Krupp Hoesch mot kommissionen, punkt 86). Därför kan endast företag som sluter avtal med konkurrensbegränsande innehåll åläggas böter med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17.

89 Sökanden har hävdat att lydelsen i och ändamålet för artikel 81.1 EG, som syftar till att bevara konkurrensen, innebär att det förhållandet att det ifrågavarande företaget är en konkurrent som ska utsätta sig för konkurrensens inverkan och därmed i viss mån ska agera konkurrensmässigt är avgörande för frågan om detta företag har gjort sig skyldigt till en överträdelse. Endast de företag som omfattas av denna särskilda skyldighet – som har samband med målsättningen fri konkurrens – avses med den ovannämnda bestämmelsen. Ett konkurrensbegränsande avtal kan nämligen ingås endast mellan företag som på den relevanta marknaden agerar såsom konkurrenter, säljare eller köpare.

90 Ett företag kan därför anses ha gjort sig skyldigt till en överträdelse endast om det konkurrensbegränsande avtalet har tillkommit inom företagets egen verksamhetssektor. Begränsningen av den grupp företag som kan göra sig skyldiga till en överträdelse följer dessutom av rättspraxis avseende kravet på självständighet som ligger till grund för fördragets konkurrensregler, enligt vilket varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma vilken politik han vill tillämpa på den gemensamma marknaden. Genom detta krav på självständighet är det således strängt uteslutet att det mellan dessa ekonomiska aktörer förekommer direkta eller indirekta kontakter som är ägnade eller har verkan antingen att påverka en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller att för en sådan konkurrent avslöja det beteende som företaget har beslutat eller överväger att själv tillämpa på marknaden (domstolens dom i de ovan i punkt 24 nämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 174, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287, punkt 160).

— Sökandens egenskap av icke straffbar medhjälpare

91 Sökandeföretaget har betonat att det inte var part i det konkurrensbegränsande avtalet mellan producenterna av organiska peroxider och att det därför inte har åsidosatt kravet på självständighet som ligger till grund för konkurrensrätten. Sökandeföretaget har nämligen inte tagit kontakt med sina egna konkurrenter och inte heller påverkat eller försökt att påverka dessa konkurrenters beteende på marknaden. Med hänsyn till att sökandens ekonomiska verksamhet inte har någonting att göra med marknaden för organiska peroxider – som är föremålet för överträdelsen – uppfyller sökanden inte rekvisiten för överträdelse i artikel 81.1 EG och kan inte anses ha gjort sig skyldig till överträdelsen. Även kommissionens uppfattning att avtalet av år 1971 och tjänsteavtalen mellan å ena sidan sökanden och å andra sidan AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa utgör ”ett enda globalt avtal” som innebär att sökanden deltagit i samverkan är felaktig. I ingressen till avtalet av år 1971 anges nämligen endast producenterna av organiska peroxider vara parter i detta avtal (skäl 80 i det angripna beslutet).

92 Sökanden har emellertid aldrig varit part i det ovannämnda avtalet (skäl 339 i det angripna beslutet), som utgjorde ramen för verksamheten i samverkan mellan år 1971 och år 1999 (skälen 89, 90 och 316 i det angripna beslutet). Sökanden kunde inte heller bli part i avtalet, eftersom sökandens ekonomiska verksamhet inte har någonting att göra med den relevanta marknaden. Genom att anse att den omständigheten att sökanden deltagit i vissa delar av samverkan utgjorde en överträdelse av artikel 81.1 EG, åsidosatte kommissionen lydelsen i denna bestämmelse. Även om det antas att sökanden verkligen hade gjort vad kommissionen felaktigt påstår (skäl 334 i det angripna beslutet), skulle denna verksamhet inte ha kunnat utgöra en överträdelse av artikel 81.1 EG, eftersom sökanden inte deltog direkt i det konkurrensbegränsande avtalet på den relevanta marknaden. Sökanden skulle däremot ha varit en icke straffbar medhjälpare.

— Kommissionens tidigare beslutspraxis i motsatt riktning

93 Sökanden har vidare hävdat att kommissionens ståndpunkt i det angripna beslutet står i motsättning till kommissionens tidigare beslutspraxis sedan år 1983. Enligt denna praxis anses konsultföretag som inte är verksamma på den marknad som är relevant för överträdelsen inte vara parter i konkurrensbegränsande avtal, och de anses därmed inte ha gjort sig skyldiga till en överträdelse av artikel 81.1 EG. Genom den motsatta ståndpunkt som kommissionen hävdade i beslut 80/1334/EEG av den 17 december 1980 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/29.869 – gjutet glas i Italien) (EGT L 383, s. 19) (nedan kallat beslutet gjutet glas i Italien) åsidosattes legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), eftersom det konsultföretag som avsågs inte hade varit part i det konkurrensbegränsande avtalet, utan endast medhjälpare. Av denna anledning lämnade kommissionen med fog denna ståndpunkt från och med år 1983. I beslut 83/546/EEG av den 17 oktober 1983 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/30.064 – stål- och gjutjärnscylindrar) (EGT L 317, s. 1) (nedan kallat beslutet stål- och gjutjärnscylindrar) ansåg kommissionen att endast de företag som var verksamma på den marknad som var relevant för överträdelsen och som var parter i det konkurrensbegränsande avtalet hade gjort sig skyldiga till en överträdelse av artikel 81.1 EG. Detta omfattade däremot inte det konsultföretag som hade ansvar för bland annat ett system för informationsutbyte mellan deltagarna i samverkan (skäl 10 och följande skäl). Kommissionen intog samma ståndpunkt i beslut 86/398/EEG av den 23 april 1986 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/31.149 – polypropylen) (EGT L 230, s. 1) (nedan kallat beslutet polypropylen), skäl 66, i beslut 89/191/EEG av den 21 december 1988 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/31.866 – PEBD) (EGT L 74, 1989, s. 21) (nedan kallat beslutet PEBD), skälen 11 och 19, och i beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/C/33.833 – kartong) (EGT L 243, s. 1) (nedan kallat beslutet kartong), skälen 2, 27 och följande skäl, 33, 37, 61 och följande skäl, 134 och 162.

94 Kommissionen kan inte påstå att sökanden spelat en mer väsentlig roll i förevarande mål än konsultföretagen i de ovannämnda ärendena. Till skillnad från de konsultföretag som var inblandade i de ärenden som ledde till besluten stål- och gjutjärnscylindrar och

kartong, deltog sökanden nästan aldrig i möten med konkurrensbegränsande syfte (se ovan punkt 72 och följande punkter). Övriga anmärkningar mot sökanden saknar dessutom relevans och har inget samband med samverkan. Genom det marknadsinformationssystem som grundats på officiell statistik åsidosattes således inte artikel 81.1 EG (domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-179/99 P, Eurofer mot kommissionen, REG 2003, s. I-10725, punkt 44, och förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-136/94, Eurofer mot kommissionen, REG 1999, s. II-263, offentliggjord i utdrag, punkt 186), eftersom detta system inte innebar att upplysningar om affärshemligheter överfördes mellan konkurrenterna. Med beaktande av kommissionens fasta beslutspraxis är detta särskilt fallet när ett konsultföretag inskränker sig till att använda de försäljningssiffror som det har meddelats men inte deltar i själva utbytet av känsliga upplysningar (kommissionens beslut 94/599/EG av den 27 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende IV/31.865 – PVC) (EGT L 239, s. 14) skäl 12, beslutet PEBD, skäl 11, beslutet Polypropylen, skäl 66). Revisionen av de försäljningsvolymer som deltagarna i samverkan meddelade genomfördes av oberoende auktoriserade revisorer och var inte konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Sökandens ovannämnda sekretariatsuppgifter i samband med samverkan utgjorde därför endast medhjälp.

— Huruvida sökanden inte kunde kontrollera samverkan samt huruvida det inte fanns något orsakssamband mellan sökandens verksamhet och konkurrensbegränsningen

95 Sökandeföretaget har preciserat att det inte kunde kontrollera samverkan. Beslut avseende genomförande, skötsel och inriktning av samverkan fattades uteslutande av de tre producenterna av organiska peroxider. Det fanns därför inte något orsakssamband mellan sökandens verksamhet och begränsningen av konkurrensen på marknaden för organiska peroxider. Eftersom sökandeföretaget var uppdragstagare i enlighet med den schweiziska obligationsrätten och hade att följa de anvisningar som gavs av de ovannämnda producenterna och omfattades av sekretesskyldighet, var detta bara ett verktyg för deltagarna i samverkan. Om det så bara var av detta skäl, skulle sökanden inte anses vara medskyldig till överträdelsen på samma sätt som producenterna av organiska peroxider. Den omständigheten att sökanden inte kunde kontrollera samverkan följde även av det förhållandet att sökanden inte deltog i samråd,

nämligen informationsutbytet mellan producenterna genom telefaxmeddelanden, per mobiltelefon och under möten med arbetsgruppen då sökanden inte var närvarande (se ovan punkt 72 och följande punkter).

96 Sökandeföretaget har vidare gjort gällande att företaget, i motsats till vad som konstateras i skäl 345 i det angripna beslutet beträffande de tjänster som sökandeföretaget tillhandahöll i samband med samverkan, såsom ersättning av resekostnader, när som helst hade kunnat ersättas av antingen producenterna av organiska peroxider själva eller av ett annat konsultföretag, och detta hade inte stört samverkans funktion på samma sätt som om en av producenterna hade dragit sig tillbaka.

97 Mot bakgrund av vad ovan anförts anser sökandeföretaget att detta ska anses ha varit en icke straffansvarig medhjälpare till de tre producenterna av organiska peroxider som var inblandade i samverkan. Det saknar härvid betydelse att sökanden delvis hade kännedom om denna samverkan, eftersom den omständigheten att sökanden hade denna kännedom inte var tillräcklig för att sökanden ska anses ha begått en överträdelse (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925, punkt 39, och generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i detta mål, punkt 80).

— Huruvida sökanden felaktigt ansetts utgöra en företagssammanslutning

98 Sökanden har slutligen kritiserat att kommissionen i artikel 1 och skälen 347, 373 och 464 i det angripna beslutet angav att sökanden var en företagssammanslutning. Genom att tolka detta begrepp extensivt åsidosatte kommissionen förbudet mot analogislut som följer av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), som anges i artikel 7.1 i Europakonventionen (se ovan punkt 83), som i sin tur är tillämplig även på repressiva administrativa förfaranden som föreskrivs i rådets förordning nr 17. I vanligt språkbruk utgör ett konsultföretag som sökandeföretaget inte någon företagssammanslutning, det vill säga en organisatorisk struktur som består av deltagande företag.

Eftersom sökanden inte består av deltagande företag, är sökanden ett oberoende företag som kontrolleras uteslutande av fysiska personer som är aktieägare. Sökanden är dessutom bunden till sina kunder genom ett rent avtalsmässigt uppdrag och inte genom strukturella band.

99 Kommissionens uppfattning strider dessutom mot innebörden i och ändamålet med begreppet företagssammanslutning. Syftet med detta begrepp är inte att göra det möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot medhjälpare till deltagarna i en samverkan, utan att förhindra att företag endast genom att samordna sitt beteende på marknaden på ett visst sätt undgår att omfattas av konkurrensreglerna. Därvid är syftet även att institutionaliserade sätt för samarbete genom en kollektiv organisation eller ett gemensamt organ ska omfattas av konkurrensreglerna (generaladvokaten Légers förslag till avgörande i mål C-309/99, Wouters m.fl., där domstolen meddelade dom den 19 februari 2002, REG 2002, s. I-1577, s. I-1582, punkt 62). I förevarande mål agerade producenterna av organiska peroxider däremot inte genom en kollektiv organisation eller ett gemensamt organ, utan samordnade på ett direkt sätt sitt agerande genom telefaxmeddelanden, per telefon och vid möten med arbetsgruppen. Sökanden begränsade sig härvid till att tillhandahålla hjälp avseende administration och logistik, men utgjorde inte en kollektiv organisation eller ett kollektivt organ för dessa producenter.

100 Sökandeföretaget har härav dragit slutsatsen att eftersom företaget varit en icke straffansvarig medhjälpare till AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa, har det inte gjort sig skyldigt till någon överträdelse av artikel 81.1 EG. Den omständigheten att kommissionen gjort sökandeföretaget ansvarigt för denna överträdelse strider vidare mot legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

b) Kommissionens argument

Den faktiska bakgrunden till det angripna beslutet

101 Kommissionen har beträffande den faktiska bakgrunden i huvudsak hävdat att sökandeföretaget inte har bestritt den omständigheten att det i sitt kassaskåp förvarat bland annat de exemplar av avtalet av år 1971 och avtalet av år 1975 som tillhörde Atochem/Atofina och PC/Degussa. Kommissionen har bestritt sökandens isolerade beskrivning av marknadsinformationssystemet och anser att detta måste placeras i samband med samverkan. Att siffror samlades in, förbereddes och kontrollerades samt att statistik upprättades med full kännedom och i konkurrensbegränsande syfte i samband med detta system utgjorde tillsammans med deltagande i möten, förslag till kvoter och beräkning av avvikelserna från de överenskomna kvoterna en nödvändig förutsättning för att samverkan skulle fungera.

102 Det är i övrigt ostridigt att sökanden deltog i fem möten i Zürich mellan år 1994 och år 1998 – varav fyra var ”toppmöten” – samt i mötet med företrädare för AKZO i Amersfoort. Sökandeföretaget har även medgett att det bokade möteslokaler för tre halvofficiella möten i Zürich mellan år 1997 och år 1998. Med beaktande av dessa ostridiga omständigheter kan sökanden inte tona ned sitt deltagande med hjälp av ord som sällan eller nästan aldrig. Sökandeföretaget har inte heller bestritt att det beräknade avvikelserna från de överenskomna kvoterna åtminstone fram till år 1995 eller år 1996. Sökanden tjänstgjorde även som clearingkontor för att säkerställa att mötena med konkurrensbegränsande syfte inte lämnade några spår i de deltagande företagens bokföring. Sökanden övervakade vid ersättningen därför själv att inget syfte angavs på de interna betalningsorder som M.S. fyllde i och undertecknade. Kommissionen har slutligen bestritt sökandens argument att det angripna beslutet grundades på påstått otillförlitliga uttalanden från AKZO. Kommissionen har härvid anfört att olika uttalanden om relevanta omständigheter, och även sådana som med nödvändighet är

mindre tillförlitliga, kan utgöra ömsesidigt stöd för varandra (domen i det ovan i punkt 77 nämnda målet Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, punkt 87).

Åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

103 Kommissionen har bestritt att legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) åsidosätts genom det angripna beslutet. Kommissionen har inte godtagit sökandens antaganden om att en formell åtskillnad – i likhet med vad som görs enligt straffrätten i ett flertal medlemsstater – måste göras i gemenskapens konkurrensrätt mellan den som gjort sig skyldig till en överträdelse och den som anstiftat eller medverkat till en överträdelse. Någon sådan åtskillnad görs varken i primärrätten eller i sekundärrätten. Såsom anges i artikel 15.4 i förordning nr 17 har det administrativa förfarande som föreskrivs i denna förordning inte straffrättslig karaktär (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 235; svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1). Det är för övrigt inte nödvändigt att göra någon sådan formell åtskillnad i gemenskapens konkurrensrätt, eftersom både olika former av deltagande och svårighetsgraden hos bidraget till överträdelsen kan beaktas när bötesbeloppet fastställs (generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande i det ovan i punkt 85 nämnda målet Krupp Hoesch mot kommissionen, fotnot nr 15).

104 Eftersom bestämmelser saknas om åtskillnad mellan den som gjort sig skyldig till och den som deltagit i en överträdelse, kan alla som uppfyller rekvisiten för överträdelse i artikel 81.1 EG åläggas böter med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17. Kommissionen har tillagt att det oeftergivliga krav som följer av rättssäkerhetsprincipen och som innebär att gemenskapens rättsakter ska vara tydliga och tillämpas tillräckligt förutsebart för de berörda inte utesluter att det ibland är nödvändigt att tolka dessa rättsakter. Europadomstolen har nämligen funnit att det kan föreligga behov av att balansera skyldigheten att vara tydlig och förbudet mot analogislut i brottmål i enlighet med artikel 7.1 i Europakonventionen med den rättsliga tolkning som syftar till ett gradvist klargörande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar från ett mål till

ett annat (Europadomstolens dom av den 22 november 1995 i mål S.W. mot Förenade kungariket, serie A nr 335-B, 36 §). Vem som helst som uppfyller villkoren i artikel 81.1 EG har därför gjort sig skyldig till en överträdelse.

105 Kommissionen har bestritt sökandens påstående att sökanden inte var deltagare i samverkan och inte kunde vara det. Avtalet av år 1971, som slöts mellan producenterna av organiska peroxider, och tjänsteavtalen, som slöts mellan sökanden och dessa producenter, måste anses utgöra väsentliga beståndsdelar i en enda global samverkan. Med hänsyn till att tjänsteavtalen genomförde avtalet av år 1971, ska dessa tjänsteavtal bedömas tillsammans med avtalet av år 1971 som kompletterande och accessoriska avtal (skälen 339 och 340 i det angripna beslutet, se även beslutet gjutet glas i Italien).

106 Med beaktande av lydelsen i artikel 81.1 EG är det härvid inte nödvändigt att sökanden i egenskap av konsultföretag ska vara verksam som konkurrent på den relevanta marknaden eller som säljare eller som köpare. Det fordras inte heller att de ifrågavarande företagens kommersiella självbestämmanderätt eller konkurrensen mellan dem begränsas. Någon slags begränsning av konkurrensen på den gemensamma marknaden är däremot tillräcklig. Detta motsvarar målet med artikel 81 EG som enligt artikel 3.1 g EG utgör del av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids (se även skäl 9 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1)).

107 Artikel 81.1 EG är nämligen tillämplig inte endast på ”horisontella” utan även på ”vertikala” konkurrensbegränsande avtal som sluts mellan företag på olika nivåer i distributionskedjan (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277) eller mellan företag som är verksamma på olika marknader. Begreppet avtal syftar härvid endast till att göra det möjligt att skilja mellan

ett förbjudet samordnat förfarande och ett tillåtet parallellt agerande (se även förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkt 89). Den överträdelse som avses i artikel 81.1 EG är för övrigt ett abstrakt faredelikt (abstraktes Gefährdungsdelikt), eftersom även syftet med konkurrensbegränsningen, det vill säga den fara som samverkan utgör för konkurrensen bortsett från det enskilda fallet, avses i denna bestämmelse.

108 Kommissionen har vidare erinrat om att enligt rättspraxis utgör i sig deltagande i möten med konkurrensbegränsande syfte och ett tyst medgivande av ett olagligt initiativ, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, ett passivt deltagande i överträdelsen som kan ådra företaget ansvar för ett enda avtal (domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 83 och 84, samt förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 232, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, av den 10 mars 1992 i mål T-12/89, Solvay mot kommissionen, REG 1992, s. II-907, punkt 98, och av den 6 april 1995 i mål T-141/89, Tréfileurope mot kommissionen, REG 1995, s. II-791, punkterna 85 och 86). Detta gäller särskilt när ett företag deltar aktivt i en samverkan, oberoende av huruvida detta företag är verksamt på den relevanta marknaden.

109 I förevarande mål agerade sökanden emellertid inte som en passiv medhjälpare i samverkan, utan deltog aktivt genom att organisera och övervaka att samverkan genomfördes på rätt sätt (skäl 343 i det angripna beslutet). Tack vare denna verksamhet bidrog sökanden avsevärt till att upprätthålla och hemlighålla samverkan och därmed till att allvarligt och varaktigt begränsa konkurrensen på marknaden för organiska peroxider. Enligt kommissionen utgör detta nödvändiga och tillräckliga omständigheter för att sökanden ska vara ansvarig enligt artikel 81.1 EG. Det är härvid betydelselöst huruvida en deltagare i en samverkan drar någon nytta av denna (domen i det ovan i punkt 85 nämnda målet Krupp Hoesch mot kommissionen), eftersom rekvisiten i artikel 81.1 EG inte avser vinning, utan fara för konkurrensen.

110 Sökanden drog i vart fall direkta fördelar av att samverkan fungerade väl (skäl 342 i det angripna beslutet). Enligt kommissionen är det inte heller avgörande om en deltagare har möjlighet att direkt påverka sådana konkurrensaspekter som priser och kvantiteter (se, analogt, domen i det ovan i punkt 23 nämnda målet Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, punkt 61), eftersom den ändamålsenliga verkan av förbudet i artikel 81.1 EG skulle äventyras vid motsatt förhållande, på grund av möjligheten att kringgå detta förbud genom att rekrytera tjänsteleverantörer som är ”specialiserade på samförståndstjänster” med ansvar för att organisera, upprätthålla och hemlighålla samverkan.

111 Kommissionen anser därför att talan inte kan bifallas på denna grund.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

a) Inledande synpunkter

112 Det ska först och främst preciseras att sökanden inte i sig har bestritt det bötesbelopp som ålades i det angripna beslutet. I förevarande grund har sökanden gjort gällande att kommissionen, genom att hålla sökanden ansvarig för en överträdelse av artikel 81.1 EG och ålägga sökanden böter, överskred sina beslutsbefogenheter enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och åsidosatte legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i den mening som avses i artikel 7.1 i Europakonventionen. Kommissionen borde härvid ha beaktat att sökanden endast var en icke straffansvarig medhjälpare i samverkan och därför inte kan anses vara ett företag eller en företagssammanslutning ”som gjort sig skyldigt till” en överträdelse i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

113 Förstainstansrätten anger vidare att förfarandet vid kommissionen i enlighet med förordning nr 17 endast är ett administrativt förfarande (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 200, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkterna 717 och 718) och att de allmänna gemenskapsrättsliga principerna, bland annat legalitetsprincipen (*nullum crimen*, *nulla poena sine lege*) som är tillämplig på gemenskapens konkurrensrätt (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkterna 215–223), därför inte med nödvändighet har samma omfattning som när de tillämpas i ett brottmål i strikt mening.

114 För att avgöra om det finns anledning att, med beaktande av förbudet i artikel 81.1 EG och legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), skilja mellan ett företag ”som har gjort sig skyldigt till” en överträdelse och ett företag som varit en icke straffansvarig ”medhjälpare”, anser förstainstansrätten att det är nödvändigt att göra en tolkning av den lydelse, det sammanhang och det syfte som artikel 81.1 EG har (se, avseende metodfrågan, förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i mål T-251/00 Lagardère och Canal+ mot kommissionen, REG 2002, s. II-4825, punkt 72 och följande punkter, och av den 6 oktober 2005 i de förenade målen T-22/02 och T-23/02, Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, REG 2005, s. II-4065, punkt 41 och följande punkter).

b) Tolkning av lydelsen i artikel 81.1 EG

115 I artikel 81.1 EG föreskrivs att ”[f]öljande är oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslut-

ningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden".

116 Förstainstansrätten ska särskilt undersöka innebörden av orden avtal mellan företag.

117 Förstainstansrätten konstaterar i detta hänseende först och främst att gemenskapsdomstolen hittills inte uttryckligen har uttalat sig om huruvida begreppen avtal och företag i artikel 81.1 EG vilar på en enhetlig uppfattning som omfattar samtliga företag som har bidragit till en överträdelse, oberoende av i vilken ekonomisk sektor de normalt är verksamma, eller om de ovannämnda begreppen, såsom sökanden har gjort gällande, vilar på en "bipolär" uppfattning som innebär att en åtskillnad görs mellan det företag som gjort sig skyldigt till och det företag som medverkat till en överträdelse. Förstainstansrätten erinrar vidare om att sökanden har påstått att texten i artikel 81.1 EG innehåller en lucka i den meningen att bestämmelsen, genom att ange "företag" som har gjort sig skyldigt till en överträdelse och företagets deltagande i ett "avtal", endast omfattar vissa företag som har vissa särskilda egenskaper och avser endast vissa former av deltagande. Det är således enligt sökanden endast i fråga om på så sätt begränsade begrepp om företag och avtal och därmed om ett på så sätt begränsat tillämpningsområde för artikel 81.1 EG som legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) kan tillämpas för att förhindra en extensiv tolkning av texten i denna bestämmelse.

118 Förstainstansrätten konstaterar först och främst att ordet avtal bara är ett annat uttryck för ett samordnat/hemligt och konkurrensbegränsande agerande, eller till och med samverkan i vid mening, i vilket deltar åtminstone två separata företag som har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 79 och 112, förstainstansrättens dom av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383, punkterna 67 och 173, och av den 27 september 2006 i de förenade målen T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-3567, punkterna 53–55). För att utgöra ett avtal i den

mening som avses i artikel 81.1 EG är det tillräckligt att en handling eller ett till synes unilateralt agerande är uttrycket för en samstämmig vilja mellan åtminstone två parter. I vilken form denna samstämmighet yttrar sig är inte avgörande i sig (domstolens dom av den 13 juli 2006 i mål C-74/04 P, kommissionen mot Volkswagen, REG 2006, s. I-6585, punkt 37). Att begreppet avtal ska uppfattas så vidsträckt bekräftas av att även samordnade förfaranden som avser en form av samordning mellan företag som inte leder fram till att en egentlig överenskommelse ingås omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 115 och där angiven rättspraxis).

119 I förevarande mål uppkommer frågan huruvida samverkan, såsom sökanden har påstått, ska avse en särskild verksamhetssektor eller till och med samma marknad för varor och tjänster, varvid endast företag som är verksamma på denna i egenskap av konkurrenter, säljare eller köpare, kan samordna sitt agerande och göra sig (med) skyldiga till en överträdelse.

120 Förstainstansrätten erinrar härvid om att artikel 81.1 EG är tillämplig inte endast på ”horisontella” avtal mellan företag som utövar kommersiell verksamhet på samma relevanta marknad för varor eller tjänster, utan även på ”vertikala” avtal, vilket innebär att företag på olika nivåer i produktions- eller distributionskedjan som därmed är verksamma på olika marknader för varor eller tjänster samordnar sitt agerande (se, i detta hänseende, domstolens dom i de ovan i punkt 107 nämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, punkterna 493 och 494, av den 6 januari 2004 i de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, BAI och kommissionen mot Bayer, REG 2004, s. I-23, av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, REG 2006, s. I-3173, domen i det ovan i punkt 118 nämnda målet

kommissionen mot Volkswagen, domstolens beslut av den 28 september 2006 i mål C-552/03 P, Unilever Bestfoods mot kommissionen, REG 2006, s. I-9091, förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkt 72 och följande punkter, se även kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 [EG] på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden (EGT L 336, s. 21), och kommissionens tillkännagivande (2000/C 291/01) – Riktlinjer om vertikala begränsningar (EGT C 291, s. 1)).

121 Det framgår på samma sätt av rättspraxis att det för att ett avtal ska omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG är tillräckligt att det ifrågavarande avtalet har en konkurrensbegränsande verkan på närliggande marknader eller tillväxtmarknader på vilka åtminstone ett av de deltagande företagen (ännu) inte är verksamt (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 2 maj 2006 i mål T-328/03, O2 (Germany) mot kommissionen, REG 2006, s. II-1231, punkt 65 och följande punkter, se beträffande tillämpningen av artikel 82 EG, även domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951).

122 Genom de uttryck som används i rättspraxis, nämligen ”gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt” (domen i det ovan i punkt 118 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 67) eller ”kartellmedlemmarnas gemensamma vilja i fråga om deras beteende inom den gemensamma marknaden” (domen i det ovan i punkt 23 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112), framhävs villkoret ”gemensam vilja”, och det fordras inte att fullständig överensstämmelse föreligger mellan den relevanta marknad på vilken det företag som ”gjort sig skyldigt” till konkurrensbegränsningen är verksamt och den marknad på vilken denna begränsning visar sig. Härav följer att ett ”avtal mellan företag” i den mening som avses i artikel 81.1 EG kan avse varje begränsning av konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Denna slutsats bekräftas av kriteriet att ett avtal har till syfte att begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Detta kriterium innebär att ett företag kan överträda förbudet i artikel 81.1 EG när dess agerande, såsom det samordnas med andra företags agerande, har till syfte att begränsa konkurrensen på en särskild relevant marknad inom den gemensamma marknaden. Det är därvid inte nödvändigt att företaget självt är verksamt på denna relevanta marknad.

123 Av vad ovan anförts framgår att en bokstavlig tolkning av orden avtal mellan företag inte innebär att begreppet den som gjort sig skyldig till överträdelse måste tolkas restriktivt såsom sökanden gjort gällande.

c) Kontextuell och teleologisk tolkning av artikel 81.1 EG

Kravet på begränsning av den kommersiella självbestämmanderätten

124 Till stöd för denna grund har sökanden dessutom påstått att begreppet den som gjort sig skyldig till överträdelse med nödvändighet innebär att denne begränsar sin egen kommersiella självbestämmanderätt i förhållande till konkurrenterna och därmed åsidosätter det krav på självbestämmanderätt som ligger till grund för artikel 81.1 EG och som innebär att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma vilken politik han vill tillämpa på den gemensamma marknaden.

125 Såsom sökanden har anfört genom hänvisning till relevant rättspraxis har kravet på självbestämmanderätt emellertid utvecklats bland annat i samband med rättspraxis avseende åtskillnaden mellan förbjudna samordnade förfaranden och tillåtna parallella ageranden mellan konkurrenter (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 115–117 och där angiven rättspraxis, och domen i det ovan i punkt 107 nämnda målet Adriatica di Navigazione mot kommissionen, punkt 89). Av den åtskillnad som görs i rättspraxis mellan den omständigheten att ett konkurrensbegränsande avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG föreligger och den omständigheten att ett företag helt enkelt har vidtagit en unilateral åtgärd i syfte att tvinga andra företag att agera på ett visst sätt framgår att konkurrensbegränsningen måste vara resultatet av en styrkt samstämmig vilja mellan de inblandade företagen avseende genomförandet av ett visst agerande (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 120 nämnda förenade målen BAI

och kommissionen mot Bayer, punkterna 96–102 och 141, och domen i det ovan i punkt 118 nämnda målet kommissionen mot Volkswagen, punkt 37). Härav följer, i motsats till vad sökanden har hävdat, att kravet på självbestämmanderätt inte har direkt samband med den i förevarande mål irrelevanta frågan (se ovan punkterna 121–123) huruvida de företag som begränsar sin kommersiella frihet är verksamma inom samma verksamhetssektor eller på samma relevanta marknad. Kravet på självbestämmanderätt har snarare samband med begreppen samordnade förfaranden och avtal, eftersom dessa begrepp fordrar bevis för ett tillräckligt tydligt och exakt uttryck för en samstämmig vilja mellan de inblandade företagen.

126 Sökanden har i övrigt övervärderat betydelsen av kriteriet om begränsning av den kommersiella friheten i samband med bedömningen av om konkurrensbegränsning föreligger i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Såsom framgår av fast rättspraxis omfattas inte nödvändigtvis alla avtal mellan företag eller beslut av företagssammanslutningar som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna av förbudet i artikel 81.1 EG. Vid tillämpningen av den bestämmelsen på ett konkret fall är det nämligen först och främst lämpligt att beakta det övergripande sammanhang i vilket det ovannämnda avtalet eller beslutet har fattats eller för vilket det medför verkningar och, mer specifikt, dess syften (domstolens dom i det ovan i punkt 99 nämnda målet Wouters m.fl., punkt 97, och av den 18 juli 2006 i mål C-519/04 P, Meca-Medina och Majcen mot kommissionen, REG 2006, s. I-6991, punkt 42). Förstainstansrätten har härvid preciserat att det saknas anledning att helt abstrakt och obestämt anse att alla avtal som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna med nödvändighet ska omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG, men att vid bedömningen av huruvida denna bestämmelse ska tillämpas på ett avtal ska det konkreta sammanhang beaktas i vilket avtalet medför verkningar, bland annat det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, beskaffenheten hos de varor eller tjänster som avses i avtalet samt strukturen hos och de faktiska villkoren på marknaden (se domen i det ovan i punkt 120 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 76 och där angiven rättspraxis).

127 Med beaktande av det kontextuella begreppet konkurrensbegränsning är det därför inte uteslutet att ett företag kan delta i genomförandet av en sådan begränsning och ändå inte begränsa sin egen handlingsfrihet på den marknad där det huvudsakligen är verksamt. Varje annan tolkning kan nämligen leda till att omfattningen av förbudet

i artikel 81.1 EG minskar i en utsträckning som står i strid mot förbudets ändamålsenliga verkan och huvudsakliga syfte, såsom detta syfte ska förstås mot bakgrund av artikel 3.1 g EG, nämligen att säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. En annan tolkning skulle nämligen inte göra det möjligt att vidta åtgärder mot ett företag som aktivt bidrar till en konkurrensbegränsning på grund av att detta bidrag inte utgör en del av en ekonomisk verksamhet på den relevanta marknad där konkurrensbegränsningen uppkommer eller avses uppkomma. Förstainstansrätten preciserar att denna ändamålsenliga verkan, såsom kommissionen har hävdat, kan säkerställas till fullo endast om alla ”företag” i den mening som avses i artikel 81.1 EG är ansvariga. Det är nämligen därvid möjligt att vidta sanktionsåtgärder mot och förhindra nya former av samverkan, i syfte att kringgå förbudet i artikel 81.1 EG, med hjälp av företag som inte är verksamma på de marknader som avses med konkurrensbegränsningen.

128 Förstainstansrätten finner härvid att orden avtal mellan företag, lästa mot bakgrund av målen för artikel 81.1 EG och artikel 3.1 g EG, bekräftar att det föreligger en uppfattning om samverkan och det företag som gjort sig skyldigt till en överträdelse som inte innebär att någon uppdelning ska göras utifrån vilken marknadssektor eller marknad de ifrågavarande företagen är verksamma på.

Villkoren för att ett företags deltagande i en samverkan ska utgöra en överträdelse av artikel 81.1 EG

129 Förstainstansrätten erinrar vidare om rättspraxis avseende vilka villkor ett företags deltagande i en samverkan ska uppfylla för att detta företag ska kunna vara ansvarigt som medskyldigt till överträdelsen.

130 Kommissionen behöver härvid endast visa att det berörda företaget har deltagit i möten under vilka konkurrensbegränsande avtal slutits, utan att öppet motsätta sig detta, för att styrka att nämnda företag har deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan. För

att styrka att ett företag har deltagit i ett enda avtal som utgörs av ett antal överträdelser som är utspridda i tiden, ska kommissionen visa att detta företag avsåg att genom sitt eget beteende bidra till att uppnå de gemensamma mål som deltagarna eftersträvade, och att det hade kännedom om de materiella beteenden som planerades eller genomfördes av andra företag i samma syfte, eller att företaget rimligen kunde förutse dem och att det var berett att acceptera risken för detta. Det tysta medgivandet av ett olagligt initiativ kommer i detta avseende, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, att uppmuntra till fortsatt överträdelse och äventyra upptäckten av denna. Detta samförstånd utgör ett passivt deltagande i överträdelsen som alltså kan ådra företaget ansvar för ett enda avtal (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 83 och 87, domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 81–84, och domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 142 och 143; se även domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Tréfileurope mot kommissionen, punkt 85 och där angiven rättspraxis). Det framgår dessutom av rättspraxis att dessa principer med vederbörliga ändringar ska tillämpas på möten i vilka inte enbart de konkurrerande producenterna utan även deras kunder har deltagit (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkterna 62–66).

131 Beträffande fastställandet av det personliga ansvaret för ett företag som inte har deltagit i samverkan i samma utsträckning och med samma styrka som andra, framgår det av rättspraxis att de avtal och samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 EG visserligen med nödvändighet endast kan vara resultatet av överenskommelser mellan flera företag, som tillsammans deltar i överträdelsen men på olika sätt, bland annat beroende på den relevanta marknadens egenheter och varje enskilt företags ställning på marknaden, de eftersträvade målen eller de valda eller planerade åtgärderna för genomförande. Den omständigheten i sig att varje företag deltar i överträdelsen på sitt sätt är emellertid inte tillräcklig för att detta inte ska vara ansvarigt för hela överträdelsen, inbegripet för sådant som i materiellt hänseende genomförs av andra deltagande företag, men som vidtas i samma konkurrensbegränsande syfte eller som har samma konkurrensbegränsande verkan (domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 78–80).

132 Att ett företag inte har deltagit i samtliga led i en konkurrensbegränsande samverkan eller att det har spelat en mindre roll vid sitt deltagande är således irrelevant vid bedömningen av huruvida det har begått en överträdelse. Även om den omständigheten att det ifrågavarande företaget har deltagit i begränsad omfattning inte kan inverka på företagets personliga ansvar för hela överträdelsen, kan denna omständighet inverka på bedömningen av överträdelsens omfattning och allvar och därmed när sanktionsåtgärder fastställs (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 90, domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 86, och domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 145).

133 Av vad ovan anförts framgår, beträffande förhållandet mellan konkurrenter som är verksamma på samma relevanta marknad och mellan sådana konkurrenter och deras kunder, att företag som är medskyldiga eller medhjälpare till en överträdelse i den mening som avses i artikel 81.1 EG enligt rättspraxis är medansvariga med hänsyn till att det objektiva villkoret för att tillskriva det ifrågavarande företaget ansvar för olika lagstridiga ageranden som utgör hela den konkurrensbegränsande samverkan är uppfyllt då detta företag har bidragit till genomförandet, även om detta skett på ett underordnat, accessoriskt eller passivt sätt, till exempel genom ett tyst medgivande eller genom att inte avslöja samverkan för myndigheterna. Att detta bidrag eventuellt har haft en begränsad betydelse kan beaktas i samband med att sanktionsåtgärderna fastställs.

134 Huruvida ett deltagande företag tillskrivs ansvar för hela överträdelsen beror dessutom på företagets viljeyttring, som utvisar om det samtycker till målsättningen för samverkan även om detta sker tyst. Detta subjektiva villkor ingår i kriteriet tyst medgivande av samverkan och i kriteriet avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av denna (domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 84, domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 143, och domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Tréfileurope mot kommissionen, punkt 85), eftersom dessa kriterier innebär att det presumeras att det ifrågavarande företaget fortsätter att samtycka till målsättningen för samverkan och till att denna genomförs. Detta subjektiva villkor utgör dessutom en motivering som gör det möjligt att anse att det ifrågavarande företaget är medansvarigt, eftersom det haft för avsikt att genom sitt eget agerande bidra till att uppnå de gemensamma mål som deltagarna eftersträvat, haft kännedom om de andra deltagarnas lagstridiga agerande eller rimligen kunnat förutse detta och varit berett att acceptera risken för det (domen i det ovan i punkt 65 nämnda

målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 83 och 87, och domen i de ovan i punkt 23 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 83).

135 Det är endast om de villkor iakttas som anges ovan i punkterna 133 och 134 som det ifrågavarande företaget kan tillskrivas ansvar för hela överträdelsen i överensstämmelse med kraven enligt principen om personligt ansvar (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 84).

136 Med beaktande av vad som anförts ovan i punkterna 115–127 finner förstainstansrätten att dessa principer med vederbörliga ändringar är tillämpliga på ett företag vars ekonomiska verksamhet och yrkeskunnande gör det möjligt för företaget att inte kunna ignorera det ifrågavarande agerandets konkurrensbegränsande karaktär och därmed ge ett icke försumbart stöd till genomförandet av överträdelsen. Förstainstansrätten kan inte godta sökandens argument att ett konsultföretag inte kan anses vara medskyldigt till en överträdelse på grund av att det inte utövar ekonomisk verksamhet på den relevanta ekonomiska marknad som påverkas av konkurrensbegränsningen och att sökanden endast bidrog till samverkan i underordnad ställning.

Tolkningen av artikel 81.1 EG med beaktande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)

137 Sökanden har emellertid i huvudsak hävdat att en sådan ”enhetlig” uppfattning av den som gjort sig skyldig till en överträdelse i den mening som avses i artikel 81.1 EG är oförenlig med de krav som följer dels av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) i enlighet med artikel 7.1 i Europakonventionen, dels av gemensamma

bestämmelser i medlemsstaternas rättsordningar om åtskillnaden mellan den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse. Dessa bestämmelser ska tillämpas både i fråga om straffrätt och i fråga om konkurrensrätt.

138 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att de grundläggande rättigheterna, såsom har angetts ovan i punkt 45, utgör en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som gemenskapsdomstolen ska säkerställa iakttagandet av. I detta avseende ska särskilt Europakonventionen beaktas såsom en inspirationskälla.

139 Förstainstansrätten erinrar vidare om att gemenskapsdomstolen i mål avseende konkurrensrätt har tillämpat legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) som en allmän gemenskapsrättslig princip med beaktande av Europadomstolens rättspraxis (se domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 215 och följande punkter, och förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkt 71 och följande punkter samt där angiven rättspraxis). Denna princip innebär i allmänhet bland annat att alla gemenskapsbestämmelser, i synnerhet de som föreskriver eller gör det möjligt att föreskriva sanktionsåtgärder, ska vara tydliga och precisa, så att det inte föreligger några oklarheter för de berörda med avseende på vilka rättigheter och skyldigheter som följer av bestämmelserna och så att dessa personer kan fatta beslut i enlighet med detta. Den ovannämnda principen gäller både för regler av straffrättslig karaktär och för specifika administrativa bestämmelser som föreskriver eller gör det möjligt att föreskriva administrativa sanktionsåtgärder (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 85 nämnda målet Maizena, punkterna 14 och 15, och domen i de ovan i punkt 84 nämnda förenade målen X, punkt 25), såsom sanktionsåtgärder i enlighet med förordning nr 17.

140 Det framgår vidare av Europadomstolens fasta tolkning av artikel 7.1 i Europakonventionen att den i denna bestämmelse behandlade legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) bland annat innebär att straffrättsliga bestämmelser inte får tillämpas extensivt till nackdel för den anklagade, bland annat genom analogivis tillämpning. Härav följer att en överträdelse måste anges tydligt i lagtexten. Detta villkor är uppfyllt när den enskilde, med utgångspunkt i den relevanta bestämmelsens lydelse och vid behov med hjälp av domstolarnas tolkning av denna, kan få kännedom om vilka gärningar och vilken underlåtenhet som gör honom straffrättsligt ansvarig.

Europadomstolen har i detta avseende preciserat att begreppet rätt i den mening som avses i artikel 7 i Europakonventionen motsvarar begreppet lag i andra bestämmelser i Europakonventionen och omfattar såväl den rätt som följer av lagstiftning som den som följer av rättspraxis. Begreppet innefattar kvalitativa villkor, bland annat avseende tillgänglighet och förutsägbarhet (se Europadomstolens dom av den 25 maj 1993 i mål Kokkinakis mot Grekland, serie A nr 260-A, 40, 41 och 52 §§, domen i det ovan i punkt 104 nämnda målet S.W. mot Förenade kungariket, 35 §, av den 15 november 1996 i mål Cantoni mot Frankrike, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-V, s. 1627, 29 §, av den 8 juli 1999 i mål Baskaya och Okçuoglu mot Turkiet, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-IV, s. 308, 36 §, av den 22 juni 2000 i mål Coëme mot Belgien, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VII, s. 1, 145 §, av den 7 februari 2002, ansökan nr 28496/95, E.K. mot Turkiet, 51 §; se även domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 216).

141 Med beaktande av denna rättspraxis kan legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) inte tolkas som ett förbud mot gradvis klargörande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar genom domstolstolkning (domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 217). Enligt Europadomstolens rättspraxis är det även om lagbestämmelser – och även straffrättsliga bestämmelser – har skrivits tydligt oundvikligt att en del kräver domstolstolkning, och det kommer alltid att vara nödvändigt att klargöra dunkla avsnitt och anpassa lydelsen till hur omständigheterna utvecklar sig. Enligt Europadomstolen är det väl fastslaget i den rättsliga traditionen i de stater som är parter i Europakonventionen att rättspraxis, såsom rättskälla, med nödvändighet bidrar till straffrättens fortsatta utveckling (Europadomstolens dom i det ovan i punkt 104 nämnda målet S.W. mot Förenade kungariket, 36 §). Europadomstolen har härvid slagit fast att många lagar inte har formulerats i absolut precisa ordalag, och att i många av dem, på grund av att det är nödvändigt att undvika alltför stelbenta regler och kunna anpassa sig till ändrade förhållanden, används med nödvändighet mer eller mindre luddiga formuleringar, och att tolkningen och tillämpningen är beroende av praxis (Europadomstolens dom i det ovan i punkt 140 nämnda målet Kokkinakis mot Grekland, 40 och 52 §§, domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet E.K. mot Turkiet, 52 §, och domen i det ovan i punkt 139 nämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 80). Europadomstolen tar således inte bara hänsyn till själva lydelsen av lagen, utan även till om de använda oklara begreppen har preciserats i fast och publicerad rättspraxis (Europadomstolens dom av den 27 september 1995 i mål G. mot Frankrike, serie A, nr 325-B 25 §).

142 Visserligen är ett gradvis klargörande av bestämmelserna om straffrättsligt ansvar genom domstolstolkning i princip tillåtet enligt legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), men denna princip kan utgöra hinder mot att en ny tolkning av en bestämmelse om en överträdelse tillämpas retroaktivt. Detta gäller i särskilt hög grad om resultatet av denna tolkning inte rimligen hade kunnat förutses vid den tidpunkt då överträdelsen begicks, mot bakgrund av bland annat den rådande tolkningen i rättspraxis av den ifrågavarande lagbestämmelsen vid samma tidpunkt. Begreppet förutsebarhet beror dessutom i hög grad på innehållet i den text som det är fråga om, vilket område den omfattar, vilka mottagarna är och hur många de är. Detta begrepp utgör inte hinder mot att den berörda personen kan se sig nödsakad att anlita en kvalificerad rådgivare för att bedöma, i rimlig grad under omständigheterna i fallet, vilka konsekvenser ett visst agerande kan få. Detta gäller särskilt yrkesmän som är vana vid att vara tvungna att vara mycket försiktiga vid utövandet av sitt yrke. Man kan förvänta sig att de låter bedöma riskerna med yrkesutövningen extra noga (domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 217–219, med hänvisning till domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet Cantoni mot Frankrike, punkt 35).

143 Av vad ovan anförts framgår att tolkningen av omfattningen av artikel 81.1 EG och särskilt av orden avtal och företag – vilken tolkning innebär att alla företag som har bidragit till genomförandet av en samverkan omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse, även om det ifrågavarande företaget inte är verksamt på den relevanta marknad som påverkas av konkurrensbegränsningen med beaktande av lydelsen i denna bestämmelse såsom denna tolkats i rättspraxis – måste ha varit tillräckligt förutsebar vid tidpunkten för de påtalade omständigheterna.

144 Förstainstansrätten påpekar härvid att orden avtal och företag, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, är obestämda rättsliga begrepp vars omfattning och precision i sista hand ska avgöras av gemenskapsdomstolen. Administrationens tillämpning av dessa ord omfattas av fullständig domstolskontroll. Under dessa förhållanden är det av avgörande betydelse att gemenskapsdomstolen gör ett gradvist klargörande av begreppen avtal och företag för att bedöma om de är bestämda och förutsebara vid konkret tillämpning.

145 Förstainstansrätten anser emellertid att orden avtal mellan företag i artikel 81.1 EG, med beaktande av den fasta rättspraxis som anges ovan i punkterna 115–128, utgör ett tillräckligt exakt uttryck för begreppen samverkan och den som gjort sig skyldig till överträdelse, som beskrivits ovan i punkt 128, eftersom dessa ord avser alla företag som agerar på ett samordnat sätt, oberoende av inom vilken verksamhetssektor eller på vilken relevant marknad de är verksamma. Dessa företag kan därför inte vara okunniga om, och måste till och med godta, att de kan bli föremål för åtgärder om de agerar på detta sätt.

146 Såsom förstainstansrätten erinrat om ovan i punkterna 129–135 finns det en fast rättspraxis om medansvar enligt artikel 81.1 EG för företag som är medskyldiga eller medhjälpare till en överträdelse i dess helhet och som tillskrivs ömsesidigt de övriga deltagande företagens rättsstridiga beteende. I denna rättspraxis, som även grundats på en ”enhetlig” uppfattning av begreppen samverkan och den som gjort sig skyldig till en överträdelse, anges tydligt och exakt vilka objektiva och subjektiva villkor för ansvar som ska vara uppfyllda för att ett företag ska kunna hållas ansvarigt för en överträdelse som begåtts av flera medskyldiga eller medhjälpare. Den omständigheten i sig att domstolen preciserade dessa principer för ansvar först år 1999 (domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 78 och följande punkter) kan inte ensam inverka på huruvida dessa principer var förutsebara redan vid tidpunkten – mellan år 1993 och år 1999 – för de omständigheter som sökanden klandras för, eftersom de omständigheter som var avgörande för det personliga ansvaret med tillräcklig tydlighet följde av den vida uppfattningen av samverkan och företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG och av förstainstansrättens äldre rättspraxis (se domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Tréfileurope mot kommissionen, punkt 85 och där angiven rättspraxis). Den omständigheten att gemenskapsdomstolen hittills inte uttalat sig om den särskilda frågan om medansvar för ett konsultföretag, som inte är verksamt på samma marknad som de huvudsakliga deltagarna i samverkan, innebär inte att yrkesfolk inte rimligen, på grundval av lydelsen i artikel 81.1 EG och ovan angiven rättspraxis, kan förutse att ett sådant företag befinns vara, eller åtminstone kan befinnas vara, medansvarigt i administrativ praxis och domstolspraxis.

147 Med avseende på repressiv administrativ praxis erinrar förstainstansrätten däremot härvid om att kommissionen, såsom sökanden själv har medgett, redan år 1980 beslutade att ett konsultföretag som hade deltagit aktivt i genomförandet av den ifrågavarande samverkan på ett sätt som motsvarade sökandens deltagande i förevarande mål skulle hållas ansvarigt för en överträdelse av artikel 81.1 EG (beslutet gjutet glas i Italien, se särskilt punkt II A.4 i slutet av skälen). Den omständigheten att

kommissionen inte har gjort detta ställningstagande i ett flertal senare beslut innebär inte att det är befogat att dra slutsatsen att en sådan tolkning av omfattningen av artikel 81.1 EG inte rimlig kunde förutses. Detta är särskilt fallet i fråga om ett konsultföretag som mot bakgrund av kommissionens beslutspraxis efter år 1980 måste anses driva sin ekonomiska verksamhet med största försiktighet och ta upplysta råd från bland annat juridiska experter för att uppskatta de risker som är förenade med företagets agerande (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 113 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 219).

148 Sökanden kan härvid inte med framgång göra gällande att en sådan tolkning strider mot medlemsstaternas gemensamma bestämmelser i fråga om personligt ansvar, som innebär att det görs en åtskillnad mellan den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse. De bestämmelser som sökanden har hänvisat till (se ovan punkt 81) avser nämligen endast nationell straffrätt, och sökanden har inte förklarat huruvida och i vilken mån dessa bestämmelser i de respektive nationella rättsordningarna är tillämpliga även på repressiva administrativa förfaranden och särskilt på bekämpning av konkurrensbegränsande förfaranden.

149 Det framgår inte heller av rättspraxis från Europadomstolen eller av beslutspraxis från den tidigare Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter att legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) innebär krav på att åtskillnad ska göras i straffrättsliga eller administrativa förfaranden mellan den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse i den meningen att den sistnämnde inte kan straffas när den relevanta rättsregeln inte uttryckligen innehåller bestämmelser om sanktionsåtgärder mot denne. Det framgår däremot av nämnda rättspraxis och beslutspraxis att för att denna princip ska iakttas, ska den anklagade personens agerande motsvara definitionen av den som gjort sig skyldig till den ifrågavarande överträdelsen, i enlighet med den ifrågavarande bestämmelsens lydelse och i förekommande fall mot bakgrund av tolkningen av denna bestämmelse i rättspraxis. Om denna definition är tillräckligt vid för att omfatta både den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse, kan det emellertid inte vara fråga om

åsidosättande av legalitetsprincipen (se, *e contrario*, Europadomstolens dom i det ovan i punkt 140 nämnda målet E.K. mot Turkiet, 55 och 56 §§; Europakommissionen, beslut om upptagande till prövning av den 15 januari 1997, ansökan nr 27032/95, L.-G R mot Sverige, punkt 12).

150 Mot bakgrund av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att varje företag som agerat på ett samordnat sätt, inklusive konsultföretag som inte är verksamma på den relevanta marknad som påverkas av konkurrensbegränsningen, rimligen kunnat förutse att förbudet i artikel 81.1 EG i princip var tilllämpligt på företaget. Detta företag kunde nämligen inte vara okunnigt om eller i stånd att förstå att kommissionens beslutspraxis och gemenskapens äldre rättspraxis utgjorde redan i sig en tillräckligt tydlig och exakt grundval för att ett konsultföretag uttryckligen ska anses ansvarigt för en överträdelse av artikel 81.1 EG, när det aktivt och uppsåtligt bidrar till en samverkan mellan aktiva producenter på en annan marknad än den där det självt är verksamt.

d) Sökandens ställning som medskyldig till samverkan

151 Förstainstansrätten ska vidare undersöka huruvida de objektiva och subjektiva villkor är uppfyllda som krävs för att det ska kunna fastställas att sökandeföretaget är medansvarigt genom att detta tillskrivs de andra deltagande företagens överträdelser. Förstainstansrätten erinrar först och främst om att det för att hela överträdelsen ska kunna tillskrivas ett företag för det första fordras att detta företag har bidragit till den ifrågavarande konkurrensbegränsningen, även om detta skett på ett underordnat sätt, och för det andra att det subjektiva villkoret beträffande detta företags viljeyttring i detta avseende är uppfyllt.

152 Oberoende av frågan huruvida sökanden var avtalsslutande part i avtalet av år 1971 och avtalet av år 1975 och oberoende av om de tjänsteavtal som slöts med de tre producenterna av organiska peroxider utgör en integrerad del av samverkan i vidsträckt betydelse, konstaterar förstainstansrätten att det är utrett att sökanden aktivt bidrog till att samverkan genomfördes mellan år 1993 och år 1999.

153 Det är för det första utrett att sökanden i sina lokaler förvarade och hemlighöll de original av avtalet av år 1971 och av avtalet av år 1975 som tillhörde Atochem/Atofina och PC/Degussa och med avseende på det sistnämnda företaget fortsatte med detta fram till år 2001 eller år 2002 (skälen 63 och 83 i det angripna beslutet). För det andra har sökandeföretaget medgett att det beräknade avvikelserna från de överenskomna kvoterna för de respektive marknadsandelarna för deltagarna i samverkan och meddelade deltagarna dessa beräkningar åtminstone fram till år 1995 eller år 1996. Denna verksamhet föreskrevs uttryckligen i avtalet av år 1971 och avtalet av år 1975. Sökandeföretaget har dessutom medgett att det förvarade hemliga handlingar som sådana i sina lokaler. Beträffande den omständigheten att möten med en konkurrensbegränsande del hölls mellan producenterna av organiska peroxider, har sökandeföretaget för det tredje medgett att det organiserade och delvis deltog i fem möten samt i mötet i Amersfoort den 19 oktober 1998, vid vilket ett förslag om fördelning av kvoter mellan producenterna förbereddes. Det är för det fjärde utrett att sökanden regelbundet ersatte de resekostnader som företrädarna för producenterna av organiska peroxider haft för att delta i möten med konkurrensbegränsande syfte och det är uppenbart att detta gjordes i syfte att hemlighålla att samverkan genomfördes eller i syfte att genomförandet av samverkan inte skulle lämna några spår i dessa producenters bokföring (se ovan punkterna 63 och 102).

154 Det är inte nödvändigt att i detalj bedöma de omständigheter avseende den verkliga omfattningen av sökandens deltagande i samverkan som är stridiga mellan parterna. Förstainstansrätten finner med ledning av de omständigheter som angetts ovan i punkt 153 att sökanden aktivt bidrog till att samverkan genomfördes och att det, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, förelåg ett tillräckligt konkret och avgörande orsakssamband mellan denna verksamhet och konkurrensbegränsningen på marknaden för organiska peroxider. Vid förhandlingen har sökanden nämligen inte bestritt att detta orsakssamband föreligger, utan har begränsat sig till att bestrida att företagets bidrag i rättslig mening ska kvalificeras som en handling som utgör en överträdelse. Detta bidrag kan enligt företagets uppfattning endast anses utgöra medhjälp som hade kunnat genomföras av vilket annat konsultföretag som helst.

155 Det saknar under dessa omständigheter betydelse att sökanden inte formellt och direkt var avtalsslutande part i avtalet av år 1971 och avtalet av år 1975. Vid tillämpning av artikel 81.1 EG är det inte avgörande huruvida ett skriftligt eller på annat sätt uttryckligt avtal föreligger mellan de deltagande företagen så länge dessa agerar på ett samordnat sätt (se ovan punkterna 115–123). Sökandeföretaget har dessutom medgett att det enligt ett tyst avtal med producenterna av organiska peroxider i eget namn och för egen räkning övertog vissa delar av Fides verksamhet som angavs särskilt i dessa avtal, såsom att beräkna avvikelserna från de överenskomna kvoterna och att meddela dessa avvikelser. Förstainstansrätten tillägger att med hänsyn till att kommissionen endast ålagt sökanden böter med ett minimibelopp på 1 000 euro och med hänsyn till att sökanden inte har ifrågasatt detta belopp i sig, ska förstainstansrätten inte uttala sig om den exakta omfattningen av sökandens deltagande i den mån denna kunnat inverka på lagligheten av det ålagda bötesbeloppets storlek.

156 Med beaktande av de objektiva omständigheterna för sökandens deltagande konstaterar förstainstansrätten att sökanden med full kännedom och med uppsåt ställde sitt yrkeskunnande och sin organisation till samverkans förfogande för att åtminstone indirekt dra nytta av dessa när de individuella tjänsteavtalen med de tre producenterna av organiska peroxider genomfördes. Oberoende av huruvida sökanden därmed även medvetet åsidosatte de etiska regler som sökanden omfattades av i egenskap av ekonomisk rådgivare, kunde sökanden antingen inte vara okunnig om eller hade uppenbarligen kännedom om det konkurrensbegränsande och rättsstridiga syftet med den samverkan som sökanden bidrog till, ett syfte som visade sig i samband med bland annat avtalet av år 1971 och avtalet av år 1975 som sökanden förvarade i sina lokaler, i att möten med konkurrensbegränsande syfte hölls och i att känsliga upplysningar utbyttes, vilket sökanden deltog aktivt i åtminstone fram till år 1995 eller år 1996.

157 Med beaktande av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att till den del det i det angripna beslutet konstateras att sökanden varit medansvarig för den överträdelse som huvudsakligen begicks av AKZO, Atochem/Atofina och PC/Degussa, överskrider detta

beslut inte gränserna för förbudet i artikel 81.1 EG, och kommissionen har genom att ålägga sökanden böter med 1 000 euro därför inte överskridit sina befogenheter enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.

158 Förstainstansrätten finner under dessa förhållanden att det inte är nödvändigt att uttala sig om huruvida kommissionen lagligen fick grunda sökandens ansvar på begreppet beslut av en företagssammanslutning. Såsom kommissionen har medgivit vid förhandlingen är det i förevarande mål fråga om en rent alternativ bedömning, eller till och med en bedömning i andra hand, som inte kan utgöra rättslig grund för och inte heller ändra kommissionens huvudsakliga inställning som grundats på begreppen samverkan och företag. Det är inte heller nödvändigt att bedöma om kommissionen gjorde en riktig bedömning och värdering av viss bevisning mot sökanden som inte är avgörande för lösningen av förevarande tvist. Förstainstansrätten erinrar härvid om att sökandens argument, såsom de återgetts ovan i punkterna 77–79, endast har anförts till stöd för denna grund och inte utgör en egen grund.

159 Talan kan därför inte bifallas på den andra grunden.

D — *Den tredje grunden: Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar*

1. *Parternas argument*

160 Sökandeföretaget anser att det, med beaktande av kommissionens fasta beslutspraxis sedan år 1983, hade fog för att vänta sig att kommissionen skulle bedöma företagets agerande på samma sätt som den bedömt jämförbart agerande från andra konsultföretags sida i tidigare ärenden. Det angripna beslutet står därför i strid med principen om skydd för berättigade förväntningar. Även om kommissionens beslut är bindande endast för dem till vilka besluten riktar sig, utgör de enligt sökanden rättsakter av

betydelse för jämförbara situationer, bland annat när en fast beslutspraxis slås fast. Den enskildes möjligheter att lita till att en viss beslutspraxis följs är så mycket mer skyddsvärda som tillämpningen av artikel 81 EG är beroende av en mångfald obestämda rättsliga begrepp som oundgängligen måste konkretiseras genom sådan praxis.

161 Sökanden har hävdat att principen om skydd för berättigade förväntningar, såsom den har erkänts i rättspraxis (domstolens dom av den 3 maj 1978 i mål 112/77, Töpfer m.fl., REG 1978, s. 1019, punkt 19, och förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mot kommissionen, REG 1999, s. II-2329, punkt 71), utgör hinder för att kommissionen utan förvarning ändrar sin egen beslutspraxis avseende artikel 81 EG, retroaktivt finner att ett agerande som dittills inte ansetts omfattas av tillämpningsområdet för denna bestämmelse utgör en överträdelse och ålägger böter för detta. Sedan år 1983 har kommissionen, till skillnad från inställningen i beslutet gjutet glas i Italien, inte ansett att biträde från konsultföretag som inte är parter i ett konkurrensbegränsande avtal utgör en överträdelse (se bland annat beslutet stål- och gjutjärnscylindrar av år 1983, beslutet polypropylen av år 1986, beslutet PEBD av år 1988 och beslutet kartong av år 1994). När sökandeföretaget bildades i slutet av år 1993 kunde detta därmed med fog förvänta sig att inte heller biträdet till de tre producenterna av organiska peroxider skulle anses utgöra en överträdelse av artikel 81.1 EG. Enligt sökanden gick företagets verksamhet nämligen inte utöver den verksamhet som övriga konsultföretag bedrev i de ärenden som ledde till besluten stål- och gjutjärnscylindrar respektive kartong. Kommissionen borde därför inte ha hållit sökanden ansvarig för en överträdelse av artikel 81.1 EG eller ålagt sökanden böter.

162 Kommissionen anser att talan inte kan bifallas på förevarande grund.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

163 Förstainstansrätten anser, med hänsyn till att principen om medansvar för konsultföretag som deltagit i en samverkan erkänts i gemenskapens konkurrensrätt, att principen om skydd för berättigade förväntningar inte kan utgöra hinder mot en ny inriktning av kommissionens beslutspraxis i förevarande mål. Såsom framgår ovan av punkterna 112–150 grundas nämligen denna nya inriktning av praxis på en riktig tolkning av omfattningen av förbudet i artikel 81.1 EG. Eftersom tolkningen av det obestämda rättsliga begreppet avtal mellan företag i sista hand ska göras av gemenskapsdomstolen, har kommissionen inte något utrymme för att i förekommande fall underlåta att vidta rättsliga åtgärder mot ett konsultföretag som uppfyller dessa kriterier om medansvar. I enlighet med den roll som kommissionen tilldelas i artikel 85.1 EG är kommissionen tvärtom skyldig att övervaka att de principer följs som slås fast i artikel 81 EG och att ex officio utreda förmodade överträdelser av dessa principer, såsom dessa tolkats av gemenskapsdomstolen. Trots beslutet gjutet glas i Italien, och i den mån som den beslutspraxis som kommissionen tillämpade innan den antog det angripna beslutet kan förefalla stå i motsats till den ovan angivna tolkningen av artikel 81.1 EG, kan denna praxis inte ge upphov till grundade förhoppningar hos de berörda företagen.

164 Såsom framgår ovan av punkterna 147 och 148 kunde sökanden i ännu högre grad förutse denna nya inriktning av kommissionens beslutspraxis, eftersom ett prejudikat förelåg, nämligen beslutet gjutet glas i Italien av år 1980. Såsom framgår ovan av punkt 163 kunde kommissionens beslutspraxis efter år 1980 inte rimligen uppfattas som en slutgiltig ändring av det inledande ställningstagandet i beslutet gjutet glas i Italien. Visserligen ansåg kommissionen i beslutet polypropylen av år 1986 inte att företaget Fides Trust gjort sig skyldigt till någon överträdelse. Den fann emellertid i detta beslut att det system för informationsutbyte som detta företag hade upprättat och drev var oförenligt med artikel 81.1 EG (beslutet polypropylen, skäl 106 och

artikel 2; se även beslutet kartong, skäl 134). Kommissionens beslutspraxis efter år 1980, som endast inneburit att kommissionen inte meddelat några fällande beslut eller vidtagit några sanktionsåtgärder mot inblandade konsultföretag, utan att för den skull i rättsligt hänseende förkasta sin inledande uppfattning i beslutet gjutet glas i Italien, kan under dessa förhållanden i ännu mindre grad ha gett upphov till grundade förhoppningar hos sökanden om att kommissionen i framtiden skulle avstå från att vidta åtgärder mot konsultföretag som deltar i en samverkan.

165 Talan kan därför inte bifallas på denna grund.

E — *Den fjärde grunden som åberopats alternativt: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision*

1. *Parternas argument*

166 Sökanden har hävdat att kommissionens rättsliga bedömning varit så vag och motsägelsefull med avseende på sökanden att den har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*). Kommissionen har underlåtit att med nödvändig tydlighet precisera formen och gränserna för ett lagstridigt och straffbart agerande av ett konsultföretag såsom sökanden. Kommissionen har därför undandragit sökanden den rättssäkerhet som krävs i en rättsstat.

167 Sökanden har erinrat om att principen om straffrättens precision (*nulla poena sine lege certa*), som slås fast i artikel 7.1 i Europakonventionen och som anses utgöra en allmän gemenskapsrättslig princip, följer av rättssäkerhetsprincipen (domen i de ovan

i punkt 84 nämnda förenade målen X, punkt 25). Den sistnämnda utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip (domstolens dom av den 14 maj 1975 i mål 74/74, CNTA mot kommissionen, REG 1975, s. 533, svensk specialutgåva, volym 2, s. 461, punkt 44, av den 12 november 1981 i de förenade målen 212/80–217/80, Salumi m.fl, REG 1981, s. 2735, punkt 10, och av den 22 februari 1984 i mål 70/83, Kloppenburg, REG 1984, s. 1075, svensk specialutgåva, volym 7, s. 535, punkt 11), som särskilt innebär krav på att gemenskapslagstiftningen ska vara otvetydig och dess tillämpning förutsebar för de enskilda. Sökanden har preciserat att kommissionens beslut med stöd av artikel 81 EG innebär att böter åläggs med belopp som kan uppgå till mycket höga summor, och dessa beslut måste därför motsvara en särskilt hög grad av precision och säkerhet (domstolens dom av den 10 juli 1980 i mål 32/79, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 1980, s. 2403, punkt 46) så att de berörda företagen kan kontrollera och fatta beslut om sitt agerande med beaktande av och i förhållande till kriterier som är tillräckligt tydliga och konkreta med avseende på den lagstridiga karaktären hos viss verksamhet.

168 De ovannämnda kraven till trots beskrev kommissionen på nästan fem sidor i det angripna beslutet varför den ansåg att sökanden hade överträtt artikel 81.1 EG (skäl 331 och följande skäl i det angripna beslutet). Av detta resonemang framgår emellertid inte tydligt vilka av sökandens konkreta ageranden som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG och vilka som inte omfattas av detta (se bland annat skälen 339, 343, 344 och 349 i det angripna beslutet). Sökanden har tillagt att kommissionen felaktigt har klandrat sökanden för att ha lämnat juridisk rådgivning (skäl 339 i det angripna beslutet). Även om detta kunde styrkas, kan juridisk rådgivning inte anses utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna. Kommissionen kan i vart fall inte anse att sökandens juridiska rådgivning och biträde som beskrivs i det angripna beslutet vid en helhetsbedömning utgör en överträdelse av artikel 81.1 EG när dessa åtgärder var för sig inte utgör en sådan överträdelse. Det skulle i annat fall vara omöjligt att förutse när en lagenlig åtgärd blir rättsstridig. Sökanden har vidare klandrat kommissionen för att i skäl 332 och följande skäl i det angripna beslutet ha uttryckt sig vagt, obegripligt och

motsägelsefullt med avseende på sökandens påstådda delaktighet i samverkan. Beträffande kommissionens påstående att förevarande grund inte är självständig, har sökanden invänt att det, även om det antogs att sökanden var skyldig till en överträdelse av konkurrensrätten, inte med den tydlighet och exakthet som krävs framgår av motiveringen i det angripna beslutet vilka konkreta handlingar som sökanden klandras för och som utgör överträdelse av artikel 81.1 EG.

169 Eftersom det inte föreligger något tydligt svar på frågan varför och på vilket sätt sökanden har överträtt artikel 81.1 EG, bör det angripna beslutet ogiltigförklaras på grund av åsidosättande av principen om straffrättens precision och rättssäkerhetsprincipen.

170 Kommissionen anser att talan inte kan bifallas på förevarande grund, eftersom den endast utgör en upprepning av den andra grunden.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

171 Förstainstansrätten konstaterar först och främst att sökanden i förevarande grund har anfört i huvudsak samma argument som i den andra och den tredje grunden. Det är därför tillräckligt att hänvisa till de överväganden som anges ovan i punkterna 112–159 för att dra slutsatsen att det angripna beslutet innehåller tillräckligt med omständigheter som visar att sökanden deltagit aktivt och uppsåtligt i samverkan. Sökanden kan därför hållas ansvarig för en överträdelse av artikel 81.1 EG, oberoende av den faktiska omfattningen av deltagandet i detalj.

172 Även om det antogs att förevarande grund ska förstås så, att sökanden har åberopat åsidosättande av den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG, framgår det av ovan angivna överväganden att det angripna beslutet innehåller alla relevanta upplysningar för att sökanden ska kunna bestrida att beslutet är välgrundat och för att göra det möjligt för förstainstansrätten att pröva beslutet i den mening som avses i fast rättspraxis i detta avseende (se förstainstansrättens dom av den 12 december 2006 i mål T-228/02, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran mot rådet, REG 2006, s. II-4665, punkt 138 och där angiven rättspraxis).

173 Talan kan därför inte bifallas på denna grund.

F — *Den femte grunden: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision genom artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet.*

1. *Parternas argument*

174 Sökanden har hävdat att både den rättsliga bedömningen och artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet strider mot rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision, eftersom det inte finns någon tydlig och exakt uppgift om vilka rättsstridiga handlingar sökanden klandras för. Av motiveringen till det angripna beslutet framgår nämligen inte exakt genom vilka konkreta handlingar sökanden anses ha överträtt artikel 81.1 EG. Sökanden kan därför inte heller veta vilka handlingar som avses med den skyldighet som anges i artikel 3 i detta beslut. Härav följer att kravet på att gemenskapslagstiftningen ska vara ”klar och förutsebar”, som är särskilt uttalat när

det rör sig om lagstiftning som kan få ekonomiska konsekvenser, så att de berörda ska kunna veta exakt vilka skyldigheter de har enligt lagstiftningen, åsidosätts genom artikel 3 i det ovannämnda beslutet (domstolens dom av den 9 juli 1981 i mål 169/80, Gondrand och Garancini, REG 1981, s. 1931, punkterna 17 och 18, av den 15 december 1987 i mål 325/85, Irland mot kommissionen, REG 1987, s. 5041, punkt 18, och i mål 326/85, Nederländerna mot kommissionen, REG 1987, s. 5091, punkt 24, av den 22 februari 1989 i de förenade målen 92/87 och 93/87, kommissionen mot Frankrike och Förenade kungariket, REG 1989, s. 405, punkt 22, av den 13 mars 1990 i mål C-30/89, kommissionen mot Frankrike, REG 1990, s. I-691, punkt 23, av den 17 juli 1997 i mål C-354/95, National Farmers' Union m.fl., REG 1997, s. I-4559, punkt 57, och av den 16 oktober 1997 i mål C-177/96, Banque Indosuez m.fl., REG 1997, s. I-5659, punkt 27).

175 Denna brist på exakthet i den rättsliga bedömningen och i den skyldighet som anges i artikel 3 i det angripna beslutet förstärks av att sökanden enligt den ovannämnda artikeln även är skyldig att avstå från alla avtal eller samordnade förfaranden som har ”liknande” syfte eller verkan och av att överträdelse av denna artikel kan medföra att böter åläggs med belopp som med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17 kan uppgå till mycket höga summor. Kommissionen har dessutom medgett att den inriktat sig på ett ”nytt område” i rättsligt avseende (skäl 454 i det angripna beslutet). Under sådana förhållanden borde preciseringen av ett åläggande att inte upprepa överträdelsen uppfylla särskilt stränga krav så att de berörda företagen ska ha möjlighet att bedöma den verkliga omfattningen av förbudet i artikel 81 EG. Den rättsosäkerhet som följer härav hänger som ett hot över konsultföretagens, som sökandens, ekonomiska verksamhet avseende till exempel upprättande av marknadsstatistik och administration av sammanslutningar.

176 Beträffande kommissionens argument att förevarande grund avser åläggandet att upphöra med överträdelsen (artikel 3 första stycket i det angripna beslutet) har sökanden preciserat att talan endast avser åläggandet att inte upprepa överträdelsen

(artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet). Det första åläggandet går nämligen inte sökanden emot, eftersom överträdelsen upphörde redan i slutet av år 1999 eller i början av år 2000 (skäl 91 i det angripna beslutet).

177 Artikel 3 i det angripna beslutet bör därför ogiltigförklaras till den del som avser sökanden.

178 Kommissionen anser att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

2. *Förstainstansrättens bedömning*

179 Förstainstansrätten anser att förevarande grund endast är en omformulering av den fjärde grunden som även den avser åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision. Denna grund kan därför inte bedömas annorlunda.

180 Till den del förevarande grund avser artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet, är det tillräckligt att erinra om att kommissionen har befogenhet att med stöd av artikel 3.1 i förordning nr 17 ålägga de företag som ett beslut som fattas med tillämpning av artikel 81.1 EG riktas till att upphöra med överträdelsen och att i framtiden avstå från

förfaranden med samma eller liknande syfte eller verkan (domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 39 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 1252 och 1253).

181 Talan kan därför inte bifallas på denna grund.

182 Av vad som anförts följer att talan ska ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

183 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Talan ogillas.

2) AC-Treuhand AG ska ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger Azizi Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 juli 2008.

E. Coulon M. Jaeger

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten . . . . . II - 1506

Förfarandet och parternas yrkanden . . . . . II - 1509

Rättslig bedömning . . . . . II - 1511

A — Inledande synpunkter . . . . . II - 1511

B — Den första grunden: Åsidosättande av rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång . . . . . II - 1513

1. Parternas argument . . . . . II - 1513

a) Sökandens argument . . . . . II - 1513

b) Kommissionens argument . . . . . II - 1518

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1522

C — Den andra grunden: Åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1529

1. Parternas argument . . . . . II - 1529

a) Sökandens argument . . . . . II - 1529

Allmänt . . . . . II - 1529

Bestridande av de omständigheter som lagts till grund för det angripna beslutet II - 1530

Åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1538

— Inverkan av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) på åtskillnaden mellan den som gjort sig skyldig till och den som medverkat till en överträdelse enligt gemenskapens konkurrensrätt . . . . . II - 1538

— Begreppet den som gjort sig skyldig till en överträdelse i den mening som avses i artikel 81 EG . . . . . II - 1540

— Sökandens egenskap av icke straffbar medhjälpare . . . . . II - 1543

— Kommissionens tidigare beslutspraxis i motsatt riktning . . . . . II - 1544

— Huruvida sökanden inte kunde kontrollera samverkan samt huruvida det inte fanns något orsakssamband mellan sökandens verksamhet och konkurrensbegränsningen . . . . . II - 1545

— Huruvida sökanden felaktigt ansetts utgöra en företagssammanslutning II - 1546

b) Kommissionens argument . . . . . II - 1548

Den faktiska bakgrunden till det angripna beslutet . . . . . II - 1548

Åsidosättande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1549

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1552

a) Inledande synpunkter . . . . . II - 1552

b) Tolkning av lydelsen i artikel 81.1 EG . . . . . II - 1553

c) Kontextuell och teleologisk tolkning av artikel 81.1 EG . . . . . II - 1557

Kravet på begränsning av den kommersiella självbestämmanderätten . . . . . II - 1557

Villkoren för att ett företags deltagande i en samverkan ska utgöra en överträdelse av artikel 81.1 EG . . . . . II - 1559

Tolkningen av artikel 81.1 EG med beaktande av legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) . . . . . II - 1562

d) Sökandens ställning som medskyldig till samverkan . . . . . II - 1568

D — Den tredje grunden: Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar . . . . . II - 1571

1. Parternas argument . . . . . II - 1571

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1573

E — Den fjärde grunden som åberopats alternativt: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision . . . . . II - 1574

1. Parternas argument . . . . . II - 1574

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1576

F — Den femte grunden: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen om straffrättens precision genom artikel 3 andra stycket i det angripna beslutet. . . . . II - 1577

1. Parternas argument . . . . . II - 1577

2. Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1579

Rättegångskostnader . . . . . II - 1580