FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 17. februar 2011 [1]

1. Den appel, som den foreliggende sag vedrører, og som er indgivet af Elf Aquitaine SA (herefter »Elf Aquitaine« eller »appellanten«), omhandler den dom, hvorved Retten frifandt Kommissionen i det annullationssøgsmål, som Elf Aquitaine havde anlagt til prøvelse af Kommissionens beslutning af 19. januar 2005 [2] (herefter »beslutningen«), hvori Kommissionen konstaterede, at et nærmere angivet antal virksomheder, herunder den virksomhed, som består af appellanten og dennes datterselskab, Arkema SA, der tidligere var benævnt Elf Atochem SA og herefter Atofina SA (herefter »Arkema«, »Elf Atochem« og »Atofina«), havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF (den nuværende artikel 101 TEUF) og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at deltage i et kartel, der påvirker markedet for monochloreddikesyre (herefter »den appellerede dom«) [3].

I — Baggrund for tvisten, den appellerede dom, retsforhandlingerne og parternes påstande

2. Ifølge præmis 3 ff. i den appellerede dom blev Kommissionens undersøgelse af monochloreddikesyrekartellet iværksat i slutningen af 1999 efter anmeldelse fra en af de virksomheder, der havde deltaget i kartellet. Den 14. og 15. marts 2000 gennemførte Kommissionen en inspektion i bl.a. Elf Atochems lokaler. Den 7. og 8. april 2004 sendte den en klagepunktsmeddelelse til 12 selskaber, herunder Elf Aquitaine og Atofina (præmis 3-5 i den appellerede dom).

3. I beslutningen, hvori Kommissionen tilbageviste de argumenter, der var blevet fremført af Elf Aquitaine, blev det fastslået, at det forhold, at selskabet ejede 98 % af aktierne i Atofina, var tilstrækkeligt til, at selskabet kunne tilregnes ansvaret for datterselskabets handlinger. Kommissionen fandt endvidere, at det forhold, at Elf Aquitaine ikke havde deltaget i hverken produktionen eller markedsføringen af monochloreddikesyren, ikke var til hinder for, at virksomheden skulle betragtes som en enkelt økonomisk enhed bestående af koncernens driftsenheder (præmis 9 og 12 i den appellerede dom). Den bøde, der i henhold til beslutningen blev pålagt Elf Aquitaine og

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — K(2004) 4876 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/37.773 — MCES).

3 — Dom af 30.9.2009, sag T-174/05, Elf Aquitaine mod Kommissionen, Sml. II, s. 183.

Arkema in solidum, beløb sig til 45 mio. EUR [beslutningens artikel 2, litra c), og den appellerede doms præmis 30].

4. Den 27. april 2005 anlagde Elf Aquitaine et annullationssøgsmål til prøvelse af beslutningen. Til støtte for sin påstand om annullation fremsatte Elf Aquitaine principalt ni anbringender, der vedrører henholdsvis krænkelse af retten til forsvar, mangelfuld begrundelse, selvmodsigende begrundelse, tilsidesættelse af reglerne for tilregnelse af ansvar for moderselskabet for overtrædelser begået af datterselskaber, tilsidesættelse af forskellige grundlæggende principper i Fællesskabets retsorden, tilsidesættelse af god forvaltningsskik, tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, urigtig gengivelse af beviserne samt magtfordrejning. Selskabet nedlagde subsidiært påstand om manglende sammenhæng i den argumentation, som Kommissionen anvendte ved beregningen af bøderne, og mere subsidiært påstand om nedsættelse af bøden til et passende niveau. I den appellerede dom forkastede Retten alle principale og subsidiære anbringender og pålagde appellanten at betale sagens omkostninger.

5. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 15. december 2009 har appellanten iværksat den appel, der er genstand for den foreliggende sag. I appelskriftet har Elf Aquitaine principalt nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom og om, at det gives medhold i sine påstande i første instans, der omhandlede annullation af beslutningens artikel 1, litra d), artikel 2, litra c), artikel 3 og artikel 4, stk. 9. Subsidiært har selskabet nedlagt påstand om, at Domstolen med hjemmel i artikel 261 TEUF annullerer eller nedsætter den bøde på 45 mio. EUR, som blev pålagt Arkema og Elf Aquitaine in solidum i medfør af beslutningens artikel 2, litra c). Appellanten har nedlagt påstand om, at Kommissionen under alle omstændigheder tilpligtes at betale sagens omkostninger. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes og at appellanten pålægges at betale sagens omkostninger.

6. Parternes repræsentanter afgav mundtlige indlæg på retsmødet, der fandt sted den 25. november 2010.

II — Analyse

A — *Vedrørende appellen*

7. Elf Aquitaine har til støtte for sin appel fremsat seks principale anbringender og et subsidiært anbringende.

1. Det første appelanbringende for overtrædelse af konkurrencereglerne, som Domstolen indtil videre har afholdt sig fra at tage udtrykkelig stilling til, da de rettigheder, som følger heraf, nemlig retten til forsvar og uskyldsformodningen, under alle omstændigheder er anerkendt og sikret i retspraksis.

8. Med det første appelanbringende har appellanten foreholdt Retten, at den ikke drog konsekvenserne af den strafferetlige karakter af de bøder, der blev pålagt med hjemmel i artikel 101 TEUF. Dette burde have ført til, at Retten i Første Instans fuldt ud havde anvendt princippet om strafansvarets og straffens personlige karakter og om uskyldsformodning, der er knæsat i artikel 6, stk. 1 og 2, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK))[4]. Retten har imidlertid fejlagtigt udelukkende anvendt disse principper på en enhed, der ikke er en juridisk person, nemlig virksomheden Atofina/Elf Aquitaine, og ikke på de selskaber, som ifølge Retten udgjorde virksomheden og var de eneste retssubjekter. Denne tilgang medførte konkret, at Retten dels ikke lod uskyldsformodningen komme appellanten til gode ved at inddrage denne i den foreløbige undersøgelse, og dels undlod at anvende princippet om strafansvarets og straffens personlige karakter på appellanten ved at forkaste de oplysninger, som denne havde givet med henblik på at dokumentere, at selskabet intet havde med overtrædelsen at gøre, samt at dets datterselskab havde handlet selvstændigt på markedet. Kommissionen har indledningsvis påpeget, at det i den foreliggende sag ikke er nødvendigt at besvare spørgsmålet om bøden

9. I lighed med Kommissionen finder jeg ikke, at Domstolen i den foreliggende sag er nødsaget til at tage udtrykkelig stilling til spørgsmålet om arten af de bøder, som er blevet pålagt for overtrædelse af konkurrencereglerne, der som nævnt blev udtrykkelig betegnet som administrative bøder i henhold til artikel 23, stk. 5, i forordning (EF) nr. 1/2003[5]. Med det første appelanbringende har appellanten faktisk ikke kritiseret Domstolen for at have afvist, at disse bøder har strafferetlig karakter, men derimod for at have tilsidesat de grundlæggende rettigheder, som appellanten har som en juridisk person, der gøres ansvarlig for en overtrædelse, som er ledsaget af visse sanktioner, der efter appellantens opfattelse er af strafferetlig karakter. Ved nærmere eftersyn er Elf Aquitaines konkrete klagepunkter herom for en stor dels vedkommende sammenfaldende med dem, der fremføres i de øvrige appelanbringender

4 — Undertegnet i Rom den 4.11.1950.

5 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1). I henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis udelukker en kontraherende stats betegnelse af en sanktion som administrativ som bekendt ikke, at den pågældende sanktion alligevel bliver anerkendt som strafferetlig i medfør af EMRK's bestemmelser, jf. dom af 8.6.1976, Engel m.fl., serie A, nr. 22. Jeg vil undlade at fremhæve andre besnærende analyser, men blot bemærke, at det i henhold til denne retspraksis synes at være usandsynligt, at de bøder, der er blevet pålagt med hjemmel i forordning nr. 1/2003, ikke kan betragtes som værende strafferetlige i henhold til konventionen.

og især i det andet anbringende, hvori appellanten har gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af retten til forsvar, idet Retten afviste appellantens ret til at blive inddraget i den indledende undersøgelse, og i det femte anbringende, hvori det gøres gældende, at principperne om strafansvarets og straffens personlige karakter og om uskyldsformodning er tilsidesat, fordi den formodning, som Kommissionen lagde til grund for at fastslå Elf Aquitaines ansvar for Atofinas adfærd, ikke kan modbevises. Heraf følger, at det første appelanbringende ikke reelt er selvstændigt, bortset fra påstanden om, at Retten uretmæssigt skulle have anvendt de af appellanten påberåbte grundlæggende rettigheder på den virksomhed, der består af Elf Aquitaine og datterselskabet, og ikke blot på appellanten. Som det vil fremgå af det følgende, er formålet med denne påstand ligeledes at gøre gældende, at der foreligger en væsentlig tilsidesættelse af disse rettigheder, og denne påstand gentages flere steder i appelskriftet.

10. I lyset af ovenstående, mener jeg ikke, at det første appelanbringende forudsætter en behandling, der adskiller sig fra navnlig det andet og det femte anbringende. De klagepunkter, der er fremført inden for rammerne af disse to anbringender, vil blive prøvet, idet det antages, at appellantens udgangspunkt er korrekt, nemlig at sanktionerne for overtrædelsen af Unionens konkurrenceregler har strafferetlig karakter.

2. Det andet appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af appellantens ret til forsvar

11. Med det andet appelanbringende har Elf Aquitaine foreholdt Retten, at den tilsidesatte selskabets ret til forsvar som følge af en fejlfortolkning af billighedsprincippet og princippet om processuel ligestilling. Dette anbringende omfatter to klagepunkter.

a) Det første klagepunkt

12. Appellanten har først og fremmest foreholdt Retten, at den ikke allerede garanterede selskabets ret til forsvar i den indledende undersøgelsesfase, der lå forud for fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen. I denne fase af den administrative procedure blev appellanten ikke blot ikke hørt af Kommissionen, men blev heller ikke underrettet om den mistanke, der var rettet mod selskabet. Ifølge appellanten var det i den foreliggende sag særlig magtpåliggende at opfylde disse krav i forhold til selskabet, da dette ikke deltog i overtrædelsen og ikke havde kendskab til, at der var sket en overtrædelse. Desuden havde de forsinkede oplysninger (i forbindelse med klagepunktsmeddelelsen) om, at der var indledt en undersøgelse vedrørende appellanten, ikke gjort det muligt for appellanten at træffe de foranstaltninger, der var nødvendige for at tilvejebringe et effektivt forsvar, navnlig for så vidt angår bevarelsen af eventuelle beviser for datterselskabets selvstændighed på markedet. En begrænsning af udøvelsen af retten til forsvar til kun at omfatte den fase, der efterfølger fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, er

i strid med den strafferetlige karakter af de sanktioner, der blev pålagt med hjemmel i artikel 101 TEUF. I replikken har appellanten til støtte for sine argumenter særlig henvist til Kommissionens »Best Practices on the Conduct of Proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU«, der blev offentliggjort i januar 2010 (herefter »Best Practices«).

13. Ved gennemgangen af dette klagepunkt skal det først og fremmest afgøres, om og i hvilket omfang Kommissionen allerede ved påbegyndelsen af den indledende undersøgelse, og dvs. inden fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, er forpligtet til at underrette de pågældende virksomheder om mistanken mod dem med henblik på at respektere retten for virksomheden i en procedure om overtrædelse af konkurrencereglerne til at varetage sit forsvar.

14. I den forbindelse vil jeg påpege, at det er fast retspraksis, at retten til forsvar i enhver retsforhandling, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder i henhold til forordning nr. 1/2003, er en grundlæggende rettighed, der indgår i de almindelige retsprincipper, som Fællesskabets retsinstanser sikrer overholdelsen af [6]. Der bemærkes desuden, at den administrative procedure i henhold til forordning nr. 1/2003, som finder sted i Kommissionen, er underinddelt i to forskellige og på hinanden følgende faser, som hver har sin egen indre logik. Den første fase, som strækker sig indtil klagepunktsmeddelelsen, løber fra den dato, hvor Kommissionen under udøvelse af den kompetence, som den har inden for rammerne af en indledende undersøgelse i henhold til forordning nr. 1/2003, træffer foranstaltninger, der indebærer en anklage for at have begået en overtrædelse, og har væsentlige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation. Denne fase skal gøre det muligt for Kommissionen efter undersøgelser at tage stilling til, hvilken kurs proceduren skal følge. Den anden fase strækker sig fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige beslutning. Den skal gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den pågældende overtrædelse [7]. Først i begyndelsen af denne anden fase underrettes den pågældende virksomhed via en meddelelse af klagepunkter om alle de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen har lagt til grund, og får ret til aktindsigt [8]. Som præciseret af Domstolen i dommen i sagen Dalmine mod Kommissionen er det først efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, at den berørte virksomhed *fuldt ud* kan gøre retten til kontradiktion gældende [9], og det er netop dels tilsendelsen af meddelelsen af klagepunkter, dels aktindsigten, som sikrer disse rettigheder og retten til en retfærdig

6 — Jf. i den forbindelse Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 64, og af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331, præmis 68.

7 — Jf. i den forbindelse Domstolens dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I-8375, præmis 181-183), og af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 38.

8 — Jf. i den forbindelse dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 315 og 316, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 66 og 67.

9 — Jf. dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Sml. I, s. 829, præmis 59.

rettergang [10]. I samme dom har Domstolen endvidere påpeget, at såfremt virksomhedens ret til kontradiktion også omfattede perioden forud for afsendelsen af meddelelsen af klagepunkter, »ville det svække effektiviteten af Kommissionens undersøgelse, fordi virksomheden allerede under den første fase i Kommissionens undersøgelse ville blive i stand til at fastslå, hvilke oplysninger Kommissionen allerede havde kendskab til, og dermed hvilke oplysninger der stadig kunne holdes skjult for den« [11].

15. I den foreliggende sag har appellanten foreholdt Retten, at den ikke anerkendte, at Kommissionen allerede i den indledende undersøgelsesfase var forpligtet til at underrette den om mistanken mod den. Den forpligtelse, som ifølge appellanten er tilsidesat, har altså en mere generel karakter for så vidt angår underretningen om enkelte bevismidler, der er indsamlet i forbindelse med den indledende undersøgelse, og har til formål at underrette om den formodede overtrædelse, der er genstand for undersøgelsen.

16. Domstolen har endnu ikke taget udtrykkeligt stilling til, om der foreligger en sådan forpligtelse. Domstolens praksis giver imidlertid et vist grundlag for en analyse. I dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen fastslog Domstolen, at Kommissionen i forbindelse med varetagelsen af sine funktioner »skal påse, at retten til kontradiktion ikke undergraves under procedurer, hvorved der foretages en indledende undersøgelse, herunder i form af kontrolundersøgelser, som kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar« [12]. Ifølge Domstolen følger det heraf, at mens nogle af de rettigheder, der er omfattet af kontradiktionsprincippet således kommer i anvendelse under de kontradiktoriske procedurer, der efterfølger en meddelelse af klagepunkter, skal andre, f.eks. retten til juridisk bistand og til at bevare den fortrolige karakter af en korrespondance mellem advokat og klient [13] og retten til at nægte at vidne imod sig selv [14], respekteres allerede fra det tidspunkt, hvor den indledende undersøgelse iværksættes. Med hensyn til princippet om overholdelse af en rimelig frist har Domstolen fastslået, at den udstrakte varighed af den indledende undersøgelse kan påvirke de berørte virksomheders fremtidige muligheder for forsvar og navnlig kan være til hinder for, at der fremføres beviser til gendrivelse af en adfærd, som efter sin art kan medføre, at de berørte virksomheder stilles til ansvar. Domstolen har ligeledes fastslået, at »af denne årsag skal undersøgelsen af en eventuel hindring for udøvelsen af retten til kontradiktion ikke være begrænset til selve den fase, hvorunder denne ret har fuld virkning, nemlig

10 — Ibidem, præmis 58.

11 — Ibidem, præmis 60. Denne antagelse skal imidlertid ses i lyset af det klagepunkt, som Dalmine har fremført, og hvori virksomheden klager over, at den før tilsendelsen af meddelelsen af klagepunkter ikke var blevet underrettet om, at Kommissionen var i besiddelse af nogle referater, der var blevet udarbejdet som led i de undersøgelser, som blev foretaget i forbindelse med en national straffesag, og stiller spørgsmålstegn ved, om disse referater kan admitteres som bevismateriale i den procedure, som Kommissionen har indledt, jf. præmis 54, 55 og 60. Et tilsvarende klagepunkt, der vedrører den manglende underretning i den fase, der ligger forud for klagepunktskrivelsen, om bevismateriale, der anvendes af Kommissionen i procedurens efterfølgende fase, blev forkastet af Domstolen i dom af 8.7.2008, sag T-99/04, AC-Treuhand mod Kommissionen, Sml. II, s. 1501, præmis 49.

12 — Dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Sml. s. 2859, præmis 15. Dette princip blev for nylig stadfæstet i dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 63.

13 — Anerkendt af Domstolen i dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S Europe mod Kommissionen, Sml. s. 1575.

14 — Jf. dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283.

den administrative procedures anden fase«, »men skal udstrække sig til hele denne procedure ved at henholde sig til dennes samlede varighed« [15].

17. I dommen i sagen AC-Treuhand mod Kommissionen, som appellanten har påberåbt sig, lagde Retten de ovenstående betragtninger til grund, som finder tilsvarende anvendelse på det foreliggende spørgsmål. Retten fremhævede særligt følgende: »Selv om den berørte virksomhed rent formelt ikke [var] »anklaget« under den indledende undersøgelsesfase, kan iværksættelsen af en undersøgelse af virksomheden, navnlig i form af vedtagelsen af en foranstaltning til med henblik på indsamling af bevismateriale vedrørende virksomheden, generelt og rent materielt ikke adskilles fra det forhold, at der foreligger en mistanke, og følgelig en indirekte anklage (…), hvilken mistanke ligger til grund for vedtagelsen af denne foranstaltning« [16]. Heraf følger, at Kommissionen ifølge Retten er forpligtet til at give den berørte virksomhed nogle oplysninger om genstanden for og omfanget af undersøgelsen allerede i den indledende undersøgelsesfase. Jeg deler denne konklusion. Bortset fra, at denne konklusion er en følge af den centrale rolle, som Domstolen har anerkendt, at retten til forsvar spiller i en procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner [17], er denne ret den logiske udvikling af det, som Domstolen allerede har fastslået med hensyn til nødvendigheden af at sikre overholdelsen af disse rettigheder allerede i den indledende undersøgelsesfase vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne.

18. Med hensyn til omfanget af denne forpligtelse fastslog Retten i samme dom, at Kommissionen »på det tidspunkt, hvor den første foranstaltning vedrørende virksomheden træffes, skal underrette den berørte virksomhed«, uden at sondre mellem begæringer om (uformelle) oplysninger (i henhold til artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 17/62, den nuværende artikel 18, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003) eller vedtagelse af en beslutning (i henhold til artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17/62, den nuværende artikel 18, stk. 1 og 3, i forordning nr. 1/2003) eller beslutninger om kontrolundersøgelser (i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17/62, den nuværende artikel 20 i forordning nr. 1/2003) [18]. Som Kommissionen korrekt har bemærket i sine skrivelser, blev det således i dommen i sagen AC-Treuhand mod

15 — Jf. dommen i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 49 og 50.

16 — Præmis 52.

17 — Jf. f.eks. dom af 3.9.2009, forenede sager C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 7191, præmis 34 samt 37 ff.

18 — Præmis 53-56. Min fremhævelse.

Kommissionen fastslået, at forpligtelsen til at underrette den berørte virksomhed (eller de juridiske personer, som denne består af) består fra det tidspunkt, hvor der vedtages en af de foreløbige foranstaltninger, der er fastsat i forordning nr. 1/2003 vedrørende virksomheden. Det er nemlig ved denne foranstaltning, at der for første gang rettes en — indirekte — anklage mod den pågældende virksomhed om, at der foreligger en tilsidesættelse, og at denne virksomhed, der endnu ikke har status som »tiltalt«, mærker konsekvenserne af en sådan anklage.

19. I modsætning til det af appellanten fremførte synes denne konklusion at være fuldstændig forenelig med bestemmelserne i EMRK's artikel 6. I henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis har begrebet »anklage for en forbrydelse« i den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1, selvstændig betydning [19]. For så vidt angår navnlig retsforhandlingernes varighed fremgår det endvidere af Menneskerettighedsdomstolens praksis, at garantierne i EMRK's artikel 6 finder anvendelse på det strafferetlige område fra det tidspunkt, hvor en person officielt er under »anklage« [20]. Dette begreb henviser til den officielle meddelelse fra den myndighed, der er kompetent i forbindelse med den strafferetlige overtrædelse [21]. I overensstemmelse med den grundlæggende rolle, som retten til en retfærdig rettergang spiller i et demokratisk samfund [22], har Menneskerettighedsdomstolen valgt en »materiel« og ikke en »formel« definition af begrebet »anklaget« [23]. Ud over den formelle oplysning undersøger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol også de faktiske omstændigheder vedrørende den procedure, det drejer sig om, og fastsætter det tidspunkt, fra og med hvilket garantien for en retfærdig rettergang finder anvendelse i overensstemmelse med myndighedernes vedtagelse af beslutninger, der kan få »betydelige konsekvenser for den mistænktes situation« [24], hvilket f.eks. kan være en ransagning [25].

20. I den foreliggende sag har Elf Aquitaine ikke været genstand for foranstaltninger med

19 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.2.1980, Deweer mod Belgien, serie A, nr. 35, præmis 42.

20 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.6.1968, Neumeister mod Østrig, serie A, nr. 8, præmis 18.

21 — Dommen i sagen Deweer mod Belgien, præmis 42 og 47, samt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 15.7.1982, Eckle mod Tyskland, serie A, nr. 51, s. 33, præmis 73, og af 21.5.2003, Janosevic mod Sverige, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, præmis 91, hvor udløbet af det tidsrum, der anvendes i forbindelse med beregningen af procedurens varighed, er det tidspunkt, hvor skattemyndighederne underretter den pågældende om skatteansættelsen med tillæg af den skat, der skal betales (jf. i denne forbindelse dom af 21.5.2003, Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mod Sverige, præmis 103).

22 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 9.10.1979, Airey mod Irland, serie A, nr. 32, præmis 24.

23 — Dommen i sagen Deweer mod Belgien, præmis 42.

24 — Jf. dommen i sagen Eckle mod Tyskland, præmis 73. I denne dom udelukkede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ved fastsættelsen af udløbet af tidsrummet med henblik på at fastslå retsforhandlingernes varighed, at udløbet af dette tidsrum på den ene side er sammenfaldende med indgivelsen af anmeldelsen, da denne anmeldelse, selv om den ville have givet anledning til den første indledende undersøgelse, som efterfølgende ville blive henlagt, ikke ville have bidraget til bevisoptagelsen, og på den anden side med den anden indledende undersøgelse, der blev indledt med afhøringen af adskillige vidner, der blev adspurgt om de beskyldninger, der var rettet mod hr. Eckle. Da Domstolen ikke kunne fastslå, hvornår parterne (ægteparret Eckle) officielt var blevet gjort bekendt med undersøgelsen og havde mærket konsekvenserne heraf, fastsatte Domstolen en dato, der lå (ca. et år) efter den første indledende undersøgelse.

25 — Jf. dommen i sagen Eckle mod Tyskland. I dommen i sagen Deewer mod Belgien afviste denne domstol derimod, at en inspektion af appellantens forretningslokaler indgik som led i en anklage i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1, da den blev foretaget som led i den almindelige kontrol for at sikre, at loven bliver overholdt.

henblik på indsamling af bevismidler i de tre år, der er forløbet fra den første anmodning om oplysninger, der blev tilsendt virksomhedens datterselskab, Elf Atochem, og til meddelelsen af klagepunkter [26]. De klagepunkter, der er blevet fremført over for appellanten, er således udelukkende blevet officielt formaliseret i meddelelsen herom. Som påpeget af Kommissionen på retsmødet kan det på den anden side sandsynligvis antages, at appellantens ansvar, der ikke er baseret på appellantens direkte deltagelse i kartellet, først blev taget op i en senere fase af den indledende undersøgelse på det tidspunkt, hvor Kommissionen for at kunne fremsende klagepunktsmeddelelsen burde have identificeret de enheder, som virksomhederne bestod af, og som efter Kommissionens mening havde deltaget i overtrædelsen [27]. Det er således først fra og med klagepunktsmeddelelsen, at det kan lægges til grund, at der er rejst en »anklage for en forbrydelse« mod appellanten i henhold til EMRK's artikel 6 — hvis det antages, at anklagerne om, at Fællesskabets konkurrenceregler er blevet overtrådt, skal defineres således (jf. ovenstående punkt 10) — og at garantierne i denne bestemmelse fandt anvendelse på appellanten.

21. Elf Aquitaine har i replikken og under retsmødet specifikt henvist til EMRK's artikel 6, stk. 3, litra a), hvorefter enhver anklaget har ret til »at blive underrettet snarest muligt, udførligt og på et sprog, som han forstår, om indholdet af og årsagen til den sigtelse, der er rejst mod ham«. Det fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, at de garantier, der er omhandlet i denne bestemmelse, udgør et særligt aspekt af retten til en retfærdig rettergang, der generelt er garanteret i artikel 6, stk. 1, og at disse garantier finder anvendelse fra det tidspunkt, hvor personen får status som »anklaget«, hvilket er et begreb, der i henhold til konventionen svarer til en henvisning til en materiel og ikke en ren formel situation [28]. Den retspraksis, som appellanten har henvist til i replikken, forekommer ikke at være relevant i den foreliggende sag. I dommen i sagen Salduz mod Tyrkiet blev det gjort gældende, at der forelå en overtrædelse af EMRK's artikel 6, stk. 3, litra c), som følge af, at sagsøgeren var blevet frataget retten til at benytte sig af advokatbistand i forbindelse med en anholdelse. Præmis 50 ff. og navnlig præmis 54 i denne dom, som appellanten særligt henviser til, vedrører situationen for en person, som er genstand for en forebyggende foranstaltning, og som således tydeligvis havde status som anklaget, og som blev afhørt af politiet uden

26 — Appellanten har i øvrigt hverken under den administrative procedure eller for Retten påberåbt sig denne omstændighed for eventuelt at gøre gældende, at forundersøgelsen var utilstrækkelig.

27 — Appellanten har gjort gældende, at den var det eneste moderselskab, der var involveret i overtrædelsen, som først blev underrettet i den fase, hvor klagepunktsmeddelelsen blev fremsendt, og har som eksempel henvist til Akzo Nobel NV. Sidstnævnte selskab var imidlertid, som appellanten har anført, genstand for foranstaltninger med henblik på bevisoptagelse i løbet af den indledende undersøgelse (i denne sag anmodning om oplysninger).

28 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.4.2006 i sagen Casse mod Luxembourg, præmis 29-33, 71 og 72. I denne dom fastslog Domstolen, at sagsøgeren skulle betragtes som »anklaget« i overensstemmelse med EMRK's artikel 6, stk. 3, litra a), fra det tidspunkt, hvor der blev afsagt kendelse om ransagning af hjemstedet for den bank, hvori han var ansat. Det var nemlig på dette tidspunkt, at de samlede og overensstemmende indicier utvetydigt viste, at han var »mistænkt«, jf. præmis 33.

tilstedeværelse af en advokat [29]. I dommen i sagen Dayanan mod Tyrkiet vedrørte en tilsvarende situation [30].

22. Med hensyn til det argument, som Elf Aquitaine har anvendt fra Best Practices, er det tilstrækkeligt at påpege, at det heri under henvisning til Rettens dom i sagen AC-Treuhand mod Kommissionen, er fastsat, at virksomhederne skal underrettes om genstanden for og formålet med den indledende undersøgelse, som de er omfattet af, »på tidspunktet, hvor der for første gang iværksættes undersøgelsesforanstaltninger over for denne« [31]. Under alle omstændigheder har Kommissionen i punkt 5 i Best Practices præciseret, at disse afspejler GD Konkurrences holdning (…) på tidspunktet for offentliggørelsen, og at de fra tidspunktet for offentliggørelsen finder anvendelse på igangværende og fremtidige tvister. I fodnote 10 præciseres det yderligere, at »for så vidt angår de igangværende tvister på tidspunktet for offentliggørelsen af Best Practices, finder sidstnævnte anvendelse på de igangværende faser i proceduren og ikke på de allerede afsluttede faser«. Heraf følger det, at Best Practices af tidsmæssige årsager under alle omstændigheder ikke finder anvendelse på den procedure, der gav anledning til vedtagelsen af beslutningen.

23. Elf Aquitaine har endelig påpeget, at det forhold, at selskabet ikke allerede i forbindelse med den indledende undersøgelse blev underrettet om mistanken mod det, har haft negativ indvirkning på selskabets udøvelse af retten til forsvar i procedurens efterfølgende kontradiktoriske del. Det er således absolut nødvendigt at følge Kommissionens eksempel og konstatere, at en sådan påstand under alle omstændigheder begrænses til en generel henvisning til, at et eventuelt bevis for, at datterselskabet handler uafhængigt på markedet, kan svækkes og ikke støttes af nogen bevismidler.

24. Sammenfattende bør det første af appellantens klagepunkter i det andet anbringende efter min opfattelse forkastes.

b) Det andet klagepunkt

25. Med dette klagepunkt har appellanten for det første hævdet, at Retten ved at godkende ansvarsformodningen, som gjorde det muligt for Kommissionen blot at konstatere, at Elf

29 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.11.2008. Jeg henviser til den fuldstændige affattelse af præmis 54 og 62 i denne dom, hvoraf kun nogle uddrag er anvendt i appellen.

30 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.10.2009, præmis 31 ff., som appellanten har påberåbt sig.

31 — Jf. punkt 14. De andre punkter i Best Practices, som appellanten henviser til, vedrører Kommissionens mulighed for at afholde uformelle møder med parterne i undersøgelsesfasen (punkt 38), de såkaldte »statusmøder« (punkt 54-60), trepartsmøder og møder med kommissæren eller generaldirektoratet (punkt 61-64), samt adgang til en ikke-fortrolig version af anklagen. Hvis man også ser bort fra bemærkningen om, at i det mindste bestemmelserne om statusmøderne i den gældende version af Best Practices ikke finder anvendelse på procedurer vedrørende kartelle (jf. punkt 60), fremgår det af de ovennævnte punkter, at Kommissionen så vidt muligt agter at gennemføre en åben og gennemsigtig undersøgelse, men ikke en undersøgelse, hvori den formelt forpligter sig til at gennemføre de forskellige initiativer, der er beskrevet heri, i alle undersøgelser.

Aquitaine var indehaver af næsten hele aktiekapitalen i selskabets datterselskab, og ved at undlade at iværksætte yderligere undersøgelsesforanstaltninger over for selskabet, undlod at leve op til kravet om en upartisk undersøgelse, hvorefter de kompetente myndigheder indsamler bevismidler, uanset om dette materiale er til fordel eller ulempe for de virksomheder, der mistænkes for at have begået en overtrædelse. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at påpege, at formålet med en formodning netop er at gøre det muligt for den, der er forpligtet til at bevise en faktisk omstændighed, at løfte sin bevisbyrde ved blot at fremlægge bevis for den forudsætning, der ligger til grund for formodningen (som i den foreliggende sag er moderselskabets besiddelse af hele eller næsten hele aktiekapitalen i datterselskabet). Hvis man hævder, at anvendelsen af en formodning er uforenelig med kravet om en upartisk undersøgelse, fordi denne metode indebærer, at den myndighed, som fører tilsyn med undersøgelsen, ikke behøver at søge yderligere beviser til den pågældendes fordel eller ulempe, betyder dette i princippet, at man nægtes muligheden for at anvende den. De af appellanten fremførte argumenter er således omfattet af selskabets femte appelanbringende, hvori appellanten har bestridt den formodning, som Kommissionen har givet udtryk for over for selskabet.

26. For det andet har appellanten gjort gældende, at Kommissionens undersøgelses upartiskhed lider under, at beføjelsen til at iværksætte undersøgelser, rejse anklager og træffe beslutninger er samlet hos denne institution, hvilket er uforeneligt med den strafferetlige karakter af de sanktioner, der blev pålagt for overtrædelse af konkurrencereglerne. Efter appellantens opfattelse skal ikrafttrædelsen af chartret, hvori kravet om en upartisk administrativ procedure fastsættes i artikel 41, medføre, at Domstolen ændrer sin praksis på området med henblik på at tage højde for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols standpunkt, som indebærer en øget beskyttelse. Appellanten har over for Kommissionen, som har indvendt, at dette argument er nyt og således ikke kan tages i betragtning, anført, at det blot drejer sig om en udvidelse af de anbringender, der blev fremsat i første instans.

27. For det første vil jeg i denne forbindelse påpege, at det ovennævnte argument indeholder et juridisk spørgsmål, som vedrører den tvist, der er forelagt Retten, og som ikke blev behandlet i den appellerede dom eller gjort til genstand for drøftelser mellem parterne i nogen af procedurens faser i første instans. Appellanten har hverken i appelskriftet eller i replikken eller i andre skriftlige bemærkninger, der er indgivet i løbet af denne procedure, rejst dette spørgsmål. Det fremgår heller ikke af protokollen fra retsmødet for Retten, at dette spørgsmål skulle være stillet i dette forum. Det bemærkes endvidere, at dette argument i sagen ikke knytter sig til nogen af præmisserne i den appellerede dom til forskel fra det klagepunkt, der blev behandlet i punkt 13-24 ovenfor, der, selv om det ikke blev fremført i første instans, er baseret på nogle forhold, der er fastslået af Retten, navnlig i den appellerede doms præmis 64, og således kan antages til realitetsbehandling. I modsætning til det af appellanten hævdede, mener jeg endelig ikke, at ovenstående argument kan betragtes som en udvidelse af de anbringender, der allerede blev drøftet i første instans, da dette ville indebære, at Domstolen fik forelagt et juridisk

spørgsmål, som adskiller sig fra de juridiske spørgsmål, der blev behandlet inden for rammerne af disse anbringender [32].

28. Det påhviler Domstolen i dens egenskab af kassationsret og inden for rammerne af dens kompetence i appelsager at kontrollere den måde, hvorpå Retten har udøvet sin domstolsprøvelse under hensyntagen til de anbringender og de argumenter, der er blevet prøvet af denne. Det påhviler derimod ikke Domstolen at foreholde Retten i Første Instans, at den ikke tog stilling til et anbringende, som parterne ikke har fremsat, medmindre Retten var forpligtet til at påkende spørgsmålet af egen drift. Det forekommer mig imidlertid ikke at være tilfældet i den foreliggende sag. Kommissionens formalitetsindsigelse skal således efter min opfattelse tages til følge.

29. Som følge heraf fremsættes følgende bemærkninger vedrørende prøvelsen af Elf Aquitaines argument således subsidiært, såfremt Domstolen imod mit forslag skulle finde, at dette anbringende kan antages til realitetsbehandling.

32 — Dette vedrører i det væsentlige en ulovlighedsindsigelse i henhold til forordning nr. 1/2003.

30. Som Kommissionen gentagne gange har påpeget i sine indlæg, fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols Store Afdeling i sin dom i sagen Jussila mod Finland det, der allerede delvis kunne udledes af nogle tidligere sager, nemlig at der i procedurer, som fører til, at der pålægges sanktioner, som kan betragtes som strafferetlige i den i EMRK's artikel 6 forudsatte betydning, kan sondres mellem procedurer (og sanktioner), der er omfattet af den såkaldte »hårde kerne« i strafferetten, og procedurer (og sanktioner), som derimod ligger uden for denne [33]. Efter at have påpeget, at godkendelsen af »anklage for en forbrydelse« som et selvstændigt begreb har medført, at det strafferetlige område i EMRK's artikel 6 gradvis er blevet udvidet til også at omfatte områder, som »formelt ikke er omfattet af strafferettens traditionelle kategorier«, som netop »økonomiske sanktioner, der er blevet pålagt for overtrædelse af konkurrenceretten« [34], fastslog Menneskerettighedsdomstolen i præmis 43 i denne dom, at de garantier, der er fastsat i denne artikel, inden for de pågældende områder »ikke

33 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 23.11.2006. Det spørgsmål, der var forelagt Menneskerettighedsdomstolen, var, om undladelsen af at afholde et retsmøde i en appelsag vedrørende en skatteforhøjelse, som de finske skattemyndigheder havde truffet beslutning om, var forenelig med EMRK's artikel 6.

34 — Den vejledende fortegnelse i ovennævnte præmis i dommen i sagen Jussila mod Finland omfattede desuden administrative forseelser, disciplinære sanktioner i henhold til strafferetten og bøder, som blev pålagt af skattedomstole. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udtalt sig til fordel for en strafferetlig karakter af de sanktioner, der blev pålagt af Frankrigs conseil de la concurrence for overtrædelse af de nationale regler til beskyttelse af konkurrencen i sagen Société Stenuit mod Frankrig, som blev slettet af Domstolens register ved dom af 27.2.1992. Der henvises til Slater, Thomas, Waelbroeck, Competition »Law Proceedings before the European Commission and the Right to a fair Trial: no Need to Reform?«, i *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, 04/08, s. 27, for et modstridende synspunkt vedrørende udvidelsen af indsigelsen i præmis 43 i dommen i sagen Jussila mod Finland i fællesskabsprocedurer vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne.

nødvendigvis skal finde anvendelse fuldt ud« [35]. Dette synspunkt var allerede fremherskende særlig i dommen i sagen Bendenoun mod Frankring og i sagen Janosevic mod Sverige [36], hvortil der udtrykkeligt henvises i ovennævnte præmis 43 i dommen i sagen Jussila mod Finland. I disse afgørelser fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at en kontraherende stat har ret til at give skattemyndighederne, som er et forvaltningsorgan, der ikke opfylder kravene i EMRK's artikel 6 [37], til opgave at forfølge og straffe de overtrædelser af skattelovgivningen, for hvilke der er vedtaget en skatteforhøjelse, som har karakter af en strafferetlig sanktion, under forudsætning af, at den skattepligtige kan indbringe den pågældende beslutning for en ret, som giver de garantier, der er fastslået i EMRK's artikel 6 [38], dvs. efter formuleringen i præmis 81 i dommen i sagen Janosevic mod Sverige, som er gengivet i flere efterfølgende domme, »et retsligt organ med fuld prøvelsesret [39], der især har kompetence til såvel faktisk som retsligt at ændre den appellerede beslutning«.

31. I overensstemmelse med det, der er præciseret i præmis 43 i dommen i sagen Jussila mod Finland, kan det princip, der er opstillet i dommen i sagen Bendenoun mod Frankrig og i sagen Janosevic mod Sverige, udvides til ligeledes at omfatte procedurerne for overtrædelse af konkurrencereglerne i henhold til forordning nr. 1/2003. Det forhold, at beføjelserne til at iværksætte undersøgelser, rejse anklager og træffe beslutninger er koncentreret hos Kommissionen inden for rammerne af disse procedurer, er således ikke i sig selv i strid med EMRK's artikel 6, forudsat at de virksomheder, som gøres til genstand herfor, imidlertid har ret til at indbringe Kommissionens beslutning for et organ, der opfylder kravene i denne artikel. Det skal derfor efterprøves, om den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med hensyn til Kommissionens beslutninger vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne, opfylder de betingelser, der er opstillet i præmis 81 i dommen i sagen Janosevic mod Sverige. Jeg vil ikke begive mig ud i en udtømmende analyse af spørgsmålet, men blot begrænse mig til at anføre de aspekter af denne kontrol, som på baggrund af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, kunne tænkes at være de mest problematiske.

35 — Samme begrundelse fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.3.2008 i sagen Hüseyin Turan mod Tyrkiet, præmis 32.

36 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24.2.1994, serie A, nr. 284, og dommen i sagen Janosevic mod Sverige.

37 — Jf. dommen i sagen Janosevic mod Sverige, præmis 81.

38 — Jf. dommen i sagen Bendenoun mod Frankrig, præmis 46, og i sagen Janosevic mod Sverige, præmis 81. I denne forbindelse henvises der ligeledes til dom af 23.10.1995, Umlauft mod Østrig, serie A, nr. 328-B, præmis 37-39. Dette synspunkt gengiver i det væsentlige det synspunkt, der allerede er fremført af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, om anvendelsen af EMRK's artikel 6 uden for det strafferetlige område (jf. f.eks. dom af 10.2.1983, Albert og Le Compte mod Belgien, serie A, nr. 58, præmis 29) og i sager om mindre strafferetlige overtrædelser (som dem, der vedrører færdselslovgivningen, jf. dom af 23.10.1984, Öztürk mod Tyskland, præmis 29).

39 — O.a.: Denne fodnote vedrører kun den italienske version.

32. For det første udøver Fællesskabets retsinstanser en almindelig kontrol af Kommissionens kartelbeslutningers lovlighed, som omfatter en så vidt mulig komplet analyse af alle de faktiske og retlige anbringender, som appellanten har fremsat, samt eventuelle ufravigelige bestemmelser, som retsinstanserne kan påkende af egen drift. Bortset fra på bødeområdet har Retten ingen beføjelse

til at ændre Kommissionens beslutninger, men kan blot annullere disse. I denne forbindelse bemærker jeg først og fremmest, at det er korrekt, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i den franske version af dommen i sagen Janosevic mod Sverige har anvendt udtrykket »pouvoir de réformer«, men at der i den engelske version er brugt det mere generiske verbum »to quash«, som snarere henviser til beføjelsen til at annullere appellerede retsakt. I samme dom fandt Domstolen desuden, at de forvaltningsdomstole, der i henhold til svensk lovgivning har kompetence til at påkende søgsmål til prøvelse af beslutninger, hvorved skattemyndighederne pålægger skatteforhøjelser, som har karakter af strafferetlige sanktioner, er domstole, som giver de garantier, der er foreskrevet i EMRK's artikel 6, selv om de »i tilfælde af uoverensstemmelse med skattemyndighedernes konklusioner« kun har beføjelse til at annullere den pågældende beslutning [40]. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udtalt sig på samme måde i flere tidligere sager [41].

33. Der er dog ikke tale om en fast retspraksis med hensyn til dette spørgsmål. Således blev det f.eks. i den ovennævnte dom i sagen Umlauft mod Østrig lagt til grund, at den østrigske forvaltningsdomstol ikke gav de garantier, som er fastsat i EMRK's artikel 6, og at denne domstol, som behandlede den appel, der var iværksat til prøvelse af en afgørelse, hvorved appellanten var blevet pålagt en økonomisk sanktion, som blev anset for at være en strafferetlig sanktion, for overtrædelse af færdselslovgivningen, udelukkende havde kompetence til at foretage en kontrol af lovligheden af denne afgørelse og i øvrigt var bundet af forvaltningsmyndighedernes faktuelle konstateringer. I dommen i sagen Tsfayo mod Det Forenede Kongerige anerkendte Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke, at Det Forenede Kongeriges High Court havde »fuld prøvelsesret«, da denne domstol, selv om den havde beføjelse til at ophæve den appellerede afgørelse, hvis den fandt, at de beviser, der var lagt til grund for denne, var utilstrækkelige, ikke havde kompetence til at foretage en fornyet vurdering af beviserne eller til at erstatte de anfægtede beslutninger med sine egne vurderinger af appellantens troværdighed [42]. I dommen i sagen Kyprianou mod Cypern fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at den manglende upartiskhed hos den ret i første instans, der havde idømt appellanten en frihedsstraf for den strafbare handling »contempt of court«, ikke blev afhjulpet af den øverste domstol i appelfasen, da sidstnævnte ikke havde foretaget en *fornyet prøvelse* af

40 — I dommens præmis 82 har Domstolen påpeget, at forvaltningsdomstolene »kan påkende ethvert aspekt af de spørgsmål, som er blevet dem forelagt. Undersøgelsen heraf er ikke begrænset til de retlige anbringender, men kan ligeledes omfatte de faktiske spørgsmål, som f.eks. bevisvurderingen (…)«.

41 — Jf. f.eks. dom af 31.8.2007, Bistrovic mod Kroatien, præmis 53, vedrørende de kroatiske »County Courts«, af 21.9.1993, Zumtobel mod Østrig, serie A, nr. 268-A, præmis 27-32, med henvisning til den kontrol, som i den pågældende sag blev udøvet af den østrigske forvaltningsdomstol, og af 25.10.1995, Bryan mod Det Forenede Kongerige, serie A, nr. 335-A, præmis 44-47. Disse tidligere sager vedrører imidlertid ikke det strafferetlige område.

42 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.11.2006, præmis 48.

sagen [43]. I dommen i sagen Silvester's Horeca Service mod Belgien fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol endelig, at det appellerende selskab ikke havde haft adgang til en »domstolsprøvelse« som omhandlet i EMRK's artikel 6, da appeldomstolen i Bruxelles, som af det appellerende selskab var blevet forelagt sagen om den administrative afgørelse, hvorved selskabet var blevet pålagt bøder for overtrædelse af momslovgivningen, ikke havde kompetence til at fritage den skattepligtige for lovlige forpligtelser med en begrundelse, der udelukkende vedrørte hensigtsmæssighed og billighed [44]. I denne forbindelse skal det dog bemærkes, at Fællesskabets retsinstanser i tvister om overtrædelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF har ubegrænsede beføjelser til ligeledes at prøve afgørelser om bøder i henhold til artikel 261 TEUF og artikel 31 i forordning nr. 1/2003, og som følge heraf har »beføjelse til ud over en simpel legalitetskontrol af sanktionen at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens« ved at ophæve, nedsætte eller forhøje den af Kommissionen pålagte bøde, når spørgsmålet om bødens størrelse forelægges dem til vurdering [45]. Denne beføjelse giver Fællesskabets retsinstanser ret til at omgøre den anfægtede retsakt, også i tilfælde af at retsakten ikke annulleres [46].

34. Et andet omtåleligt emne, som appellanten har påpeget, vedrører den begrænsede prøvelse — dvs. at Domstolen begrænser sin prøvelse til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, samt om der foreligger en klar vildfarelse eller magtfordrejning — som Fællesskabets retsinstanser i henhold til fast retspraksis [47] foretager vedrørende de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen har udarbejdet [48].

43 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27.1.2004. Domstolen har særlig fastslået, at »en tant qu'instance d'appel, celle-ci n'avait pas pleine juridiction pour examiner à nouveau l'affaire, mais pouvait seulement contrôler s'il y avait dans le jugement de première instance des erreurs manifestes de droit ou de fait. Elle n'a pas procédé à nouveau à un examen indépendant de l'accusation en matière pénale portée contre le requérant pour *contempt* devant la cour d'assises. En outre, la Cour suprême a estimé qu'elle ne pouvait pas intervenir dans le jugement de la cour d'assises en reconnaissant la marge d'appréciation de cette dernière quant à infliger une peine au requérant«. Domstolen har imidlertid også tilføjet, at »en réalité, la Cour suprême a refusé d'annuler la décision litigieuse au motif que la composition de la cour d'assises n'était pas de nature à garantir son impartialité, alors que elle avait le pouvoir de le faire«. Selv om Store Afdeling nåede samme konklusion i dommen af 15.12.2005 i samme sag, fokuserede den snarere på det forhold, at den øverste ret ikke under alle omstændigheder ikke havde ophævet afgørelsen fra den lavere instans, selv om den havde kompetence hertil.

44 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.3.2004, præmis 26 og 27.

45 — Dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 61 og 62. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 8.12.2005 i sag C-113/04 P, Technische Unie mod Kommissionen, der gav anledning til Domstolens dom af 21.9.2006, Sml. I-8831, præmis 132, samt generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 16.11.2006, der gav anledning til Domstolens dom i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, præmis 45 og 48.

46 — Dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 692. Med hensyn til dette spørgsmål henviser jeg til P. Mengozzi, »La compétence de pleine juridicition du juge communautaire«, i »*Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*«, 2007, s. 219.

47 — Jf. i denne forbindelse for så vidt angår EF-trakatatens artikel 85 dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 78.

48 — I denne forbindelse henledes opmærksomheden på, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol uden for det strafferetlige område tilsyneladende godkender muligheden for, at domstolsprøvelsen af forvaltningsafgørelser inden for visse områder kan begrænses til åbenlyse fejl, jf. dommen i sagen Bryan mod Det Forenede Kongerige, præmis 41 og 44-47. Navnlig i præmis 47 har Domstolen anført følgende: »Her kan man rimeligvis forvente en sådan fremgangsmåde af en appeldomstol inden for juridiske specialeområder som det i den foreliggende sag, og særlig når de faktiske omstændigheder tidligere er blevet fastslået i en sag, der er ført for et domstolslignende organ, som garanterer, at de mange krav i EMRK's artikel 6, stk. 1, bliver opfyldt«. Jf. også dommen i sagen Tsfayo mod Det Forenede Kongerige, præmis 46.

35. For det tredje og endelig gælder det, at den legalitetskontrol, som Fællesskabets retsinstanser — selv om de kan foretage en fornyet prøvelse af de beviser for og imod, som er indeholdt i de administrative sagsmapper — foretager inden for rammerne af et annullationssøgsmål foretages på grundlag af de faktiske og retlige omstændigheder, der gjaldt på det tidspunkt, hvor akten blev vedtaget [49]. Deres rolle består følgelig i at vurdere, om de beviser og andre oplysninger, som Kommissionen har anført i sin beslutning, er tilstrækkelige til at godtgøre den konstaterede overtrædelse [50]. Hvis retsinstanserne måtte finde, at bevismidlerne ikke er overbevisende, kan de kun annullere den pågældende beslutning på grundlag af utilstrækkelig sagsforberedelse.

36. På trods af de ovennævnte begrænsninger udelukker jeg ikke, at den domstolsprøvelse, der foretages af Kommissionens afgørelser, hvori der bliver pålagt bøder for overtrædelse af konkurrencereglerne, overordnet set opfylder kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1, i straffesager i overensstemmelse med den mere fleksible tilgang, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols Store Afdeling anlagde i dommen i sagen Janosevic mod Sverige.

37. I den foreliggende sag kan vi imidlertid fortsat lade spørgsmålet stå åbent. I henhold til Domstolens praksis er det nemlig tilladt at efterprøve overholdelsen af kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1, i de enkelte sager, også uafhængigt af det mere generelle spørgsmål om, hvorvidt den struktur, som den pågældende sag indgår i, er forenelig med denne bestemmelse [51]. Det fremgår af den appellerede dom, at Retten i forbindelse med behandlingen af samtlige de aspekter, der skulle prøves ved den, foretog en fuldstændig kontrol af, om

49 — I denne forbindelse henvises til dom af 17.6.1972, forenede sager 9/71 og 11/7, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA og Grands Moulins de Paris SA mod Kommissionen, Sml. s. 391. Navnlig skal de komplekse vurderinger, som Kommissionen udførte, udelukkende bedømmes på grundlag af de oplysninger, som den rådede over på det pågældende tidspunkt, jf. Domstolens dom af 5. oktober 2000, sag C-288/96, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s, 8237, præmis 34, og Rettens dom af 25.6.1998, forenede sager T-371/94 og T-394/94, British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 2405, præmis 81.

50 — Jf. Rettens dom af 8.7.2004, forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, JFE Engineering mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 174 og 175, og af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 891.

51 — Der henvises til dommen i sagen Zumtobel mod Østrig, præmis 31 ff., og i sagen Janosevic mod Sverige.

forudsætningerne for anvendelse af artikel 101 TEUF forelå. Omfanget af en sådan kontrol kan imidlertid ikke anses for at være begrænset af den årsag alene, at en induktiv begrundelse ligger til grund for det forhold, at appellanten pålægges et ansvar. Af samme dom fremgår det desuden, at Retten har undersøgt samtlige de oplysninger, som Elf Aquitaine har fremlagt med henblik på at dokumentere, at datterselskabet har handlet selvstændigt på markedet, og at den har afvist denne dokumentation som irrelevant eller utilstrækkelig på grundlag af yderligere begrundelser end dem, hvormed Kommissionens havde begrundet sin beslutning. Selv om appellanten i sine skriftlige og mundtlige bemærkninger generelt har givet udtryk for, at Fællesskabets retsinstansers prøvelse af Kommissionens afgørelser om overtrædelse af konkurrencereglerne vedrørende kravene i EMRK's artikel 6, er utilstrækkelig, har selskabet på den anden side imidlertid ikke fremført argumenter, der har til formål at godtgøre, at der er tale om en sådan mangel i det foreliggende tilfælde. Jeg mener således ikke, at argumentet om den manglende upartiskhed i den administrative procedure på grund af, at beføjelsen til at iværksætte undersøgelser, rejse anklager og træffe beslutninger er samlet hos Kommissionen, kan antages til realitetsbehandling, og jeg finder ligeledes, at argumentet er ugrundet i den foreliggende sag [52].

38. Herefter er det min opfattelse, at også det andet klagepunkt i det andet appelanbringende bør afvises.

52 — Jeg mener ikke, at den omstændighed alene, at Retten i den appellerede afgørelse afslog at nedsætte bøden under henvisning til, at appellanten ikke havde fremført argumenter eller fremlagt faktiske omstændigheder, der kunne begrunde udøvelsen af dens fulde prøvelsesret i bødesager, kan føre til nogen anden konklusion.

c) Konklusion vedrørende det andet appelanbringende

39. På baggrund af ovenstående analyse, mener jeg, at det andet appelanbringende dels bør afvises, dels bør forkastes som ugrundet.

3. Det tredje appelanbringende vedrørende fejl i omfanget af Kommissionens begrundelseskrav og begrundelsesmangel for så vidt angår den appellerede dom

40. Også dette appelanbringende består af to klagepunkter.

a) Det første klagepunkt

41. Med det første klagepunkt i sit tredje appelanbringende har appellanten for det første gjort gældende, at Retten støttede sig på en »fejlagtig opfattelse« af kravet om, at Kommissionen skal begrunde klagepunktsmeddelelsen, idet Retten lagde til grund, at denne forpligtelse er opfyldt, blot der henvises til principperne for moderselskabets tilregnelse af ansvar, og omfanget af moderselskabets andel af datterselskabets aktiekapital angives. Jeg skal i denne forbindelse fremhæve, at Retten i den appellerede doms præmis 58 ff., hvoraf den af Retten begåede fejl ifølge

appellanten fremgår, i virkeligheden besvarer det af appellanten hævdede i sit første appelanbringende, og hvormed appellanten påberåber sig en tilsidesættelse af sin ret til forsvar og ikke tilsidesættelse af begrundelseskravet, som derimod påberåbes i det andet appelanbringende. Jeg skal endvidere bemærke, at appellanten, selv om denne har bestridt, at »alle de væsentlige aspekter, som Kommissionen har lagt til grund for at inddrage Elf Aquitaine i sagen«, er indeholdt i klagepunktsmeddelelsen, imidlertid ikke har præciseret, hvilke oplysninger bortset fra dem, der er anført i den appellerede doms præmis 58 og 59 (redegørelse for reglerne for at moderselskabet ifalder ansvar for datterselskabets ulovlige adfærd, oplysning om indholdet af den formodning, som bygger på, at moderselskabet ejer hele datterselskabets aktiekapital samt angivelsen af, at appellanten næsten ejer hele Atofinas aktiekapital), der konkret burde være anført i klagepunktsmeddelelsen. Da appellanten agter at henvise til yderligere bevismidler til sin fordel ud over de bevismidler, der havde til formål at dokumentere, at de faktiske forudsætninger for den formodning, som Kommissionen har lagt til grund, er til stede, er appellantens argument sammenfaldende med de argumenter, der har til formål at bestride, at en sådan formodning kan anvendes i sagen, hvilket vil blive undersøgt i sin helhed inden for rammerne af det femte appelanbringende. Heraf følger, at appellanten ikke har bevist, at der foreligger en fejlagtig fortolkning af omfanget af kravet om begrundelse af klagepunktsmeddelelsen, hvilket den har foreholdt Retten. På denne baggrund kan det første klagepunkt i det tredje appelanbringende således efter min opfattelse ikke tages til følge.

42. For det andet har appellanten kritiseret Retten for at have baseret sig på en »fejlagtig opfattelse« af Kommissionens forpligtelse til at begrunde beslutningen. Appellantens argumenter vedrører nærmere bestemt den del af den appellerede dom, hvori Retten fandt den begrundelse tilstrækkelig, hvormed de oplysninger, som Elf Aquitaine havde anført for at dokumentere dets datterselskabs, Atofinas, selvstændige adfærd på markedet, blev afvist. Denne begrundelse, som Retten ifølge appellanten fejlagtigt betegnede som »kortfattet«, men som i realiteten slet ikke forelå, gjorde det ikke muligt for appellanten at efterprøve, om beslutningen var velbegrundet, og den hindrede Retten i at udøve sin legalitetskontrol.

43. Jeg skal i denne forbindelse påpege, at Retten i den appellerede doms præmis 79 henviste til den retspraksis, hvoraf det fremgår, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt skal angive de overvejelser, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Retten bemærkede endvidere, dels at begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der måtte anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen, dels at det ikke kræves, at begrundelsen angiver alle de forskellige faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke

blot skal efterprøves i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område [53]. I den sidste sætning i præmis 79 henviste Retten til sin egen retspraksis, hvoraf det fremgår, at det, når Kommissionen vedtager en beslutning som led i sin beslutningspraksis, påhviler den, såfremt den træffer en beslutning, der i betydeligt omfang afviger fra dens tidligere beslutninger, udførligt at gøre rede for sin begrundelse [54], og i præmis 80 udtalte den, at når en beslutning om anvendelse af artikel 81 EF er rettet mod flere adressater og rejser et spørgsmål om ansvaret for overtrædelsen, skal denne beslutning indeholde en tilstrækkelig begrundelse i forhold til hver adressat, herunder især for dem, der ifølge den pågældende beslutning skal bære følgerne af overtrædelsen. I præmis 84 ff. prøvede Retten Elf Aquitaines påstand om, at beslutningen ikke er tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår den del, hvori de argumenter, som selskabet har fremført for at afkræfte den formodning, som Kommissionen har lagt til grund, forkastes. Med henblik herpå efterprøvede Retten præmis 258-261 i beslutningen og bemærkede særligt, at Kommissionen havde forkastet disse argumenter, eftersom de blot udgør »påstande« (som ikke er underbygget af bevismidler), og at de dokumenter, der var tilvejebragt af Elf Aquitaine, blot giver »en generel oplysning om den forretningsmæssige ledelse af selskabet«. I præmis 89 konkluderede Retten, at »et sådant, om end kortfattet, svar på Elf Aquitaines argumenter gør det muligt at forstå årsagen til, at Kommissionen forkastede dem«, og at Kommissionen besvarede »de væsentligste punkter i Elf Aquitaines argumenter ved at gennemgå samtlige de bevismidler, som dette selskab har fremlagt«. En gennemgang af den appellerede doms præmis 84-90, hvis indhold der er blevet redegjort generelt for i det ovenstående, indebærer efter min opfattelse ikke, at man, som appellanten gør det, kan konkludere, at Retten har fejlfortolket Kommissionens begrundelsespligt ved at basere sig på en urigtig opfattelse af denne pligt. I øvrigt fremgår det af ovenstående passager i den appellerede dom samt af de relevante præmisser i beslutningen, at Kommissionen i modsætning til det af appellanten hævdede, redegjorde for årsagerne til, at appellantens argumenter ikke blev anset for at være tilstrækkelige til at afkræfte den pågældende formodning (da de består af påstande, der ikke er underbygget af beviser, og af irrelevante dokumenter). Med hensyn til dette spørgsmål kan det således ikke med føje gøres gældende, at der er tale om en fuldstændig mangel på begrundelse, selv om de samme begrundelser generelt er blevet anvendt til at afvise alle de argumenter og dokumenter, som appellanten har fremlagt for Kommissionen.

53 — Jf. især dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63 og den deri nævnte retspraksis, samt af 15.7.2004, sag C-501/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6717, præmis 73.

54 — Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, præmis 226.

44. Appellanten har desuden foreholdt Retten, at den anlagde en urigtig fortolkning af

intensiteten af den begrundelse for beslutningen, der var påkrævet i lyset af de særlige omstændigheder i den foreliggende sag. Denne begrundelse burde have været endnu mere præcis, da i) appellanten ikke var blevet underrettet om den procedure, der var iværksat i forhold til ham, inden selskabet modtog klagepunktsmeddelelsen, ii) Kommissionen havde fraveget sin hidtidige beslutningspraksis, og iii) beslutningen medførte, at der blev sat spørgsmålstegn ved forskellige af appellantens grundlæggende rettigheder, og at appellanten blev pålagt strafferetlige sanktioner. Appellanten har i øvrigt bemærket, at de europæiske institutioners begrundelsespligt i henhold til chartrets artikel 41, stk. 2, og på grundlag af den efterfølgende artikel 52, stk. 3, efter chartrets ikrafttræden skal fortolkes på grundlag af de strengere kriterier, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fastlagt ved fortolkningen af EMRK's artikel 6, stk. 3, litra a).

45. Ingen af de argumenter, som appellanten har fremført, kan efter min opfattelse tiltrædes. For det første er det vanskeligt at forstå, hvordan det forhold, at Elf Aquitaine først blev underrettet om anklagerne mod selskabet i klagepunktsmeddelelsen, påvirker intensiteten af forpligtelsen til at begrunde beslutningen, og appellanten har heller ikke foretaget en præcisering heraf. For det andet har Kommissionen uden i denne forbindelse at være blevet modsagt af appellanten påpeget, at de principper om moderselskabets ansvar, der har fundet anvendelse på Elf Aquitaine, herunder den formodning, der er baseret på, at selskabet ejer hele aktiekapitalen, er indgået som en integreret del i dens beslutningspraksis fra og med 2002-2003. Eftersom klagepunktsmeddelelsen blev tilsendt appellanten den 7. april 2004, og beslutningen blev vedtaget den 19. januar 2005, afviger denne beslutning ikke fra Kommissionens tidligere praksis. Endelig er det for så vidt angår det tredje punkt [jf. ovenstående punkt iii)] tilstrækkeligt at påpege, dels at appellantens argument forudsætter, at Retten lagde til grund, at de grundlæggende rettigheder, som appellanten har påberåbt sig, var blevet tilsidesat, hvilket den tværtimod udelukkede, dels at en mere detaljeret begrundelse for beslutningen under ingen omstændigheder havde gjort det muligt at begrunde en sådan tilsidesættelse, hvis det var blevet fastslået, at der forelå en sådan. Det forhold, at appellanten i kraft af beslutningen er blevet pålagt strafferetlige sanktioner, medfører i øvrigt ikke et krav om en mere uddybende begrundelse end den overordnede begrundelse, som alle fællesskabsinstitutionerne er forpligtede til at give i medfør af artikel 253 EF som fortolket af Fællesskabets retsinstanser, hvorefter begrundelsen skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt skal angive de overvejelser, som den institution, der har udstedt retsakten, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret [55].

55 — Jf. bl.a. dom af 2.10.2003, sag C-199/99 P, Corus UK, Sml. I, s. 11177, præmis 145, hvortil appellanten har henvist.

46. Med hensyn til det argument, som appellanten har fremført på grundlag af chartrets artikel 41, stk. 2, sammenholdt med artikel 52, stk. 3, må det nødvendigvis konstateres, at den af Elf Aquitaine påberåbte retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke er relevant, selv om det antages, at disse bestemmelser finder anvendelse ratione temporis på beslutningen [56], da der heri henvises til domstolsafgørelser. Med hensyn til for det første det krav, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har knæsat, om at afgørelser, der fraviger tidligere fast retspraksis, i væsentlig udstrækning begrunder en sådan ændring af retspraksis (»revirement«) [57], er det under alle omstændigheder tilstrækkeligt at påpege, at den appellerede dom følger i kølvandet på en retspraksis, der i 2000 blev indledt med dommen i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen [58], og som for nylig blev bekræftet i dommen i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen [59]. Med hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse i sagen Helle mod Finland, som appellanten også har påberåbt sig [60], vil jeg blot bemærke, at Retten, som det tydeligere vil fremgå ved prøvelsen af det foreliggende appelanbringendes andet klagepunkt, foretog en fuldstændig fornyet prøvelse af de af appellanten fremførte argumenter i den appellerede dom i forbindelse med den administrative procedure, og at Retten således ikke blot gentog Kommissionens konklusion uden at prøve de væsentlige spørgsmål, som den var blevet forelagt. For så vidt angår henvisningen til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, der indeholder kritik af den utilstrækkelige begrundelse af beslutninger, som ikke indeholder en præcisering af de væsentlige begreber, der ligger til grund herfor [61], har appellanten endelig ikke præciseret, hvilke begreber Retten i den foreliggende sag har lagt til grund uden at have præciseret deres betydning.

56 — Det bemærkes, at Domstolen i en nylig præjudiciel afgørelse lagde til grund, at chartret også fandt anvendelse med hensyn til faktiske omstændigheder, der havde fundet sted inden Lissabontraktatens ikrafttræden, jf. dom af 22.12.2010, sag C-279/09, DEB, Sml. I, s. 13849.

57 — Appellanten citerer i denne forbindelse Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.1.2010, Atanasovski mod Den Tidligere Jugoslaviske Republik Makedonien.

58 — Dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Sml. I, s. 9925.

59 — Dom af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Sml. I, s. 8237.

60 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 19.12.1997. Jeg påpeger endvidere, at denne dom ligeledes vedrører kravet om en grundlæggende undersøgelse af de væsentlige aspekter, der skal underkastes en domstolsprøvelse, ud over begrundelsespligtens rækkevidde. I præmis 60 i denne dom, som appellanten har citeret, har Domstolen udtrykt sig på følgende måde: »Eu égard à ces considérations, la Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure.«

61 — Elf Aquitaine henviser særlig til dom af 28.10.1987, H. mod Belgien, præmis 53, og af 25.4.1997, Georgiadis mod Grækenland, præmis 43.

47. Sammenfattende mener jeg, at det første klagepunkt i det tredje appelanbringende bør forkastes.

b) Det andet klagepunkt

48. Med sit andet klagepunkt har appellanten først og fremmest gjort gældende, at begrundelsen for den appellerede dom er modsætningsfyldt, uforståelig og utilstrækkelig. Appellanten har særlig henvist til Rettens udtalelse om, at Elf Aquitaine og datterselskabet udgør én enkelt virksomhed, mens Kommissionen tværtimod betragtede dem som selvstændige enheder, samt den gentagne forveksling i forskellige passager i den appellerede dom af begreberne virksomhed og selskab. Elf Aquitaine har anført, at der endvidere foreligger en modsigelse mellem den første og den anden sætning i den appellerede doms præmis 105.

49. I denne forbindelse skal jeg for det første påpege, som Kommissionen efter min opfattelse korrekt har gjort det, at konstateringen af, at to selskaber udgør en enkelt virksomhed, ikke er uforenelig med hverken fremsendelsen af forskellige klagepunktsmeddelelser til de sidstnævnte, hvilket var nødvendigt for at oplyse begge selskaber om de anklager, der var rejst mod dem, eller med pålæggelsen af særskilte bøder, hvis beløb skulle beregnes i forhold til det enkelte selskabs særlige forhold. I modsætning til det af appellanten anførte, foreligger der således ingen modsigelse mellem denne konstatering og det forhold, at Kommissionen i den administrative procedure med henblik på fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen og fastsættelsen af bøderne havde taget højde for det forhold, at Elf Aquitaine og Atofina udgjorde selvstændige juridiske personer. Argumentet om, at den angivelige forveksling mellem begreberne selskab og virksomhed, herunder især i den appellerede doms præmis 8, 17, 18, 107 og 123, medførte, at begrundelsen for dommen blev modsigende og uforståelig, anser jeg for det andet for at være ubegrundet. Præmis 8, 17 og 18 indgår som led i beskrivelsen af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten, og er blot en gentagelse af beslutningens indhold. Præmis 107 omfatter udelukkende en henvisning til Domstolens praksis. Endelig konkluderede Retten i præmis 123 under henvisning til tidligere retspraksis, at Kommissionen, når en koncern udgøres af en enkelt virksomhed, har ret til at pålægge det selskab, der er ansvarligt for koncernens drift, ansvaret for en overtrædelse, der er begået af denne virksomhed, og pålægge dette selskab en bøde. Uanset om ovennævnte præmisser betragtes hver for sig, eller om de betragtes samlet eller sågar som en del af Rettens samlede argumentation, fremgår det ikke heraf, at der foreligger nogen modsigelse, som gør begrundelsen for den appellerede dom utilstrækkelig eller uforståelig, som hævdet af appellanten. Hvad angår for det tredje den hævdede modsigelse i den appellerede doms præmis 105, er det således tilstrækkeligt at påpege, at Retten blot forklarede, at Kommissionen i sin beslutning

fordrer en skønsmæssig beføjelse i sager, der svarer til appellantens sag, men at denne imidlertid udelukkende udøves på det tidspunkt, hvor Kommissionen, efter at have påvist, at der foreligger forudsætninger for at pålægge hvert af de selskaber, der tilhører en koncern, et ansvar, foretager en vurdering af, om dette ansvar skal pålægges alle koncernens selskaber eller udelukkende dem, der har medvirket direkte i overtrædelsen. Der foreligger derfor ingen modsigelse mellem den første og den sidste sætning i denne præmis.

50. Desuden har appellanten foreholdt Retten, at dens argumentation har karakter af en cirkelslutning, som efter appellantens opfattelse tager udgangspunkt i påstanden om, at Elf Aquitaine og Atofina udgør en enkelt virksomhed, hvilket har til formål at udelukke relevansen af de elementer, som i hidtidig retspraksis derimod er blevet betragtet som tegn på, at der er tale om forskellige virksomheder (f.eks. at moderselskabet ikke er bekendt med overtrædelsen). Retten tog, som korrekt påpeget af Kommissionen, ikke udgangspunkt i nogen påstand, men anså det blot for at være i overensstemmelse med lovgivningen, at Kommissionen anvendte den forudsætning, som gjorde det muligt at pålægge Elf Aquitaine ansvaret for den overtrædelse, som virksomhedens datterselskab begik, selv om denne hverken blev begået på virksomhedens initiativ eller med dens direkte medvirken, og fastslog, at der forelå faktiske omstændigheder, som begrundede anvendelsen af en sådan formodning. Det er i denne forbindelse helt logisk, at Retten lagde til grund, at også Elf Aquitaines eventuelle manglende kendskab til overtrædelsen ikke var af en sådan karakter, at der kunne stilles spørgsmålstegn ved grundlaget for dette ansvar. Påstanden om, at Rettens argumentation har karakter af en cirkelslutning, er intet andet en konsekvensen af, at Retten godkendte, at ovennævnte forudsætning kan anvendes, og er på ingen måde et tegn på en manglende begrundelse.

51. Herefter finder jeg, at også det andet klagepunkt i det tredje appelanbringende bør forkastes.

c) Konklusion vedrørende det tredje appelanbringende

52. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen forkaster det tredje appelanbringende i sin helhed.

4. Det fjerde appelanbringende vedrørende overtrædelse af artikel 263 TEUF

53. Appellanten har gjort gældende, at Retten overskred grænserne for sin prøvelse af lovligheden ved at erstatte sin egen begrundelse med Kommissionens mangelfulde begrundelse, herunder især for så vidt angår Kommissionens afvisning af de indicier, som appellanten har fremlagt med henblik på at afkræfte den formodning, som gjorde det muligt at pålægge Elf Aquitaine ansvaret for den overtrædelse, som dets datterselskab har begået.

54. I denne forbindelse skal jeg først og fremmest bemærke, at appellantens argumenter bygger på forudsætningen om, at beslutningens begrundelse er mangelfuld, men denne mangel fremgår imidlertid ikke af prøvelsen af det første klagepunkt i det tredje appelanbringende (jf. punkt 42-46 ovenfor). Jeg påpeger endvidere, at Domstolen, efter at have anført, at Fællesskabets retsinstanser i forbindelse med prøvelsen af lovligheden i henhold til artikel 230 EF (den nuværende artikel 263 TEUF) ikke må erstatte sin egen begrundelse med den begrundelse, der er affattet af den anfægtede retsakts udstedende myndighed, imidlertid har præciseret følgende: »(…) [u]nder et annullationssøgsmål kan Retten ganske vist finde anledning til at fortolke den anfægtede retsakts begrundelse på en anden måde end den udstedende myndighed og under visse omstændigheder endog til at forkaste den begrundelse, der er angivet af den udstedende myndighed«, selv om dette ikke er muligt, »når intet faktisk forhold giver grundlag herfor« [62]. Rettens råderum er inden for rammerne af dens prøvelse af lovligheden således mere omfattende, end appellanten har hævdet. Desuden har Retten ved afvisningen i den appellerede doms præmis 160 ff. af de aspekter, som Elf Aquitaine har fremlagt med henblik på at dokumentere, at selskabets datterselskab handler selvstændigt på markedet, blot givet en begrundelse, der ganske vist er mere detaljeret end den, der er givet i beslutningen, men som dog er i overensstemmelse med denne. Det fremgår heraf, at Retten ikke på nogen måde har anført en anden begrundelse.

55. Herefter bør det fjerde appelanbringende, der vedrører tilsidesættelse af artikel 263 TEUF, efter min opfattelse forkastes.

5. Det femte anbringende vedrørende en tilsidesættelse af reglerne for ansvarspålæggelse

56. Inden prøvelsen af de klagepunkter, som er fremsat inden for rammerne af dette anbringende, skal jeg henlede opmærksomheden på, at Elf Aquitaine er blevet holdt ansvarligt for den overtrædelse, som dets datterselskab,

62 — Dom af 27.1.2000, sag C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 447, præmis 38 og 42.

Atofina, har begået, hvilket bygger på en induktiv begrundelse, som Kommissionen de senere år stadig oftere har anvendt i forbindelse med bekæmpelsen af karteller med deltagelse af selskaber, som ejes af store industrikoncerner. Denne begrundelse bygger i det væsentlige på den opfattelse, at eftersom det forhold, at moderselskabet ejer hele (eller som det er tilfældet i den foreliggende sag, næsten hele) datterselskabets aktiekapital, giver moderselskabet mulighed at få afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik [63], kan det med rette antages, at denne indflydelse faktisk er blevet gjort gældende, og at datterselskabet følgelig ikke selvstændigt har truffet beslutning om sin adfærd på markedet, medmindre det modsatte kan bevises. I dommen i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen fastslog Domstolen i lighed med Rettens tidligere afgørelse, at en sådan begrundelse lovligt kunne anvendes, idet den i denne sammenhæng præciserede, at det forhold, at det kontrollerende selskab ejede 100 % af aktiekapitalen i datterselskabet, ikke i sig selv godtgjorde, at det var ansvarligt, men at årsagen til denne ansvarspålæggelse var en kombination af denne faktiske omstændighed og manglen på elementer, der kunne bestride moderselskabets mulighed for at øve afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik, eller som kunne underbygge påstanden om datterselskabets selvstændighed på markedet [64]. På trods af denne præcisering blev der i dommen i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen åbnet for en fortolkning, hvorefter formodningen om en faktisk kontrol sammen med manglen på bevis på det modsatte ikke i sig selv var tilstrækkeligt til at pålægge moderselskabet ansvaret for den overtrædelse, som datterselskabet havde begået, men at dette skulle underbygges af yderligere elementer, som kunne styrke opfattelsen af, at de to selskaber havde ens hensigter (i denne sag henviste Domstolen særlig til det forhold, at moderselskabet i den administrative procedure fremstod som enerepræsentant for selskaberne i Stora-koncernen i forhold til Kommissionen) [65]. Som tidligere bemærket blev denne fortolkning afvist af Domstolen i ovennævnte dom i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen [66], som vil blive behandlet mere udførligt i det følgende. Anvendelsesområdet for den nævnte formodning er for nylig blevet udvidet til ligeledes at omfatte de tilfælde, hvor kontrollen udøves af et selskab, som selv er ejet 100 % [67].

57. Selv om Fællesskabets retsinstanser gentagne gange har fastslået, at det er lovligt at anvende den pågældende formodning [68], som for øvrigt bygger på en meget tidligere

63 — Jf. i denne forbindelse dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. s. 619, præmis 136-137.

64 — Præmis 28. Jf. også i denne forbindelse Rettens dom af 15.9.2005, sag T-325/01, DaimlerChrysler mod Kommissionen, Sml. II, s. 3319, præmis 218-220.

65 — Præmis 29. Generaladvokat Mischo udtalte sig herom i sit forslag til afgørelse i denne sag, Sml. I, s. 9928, præmis 17-62. Jf. også i denne forbindelse Rettens dom af 26.4.2007, forenede sager T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 og T-126/02, T-128/02 og T-129/02, T-132/02 og T-136/02, Bolloré mod Kommissionen, Sml. II, s. 947, præmis 132.

66 — Præmis 62.

67 — Jf. Rettens dom af 18.12.2008, sag T-85/06, General Química m.fl. mod Kommissionen, der blev stadfæstet efter appelbehandling ved dom af 20.1.2011, sag C-90/09 P, General Química m.fl. mod Kommissionen (Sml. I, s. 1).

68 — Ud over Domstolens dom i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen og i sagen General Química m.fl. mod Kommissionen samt Rettens dom i sagen General Química m.fl. mod Kommissionen henvises der ligeledes til Rettens dom af 12.12.2007, sag T-112/05, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5049.

afgørelse fra Domstolen [69], anlægger de selskaber, hvis ansvar anerkendes i kraft af denne formodning, stadig oftere sag til prøvelse af de beslutninger, hvori de bliver pålagt bøder for deres datterselskabers konkurrencebegrænsende adfærd, idet de med stort set enslydende begrundelser kritiserer Kommissionens ansvarspålæggelsesmetode [70]. I den foreliggende sag består det femte anbringende til støtte for Elf Aquitaines appel af fem klagepunkter.

a) Det første klagepunkt

58. Inden for rammerne af det første klagepunkt har appellanten for det første gjort gældende, at anvendelsen af formodningen indebærer en tilsidesættelse af reglerne om bevisbyrden og især af artikel 2 i forordning nr. 1/2003, hvori det er fastsat, at »[...] bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel[101], stk. 1, eller artikel [102] [påhviler] den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende«. Jeg mener ikke, at dette argument kan tiltrædes. Hvis man giver Kommissionen ret til at anvende et logisk deduktivt ræsonnement på grundlag af en sædvaneregel (et udtryk for »id quod plerumque accidit«) — hvis egentlige berettigelse med hensyn til rigtigheden og sandsynligheden for den logiske sekvens appellanten ikke har kritiseret — udgør dette ikke en ændring af reglerne om bevisbyrdens fordeling, men medfører under særlige omstændigheder, at der kan anvendes et særligt bevismiddel [71].

59. Appellanten har for det andet gjort gældende, at den strafferetlige karakter af de sanktioner, som blev pålagt for overtrædelse af artikel 101 TEUF, samt koncentrationen af beføjelser hos Kommissionen burde have medført, at Retten erklærede anvendelsen af formodningen vedrørende Elf Aquitaine for ugyldig, da den er i strid med den uskyldsformodning, som er knæsat i EMRK's artikel 6, stk. 2.

60. I denne forbindelse bemærkes først og fremmest, at EMRK ikke indebærer et forbud mod at anvende formodninger om faktiske eller retlige omstændigheder på det strafferetlige område, men at det imidlertid heri kræves, at disse formodninger anvendes inden for »rimelige grænser«, hvori der tages højde for de interesser, der er i spil, og for nødvendigheden af at opretholde retten til forsvar [72]. Det fremgår af Den Europæiske

69 — Jf. dom af 25.10.1983, sag C-107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 50.

70 — Jf. f.eks. den verserende sag for Retten, T-185/06, Air Liquide mod Kommissionen.

71 — Eftersom den af appellanten hævdede tilsidesættelse snarere synes at være forbundet med formodningsreglens karakter af indicium end med sandsynligheden af den indvirkning, hvorpå formodningen om, at der er udøvet betydelig indflydelse på Elf Aquitaine, støttes, ville det for øvrigt ikke være tilstrækkeligt til at imødegå denne tilsidesættelse, at Kommissionen som foreslået af appellanten pålægges at »bestyrke« formodningen ved fremlæggelse af yderligere indicier for, at en sådan indflydelse har fundet sted, eftersom dette ikke ville ændre den karakter af formodning, som moderselskabets ansvar hviler på under omstændigheder som dem, der foreligger i denne sag.

72 — Jf. især Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 7.10.1988, Salabiaku mod Frankrig, præmis 28. Denne retspraksis gentages af Domstolen i dom af 23.12.2009, sag C-45/08, Spector Photo Group og Van Raemdonck, Sml. I, s. 12073, præmis 43.

Menneskerettighedsdomstols praksis, at disse begrænsninger i princippet anses for at være overholdt, såfremt den, som formodningen vedrører, får mulighed for at fremlægge beviser for det modsatte, og dette gælder ligeledes inden for det område, som Domstolen definerer som den »hårde kerne« i strafferetten. Således har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol f.eks. i dommen i sagen Pham Hoang mod Frankrig fundet, at ansvarsformodningen sammenholdt med besiddelsen af narkotika i medfør af den franske toldlovgivning er forenelig med princippet om uskyldsformodning og mere generelt med reglerne om en retfærdig rettergang, idet det imidlertid anerkendes, at den anklagede skal have mulighed for at dokumentere, at han har handlet i henhold til nødretsprincippet eller som følge af en uundgåelig vildfarelse [73]. På samme måde fandtes ansvarsformodningen sammenholdt med den anklagedes ledende stilling ikke at være i strid med princippet om uskyldsformodning i dommen i sagen Radio France m.fl. mod Frankrig [74], eller formodningen om, at de formuegoder, som en person, der var blevet dømt efter Det Forenede Kongeriges lov om euforiserende stoffer, havde erhvervet i de seks år, der lå forud for den strafbare handling, hidrører fra narkotikahandel og således kan konfiskeres [75]: I begge sager drejede det sig faktisk om formodninger, som kunne afkræftes, hvis der blev fremlagt beviser for det modsatte. Efter at have præciseret, at anvendelsen af formodninger i strafferetten skal stå i rimeligt forhold til de tilstræbte mål, fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i den ovennævnte dom i sagen Janosevic mod Sverige mere generelt, at en formodning, der er vanskelig at afkræfte, men mod hvilken det dog er muligt at fremlægge beviser for det modsatte, ligger inden for det, der er rimeligt [76].

61. På denne baggrund bemærkes, at Domstolen og Retten gentagne gange har fastslået, at formodningen om, at moderselskabet faktisk øver afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik, er en »enkel« formodning, som kan modbevises [77]. Appellanten mener imidlertid ikke, at det *i praksis* er muligt at afkræfte denne formodning. Til støtte for denne opfattelse har selskabet anført tre aspekter: i) Det forhold, at andelen af datterselskabets aktiekapital er tilstrækkelig til at fastslå, at formodningen skal anvendes, ii) Rettens påstand i den appellerede doms præmis 105, om at Kommissionen opretholder en skønsmæssig beføjelse til at pålægge moderselskabet ansvaret for overtrædelsen, også selv om andelen af datterselskabets aktiekapital udgør 98 % eller mere, og iii) Rettens bedømmelse af de oplysninger, som appellanten har fremlagt.

73 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.9.1992, præmis 34. Jf. ligeledes den tidligere nævnte dom i sagen Salabiaku mod Frankrig.

74 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 30.3.2004, præmis 24.

75 — Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 12.12.2001, Phillips mod Det Forenede Kongerige, præmis 43, og af 23.12.2008, Grayson og Barnham mod Det Forenede Kongerige, præmis 46-49. I begge sager fandt den pågældende formodning imidlertid ikke anvendelse for at gøre det muligt at sigte den pågældende, men udelukkende for at kunne fastslå indholdet i konfiskationskendelsen.

76 — Præmis 101-105.

77 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 10.9.2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 60.

62. Med hensyn til det første af disse elementer er det korrekt, at besiddelse af hele eller næsten hele aktiekapitalen er blevet anset for tilstrækkelig til at anvende den pågældende formodning, men denne formodning vedrører imidlertid den faktiske udøvelse af den kontrolbeføjelse, som denne aktieandel giver, på en sådan måde, at datterselskabets adfærd på markedet bliver påvirket. Det moderselskab, der er inddraget i denne sag i medfør af denne formodning, har således mulighed for at anfægte anvendelsen heraf ved f.eks. at bevise, at juridiske eller faktiske forhold er til hinder for, at andelen, trods dens størrelse, muliggør en faktisk kontrol over datterselskabets handelspolitik, eller at denne kontrol, på trods af at den er mulig, ikke er blevet konkret udøvet, eller også at datterselskabet, trods moderselskabets forsøg på at øve indflydelse på dets adfærd på markedet, dog har handlet selvstændigt (og, hypotetisk, har handlet i strid med moderselskabets instrukser [78]). Som Kommissionen med rette konstaterede, indebærer det forhold, at det er vanskeligt at frembringe de nødvendige beviser for at afkræfte en formodning, ikke i sig selv, at denne formodning faktisk ikke kan modbevises. Som fastslået af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (jf. ovenfor, punkt 56), kan en formodning, selv om den er vanskelig at afkræfte, i øvrigt godtages inden for visse grænser, så længe det er muligt at modbevise den.

63. For så vidt angår det andet aspekt, som appellanten har gjort gældende til støtte for sin opfattelse af, at den pågældende formodning faktisk ikke kan modbevises, bemærkes, at det forhold, at Kommissionen opretholder en skønsmæssig beføjelse ved afgørelsen af, om ansvaret for overtrædelsen også skal pålægges moderselskabet, som ejer hele eller næsten hele datterselskabets aktiekapital, ikke påvirker denne formodnings relative karakter, for så vidt som det ikke er blevet bestridt, at denne ikke kan anvendes, hvis det bliver bevist, at moderselskabet ikke har øvet afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik. I lighed med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal jeg i øvrigt blot påpege, at det forhold, at en formodning ikke fungerer automatisk, i princippet bidrager til, at anvendelsen heraf holdes inden for rimelighedens grænser [79].

64. Vedrørende Rettens bedømmelse af bevismidlerne gør appellanten endelig gældende, at Retten i det væsentlige kræver et negativt bevis på, at der ikke skulle være tale om indblanding i datterselskabets adfærd på markedet, hvilket er en form for probatio diabolica, dvs. et umuligt bevis, der ikke er foreneligt med retten til rettergang og til en

78 — Jf. i denne forbindelse Rettens dom af 12.12.2007 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 62.

79 — Jf. i denne forbindelse Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Phillips mod Det Forenede Kongerige, præmis 43, hvori det påpeges, at Domstolen havde skønsmæssig beføjelse til at anvende formodningen, hvilket gav den mulighed for at udelukke anvendelsen heraf, hvis dette ville medføre en alvorlig risiko for en uretfærdig behandling.

effektiv domstolsprøvelse. Det bemærkes i denne forbindelse, at det som følge af formodningens art, der ved hjælp af en logisk og deduktiv analyse gør det muligt ud fra en kendt faktisk omstændighed at uddrage bevis for en ukendt faktisk omstændighed, forekommer at være logisk, at den, som formodningen vedrører, i princippet skal fremlægge negative beviser for den faktiske omstændighed, der er blevet lagt til grund udelukkende på basis af formodninger. Den ene omstændighed, at der kræves et sådant bevis, medfører ikke, at man, som appellanten, kan konkludere, at formodningen ikke kan modbevises, og dette gælder især i de tilfælde, hvor dette bevis, som i den foreliggende sag, skal søges hos den, som formodningen vedrører. I lyset af såvel Domstolens [80] som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis [81] synes denne omstændighed ikke i sig selv at være i strid med princippet om uskyldsformodning.

65. I replikken har appellanten til støtte for sine påstande henvist til den nylige afgørelse i sagen Spector Photo Group og Van Raemdonck [82]. I denne dom fandt Domstolen, at princippet om uskyldsformodning ikke må anses for at være til hinder for den i artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/6/EF [83] omhandlede antagelse om, at der af denne overtrædelses materielle gerningsindhold implicit kan udledes en hensigt hos gerningsmanden bag insiderhandel, »eftersom denne formodning kan afkræftes og ikke strider mod forsvarsrettighederne« [84]. Denne udtalelse er i overensstemmelse med den foretagne bedømmelse og giver ikke grundlag for argumenter til støtte for appellantens opfattelse.

66. Ifølge appellanten præciserede Domstolen i præmis 55 ff. i den pågældende dom imidlertid grænserne for anvendelse af formodningerne i økonomisk ret, idet den udelukkede en automatisk anvendelse heraf og påpegede, at det var nødvendigt, at den kompetente myndighed foretog en tilbundsgående undersøgelse af de faktiske omstændigheder — en undersøgelse, som Retten ikke foretog i sagen mod Elf Aquitaine. Efter min opfattelse fastlægger appellanten et generelt anvendelsesområde for de nævnte præmisser i sagen Spector Photo Group og Van Raemdonck, som disse præmisser ikke har. Endvidere fortolkede Domstolen i disse præmisser, i modsætning til appellantens fortolkning heraf, blot begrebet »anvendelse af intern viden« i henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 2003/6 på baggrund af direktivets formål, hvorefter de kompetente myndigheder forpligtes til at efterprøve, om denne anvendelse faktisk

80 — Jf. dom af 16.7.2009, sag C-344/08, Rubach, Sml. I, s. 7033, præmis 31-33.

81 — Jf. f.eks. dommen i sagen Phillips mod Det Forenede Kongerige, præmis 43, og i sagen Grayson og Barnham mod Det Forenede Kongerige, præmis 49.

82 — Nævnt i fodnote 72.

83 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 28.1.2003 om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrug) (EUT L 96, s. 16).

84 — Præmis 44.

udgør en urimelig anvendelse, som dette direktiv har til formål at forbyde med henblik på at sikre finansmarkedernes integritet og investorernes tillid til disse [85]: Hvis en sådan urimelig anvendelse ikke kan fastslås, da den reelle anvendelse af insideroplysningerne ikke strider mod direktivets formål [86], foreligger insiderhandlens materielle gerningsindhold ikke, og *følgelig* kan der ikke dannes en formodning om denne overtrædelses psykologiske element. Med andre ord vedrører de kompetente myndigheders forpligtelse til at foretage en tilbundsgående undersøgelse af forholdets faktiske omstændigheder ikke formålet med formodningen, dvs. hensigten, men udelukkende overtrædelsens materielle elementer, hvoraf hensigten kan konkluderes. Dommen i sagen Spector Photo Group og Van Raemdonck understøtter således ikke på nogen måde appellantens opfattelse af, at den formodning, som Kommissionen lagde til grund for at pålægge appellanten ansvaret for den overtrædelse, som appellantens datterselskab begik, burde være blevet bestyrket af yderligere bevismidler. Som Kommissionen korrekt har fremhævet, har Retten under alle omstændigheder faktisk prøvet alle de oplysninger, som appellanten har fremlagt med henblik på at modbevise den formodning, som finder anvendelse på selskabet.

67. I øvrigt fremdrages nogle af de argumenter, der allerede er drøftet inden for rammerne af det tredje appelanbringende, igen i de argumenter, som appellanten har fremført i forbindelse med det klagepunkt, der behandles her. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bemærke, at Retten i modsætning til det, appellanten synes at hævde, ikke fastlagde nogen »standardbevisførelse« i de tilfælde, hvor den fandt, at de af appellanten fremlagte bevismidler var irrelevante eller utilstrækkelige, men blot har holdt sig til en prøvelse af disse elementer isoleret og samlet set (præmis 160-173 i den appellerede dom). En mere vidtgående analyse ville indebære en risiko for, at der blev sat spørgsmålstegn ved den bedømmelse, som Retten i Første Instans foretog af beviserne, uden at appellanten havde fremlagt nogen oplysninger, som kunne underbygge, at beviserne var blevet fordrejet.

b) Det andet klagepunkt

68. Med det andet klagepunkt i det femte appelanbringende har appellanten gjort gældende, at det er strid med princippet om den juridiske persons selvstændighed, som er grundlaget for medlemsstaternes selskabsret, at Retten under tilsidesættelse af subsidiaritetsprincippet begrundede, at den formodning, som Kommissionen har lagt til grund, kan anvendes. Dette indebærer, at den juridiske person fratages retten til forsvar, retten til uskyldsformodning og retten til overholdelse af princippet om straffens personlige karakter.

69. Jeg skal i denne forbindelse bemærke, at den formodning, som ligger til grund for, at appellanten blev anset for at være ansvarlig

85 — Jf. præmis 55.
86 — Jf. præmis 61.

for den overtrædelse, som blev begået af dens datterselskab, Atofina, i modsætning til det af appellanten anførte ikke i sig selv udgør en tilsidesættelse af princippet om den juridiske persons selvstændighed i en koncern, hvilket er anerkendt i fransk ret. Som det fremgår af det ovenstående, er genstanden for denne formodning faktisk moderselskabets afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik, som er gjort mulig i kraft af, at moderselskabet tegner sig for hele eller næsten hele datterselskabets aktiekapital, hvilket giver anledning til at antage, at moderselskabet faktisk har gjort denne indflydelse gældende, medmindre det modsatte kan bevises. Det er således ikke den pågældende formodning i sig selv, der påvirker princippet om de juridiske personers selvstændighed, men snarere det forhold, at moderselskabet og datterselskabet, hvis en sådan indflydelse fastslås, uanset om dette sker på grundlag af en formodning eller ej, udgør en økonomisk enhed og således en enkelt virksomhed for så vidt angår anvendelsen af traktatens konkurrenceregler. Denne konstruktion, som længe er blevet lagt til grund i Fællesskabets retsinstansers retspraksis [87], har som bekendt gjort det muligt at udvide begrebet virksomhed, som ligger til grund for disse bestemmelser, til også at omfatte dem, der ikke deltager direkte på markedet, og pålægge dem bøder, på trods af at de ikke personligt har deltaget i overtrædelsen. På denne baggrund synes ej heller denne konstruktion at være uforenelig med det princip, som appellanten har påberåbt sig.

70. Først og fremmest forholder det sig sådan, at for så vidt angår anvendelsen af konkurrencereglerne, indebærer konklusionen om, at moderselskabet øver en afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik på en sådan måde, at datterselskabets adfærd på markedet ikke kan anses for at være selvstændig, uanset om denne konklusion udelukkende udledes af økonomiske bånd mellem de to selskaber, eller om den understøttes af de konkrete bevismidler, ikke, at der sættes spørgsmålstegn ved disse selskabers juridiske selvstændighed, idet de, som det ses, anses for at være forskellige selskaber, for så vidt angår både udøvelsen af deres ret til forsvar (fremsendelse af klagepunktsmeddelelsen, mulighed for at indgive bemærkninger, høring, ret til rettergang) med henblik på fastsættelsen af bøden. I modsætning til appellantens opfattelse udgør moderselskabets ansvar for datterselskabets adfærd i denne henseende ikke et tilfælde af objektivt ansvar for andres handlinger, men bygger på moderselskabets formodede eller beviste indblanding i fastlæggelsen af retningslinjerne for datterselskabets handelspolitik og for datterselskabets adfærd på markedet [88]. For det andet er princippet om de juridiske personers selvstændighed i forbindelse med en koncern ikke ufravigeligt, end ikke i fransk ret, idet det i visse situationer, f.eks. i tilfælde af sammenblanding af formuegoder, og inden for specifikke sektorer, herunder især skatteret

87 — Jf. f.eks. ovennævnte retspraksis i præmis 58 og 59 i Domstolens dom af 10.9.2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 59.

88 — Jf. i denne forbindelse Domstolens dom af 10.9.2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 59, præmis 77.

og regnskabsret, er blevet fastslået, at dette princip kan forenes med opfattelsen af koncernens økonomiske enhed [89].

71. Med dette klagepunkt gør Elf Aquitaine desuden gældende, at Retten ved at fastslå, at Kommissionen ikke var forpligtet til at fremlægge konkrete indicier for, at Atofina ikke handlede selvstændigt på markedet, gik imod en fast retspraksis, hvori der som minimum kræves en forbindelse mellem formodningen og genstanden for aftalen eller det relevante marked. I denne forbindelse henviser jeg blot til det, jeg har anført ovenfor i punkt 52 om Domstolens dom af 10. september 2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen og Domstolens fortolkning af tidligere retspraksis.

72. Sammenfattende mener jeg, at det andet klagepunkt i det femte appelanbringende bør forkastes som ugrundet.

c) Det tredje klagepunkt

73. Ifølge appellanten har Retten tildelt Kommissionen en skønsmæssig beføjelse med hensyn til at pålægge moderselskabet ansvaret for overtrædelser begået af datterselskabet. En sådan skønsmæssig beføjelse udgør en krænkelse af princippet om lovmæssighed og af retssikkerhedsprincippet. Kommissionens praksis på området er ifølge appellanten inkonsekvent, og denne inkonsekvens skyldes særlig det forhold, at appellanten er blevet holdt ansvarlig for sit datterselskab Atofinas adfærd i den foreliggende sag og ikke i en tidligere overtrædelsesprocedure.

74. Det fremgår navnlig af præmis 105 i den appellerede dom, at Retten udelukkede, at den skønsmæssige beføjelse, som Kommissionen har påberåbt sig i præmis 260 i beslutningen, vedrørte det forhold, at et selskab pålægges ansvaret for overtrædelser, som et andet selskab har begået. Retten påpegede i denne forbindelse, at Kommissionen under retsmødet og i sine skriftlige bemærkninger havde præciseret, at denne skønsmæssige beføjelse udelukkende vedrører beslutningen om at pålægge eller ikke pålægge alle selskaberne i en koncern sanktioner, når det er fastslået, at betingelserne for at pålægge hvert af disse selskaber ansvaret er opfyldt. Det foreliggende klagepunkt er således ikke underbygget og må følgelig forkastes.

d) Det fjerde klagepunkt

75. Med det fjerde klagepunkt i det femte appelanbringende har appellanten afslutningsvis gjort gældende, at der foreligger en

89 — Vedrørende afgrænsningen af dette princip henvises der bl.a. til generaladvokat Warners forslag til afgørelse af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223.

tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Klagepunktet vedrører præmis 175 i den appellerede dom, hvori Retten godkendte Kommissionens forskel i behandlingen af appellanten — for at pålægge denne ansvaret blev det økonomiske bånd mellem appellanten og Atofina anset for at være tilstrækkeligt — og de øvrige moderselskaber, der deltog i aftalen, herunder især Akzo Nobel-koncernen og Clariant, for hvem det gjaldt, at Kommissionen derimod havde tilvejebragt yderligere indicier for, at de respektive datterselskaber ikke handlede selvstændigt. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at den for så vidt angår disse selskaber var i besiddelse af de ovennævnte indicier og derfor nævnte dem for fuldstændighedens skyld i beslutningen. Jeg er enig med Kommissionen i, at dette forhold alene ikke giver anledning til at konkludere, at der foreligger en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det er derfor min opfattelse, at også det fjerde klagepunkt i det femte appelanbringende skal forkastes.

e) Konklusion vedrørende det femte appelanbringende

76. Herefter finder jeg, at det femte appelanbringende bør forkastes i sin helhed.

6. Det sjette appelanbringende

77. Appellanten har som sit sjette appelanbringende subsidiært gjort gældende, at de retlige fejl og tilsidesættelser af EU-rettens bestemmelser, som den appellerede dom er behæftet med, som minimum skal resultere i en annullation eller en nedsættelse af bøden. Da jeg på grundlag af de ovenstående analyser har konkluderet, at alle de af appellanten fremførte klagepunkter er grundløse, finder jeg, at dette anbringende under alle omstændigheder skal forkastes, også selv om jeg ser bort fra den uklare formulering af anbringendet, som Kommissionen har påpeget. I replikken har appellanten inden for rammerne af dette anbringende endvidere påberåbt sig en tilsidesættelse af princippet om straffens proportionalitet. Bortset fra, at der hersker tvivl om, hvorvidt dette klagepunkt kan antages til realitetsbehandling, hvilket navnlig skyldes, at det blev fremført for sent [90], finder jeg, at de af appellanten fremførte elementer, herunder

90 — Lissabontraktaten, som appellanten har lagt til grund for dette klagepunkt, trådte i kraft inden indleveringen af appelskriftet, om end kun kort tid forinden. Jeg påpeger desuden, at appellanten ikke påberåbte sig anbringender eller argumenter vedrørende en påstået tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet i første instans. Som Kommissionen korrekt har fremhævet, har Retten og Domstolen også inden Lissabontraktatens ikrafttræden imidlertid efterprøvet, at dette princip blev overholdt for så vidt angår bøder. Det er således tvivlsomt, om dette klagepunkt kan antages til realitetsbehandling, hvilket ligeledes er begrundet i, at anbringendet blev fremført for første gang i appelskriftet (jf. den seneste dom af 17.6.2010, sag C-413/08 P, Lafarge mod Kommissionen, Sml. I, s. 5361, præmis 52).

især det forhold at appellanten ikke deltog i overtrædelsen, at den ikke havde kendskab til den, og at den ikke havde kunnet drage nogen fordel af denne, idet den ikke opererede direkte på det pågældende marked, blot er generelle påstande — der endnu en gang har til formål at sætte spørgsmålstegn ved lovligheden af de oplysninger, som er lagt til grund for at pålægge appellanten ansvaret — men som ikke for alvor gør det muligt at bestride proportionaliteten i de af Kommissionen pålagte bøder.

78. For så vidt som appellanten med dette klagepunkt har henvist til, at Domstolen udøver sin fulde prøvelsesret, som den råder over i medfør af artikel 261 TEUF, skal jeg bemærke, at det følger af fast retspraksis, at Domstolen, når den udtaler sig om retsspørgsmål inden for rammerne af en appelsag, ikke er forpligtet til af billighedsgrunde at erstatte sin egen bedømmelse med den bedømmelse, som Retten ved udøvelse af (eller ved sin manglende udøvelse af) sin fulde prøvelsesret har foretaget vedrørende størrelsen af de bøder, som virksomheder pålægges for deres overtrædelse af fællesskabsretten [91].

Appellanten har desuden ikke bestridt lovligheden af de betingelser, som Retten i den appellerede dom underkastede udøvelsen af den fulde prøvelsesret [92].

79. Jeg mener således, at også det sjette appelanbringende, der er fremført subsidiært, bør forkastes i sin helhed.

B — *Sagens omkostninger*

80. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da jeg foreslår, at appellen skal forkastes, og da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, finder jeg, at sidstnævnte bør pålægges at betale omkostningerne i den foreliggende sag.

91 — Jf. bl.a. dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 31, og dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 129, samt dommen i sagen Technische Unie mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 45, præmis 210.

92 — Som nævnt ovenfor i fodnote 52 lagde Retten til grund, at appellanten ikke havde fremlagt oplysninger, der kunne give anledning til at genoverveje størrelsen af bøden, heller ikke under udøvelse af dens fulde prøvelsesret (præmis 242 i den appellerede dom).

III — Forslag til afgørelse

81. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen, at den forkaster appellen og pålægger appellanten at betale sagens omkostninger.