FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 10. juni 1986 *

Høje Domstol.

A — Faktiske omstændigheder

1. Den sag, hvori jeg i dag skal fremsætte forslag til afgørelse, drejer sig om en videre udløber af en tvist, der er opstået under den konkurrencesag, Kommissionen har haft løbende, og muligvis stadig har løbende med AKZO-koncernen, som den har mistænkt for at misbruge en dominerende stilling på markedet.

2. Selv om den foreliggende sag udelukkende vedrører lovligheden af en beslutning af 6. november 1984, hvorved Kommissionen i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 [1] pålagde sagsøgerne at lade foretage en kontrolundersøgelse som led i konkurrencesagen mod AKZO-koncernen, anser jeg det for nødvendigt kort at redegøre for sagen som helhed, på baggrund af hvilken den omtvistede beslutning er truffet.

3. Sagsøgerne i hovedsagen, selskaberne AKZO Chemie BV og AKZO Chemie UK Ltd, er medlemmer af AKZO-koncernen, som er den største leverandør inden for Fællesskabet af organiske peroxider, dvs. kemiske produkter, der dels anvendes som katalysatorer ved fremstilling af kunststoffer dels som middel til blegning af mel i Det forenede Kongerige og Irland.

4. Firmaet Engineering and Chemical Supplies (ECS) er en lille virksomhed, der siden stiftelsen i 1969 først solgte de hos AKZO Chemie UK Ltd indkøbte organiske peroxider til den britiske melindustri, og senere selv påbegyndte en produktion heraf. I 1979 udstrakte firmaet sin virksomhed til kunststofsektoren, først i Det forenede Kongerige og dernæst i Tyskland.

5. I 1982 bad ECS Kommissionen om at indlede en procedure mod sagsøgerne med den begrundelse, at de havde overtrådt EØF-traktatens artikel 86 gennem uretmæssig anvendelse af lave priser på organiske peroxider i den hensigt at fortrænge ECS fra markedet. Ifølge Kommissionens oplysninger, som er uomtvistet, vedrørte ECS' klage sagsøgernes prispolitik mht. organiske peroxider såvel inden for kunststof — som melsektoren.

6. I december 1982 lod Kommissionen uden forudgående underretning foretage en række kontrolundersøgelser i de to sagsøgeres forretningslokaler i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.

7. Den 8. juni 1983 besluttede Kommissionen at indlede en procedure i sagen (VI/30.698 — ECS/AKZO). Sagens genstand var sagsøgernes evt. misbrug af en dominerende stilling på markedet og vedrørte deres prispolitik med hensyn til organiske peroxider, dels inden for sektoren for meladditiver, dels inden for andre sektorer [2].

* Oversat fra tysk.

1 — Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, EFT 1959-1962, s. 81.

2 — *De europæiske Fællesskabers Bulletin* 1983, nr. 7/8, se punkt 2.1.38.

8. Den 29. juli 1983 udstedte Kommissionen en beslutning om visse foreløbige forholdsregler [3], hvorved den pålagde sagsøgeren AKZO Chemie UK Ltd visse forpligtelser vedrørende dennes prispolitik inden for sektoren for meladditiver.

9. I maj og juli 1984 blev der ført en række samtaler mellem repræsentanter for sagsøgerne og Kommissionen, hvorunder man drøftede muligheden af at fremskynde konkurrencesagen. Herunder gav Kommissionen udtryk for, at den ikke, for så vidt angik ECS' klage, kunne efterkomme sagsøgernes ønske om at afslutte konkurrencesagen som helhed uden nogen formel beslutning. Kommissionen anførte i den forbindelse, at den agtede at træffe en endelig beslutning i hvert fald vedrørende meladditivsektoren. Såfremt sagsøgerne i det væsentlige erklærede sig enig i klagepunkterne, og såfremt der blev fundet en for ECS tilfredsstillende løsning af erstatningsspørgsmålet, ville Kommissionen ved fastsættelse af bøden endvidere tage hensyn hertil. Endelig gav Kommissionen udtryk for, at man kunne give sagsøgerne tilsagn om ikke at fortsætte undersøgelserne inden for kunststofsektoren, såfremt sagsøgerne afgav visse garantier vedrørende sin fremtidige prispolitik inden for kunststofsektoren.

10. Allerede før dette skete, havde Kommissionen imidlertid, efter først at have udstrakt sin efterforskning til hele området for anvendelse af organiske peroxider, koncentreret undersøgelserne om meladditivsektoren og indtil videre helt indstillet sin efterforskning inden for kunststofsektoren.

11. Den 3. september 1984 tilsendte Kommissionen sagsøgerne en meddelelse om klagepunkter, der udelukkende vedrørte sagsøgernes prispolitik med hensyn til organiske peroxider inden for meladditivsektoren. I sine indledende, sammenfattende bemærkninger til klagepunkterne anførte Kommissionen imidlertid udtrykkeligt, at den fortsatte sine undersøgelser vedrørende sagsøgernes markedsadfærd for så vidt angår organiske peroxider inden for kunststofsektoren, og at den tog forbehold med hensyn til evt. senere at meddele yderligere klagepunkter vedrørende denne sektor, som konkurrencesagen også omfattede (se meddelelsen, s. 4).

12. Den 1. oktober 1984 blev der ført en telefonsamtale mellem den tjenestemand ved Kommissionen, som forestod sagens efterforskning, og chefen for den juridiske afdeling hos den ene af de to sagsøgere, AKZO Chemie BV. Herunder drøftedes sagsøgernes reaktion på meddelelsen om klagepunkterne vedrørende delsektoren for meladditiver og Kommissionens videre hensigter inden for det andet delområde, kunststofsektoren. De nærmere enkeltheder af denne samtale, som er omtvistet mellem parterne og hvorom Domstolen har ladet foretage bevisførelse, skal jeg senere komme ind på i forbindelse med min retlige gennemgang af sagen (jfr. punkt 83 ff.).

13. Den 22. oktober 1984 tilsendte sagsøgeren AKZO Chemie BV Kommissionen den første del af sine bemærkninger vedrørende klagepunkterne, hvori selskabet gjorde gældende, at det ikke havde gjort sig skyldig i misbrug.

14. Den 26. oktober 1984 meddelte Kommissionen, at den agtede at foretage yderligere kontrolundersøgelser hos sagsøgerne vedrørende kunststofsektoren, den 7. og 8. november i Nederlandene den 12. og 13. november i Storbritannien. Den medarbejder ved sagsøgeren AKZO Chemie BV's juridiske afdeling, som modtog denne meddelelse, gjorde ikke indsigelse herimod.

15. Om eftermiddagen den 6. november 1984 gav sagsøgeren AKZO Chemie BV Kommissionen telefonisk meddelelse om, at selskabet nægtede at lade foretage de påtænkte kontrolundersøgelser. Ved samme

3 — EFT 1983 L 252, s. 13.

lejlighed oplyste selskabet, at grundene til dens nægtelse var angivet i en skrivelse, som ville tilgå Kommissionen samme dag.

16. Samme dag, altså den 6. november 1984, traf Kommissionen den beslutning, som er anfægtet under den foreliggende sag. Den 7. november 1984 præsenterede nogle af Kommissionens tjenestemænd, under ledsagelse af en repræsentant for den nederlandske regering, sig hos AKZO Chemie BV for at foretage de nævnte kontrolundersøgelser. Disse undersøgelser fandt sted hos sagsøgeren AKZO Chemie BV den 7. og 8. november 1984 og hos sagsøgeren AKZO Chemie UK Ltd den 20. og 21. november 1984.

17. Som begrundelse for sin påstand om, at beslutningen er retsstridig, har sagsøgeren anført flere argumenter:

18. Dels at den er i strid med artikel 8 i Den europæiske Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder, dels at den er udstedt under overskridelse af en kompetencedelegation fra det kompetente kommissionsmedlem, dels at den er utilstrækkeligt begrundet, og endelig at Kommissionen har undladt at indhente behørig udtalelse fra de nationale myndigheder.

19. I replikken har sagsøgerne yderligere anført, at beslutningen er truffet i strid med kontradiktionsprincippet, samt at Kommissionen har gjort sig skyldig i magtfordrejning.

20. I deres endelige affattelse lyder *sagsøgernes påstande* således:

— Kommissionens beslutning af 6. november 1984 annulleres,

— Kommissionen tilpligtes at tilbagesende de dokumenter og aktstykker, som den er kommet i besiddelse af under de i medfør af den anfægtede beslutning foretagne kontrolundersøgelser, og forbydes på nogen måde at gøre brug af disse dokumenter i fremtiden,

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21. *Kommissionens påstande* lyder som følger:

— frifindelse,

— sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22. Til støtte for sine påstande har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgernes anbringender er ubegrundede. Under den mundtlige forhandling har Kommissionen desuden ytret tvivl om, hvorvidt de anbringender, som sagsøgerne har gjort gældende i replikken (tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet samt anbringendet om magtfordrejning) overhovedet er retmæssigt indført i sagen.

23. Jeg skal i det følgende foretage en detaljet gennemgang af parternes argumenter, og tage stilling dertil.

B — Gennemgang og stillingtagen

24. De anbringender, sagsøgerne har fremført til støtte for beslutningens retsstridighed, og som delvis overlapper hinanden, kan opdeles i følgende to grupper:

— Anbringender vedrørende sagsbehandlingen: tilsidesættelse af Kommissionens kollegialprincip, mangelfuld begrundelse af beslutningen, ikke indhentet forskriftsmæssig udtalelse fra medlemsstaternes myndigheder, tilsidesættelse af artikel 8 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention på grund af manglende iagttagelse af procedureforskrifter;

— Anbringender vedrørende indholdet: tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet samt magtfordrejning.

I — *Formmangler*

a) *Spørgsmålet, om Kommissionens beslutning er gyldig*

25. *Sagsøgerne* har gjort gældende, at Kommissionens beslutning ikke er retmæssigt vedtaget, fordi den ikke blev truffet af Kommissionen som kollegium, men af det medlem, hvorunder konkurrenceområdet sorterer. Denne fremgangsmåde er i strid med artikel 17 i fusionstraktaten af 8. april 1965, hvorefter Kommissionens beslutninger skal træffes af et flertal af dens medlemmer.

26. Sagsøgerne bestrider ganske vist ikke, at Kommissionen principielt kan bemyndige de enkelte kommissionsmedlemmer til at træffe visse beslutninger, således som det er forudsat i artikel 27 i Kommissionens foreløbige forretningsorden [4], men en sådan delegation er kun lovlig, såfremt der er tale om en klart angiven foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art, og såfremt princippet om, at Kommissionen er ansvarlig som kollegium, respekteres.

27. Videre anfører sagsøgerne, at indgrebet er af væsentlig betydning for virksomheden, fordi der er tale om gennemførelse af en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, hvorfor der ikke kan antages at foreligge en foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art. Kollegialprincippet burde i hvert fald have været iagttaget fra det tidspunkt, da sagsøgerne nægtede at lade foretage de påtænkte kontrolundersøgelser.

28. Heller ikke Kommissionens interne delegationsbeslutning af 5. november 1980, som giver det kommissionsmedlem, under hvem konkurrenceområdet sorterer, beføjelse til at foranstalte kontrolundersøgelser, kan ifølge sagsøgerne fritage Kommissionen fra sin forpligtelse til at iagttage det traktatfæstede kollegialprincip.

29. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at den anfægtede beslutning er gyldigt truffet i henhold til den delegationsprocedure, som er fastsat i artikel 27 i Kommissionens foreløbige forretningsorden. Beslutningen om at foretage en kontrolundersøgelse udgør en foranstaltning til forberedelse af en anden beslutning, hvori Kommissionen tager stilling til, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. Den forberedende beslutning må derfor anses for en simpel foranstaltning af forvaltningsmæssig eller administrativ art.

30. Kommissionen anfører videre, at den foreløbige forretningsordens artikel 27 er forenelig med fusionstraktatens artikel 17. Kommissionen er i sin beslutningsprocedure nødt til at afveje forpligtelsen efter fusionstraktatens artikel 17, altså kollegialprincippet, over for nødvendigheden i at træffe et stort antal beslutninger. Af denne grund har Kommissionen anset det for nødvendigt at bemyndige hver enkelt af sine medlemmer til at træffe bestemte, klart angivne foranstaltninger i Kommissionens navn og under dennes kontrol. I kraft af de interne bestemmelser, Kommissionen har udstedt, udføres der såvel forudgående som efterfølgende kontrol.

31. Endelig har Kommissionen henvist til flere afgørelser fra Domstolen, hvori det ikke har givet anledning til kritik, at meddelelserne om klagepunkter i konkurrencesagerne har været underskrevet af den generaldirektør ved Kommissionen, hvorunder konkurrenceområdet henhører.

32. Der må gives sagsøgerne medhold i, at den i fusionstraktatens artikel 17 [5] inde-

4 — Beslutning af 6. juli 1967 som ændret ved beslutning af 23. juli 1975 (EFT 1975 L 199, s. 43).

5 — Traktat om oprettelse af et fælles råd og en fælles kommission for De europæiske Fællesskaber af 8. april 1965.

holdte bestemmelse om, at Kommissionens afgørelser træffes af et flertal af dettes medlemmer, foreskriver, at Kommissionen i sin beslutningsprocedure skal iagttage et kollegialprincip. Princippet er endvidere optaget i artikel 1 i Kommissionens foreløbige forretningsorden af 6. juli 1967[6], der lyder som følger:

»Kommissionen handler som kollegium i henhold til denne forretningsordens bestemmelser.«

33. Dette princip må ganske vist, som retteligt anført af Kommissionen, afvejes over for Kommissionens forpligtelse til at sikre en hensigtsmæssig arbejdsform, navnlig nødvendigheden i at træffe et stort antal enkeltbeslutninger[7]. Dette fremgår allerede af fusionstraktaten, der vedrørende Kommissionens forretningsorden bestemmer følgende:

»Kommissionen fastsætter sin forretningsorden med henblik på at sikre sin egen og sine tjenestegrenes virksomhed i overensstemmelse med bestemmelserne i Traktaterne...«

34. Fusionstraktaten anerkender og foreskriver altså dels iagttagelse af et kollegialprincip under Kommissionens beslutningsprocedure dels en hensigtsmæssig arbejdsform. Der er følgelig ikke grundlag for at anfægte bestemmelsen i artikel 27 i Kommissionens foreløbige forretningsorden, som giver Kommissionen mulighed for at bemyndige sine medlemmer til i sit navn og under sin kontrol at træffe klart angivne foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art.

35. Det må herefter undersøges, om den bemyndigelse af 5. november 1980, hvorved Kommissionen delegerede beføjelsen til at foranstalte kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, til det kommissionsmedlem, hvorunder konkurrenceområdet sorterer, har hjemmel i den foreløbige forretningsordens artikel 27. Man kan her forfægte den opfattelse, at begrebet »foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art« kun omfatter interne administrative foranstaltninger, men ikke foranstaltninger, der har virkning uden for forvaltningen, eller som er rettet til tredjemand.

36. Denne opfattelse kan givet ikke tilbagevises med det argument, at gennemførelsen af en kontrolundersøgelse kun er en forberedende foranstaltning, der skal sætte Kommissionen i stand til at træffe en endelig afgørelse om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. En kontrolundersøgelse griber nemlig direkte ind i den pågældende virksomheds retsforhold, i modsætning til, hvad der er tilfældet ved indledning af en konkurrencesag i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 eller ved meddelelse af klagepunkter i henhold til artikel 2 i forordning nr. 99/63[8], hvilke sidste skridt efter Domstolens praksis alene udgør forberedende foranstaltninger, der ikke skaber nogen retlige forpligtelser for de pågældende, og som derfor heller kan give

6 — JO 1967, nr. 147, s. 1, med henvisning til Kommissionens forretningsorden, jfr. JO 1963, s. 181.

7 — De af Kommissionen oplyste tal varierer på dette punkt: under skriftsvekslingen opgav Kommissionen, at der i 1984 blev truffet over 35 000 beslutninger, men nedsatte under den mundtlige forhandling dette tal til ca. 21 000. Selv om man lægger de tal til grund, som er angivet i Kommissionens almindelige beretninger vedrørende 1984 og 1985, hvori er nævnt 5 190 retsakter, 555 forslag samt 242 meddelelser i 1984 (og i 1985 hhv. 7 442, 694 samt 224) (jfr. 18. almindelige beretning, punkt 23, og 19. almindelige beretning, punkt 26), er der dog tale om et betydeligt antal beslutninger.

8 — Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42).

grundlag for et selvstændigt søgsmål[9]. Gennem et sådant pålæg om gennemførelse af en kontrolundersøgelse forpligtes den pågældende virksomhed nemlig til at give Kommissionens tjenestemænd adgang til sine forretningslokaler, adgang til at gennemse regnskabsbøger og andre forretningsdokumenter og til på stedet at iværksætte andre foranstaltninger. Pligten hertil kan desuden gennemtvinges ved pålæggelse af bøder og tvangsbøder.

37. Der er således tale om indgreb i den pågældende virksomheds retsforhold, som fællesskabslovgiver har anset for så betydelige, at han i artikel 14, stk. 3, sidste led, udtrykkeligt har gjort det til en pligt for Kommissionen at forsyne sin beslutning med oplysninger om de retsmidler, firmaet har til sin rådighed i den anledning.

38. Den systematik, der er anvendt i Kommissionens foreløbige forretningsorden, taler imidlertid mod en indskrænkende fortolkning af artikel 27. Artikel 27 er indeholdt i forretningsordenens kapitel III (»suppleans og overdragelse af beføjelser«). De interne forbindelser mellem Kommissionen, hhv. kommissionsmedlemmerne, og generaldirektoraterne er omhandlet i første kapitel, andet afsnit. Artikel 13 i denne del af forretningsordenen vedrører det kompetente kommissionsmedlems beføjelse til at udstede instruktioner til det generaldirektorat, som sorterer under hans kompetenceområde.

39. Såfremt kapitel III og i særdeleshed artikel 27 altså skal have selvstændig betydning, må de foranstaltninger af forvaltningsmæssig eller administrativ art, der er nævnt i bestemmelsen, kunne omfatte såvel foranstaltninger vedrørende Kommissionens interne forretningsområde som foranstaltninger, der har virkning over for tredjemand.

40. Den bemyndigelse til at foranstalte kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, som meddeles det kommissionsmedlem, under hvem kompetenceområdet sorterer, har følgelig hjemmel i artikel 27 i Kommissionens foreløbige forretningsorden.

41. En sådan bemyndigelse bortfalder heller ikke, som anført af sagsøgerne, fordi den pågældende virksomhed ikke er indforstået med kontrolundersøgelserne og underretter Kommissionen herom. Dette er jo netop den normale situation, som artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 tager sigte på. Er den pågældende virksomhed derimod indforstået med kontrolundersøgelsen, behøver Kommissionen blot fremlægge en uforbindende skriftlig fuldmagt i henhold til artikel 14, stk. 2, første pkt. Kun når virksomheden modsætter sig kontrolundersøgelsen, er det nødvendigt, at Kommissionen træffer bindende beslutning herom i henhold til artikel 14, stk. 3.

b) *Spørgsmålet, om det kompetente kommissionsmedlem ikke har truffet beslutning om foretagelse af kontrolundersøgelse*

42. Uden at fremføre det som selvstændigt anbringende har *sagsøgerne* gjort gældende, at der ikke er sikkerhed for, at det kompetente kommissionsmedlem har givet sit tilsagn til den anfægtede beslutning. Den bekræftede kopi af afgørelsen, som tilgik sagsøgerne, er nemlig ikke underskrevet af det kompetente kommissionsmedlem. Ej heller det dokument, Kommissionen har fremlagt som bevis for, at den anfægtede beslutning er underskrevet af det kompetente kommissionsmedlem, godtgør, at han har tilsluttet sig beslutningen, da hans underskrift ikke er forsynet med dato, og det desuden ikke er angivet, hvilke aktstykker der er vedføjet som bilag. Sagsøgerne anfører, at det ikke kan udelukkes, at det kompetente kommissionsmedlem forud har underskrevet det pågældende dokument *in blanco* på et andet tidspunkt, som det er umuligt at fastslå.

43. *Kommissionen* har anført, at den anfægtede beslutning blev meddelt sagsøgeren på sædvanlig vis, hvilket i tilstrækkelig grad

9 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. 1981, s. 2639.

godtgør, at der virkelig er truffet en beslutning. Alene til godtgørelse af, at de normale, interne procedurer er blevet iagttaget, har Kommissionen fremlagt et internt dokument til generalsekretariatet af 6. november 1984.

44. Selv om sagsøgerne ikke har fremført udtrykkelige anbringender vedrørende dette punkt, kan det dog af dens argumenter udledes, at den ønsker, at Domstolen *ex officio* prøver, om den anfægtede beslutning også rent faktisk er blevet truffet af det kompetente kommissionsmedlem.

45. Ved en sådan prøvelse kan man for det første konstatere, at beslutningen, som blev truffet af det kommissionsmedlem, under hvem konkurrenceområdet sorterer, hverken er forsynet med dato eller med angivelse af, hvilke retsakter beslutningen vedrører. Ved hjælp af det originale eksemplar af beslutningen, som er forelagt Domstolen, kan man imidlertid fastslå, at beslutningen findes på bagsiden af nævnte interne dokument til generalsekretariatet af 6. november 1984 og at den indeholder de nævnte angivelser.

46. Det er imidlertid af afgørende betydning, at sagsøgerne har fået tilsendt en bekræftet kopi af den pågældende beslutning fra det kompetente kommissionsmedlem. Dette har sagsøgerne da heller ikke draget i tvivl. Desuden er der ikke under sagen fremkommet omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at de nødvendige betingelser for en forskriftsmæssig bekræftelse af kopien ikke var opfyldt.

47. Følgelig har vi at gøre med en beslutning, som det for konkurrenceområdet kompetente kommissionsmedlem har truffet i Kommissionens navn.

c) *Spørgsmålet, om beslutningen er utilstrækkelig begrundet*

48. *Sagsøgerne* har herom gjort gældende, at den anfægtede beslutning er truffet under tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til EØF-traktatens artikel 190, fordi den hverken nævner sagsøgernes skrivelse af 6. november 1984 eller i øvrigt refererer indholdet heraf. I denne skrivelse angav sagsøgerne, hvorfor de ikke frivilligt ville lade Kommissionen foretage en kontrolundersøgelse.

49. *Kommissionen* har anført, at den ikke var forpligtet til at tage til genmæle over for de indsigelser, som sagsøgeren AKZO Chemie BV fremførte den 6. november 1984. I øvrigt opfylder beslutningen de krav med hensyn til begrundelse af en beslutning om kontrolundersøgelse, som fremgår af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.

50. Artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 angiver de væsentligste faktorer, der skal være indeholdt i begrundelsen for en beslutning om at foretage kontrolundersøgelse. Heri hedder det: »I beslutningen angives kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsættes tidspunktet for dens begyndelse og gives oplysning om de i artikel 15, stk. 1, litra c), og artikel 16, stk. 1, litra d), fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe klage over beslutningen for Domstolen«.

51. Den anfægtede beslutning angiver i begrundelsen, hvilket formål, der tilstræbes, nemlig at efterprøve, om der foreligger omstændigheder, som giver grundlag for at fastslå et misbrug af en dominerende stilling på markedet for benzoylperoxider. Endvidere omtales de tvangsmidler eller sanktioner, som er omhandlet i artikel 15, stk. 1, litra c), og artikel 16, stk. 1, litra d), i forordning nr. 17. I beslutningens artikel 1 og 2 angives genstand og tidspunkt for de vedtagne kontrolundersøgelser. Endelig

oplyser artikel 3, stk. 3, om den i EØF-traktatens artikel 173 omhandlede mulighed for at anlægge sag ved Domstolen til prøvelse af en sådan beslutning.

52. Vedrørende det anførte bemærkes, at med opfyldelsen af kravene i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 har Kommissionen opfyldt sin begrundelsespligt i henhold til EØF-traktatens artikel 190 [10]. I øvrigt har Kommissionen i begrundelsen for sin beslutning gjort opmærksom på, at sagsøgerne ikke frivilligt ville lade foretage en kontrolundersøgelse og at det følgelig var nødvendigt at udstede et pålæg herom.

53. Kommissionen var endvidere ikke forpligtet til at tage til genmæle over for de indsigelser, som sagsøgerne havde gjort gældende til støtte for at modsætte sig kontrolforanstaltningernes gennemførelse. En sådan nægtelse er nemlig som tidligere nævnt den normale situation, som artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 tager sigte på, og ikke nogen undtagelse, der evt. kan nødvendiggøre, at der gives en særlig, konkret begrundelse, som går videre end de krav, som er foreskrevet i artikel 14, stk. 3.

54. Anbringendet om, at beslutningen er mangelfuld begrundet, må derfor forkastes.

d) *Spørgsmålet, om der er indhentet forskriftsmæssig udtalelse fra de nationale myndigheder*

55. *Sagsøgerne* har herom henvist til den praksis, som har udviklet sig vedrørende indhentning af udtalelse fra de nationale myndigheder, før der træffes beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse. Normalt forelægges de nationale myndigheder et udkast til beslutning om foretagelse af kontrolundersøgelse, med tilhørende forklaringer, og genstanden for samt resultatet af udtalelsen nedfældes skriftligt. De nationale myndigheder modtager underretning om kontrolundersøgelsen mindst to uger i forvejen. Disse betingelser kan umuligt være opfyldt inden for det meget korte tidsrum, hvorunder den anfægtede beslutning blev udstedt.

56. Under den mundtlige forhandling har sagsøgerne forelagt en kopi af den instruktion fra det nederlandske økonomiministerium, hvorved en medarbejder fra ministeriet fik til opgave at være til stede ved kontrolundersøgelserne. I denne skrivelse nævnes en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 17, en skrivelse fra Kommissionen af 29. oktober 1984 og to telefoniske samtaler af 26. oktober og 5. november 1984.

57. *Kommissionen* har gjort gældende, at det fremgår af referatet vedrørende den udtalelse, der blev indhentet fra de kompetente nederlandske myndigheder, at høringen faktisk blev foretaget den 6. november 1984. På grund af beslutningens uopsættelighed blev udtalelsen fra de britiske myndigheder indhentet telefonisk. Dette fremgår af skrivelsen af 20. december 1984 fra Office of Fair Trading. Efter Kommissionens opfattelse udgør tilvejebringelsen af et skriftligt referat ikke nogen væsentlig bestanddel af høringen af de kompetente myndigheder.

58. Jeg skal anføre, at hverken forordning nr. 17 eller de senere udstedte gennemførelsesforordninger indeholder nogen forskrifter vedrørende den udtalelse, der skal indhentes fra medlemsstaterne i henhold til artikel 14, stk. 4, i forordning nr. 17. Det fremgår blot af artikel 14, stk. 2, sidste pkt., i forordning nr. 17 — hvori bestemmes, at der ved frivillige kontrolundersøgelser skal gives myndighederne i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen foretages, underretning herom med passende varsel — at der også ved tvungne kontrolundersøgelser skal gives den pågældende medlemsstats myndig-

10 — Jfr. dom af 26. juni 1980 i sag 136/79, National Panasonic (UK) Limited mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 2033.

heder et passende varsel i forbindelse med indhentning af udtalelsen. Begrebet »passende varsel« er imidlertid et højst relativt begreb, som kan variere, afhængig af beslutningens mere eller mindre uopsættelige karakter. Der må dog antages at være indhentet udtalelse med passende varsel fra medlemsstaternes myndigheder, når disse har haft mulighed for at meddele Kommissionen deres opfattelse eller eventuelle betænkeligheder, før kontrolundersøgelserne iværksættes.

59. Kommissionen anfører videre, at da der i forbindelse med dens undersøgelser af sagsøgernes forhold allerede tidligere havde fundet kontrolundersøgelser sted, var der ikke tale om en ny udtalelse under en procedure, som myndighederne endnu ikke havde kendskab til. Udtalelsen fra den nederlandske tjenestemand fandt sted i forbindelse med et møde, afholdt af Det rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål i Bruxelles, mens udtalelsen fra de britiske myndigheder blev indhentet telefonisk. Så vidt det er Kommissionen bekendt, har de nationale myndigheder ikke rejst indsigelse mod udtalelsen og den måde, den blev indhentet på, og dette er da heller ikke blevet gjort gældende af sagsøgerne. Der findes heller ingen holdepunkter for at antage, at høringen ikke i øvrigt skulle være blevet forskriftsmæssigt gennemført. Heller ikke argumentet om, at der ikke blev udfærdiget referat vedrørende udtalelsen fra de britiske myndigheder, har nogen relevans, eftersom der ikke består nogen retlig forpligtelse til at udfærdige et sådant referat.

60. Det er min opfattelse, at heller ikke den omstændighed, at den nederlandske tjenestemand, som ledsagede Kommissionens tjenestemænd ved kontrolundersøgelsen, havde fået instruktion om, at kontrolundersøgelsen var frivillig, er af betydning for lovligheden af beslutningen om iværksættelse af en kontrolundersøgelse. Selv om denne instruktion ikke var forsynet med dato, kan man slutte af oplysningerne i instruktionen, at den blev udstedt, efter at Kommissionen havde givet de nederlandske myndigheder underretning om den frivillige kontrolundersøgelse, der først var planlagt.

61. Det kan således ikke anfægte lovligheden af Kommissionens beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse, at den pågældende nederlandske tjenestemand ikke, efter at der den 6. november 1984 var indhentet udtalelse fra de nederlandske myndigheder, havde fået udstedt en ny instruktion forud for kontrolundersøgelsen den følgende dag, som udtrykkeligt nævnte, at der var tale om en tvungen kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.

62. Også anbringendet om, at der ikke er indhentet forskriftsmæssig udtalelse fra medlemsstaternes kompetente myndigheder, må derfor forkastes.

e) *Spørgsmålet, om artikel 8 i Den europæiske Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder er overtrådt*

63. *Sagsøgerne* har først fremhævet den særlige procedure om iværksættelse af kontrolundersøgelser, som er fastsat i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, og som Kommissionen kan indlede uden først at have bemyndigelse hertil fra et andet organ.

64. Sagsøgerne erkender således, at Kommissionen ikke på EF-rettens nuværende udviklingstrin behøver være udstyret med nogen instruks fra et uafhængigt organ om at iværksætte efterforskninger, for at kunne foretage kontrolundersøgelser. For at råde bod på disse mangelfulde garantier, er det imidlertid nødvendigt at oprette andre ligeså effektive proceduregarantier, som kan sikre en billig og fair sagsbehandling.

65. Efter sagsøgernes opfattelse viser en gennemgang af de tre øvrige anbringender om, at der er begået formelle mangler (overskridelse af kompetencedelegation, utilstrækkelig begrundelse af beslutningen, mangelfuld høring af de kompetente nationale myndigheder), at proceduregarantierne i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 med sikkerhed ikke er blevet efterlevet, navnlig i

betragtning af det meget korte tidsrum, der forløb inden beslutningen blev truffet.

66. Som følge af det anførte er den anfægtede beslutning efter sagsøgernes opfattelse truffet under tilsidesættelse af de principper, som er fastsat i artikel 8 i Den europæiske Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder, idet der ikke er blevet fulgt en lovlig procedure.

67. *Kommissionen* har gjort gældende, at anbringendet er uden selvstændig betydning, og at samtlige de garantier og krav, som er indeholdt i artikel 14 i forordning nr. 17, er blevet iagttaget.

68. Principielt har enhver i henhold til artikel 8, stk. 1, i Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder af 4. november 1950 krav på respekt for sit privat- og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Denne rettighed tilkommer ikke blot fysiske, men også juridiske personer, i det omfang den efter sin karakter også gælder for juridiske personer.

69. Ifølge artikel 8, stk. 2, må en offentlig myndighed ikke gøre indgreb i udøvelsen af denne rettighed »undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.«

70. Domstolen har allerede i den tidligere nævnte dom af 27. juni 1980 i sag 136/79 fastslået, at artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 opfylder kravene i denne bestemmelse, som må anerkendes at rumme en meget vidtgående adgang til at gøre indgreb i nævnte rettighed. Hertil må dog føjes, at Konventionens artikel 8 ikke kræver, at de offentlige myndigheders indgreb i denne grundrettighed først skal være godkendt af et andet uafhængigt organ.

71. Konventionens artikel 8 kan derfor kun anses for tilsidesat, såfremt de proceduregarantier, der er foreskrevet i artikel 14 i forordning nr. 17 ikke har været iagttaget. Det fremgår imidlertid allerede af gennemgangen af sagsøgerens tre øvrige anbringender om, at der er begået formelle mangler, at dette ikke var tilfældet i denne sag.

72. Også anbringendet om, at der foreligger en overtrædelse af artikel 8 i Konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende Frihedsrettigheder må derfor forkastes.

II — *Indholdsmangler*

73. I replikken har *sagsøgerne* fremført to nye anbringender, som ikke udtrykkeligt blev gjort gældende i stævningen, nemlig dels at der foreligger en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet, og dels at der er begået magtfordrejning.

74. Som begrundelse for, at disse anbringender først er blevet gjort gældende under selve sagen, har sagsøgerne anført følgende:

75. På tidspunktet for sagens anlæg var sagsøgerne overbevist om, at truslerne fra de tjenestemænd ved Kommissionen, der forestod efterforskningen, hvorefter der ville blive foretaget nye undersøgelser indenfor kunststofsektoren, såfremt sagsøgerne gjorde indsigelse mod den meddelelse om klagepunkter vedrørende meladditivsektoren, som var tilsendt sagsøgerne, måtte bero på de pågældende tjenestemænds personlige initiativ. Sagsøgerne regnede ikke med, at Kommissionen kunne have godkendt en så fræk manøvre. Det fremgår imidlertid klart af svarskriftet, at Kommissionen fuldt ud har billiget sine tjenestemænds fremgangsmåde. For sagsøgerne er dette en ny omstændighed, som de først blev bekendt med under skriftvekslingen.

76. I duplikken har *Kommissionen* gennemgået indholdet i disse to nye anbringender. Først under den mundtlige forhandling har den ytret tvivl om, hvorvidt de overhovedet kan tages under påkendelse i sagen.

77. Det er *min opfattelse*, at Domstolen i medfør af procesreglementets artikel 42, stk. 2, bør tage de to supplerende anbringender under påkendelse af de grunde, som sagsøgerne har gjort gældende.

a) *Spørgsmålet om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet*

78. *Sagsøgerne* har her påberåbt sig bestemmelsen i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen skal give de pågældende virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de fremførte klagepunkter. Denne forpligtelse tilsidesættes imidlertid, såfremt virksomhedens beslutning om at anfægte meddelelsen om klagepunkterne inden for en bestemt sektor indebærer, at Kommissionen som sanktion stiller virksomheden kontrolundersøgelser inden for andre sektorer i udsigt, således som det er tilfældet i denne sag.

79. Heroverfor anføres det af *Kommissionen*, at den ikke har forhindret sagsøgerne i at udøve deres ret til kontradiktion. Ganske vist kunne den omstændighed, at sagsøgerne anfægtede meddelelsen om klagepunkter inden for meladditivsektoren, tænkes at medføre yderligere kontrolundersøgelser inden for kunststofsektoren, men dette havde ikke karakter af en sanktion, men skyldtes blot, at det var blevet klart, at sagsøgerne ikke ønskede at ordne sagen på den måde, Kommissionen havde foreslået.

80. Jeg kan ikke se, hvilken betydning sammenkædningen af, på den ene side, sagsøgernes reaktion på meddelelsen om klagepunkterne, og, på den anden side, fortsættelsen af undersøgelserne inden for det delområde, som kunststofproduktionen udgør, kan have for spørgsmålet, om der foreligger en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet eller et evt. indgreb i sagsøgernes ret til forsvar. Såfremt en trussel fra Kommissionens side — forudsat en sådan overhovedet har været fremsat — ikke har haft nogen virkning, har den i hvert fald ikke nogen betydning for lovligheden af den beslutning, der er omtvistet i denne sag, da der ikke foreligger nogen indskrænkning i de her omtalte rettigheder. Såfremt trusselen derimod skulle have haft nogen virkning, kan der i forbindelse med virksomhedens svar på meddelelsen om klagepunkterne tænkes at være blevet gjort indskrænkning i disse rettigheder. Hvorvidt dette sidste er tilfældet og hvorvidt denne har haft nogen betydning, må imidlertid undersøges under sagen om den endelige beslutning, Kommissionen har truffet over for sagsøgerne, dvs. under sag 62/86. Anbringendet er derimod uden relevans under den foreliggende sag.

b) *Magtfordrejning*

81. Det anføres herom af *sagsøgerne*, at Kommissionen har benyttet sin beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser til et andet formål end det, der er foreskrevet i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, og dermed har begået magtfordrejning. Kommissionens hensigt var nemlig ikke at indhente nye oplysninger vedrørende kunststofproduktionen, men at gøre alvor af den trussel, som den fremsatte i telefonsamtalen af 1. oktober 1984 om at foretage undersøgelser vedrørende kunststofproduktionen, såfremt sagsøgerne skulle gøre indsigelse mod meddelelsen om klagepunkterne vedrørende meladditivsektoren.

82. *Kommissionen* har heroverfor anført, at man med de nye undersøgelser ønskede at få vished for, om sagsøgerne måtte have gjort sig skyldig i misbrug af en dominerende stilling på markedet for benzoylperoxider, anvendt til fremstilling af visse kunststoffer. ECS havde indgivet en klage til Kommissionen, og den sag, som herefter blev indledt, vedrørte sagsøgernes markedsadfærd inden for begge delområder. Da man imidlertid ikke kunne opnå enighed om den af Kommissionen foreslåede ordning af sagen med hensyn til delområdet vedrørende kunststofproduktionen, var det nødvendigt at videreføre eller afslutte proceduren på korrekt vis.

83. Vedrørende indholdet af telefonsamtalen af 1. oktober 1984 er der afgivet vidneforklaring ved Domstolen. På grundlag heraf har jeg dannet mig følgende opfattelse af begivenhedsforløbet:

84. Den tjenestemand, der forestod behandlingen af konkurrencesagen, spurgte først chefen for den juridiske afdeling ved AKZO Chemie BV, om han havde nogle kommentarer til meddelelsen om klagepunkterne. Efter at han havde modtaget det svar, at firmaet formentlig i vid udstrækning ville bestride de påtalte klagepunkter, havde Kommissionens tjenestemand i logisk konsekvens heraf udtalt, at han herefter antog, at der ikke længere bestod nogen gensidig »agreement«.

85. Denne »agreement« (fra juli 1984) har Kommissionens tjenestemand på det nærmeste betegnet som en personlig aftale mellem ham og chefen for den juridiske afdeling ved AKZO Chemie BV, der gik ud på, at undersøgelsen vedrørende meladditivsektoren først skulle afsluttes og munde ud i en meddelelse om klagepunkter. Såfremt der ikke blev rejst nogen realitetsindsigelser mod disse klagepunkter (vedrørende meladditivsektoren) og sagsøgerne afgav en række løfter vedrørende deres fremtidige markedsadfærd inden for kunststofsektoren, kunne proceduren afsluttes på tilfredsstillende måde.

86. Heller ikke chefen for den juridiske afdeling ved AKZO Chemie BV var af den opfattelse, at aftalerne fra juli 1984 kunne betegnes som en egentlig »agreement«, men snarere en drøftelse af den nærmere fremgangsmåde vedrørende afslutningen af sagen mod sagsøgerne.

87. Kan det herefter anses for en trussel og dermed i givet fald for magtfordrejning, når det fastslås, at en »agreement«, som ingen af parterne anser for bindende, betegnes som værende bortfaldet, og Kommissionen så bekendtgør at fortsætte undersøgelsesproceduren inden for det delområde, hvorom efterforskningen i første omgang blev udsat?

88. Det er muligt, at sagsøgerne subjektivt set har opfattet Kommissionens adfærd som en trussel. Det må imidlertid betænkes, at Kommissionen i så fald ikke, selv om der måtte antages at foreligge en sådan trussel, har foretaget sig noget ulovligt, men tværtimod forkyndt at ville foretage en handling, der var fuldt ud retmæssig. Der var jo indgivet en klage fra ECS over misbrug af en dominerende stilling vedrørende samtlige anvendelsesområder for benzoylperoxid og andre organiske peroxider. Sagen omfattede fra begyndelsen af alle anvendelsesområder, og sagens behandling blev kun udsat inden for et bestemt delområde og kun for en vis periode.

89. Da undersøgelserne vedrørende det delområde, som meladditivsektoren udgjorde, var afsluttet, var det velbegrundet, at Kommissionen fortsatte undersøgelserne inden for den anden sektor, kunststofsektoren. Den var nemlig ikke blot berettiget, men tillige forpligtet hertil, eftersom ECS havde indgivet ansøgning om indledning af

en procedure, og Kommissionen også selv rådede over oplysninger, som tydede på, at man ikke helt kunne udelukke, der forelå misbrug af en dominerende stilling. Havde Kommissionen i øvrigt truffet beslutning om at indstille sagens behandling inden for det delområde, som kunststofproduktionen udgjorde, ville ECS desuden have kunne indbringe en sådan afgørelse til prøvelse ved Domstolen [11].

90. Der ses således ikke at foreligge nogen afpresning, trussel eller nogen form for magtfordrejning, fordi Kommissionen forkyndte, at den agtede at videreføre den verserende konkurrencesag på korrekt vis. Snarere måtte man spørge, om det ville have været foreneligt med Kommissionens forpligtelser til at sikre en redelig og uforfalsket konkurrence inden for Fællesskabet, såfremt den uden videre formaliteter havde indstillet sagens behandling inden for det pågældende delområde, således som det var forudsat i den oprindelige »agreement«. Dette spørgsmål måtte i givet fald besvares benægtende, idet man efter vidnerne Schuddeboom's og Joshua' forklaringer, som på dette punkt stemmer overens, havde forudset at ville tage hensyn til ECS's interesser (erstatning, godkendelse af aftale).

91. Også sagsøgernes anbringender om, at der er begået magtfordrejning, må herefter forkastets.

92. Da Kommissionen følgelig som helhed må frifindes for sagsøgernes påstand om annullation, er det overflødigt at komme nærmere ind på deres påstand om, at Kommissionen tilpligtes at levere de dokumenter og aktstykker tilbage, som den er kommet besiddelse af under de kontrolundersøgelser, der blev foretaget i medfør af den anfægtede beslutning. Det samme gælder påstanden om, at det forbydes Kommissionen på nogen som helst måde at gøre brug af disse dokumenter i fremtiden. Disse påstande har kun relevans, såfremt påstanden om annullation tages til følge, men er uden interesse i tilfælde af frifindelse.

93. Det bør dog anføres, at en sådan supplerende påstand også måtte afvises, selv om annullationspåstanden tages til følge, da det ifølge EØF-traktatens artikel 176 påhviler den pågældende institution selv, fra hvem den annullerede retsakt hidrører, at drage de nødvendige konsekvenser af dommen. Under alle omstændigheder har Domstolen ikke pligt til at præcisere konsekvenser i domskonklusionen.

C — Konklusion

94. Mit forslag til afgørelse går derfor ud på, at Kommissionen frifindes, og at sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11 — Jfr. Domstolens domme af 25. oktober 1977 i sag 26/76, Metro mod Kommissionen, (Sml. 1977, s. 1875) og af 11. oktober 1983 i sag 210/81, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen (Sml. 1983, s. 3045).