FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO
fremsat den 21. februar 1989 *

Indholdsfortegnelse

I — Anbringendet om, at der er sket en krænkelse af en grundrettighed 2876

A — Retsvirkningerne af beslutninger om kontrolundersøgelser og rækkevidden af Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 2877

B — Hvad kan der udledes af de nationale retsordener, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Domstolens praksis 2884

C — Anvendelse af løsningsmodellerne på nærværende sager 2896

D — De nationale retsinstansers rolle og de beføjelser, som Domstolen har eller vil kunne tillægges 2899

II — Anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter 2902

III — Anbringendet om, at beslutningerne er blevet utilstrækkeligt begrundet 2903

IV — Anbringendet om manglende eller utilstrækkeligt bevis 2905

V — Anbringendet om, at grundlaget for kontrolundersøgelsen var oplysninger indhentet på retsstridig måde 2907

VI — De andre anbringender, som er blevet fremsat af Dow Ibérica, Alcudia og EMP 2910

VII — Beslutningen af 3. februar 1987 om at pålægge Hoechst tvangsbøder (sag 46/87) 2914

VIII — Beslutningen af 26. maj 1988 om fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse (sag 227/88) 2917

Høje Domstol.

1. Den 15. januar 1987 traf Kommissionen på grundlag af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [1] en række beslutninger, hvorved det blev pålagt forskellige virksomheder at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres eventuelle deltagelse i aftaler eller samordnet praksis, hvorved der kunne være sket en fastsættelse af målsalgspriser og leveringskvoter for PVC og polyætylen i Fællesskabet.

2. Fem af virksomhederne har anlagt sag med påstand om annullation af de beslutninger, som vedrørte dem. Ud over at gøre

* Originalsprog: fransk.

1 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

gældende, at beslutningerne ikke er blevet tilstrækkeligt begrundet, og at der er sket en tilsidesættelse af formforskrifter og procedureregler, har alle sagsøgerne til støtte herfor fremsat det anbringende, at der er sket en krænkelse af det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed.

3. Inden jeg går over til en gennemgang af disse anbringender, vil jeg kort redegøre for, hvorledes sagsøgerne reagerede over for Kommissionens beslutninger om kontrolundersøgelserne.

4. Hoechst (sag 46/87) nægtede kategorisk at underkaste sig kontrolundersøgelsen, selv om Kommissionens repræsentanter tre gange forsøgte at gennemføre den. Hver gang protesterede Hoechst på det bestemteste skriftligt mod gennemførelsen af undersøgelsen, som selskabet betegnede som en ransagning. Det var først den 2. april 1987, at selskabet opgav sin modstand, og dette skyldtes, at der da forelå en ransagningskendelse, som Amtsgericht Frankfurt am Main havde afsagt efter begæring fra Bundeskartellamt, og som gav Kommissionen bemyndigelse til at gennemføre kontrolundersøgelsen [2].

5. Kommissionen havde i mellemtiden ved beslutning af 3. februar 1987 truffet i medfør af artikel 16, stk. 1, litra d), i forordning nr. 17, pålagt Hoechst tvangsbøder på 1 000 ECU om dagen for at tvinge selskabet til at underkaste sig kontrolundersøgelsen. Hoechst har også nedlagt påstand om annullation af denne beslutning og af den beslutning af 26. maj 1988 truffet i medfør af artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 17, hvorved Kommissionen fastsatte tvangsbødens endelige størrelse til 55 000 ECU (sag 227/88).

6. Dow Benelux (sag 85/87) rejste indvendinger mod Kommissionens kontrolundersøgelsesbeslutning og dennes gennemførelse, men da selskabet fandt sig forpligtet til at samarbejde, protesterede det ikke formelt mod gennemførelsen og gav endog Kommissionens repræsentanter den fornødne bistand.

7. Hvad angår repræsentanterne for selskaberne Dow Ibérica (sag 97/87), Alcudia (98/87) og EMP (99/87), udtrykte disse »betænkelighed« over Kommissionens første »uanmeldte undersøgelse« hos spanske virksomheder, men efter at Kommissionens repræsentanter mundtligt og skriftligt havde redegjort for deres rettigheder og forpligtelser efter artiklerne 14, 15 og 16 i forordning nr. 17, ikke alene tolererede de kontrolundersøgelsen uden at fremsætte formelle indvendinger, men bistod også aktivt Kommissionen.

8. Efter denne præcisering af de faktiske omstændigheder kan jeg nu gå over til en undersøgelse af sagsøgernes retlige anbringender, idet jeg starter med det anbringende, der er fælles for samtlige sager, og som er langt det vigtigste.

I — Anbringendet om, at der er sket en krænkelse af en grundrettighed

9. Sagsøgerne har alt efter omstændighederne og delvis samstemmende gjort gældende,

— at artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 er ugyldig, idet bestemmelsen strider mod grundrettigheder, som består i henhold til fællesskabsretten,

2 — Jfr. protokollat af 2. april 1987, bilag 4 til replikken.

— at beslutningerne om kontrolundersøgelserne er retsstridige, idet de strider mod den tilgrundliggende bestemmelse, dvs. artikel 14, stk. 3, og / eller grundrettigheder, som består i henhold til fællesskabsretten,

— at Kommissionens repræsentanter ved gennemførelsen af beslutningerne har overskredet grænserne for deres beføjelser og krænket grundrettigheder.

10. Jeg håber at kunne skabe en smule klarhed med hensyn til dette stridsspørgsmål, idet jeg vil gå frem på følgende måde.

11. Jeg vil indledningsvis undersøge, om de beføjelser, som Kommissionens repræsentanter blev tillagt ved Kommissionens kontrolundersøgelsesbeslutninger af 15. januar 1987, ligger inden for de ved artikel 14 i forordning nr. 17 afstukne rammer.

12. Efter på grundlag af en gennemgang af medlemsstaternes nationale retsordener, den europæiske menneskerettighedskonvention og Domstolens praksis at være nået frem til, at der for virksomheder gælder et grundlæggende princip om deres lokalers ukrænkelighed, vil jeg undersøge, om denne rettighed krænkes ved kontrolundersøgelser på grundlag af den nævnte bestemmelse.

13. Jeg vil herefter drøfte, hvilke konklusioner, for så vidt angår nærværende sager, der kan udledes af de dermed fastlagte principper. Endelig vil jeg redegøre for nogle overvejelser med hensyn til henholdvis de nationale retsinstansers og De Europæiske Fællesskabers Domstols rolle i forbindelse med gennemførelse af beslutninger om kontrolundersøgelser.

A — *Retsvirkningerne af beslutninger om kontrolundersøgelser og rækkevidden af Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17*

14. I artikel 1 i hver af de omtvistede beslutninger af 15. januar 1987, hvis indhold i det væsentlige er det samme [3], hedder det, at det pågældende selskab »er forpligtet til at give Kommissionens befuldmægtigede repræsentanter adgang til selskabets lokaler inden for normal forretningstid, til gennemsyn at fremlægge de forretningspapirer omfattet af undersøgelsens genstand, som Kommissionens repræsentanter kræver, og at lade disse tage kopier heraf, samt på opfordring fra Kommissionens repræsentanter ufortøvet at afgive forklaring over for disse«.

15. Det fremgår af udtrykkene »fremlægge de forretningspapirer (...), som Kommissionens repræsentanter kræver«, og »afgive forklaring« over for disse, at selskaberne efter beslutningerne ikke alene var forpligtet til at tolerere kontrolundersøgelserne, men også til aktivt at samarbejde. Med få undtagelser [4] er den herskende opfattelse i teorien, at der af selve artikel 14, stk. 3, ud-

3 — Den tyske version af den til Hoechst rettede beslutning anvender kun udtrykket »omfattet af undersøgelsens genstand«, for så vidt angår de forklaringer, som Kommissionens repræsentanter vil kunne forlange. Dette er imidlertid kun udtryk for en konciperingsfejl, som ikke kunne få og da heller ikke fik nogen konsekvenser. For det første fremgår det af betragtningerne til beslutningen, at de foranstaltninger, som der blev truffet bestemmelse om, kun vedrørte de aftaler eller den samordnede praksis, som Kommissionen havde mistanke om forelå. For det andet har Hoechst ikke rejst indvendinger i anledning af, at kontrolundersøgelsen ikke kunne gå ud over den således fastlagte genstand, idet selskabet alene har gjort gældende, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har præciseret denne genstand.

4 — Blum: *Die Auskunfts- und sonstigen Ermittlungsrechte der Kartellbehörden*, doktoratafhandling, Heidelberg 1986, s. 252; Deringer: *Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar*, 1962 (ajourført 1963), Rdnr. 9 zu art. 14 VO n° 17; Goldman et Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, 4. udgave 1983, nr. 699, s. 791.

springer en forpligtelse for virksomhederne til at samarbejde[5]. Jeg vil senere vende tilbage til dette aspekt af problemet.

16. Beslutningerne om kontrolundersøgelserne indeholder ingen angivelser med hensyn til, hvilke *konkrete* dokumenter Kommissionens repræsentanter skulle undersøge. Der henvises alene til »forretningspapirer omfattet af undersøgelsens genstand«. Hoechst gør under henvisning hertil gældende, at »selv en *frivillig* fremlæggelse af forretningspapirer med henblik på at efterkomme en beslutning om en kontrolundersøgelse er omfattet af begrebet ransagning, når Kommissionen hverken er bekendt med papirernes nøjagtige art eller konkrete indhold« (protokollat fra kontrolundersøgelsen den 2. april 1987, citeret på s. 7 i replikken). Jeg kan ikke være enig med Hoechst heri, da der — som jeg senere vil redegøre for — i henhold til samtlige nationale retsordener gælder undersøgelsesprocedurer, der forudsætter et samarbejde fra de pågældende virksomheders side, og hvorved de nationale forvaltningsmyndigheder ikke på forhånd ved, om de vil få adgang til oplysninger, på grundlag af hvilke det kan fastslås, at en virksomhed har gjort sig skyldig i en retsstridig handlemåde, ligesom myndighederne så meget desto mindre vil kunne have kendskab til oplysningernes art. Sådanne procedurer anses ikke dermed som udtryk for ransagninger.

17. Tilbage står det spørgsmål, hvorledes Kommissionens repræsentanter over for virksomhedens skal angive, hvilke dokumenter de ønsker at gennemse.

18. Det er i denne forbindelse åbenbart, at de f. eks. kan forlange at få udleveret »firmaets korrespondance inden for de sidste tre år med andre producenter af PVC eller polyætylen« eller »referaterne af bestyrelsesmøder afholdt i perioden 1983-1987«, men kan de også kræve at gennemse »alle papirer, der omhandler markedsføring af PVC«, eller »de papirer, der befinder sig i marketingschefens skrivebord«, eller endog »papirerne i dette skab« eller »papirerne i denne skuffe«?

19. Efter min opfattelse er alle de nævnte fremgangsmåder antagelige af følgende grunde. I henhold til artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 17 kan Kommissionen »foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser«. Nærmere bestemt hedder det i bestemmelsen: »I dette øjemed har Kommissionens befuldmægtigede repræsentanter følgende beføjelser:

a) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer;

b) at tage afskrifter eller ekstraudskrifter af bøger og forretningspapirer;

c) at kræve mundtlige forklaringer på stedet;

d) at få adgang til virksomhedernes samtlige lokaler, grunde og transportmidler.«

5 — Gleiss og Hirsch: *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3. oplag 1978, Rdnr. 25 zu Art. 14 VO n° 17; Graupner: »The Investigatory Powers of the European Commission in Anti-Trust Cases«, *International Business Lawyer* 1981, s. 453; Kuyper og van Rijn: »Procedural Guarantees and Investigatory Methods in European Law, with Special Reference to Competition, 1982«, *Yearbook of European Law*, s. 13; Schröter: »Kommentar zu Art. 87 EWG-Vertrag«, i V. D. Groeben, Thiesing et Ehlermann: *Handbuch des Europäischen Rechts*, bind 8, 212. Nov. 1984, Art. 87 EWGV Rdnr. 38; Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, s. 606 og 607.

20. Det må antages at fremgå af denne opregning af Kommissionens beføjelser, jfr. herved navnlig dens repræsentanters ret til at få adgang til alle lokaler og endog transportmidler, at disse kan undersøge enhver genstand, som befinder sig dér, og forlange at få udleveret dem, de ønsker. Hvilket formål ville deres ret til at få adgang ellers tjene? Man kan f. eks. forestille sig, at Kommissionens repræsentanter gennem et vindue pludselig opdager, at nogle medarbejdere er i færd med at anbringe nogle sagsmapper på en lastvogn. De må i så fald have ret til at lade en af deres kolleger gå ud og forlange, at dette standses, og at den pågældende dokumentation forevises vedkommende.

21. Den opgave, som Kommissionens repræsentanter udfører, er således på ingen måde sammenlignelig med det arbejde, der udføres af nationale myndigheders repræsentanter, som gennemfører en skatteretlig eller arbejdsretlig undersøgelse. For så vidt angår skattespørgsmål, undersøger de pågældende ganske bestemte former for dokumenter, nemlig bogføringspapirer og regninger i forbindelse med køb og salg, mens det for arbejdsretlige spørgsmål gælder, at det navnlig er lønsedler og dokumenter vedrørende personalet, der kommer ind i billedet.

22. Såfremt Kommissionens repræsentanter kun havde krav på at få forevist traditionelle dokumenter, som findes i enhver virksomhed, f. eks. korrespondance og formelle referater fra møder i virksomhedens ledelse, ville de formentlig aldrig være i stand til at finde oplysninger om et retsstridigt kartel. Sådanne oplysninger findes normalt på — ofte håndskrevne — »løsblade« i form af f. eks. notater fra hemmelige møder uden for virksomheden, der nogle gange vil blive afholdt i et hotel i et land uden for Fællesskabet, idet sådanne notater vil kunne omfatte forkortelser og henvisninger i kodeform.

23. Ofte er det regnskaber fra rejser foretaget af firmaets ledelse, der — sammenholdt med rejseregnskaber for ledelsen i andre virksomheder, som er genstand for kontrolundersøgelser — vil gøre det muligt for Kommissionen at få kendskab til, hvilke virksomheder der må antages at have deltaget i det pågældende kartel, på hvilket tidspunkt den pågældende samordning er blevet aftalt osv. Hensynet til Fællesskabet kræver, at de, der har til opgave at sikre en virkeliggørelse af målsætningen med Traktatens artikel 3, litra f), og en overholdelse af reglerne i artiklerne 85 og 86, har mulighed for også at få adgang til dokumenter af denne art, når der består en tilstrækkeligt begrundet mistanke om, at der foreligger retsstridige forhold. Jeg mener på denne baggrund, at Kommissionens repræsentanter også har krav på at få forevist mapper tilhørende virksomhedens ledelse og endog de pågældende medarbejderes kalenderbøger med henblik på at undersøge, om der dér findes dokumenter eller oplysninger vedrørende medarbejdernes professionelle virksomhed.

24. Jeg bemærker endvidere, at det er Kommissionen selv og kun den, som det — med forbehold af Domstolens enekompetence til at efterprøve lovligheden heraf — tilkommer at undersøge, hvorvidt de dokumenter, den kræver udleveret, har sammenhæng med genstanden for den undersøgelse, den er i færd med at gennemføre.

25. Rigtigheden heraf har Domstolen udtrykkeligt bekræftet i sin dom af 18. maj 1982, AM & S mod Kommissionen (sag 155/79, Sml. s. 1575, 1609 og 1610, præmis 17). Domstolen udtalte nærmere, at

»eftersom de dokumenter, som Kommissionen kan kræve fremlagt, er sådanne, som den finder det 'nødvendigt' at få fremlagt

for at afsløre overtrædelser af Traktatens konkurrenceregler, jfr. artikel 14, stk. 1, ... følger det... heraf, at det principielt tilkommer Kommissionen selv og ikke den pågældende virksomhed eller en tredjemand, det være sig en sagkyndig eller en voldgiftsinstans, at afgøre, om et dokument skal fremlægges for den« (præmis 17).

26. Det er rigtigt, at Domstolen har fastslået, at der gælder visse grænser for Kommissionens »vidtgående *efterforsknings-* og kontrolbeføjelse«[6], f. eks. dem, der konkret følger af retten til at bevare den fortrolige karakter af en korrespondance mellem advokat og klient, for så vidt der er tale om korrespondance som led i og med henblik på klientens ret til kontradiktion, og forudsat at der er tale om uafhængige advokater, dvs. personer, der ikke står i et ansættelsesforhold til klienten. Men selv i tilfælde, hvor virksomheden hævder, at de dokumenter, der forlanges fremlagt, henhører under denne kategori, kan Kommissionen på grundlag af artikel 14, stk. 3, pålægge virksomheden at fremlægge den pågældende korrespondance og om nødvendigt pålægge virksomheden en bøde eller tvangsbøder, såfremt den nægter dette (præmis 31).

27. Virksomheden kan således i intet tilfælde selv afgøre, hvilke dokumenter den er villig til at fremlægge, hvilket også gælder, selv om den er af den opfattelse, at nogle dokumenter bør nyde en beskyttelse på grundlag af det almindelige fortrolighedsprincip, der er fælles for samtlige medlemsstaters retsordener. Domstolen har fastslået, at virksomhedens interesser er tilstrækkeligt beskyttet ved retsmidlerne i Traktatens artikler 185 og 186, jfr. herved artikel 83 i Domstolens procesreglement, hvorefter der kan træffes bestemmelse om en udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning eller om andre foreløbige forholdsregler (præmis 32). I dommen af 24. juni 1986, AKZO Chemie mod Kommissionen (sag 53/85, Sml. s. 1965, 1992), har Domstolen endvidere fastslået, at det tilkommer Kommissionen at afgøre, om et bestemt dokument indeholder forretningshemmeligheder, for hvilke der gælder en beskyttelse mod udbredelse i henhold til et generelt princip, som finder anvendelse under den administrative procedures forløb (præmisserne 28 og 29).

28. Når det er et led i Kommissionens beføjelser, at den kan kræve en fremlæggelse af endog dokumenter, som virksomheden finder er beskyttet i henhold til almindelige retsgrundsætninger, og — med forbehold af Domstolens enekompetence til at efterprøve lovligheden heraf — anlægge en vurdering med hensyn til, om dette virkelig er tilfældet, må Kommissionen også selv kunne undersøge, hvorvidt de dokumenter, som den kræver udleveret, har sammenhæng med undersøgelsens genstand. Kommissionens repræsentanter må derfor nødvendigvis have krav på at få udleveret dokumenter, som det ikke på forhånd er sikkert indeholder oplysninger af relevans for undersøgelsen, ligesom de ikke mindst må kunne kræve at få udleveret samtlige dokumenter eller papirer i et skab eller en skuffe.

29. Tilbage står spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens repræsentanter selv kan udtage dokumenterne fra de skabe og skuffer, hvori de befinder sig, med henblik på at undersøge dem, i givet fald efter at have anmodet om, at de pågældende møbler åbnes. Dow Benelux og de tre spanske virksomheder, der ikke som Hoechst modsatte sig kontrolundersøgelsen, har anført, at Kommissionens repræsentanter gik frem på denne måde.

6 — Jfr. dommen i AM & S-sagen, præmis 15.

30. Kommissionen har da også under retsforhandlingerne for Domstolen gjort gældende, at den har ret hertil. I duplikken i sag 46/87 (Hoechst) beskriver Kommissionen på følgende måde, hvorledes dens repræsentanter normalt går frem:

»Når en repræsentant for Kommissionen befinder sig i et kontor, beder han om at få oplyst, hvor de pågældende dokumenter opbevares, og anmoder om at få adgang til skrivebordsskuffer eller kartoteksskabe for at undersøge, hvilke former for dokumenter disse indeholder. Er skufferne aflåste, forlanger han dem åbnet. *Når dette først er sket, er det uden betydning, om det er Kommissionens repræsentant selv eller den pågældende medarbejder i virksomheden, der udtager dokumenterne.* Normalt gennemser Kommissionens repræsentant al den foreliggende dokumentation for at undersøge, om der er indeholdt papirer af relevans for kontrolundersøgelsen. Der kan dermed ses bort fra dokumenter, der er uden sammenhæng med undersøgelsen, og papirer af privat art.« [s. 20, pkt. k)]

31. I duplikken i sag 85/87 (Dow Benelux) har Kommissionen gjort gældende, at »Kommissionens repræsentanter selv kan åbne uaflåste skabe og skriveborde, udtage dokumenter og andre papirer og gennemse og tage kopier af dem« (s. 8, første afsnit).

32. Endelig har Kommissionen i sit svar på Domstolens spørgsmål om, hvilke instruktioner den giver sine medarbejder, bl. a. oplyst, at »den medarbejder, der skal gennemføre kontrolundersøgelsen, personligt og i nærværelse af en repræsentant for virksomheden gennemgår samtlige kartoteker, skabe og skriveborde, som kan indeholde dokumenter, ligesom han gennemser samtlige dokumenter med henblik på en sortering; en hurtig gennemgang gør det i almindelighed muligt at udskille mange dokumenter uden interesse«.

33. Må det antages, at denne fremgangsmåde fra Kommissionens repræsentanters side er »dækket« af Kommissionens standardbeslutninger, hvorefter virksomhederne er forpligtet til »til gennemsyn at *fremlægge* de *forretningspapirer* omfattet af undersøgelsens genstand, som Kommissionen repræsentanter *kræver*, og at lade disse tage kopier heraf«?

34. Det er muligt at anlægge såvel en snæver som en vid fortolkning af udtrykket »fremlægge«. I snæver forstand kan der med dette ord menes, at de dokumenter, som Kommissionens repræsentanter kræver, skal udleveres til dem af firmaets repræsentanter. I bred forstand kan der med ordet menes, at virksomhedens pligt til at samarbejde omfatter en forpligtelse til at ledsage Kommissionens repræsentanter til de steder, hvor relevante dokumenter kan være opbevaret, eller til de lokaler, som Kommissionens repræsentanter selv forlanger at få adgang til, således at disse får fri adgang til samtlige de møbler, hvor dokumenter opbevares, med henblik på at udtage de dokumenter, der befinder sig dér, og undersøge dem.

35. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at sidstnævnte fortolkning ikke kan lægges til grund. Anvendelsen af udtrykkene »fremlægge de forretningspapirer ..., som Kommissionens repræsentanter kræver, og at lade disse tage kopier heraf«, sammenholdt med forpligtelsen for virksomhedens repræsentanter til »på opfordring fra Kommissionens repræsentanter ufortøvet at afgive forklaring«, leder mig til den antagelse, at Kommissionens repræsentanter i første række skal give virksomhedens repræsentanter lejlighed til aktivt at samarbejde ved undersøgelsen.

36. Det er utvivlsomt, at Kommissionens repræsentanter i så vidt omfang som muligt skal kunne sikre sig, at intet relevant dokument slipper uden om deres undersøgelse. Som jeg allerede har nævnt, må de derfor have krav på at få udleveret de dokumenter eller papirer, der befinder sig i et møbel, som de udpeger. Hvordan skal de ellers kunne finde oplysninger om virksomhedens forhold, som denne har interesse i at skjule, således at virksomhedens sørger for, at spor heraf ikke optræder i »traditionelle« dokumenter? Er dette rigtigt, er det i sidste instans ligegyldigt, om det er Kommissionens repræsentant selv eller den pågældende medarbejder i virksomheden, som udtager dokumenterne fra det møbel, hvori de befinder sig, og en virksomhed, der er fuldt ud indstillet på at opfylde sin pligt til at samarbejde, vil uden tvivl til sidst meddele Kommissionens repræsentanter: »Værsgo, De kan selv tage papirerne.«

37. Men denne situation er dog temmelig forskellig fra den, hvor Kommissionens repræsentanter straks giver sig til at foretage en egentlig gennemsøgning af møbler. Jeg er af den opfattelse, at en sådan beføjelse, der ubestrideligt må anses som en beføjelse til at gennemføre ransagninger, *er* indeholdt i artikel 14, men at dette kun gælder »ultima ratio«, og at beføjelsen kun kan bringes i anvendelse på de i artikel 14, stk. 6, fastlagte vilkår.

38. Denne fortolkning er efter min opfattelse den eneste, der er forenelig med indholdet af forordningens artikel 15, stk. 1, litra c). Denne bestemmelse hviler åbenbart på et princip om, at virksomhedens repræsentanter har pligt til at fremlægge de pågældende dokumenter, idet Kommissionen efter bestemmelsen kan pålægge en virksomhed bøder, såfremt den fortsætligt eller uagtsomt »under en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 13 eller *artikel 14* kun ufuldstændigt *fremlægger* de *forlangte* bøger eller øvrige forretningspapirer eller nægter at underkaste sig en kontrolundersøgelse, der er påbudt ved beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3«.

39. Den omstændighed, at første led af den nævnte bestemmelse angår artikel 14 som helhed, således at der ikke sondres mellem henholdsvis stk. 2 (kontrolundersøgelse på grundlag af en fuldmagt) og stk. 3 (kontrolundersøgelse på grundlag af en formel beslutning fra Kommissionen), viser efter min opfattelse, at det i begge tilfælde er virksomhedens repræsentanter, der skal udlevere dokumenterne til Kommissionens repræsentanter. En lignende opfattelse fremgår da også af en brochure udfærdiget af Kommissionen i 1984, *EF-Kommissionens kontrolbeføjelser på konkurrenceområdet.* Det hedder således på side 37: »Det er virksomhedens repræsentanter, der skal åbne skabene og udlevere dokumenterne til Kommissionens embedsmænd, som ikke uden videre selv må tage dokumenterne ud af skabene. Dersom virksomhedens repræsentanter nægter at fremlægge dokumenterne, gøres der bemærkning herom i et protokollat, og Kommissionens embedsmænd kan da anmode de nationale myndigheder om at iværksætte tvangsfuldbyrdelse.« Det er på den indledende side i brochuren ganske vist angivet, at denne »ikke [bør] tages som udtryk for Kommissionens officielle holdning til de berørte emner«, men dette kan dog ikke bortforklare, at den nævnte opfattelse dengang var den herskende i Kommissionens tjenestegrene.

40. Ordningen i henhold til artikel 14 er herefter følgende.

1) I de i stk. 2 omhandlede tilfælde har virksomheden ret til principielt at nægte at underkaste sig undersøgelsen, men såfremt den indvilger i det, har den pligt til at fremlægge samtlige de dokumenter, der kræves udleveret.

41. 2) Er der tale om den i stk. 3 omhandlede fremgangsmåde, har virksomheden pligt til at underkaste sig kontrolundersøgelsen *og* til at fremlægge samtlige de dokumenter, som kræves udleveret, idet den ellers vil kunne blive pålagt tvangsbøder og/eller en bøde. Jeg er enig med de forfattere, der er af den opfattelse[7], at Kommissionen også efter denne bestemmelse kun har en beføjelse til at få oplysninger og til at undersøge dokumenter (»Auskunfts- und Einsichtsrechte«), der modsvares af en pligt for virksomheden til at samarbejde. Jeg er enig med Mestmäcker[8] i, at »virksomhederne er forpligtet til at gøre det muligt for Kommissionens repræsentanter at udføre deres opgave således, at de ønskede oplysninger sagligt korrekt gives, uden at det er nødvendigt at anvende umiddelbar tvang« (»Die Unternehmen sind verpflichtet, den Bediensteten die Erfüllung ihrer Aufgabe so zu ermöglichen, daß ohne Anwendung von unmittelbarem Zwang die geforderten Aufschlüsse sachlich richtig gegeben werden«). Der må således sondres skarpt mellem den situation, hvor virksomheden samarbejder ved gennemførelsen af undersøgelsen, og den, hvor den ikke samarbejder. Den opfattelse, at Kommissionens repræsentanter som led i proceduren efter artikel 14, stk. 3, selv kan udtage dokumenter, skaber en uklarhed med hensyn til forholdet mellem denne procedure og proceduren efter artikel 14, stk. 6. Et yderligere argument til støtte for en sådan opfattelse med hensyn til indholdet af Kommissionens beføjelser er, at såfremt Kommissionen alene på grundlag af beslutningen om en kontrolundersøgelse straks kunne foretage en egentlig gennemsøgning af virksomhedens lokaler, er det vanskeligt at se, hvilket formål det ville tjene at have en ordning med en trussel om en bøde i anledning af en manglende fuldstændig fremlæggelse af bøger eller andre forretningspapirer.

42. 3) Endelig bemærker jeg, at såfremt virksomheden nægter at fremlægge et eller flere dokumenter, som Kommissionens repræsentanter ønsker at se — og dette gælder så meget mere, såfremt virksomheden endog nægter at åbne nogle aflåste skabe eller skuffer eller at udtage genstande fra en mappe tilhørende et medlem af ledelsen — må Kommissionens repræsentanter gøre optegnelse herom. Dette vil medføre en iværksættelse af den procedure, hvorved der træffes beslutning om en bøde eller om tvangsbøder, og Kommissionen vil i overensstemmelse med artikel 14, stk. 6, anmode den pågældende medlemsstat om, at Kommissionens repræsentanter får »den fornødne støtte til løsning af deres opgaver«. Sagt med andre ord, såfremt virksomheden nægter at udlevere indholdet af et møbel til Kommissionens repræsentanter, er dette udtryk for, at virksomheden i den i artikel 14, stk. 6, forudsatte betydning modsætter sig kontrolundersøgelsen, og Kommissionens repræsentanter kan ikke selv imødegå dette ved at udtage dokumenterne, idet en indgriben fra den pågældende medlemsstats repræsentanters side er nødvendig. Jeg mener, at denne konklusion også fremgår af en analogislutning fra bestemmelsen i Traktatens artikel 92 om tvangsfuldbyrdelse af råds- og kommissionsbeslutninger, som bestemmelsen i artikel 187 vedrørende fuldbyrdelse af domme afsagt af Domstolen i øvrigt indeholder en henvisning til. Jeg er af den opfattelse, at det fremgår af denne bestemmelse, at det i EØF-Traktaten er tilsigtet, at indgreb, som må sidestilles med direkte tvang, er forbeholdt medlemsstaterne.

7 — W. Kreis: »Ermittlungsverfahren der EG-Kommission in Kartellsachen«, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, hæfte 5, maj 1981, s. 281, navnlig på s. 291; W. A. Rehmann, »Zur Vollstreckung einer Nachprüfungsentscheidung der Kommission der EG«, *NJW* 1987, hæfte 48, s. 3061 f.

8 — Mestmäcker, op. cit., s. 607.

43. Artikel 14, stk. 6, opstiller en *pligt for medlemsstaterne til at nå et bestemt resultat* i den forstand, at de skal gøre det muligt for Kommissionens repræsentanter at undersøge, om bestemte dokumenter i virksomhedens besiddelse kan godtgøre, at virksomheden deltager i et kartel. I henhold til sidste sætning i stk. 6 skulle medlemsstaterne inden den 1. oktober 1962 efter at have rådført sig med Kommissionen træffe de fornødne forholdsregler til at opfylde den nævnte forpligtelse.

44. Den omtalte sætning var ikke indeholdt i det forordningsforslag, som Kommissionen havde fremlagt for Parlamentet og Rådet. Det kan ikke udelukkes, at sætningen blev indsat af Rådet efter udtalelsen fra Parlamentets Udvalg om et indre marked (betænkning af 7. september 1961, dokument 57, den såkaldte Deringer-betænkning), hvorefter en ransagning burde forudsætte en afgørelse fra en retsinstans. Men det er under alle omstændigheder ikke længere muligt i dag at afgøre, om Rådet dermed ville opfordre medlemsstaterne til at tilpasse deres nationale lovgivninger således, at en retskendelse ikke skulle være nogen forudsætning for at kunne foretage indgreb på grundlag af artikel 14, stk. 6 (f. eks. ved i en lov at indsætte en bestemmelse om, at sådanne indgreb bør anses for uopsættelige), eller om Rådet blot ville overlade det til den enkelte medlemsstat at vælge de midler, der bør bringes i anvendelse, herunder i givet fald en ordning forudsættende en retskendelse.

45. Hvad der derimod består en vished for, er, at der skulle gælde ordninger, som gør det muligt for Kommissionens repræsentanter at få adgang til eftersøgte dokumenter, uden at virksomheden får tid til at lade dem forsvinde.

46. Under alle omstændigheder har ingen medlemsstat på grundlag af artikel 14, stk. 6, indført ordninger, som strider mod den herskende nationale retsopfattelse med hensyn til den beskyttelse, som det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed bør nyde, for så vidt angår virksomheder. Det gælder derfor i alle tilfælde, hvor Kommissionen retter henvendelse til de nationale myndigheder for at imødegå en modstand fra en virksomhed, at beskyttelsen af denne grundrettighed uden videre sker i det omfang, som er gældende i henhold til den nationale retsorden.

47. Tilbage står dog at undersøge, hvorvidt en kontrolundersøgelse, i forbindelse med hvilken Kommissionens repræsentanter ikke går videre end til at anmode om en fremlæggelse af dokumenter, som de angiver, uden selv at gennemsøge de pågældende møbler, er udtryk for en krænkelse af det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed, *fordi undersøgelsen gennemføres under trussel om en bøde eller tvangsbøder.* Det må således være klart, at såfremt en virksomhed ganske frivilligt måtte samarbejde med Kommissionens repræsentanter, kan der ikke opstå noget problem vedrørende en krænkelse af den nævnte grundrettighed.

48. For at besvare det nævnte spørgsmål er det nødvendigt at undersøge retstilstanden i henhold til de nationale retsordener og inddrage, hvad der kan udledes af den europæiske menneskerettighedskonvention og af Domstolens praksis.

B — *Hvad kan der udledes af de nationale retsordener, den europæiske menneskerettighedskonvention og Domstolens praksis?*

49. I *Belgien* indeholder forfatningens artikel 10 bestemmelse om, at

»boligen er ukrænkelig: husundersøgelser må kun ske i de ved lov fastlagte tilfælde og på de ved lov fastlagte vilkår«.

50. Rent bortset fra, at der er uenighed om, hvorvidt dette princip overhovedet finder anvendelse på juridiske personer og forretningslokaler, har selve *forfatningen* således *ikke* gjort husundersøgelser betinget af, at der foreligger en *forudgående retskendelse. Lovgiver* har indført bestemmelse om, at undersøgelser og ransagninger i *private boliger* forudsætter en forudgående retskendelse, hvorimod der efter lovgivningen uden forudgående retskendelse i meget vidt omfang kan ske kontrolundersøgelser, for så vidt angår skatteretlige og socialretlige spørgsmål og spørgsmål, der angår prislovgivningen og lovgivningen om handelspraksis. De pågældende embedsmænd kan efter disse beføjelser i almindelighed få adgang til ethvert forretningslokale og gennemse og kopiere eller endog beslaglægge ethvert relevant dokument, hvorved der kan anmodes om bistand fra ordensmagten. Der synes kun at være uenighed om, hvorvidt de pågældende embedsmænd selv kan åbne skabe og gennemsøge arkiver[9].

51. Hvad angår *konkurrenceforhold,* indeholder lov af 27. maj 1960 om indgreb mod misbrug af en dominerende økonomisk stilling *hjemmel til at gennemføre ransagninger uden forudgående retskendelse.* Endvidere indeholder lov af 28. juli 1987 om gennemførelse af forordninger og direktiver udstedt i medfør af EØF-Traktatens artikel 87 (*Moniteur belge* af 24.9.1987, s. 138171), hvad angår fastlæggelsen af de beføjelser, som tillægges de nationale embedsmænd, der skal bistå Kommissionens repræsentanter, en ordret gengivelse af artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 17. I henhold til denne lovs artikel 2, stk. 3, ifalder den et strafansvar, som forsætligt lægger hindringer i vejen for, at der ydes bistand eller gennemføres kontrolundersøgelser. Ifølge kongelig anordning af 1. februar 1988 om gennemførelse af artiklerne 12 og 14 i forordning nr. 17 (*Moniteur belge* af 11.2.1988, s. 22021) udstedes skriftlige bemyndigelser til at gennemføre kontrolundersøgelser af chefen for »Service de l'inspection générale économique«, og ikke af et medlem af nogen retsinstans.

52. I *Danmark* indeholder selve grundloven (§72) bestemmelse om, at husundersøgelser, beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer alene må ske efter en retskendelse, hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse. Dette princip finder også anvendelse på juridiske personer, for så vidt der er tale om lokaler, hvortil offentligheden ikke har adgang. Det — gennem lang tid omstridte — spørgsmål, hvorvidt princippet ud over inden for strafferetsplejen også gælder administrative tvangsindgreb, må nu formentlig endeligt besvares bekræftende, men det forholder sig under alle omstændigheder således, at lovgiver kan fravige princippet.

53. Dette skete dog hverken ved lov nr. 102 af 31. marts 1955 om konkurrencebegrænsninger eller ved lov nr. 505 af 29. november 1972, der blev udstedt for at gennemføre artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17. Som udgangspunkt forudsætter enhver form for kontrolundersøgelse således en retskendelse. Såfremt en virksomhed indvilger i at underkaste sig en kontrolundersøgelse, kan den pågældende myndighed dog gennemføre denne uden en forudgående retskendelse.

54. Jeg bemærker dog, at fremgangsmåden i forbindelse med lov nr. 505 er, at en dansk retsinstans, før den giver bemyndigelse til en

9 — Van Fraeyenhoven: »Le respect de la vie privée et le pouvoir d'investigation du fisc«, *Annales de droit de Louvain,* 1984, s. 85 f.

gennemførelse af de foranstaltninger, som der ved en kontrolundersøgelsesbeslutning fra Kommissionen er blevet truffet bestemmelse om, blot vil efterprøve, om en sådan beslutning er truffet, uden at tage stilling til, om beslutningen er velbegrundet.

55. Endelig bemærker jeg, at Højesteret i en dom afsagt i 1976 udtalte, at selv om et administrativt kontroleftersyn måtte være omfattet af grundlovens bestemmelse om en forudgående retskendelse, kunne dette ikke være til hinder for en lovgivning, hvorefter en person, der nægter at underkaste sig eftersynet — også selv om dette ikke har været genstand for en sådan retskendelse — kan pålægges en bøde.

56. I *Tyskland* gælder det i henhold til forfatningens artikel 13, at »boligen er ukrænkelig«, idet det i bestemmelsens stk. 2 hedder:

»Kun domstolene samt i uopsættelige tilfælde de andre myndigheder, som ved lov er bemyndiget hertil, kan træffe bestemmelse om ransagninger, og ransagninger må kun gennemføres under overholdelse af de ved lov fastsatte formforskrifter.«

I henhold til forfatningens artikel 19, stk. 3, gælder grundrettighederne også juridiske personer, og der er i retspraksis og i teorien enighed om, at begrebet »bolig« også omfatter forretningslokaler.

57. I §46 i lov af 27. juli 1957 om forbud mod begrænsninger i konkurrencen (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) sondres der mellem en kompetence til *at gennemføre kontrolforanstaltninger (»Einsichts- und Prüfungsrecht«)* og en beføjelse til at gennemføre ransagninger (»Durchsuchungsrecht«). Sondringen kan i praksis være vanskelig at drage, men ved afgrænsningen af begrebet ransagning henvises der i almindelighed til de kriterier, som Bundesverfassungsgericht har lagt til grund i sin kendelse af 3. april 1979 (BVerfG E 51, s. 97, 107). I henhold til denne definition er det centrale led i begrebet ransagning, at »statslige myndigheder i et bestemt øjemed og med et bestemt formål foretager en gennemsøgning med henblik på at opspore personer eller genstande eller afklare faktiske omstændigheder, således at dette tjener til at få oplysning om, hvad indehaveren af den pågældende bolig ikke uden videre vil fremlægge eller udlevere« (»... kennzeichnend ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will«).

58. Hvad derimod angår beføjelsen til at gennemføre kontrolforanstaltninger, som omfatter et krav på at få adgang til den pågældende virksomheds lokaler, kan der på grundlag heraf kun ske en undersøgelse af de *dokumenter*, som virksomhedens ledelse *fremlægger* for vedkommende myndighed. Det er således et led i kontrolforanstaltninger, at virksomhedens repræsentanter samarbejder, hvorimod en ransagning kan finde sted, uden at virksomhedens repræsentanter medvirker.

59. Det er ikke dermed sagt, at et aktivt samarbejde fra virksomhedens side ikke kan »gennemtvinges« ved hjælp af tvangsbøder eller trussel om bøder, dvs. administrative tvangsforanstaltninger. Såfremt virksomhedens repræsentanter, der er *forpligtet til at samarbejde* ved gennemførelsen af kontrolforanstaltningerne, *nægter* dette, er der således tale om en *retsstridig manglende opfyldelse af en forpligtelse efter en forvaltningsakt.* Men nægter virksomheden på trods af de nævnte pressionsmidler vedholdende at samarbejde, kan dette kun endeligt imødegås ved hjælp af en ransagningskendelse, som er det eneste grundlag, på hvilket der kan anvendes fysisk tvang (»unmittelbarer Zwang«). I overensstemmelse hermed synes det at være praksis hos de pågældende myndigheder, at disse fremsætter begæring om

en ransagningskendelse, hver gang der er grund til at antage, at en virksomhed ikke frivilligt vil fremlægge alle de dokumenter, som vedkommende myndighed ønsker at få adgang til.

60. Som det fremgår af den måde, medarbejderne i Bundeskartellamt optrådte på i Hoechsts tilfælde, synes man også — med de følger, der er forbundet hermed — at have baseret sig på den nævnte sondring i forbindelse med anvendelsen af den tyske lov af 17. august 1967 om gennemførelse af forordning nr. 17, selv om dennes §3, stk. 2, indeholder udtrykkelig bestemmelse om, at en anvendelse af fysisk tvang (»unmittelbarer Zwang«) kun forudsætter, at de pågældende medarbejdere har fået udstedt en skriftlig bemyndigelse fra præsidenten for Bundeskartellamt.

61. Hvad angår *Grækenland*, indeholder artikel 9, stk. 1, i forfatningen af 1975 følgende bestemmelse:

»Boligens fred er ukrænkelig. Privatlivet og familielivet er ukrænkeligt. Ransagninger i boliger må kun gennemføres i de tilfælde og efter de formforskrifter, der er fastsat ved lov, og en repræsentant for den dømmende magt skal altid være til stede.«

62. Det antages, at denne bestemmelse også gælder juridiske personer, men praksis efter lovgivningen, herunder for så vidt angår konkurrenceforhold, er den, at begrebet bolig opfattes snævert, dvs. at det ikke omfatter forretningslokaler, således at kravet om, at en repræsentant for den dømmende magt skal være til stede, kun skal være opfyldt, når der er tale om ransagninger i private boliger.

63. I hvert fald henviser artikel 26, stk. 1, i lov nr. 703/77 om kontrol med monopoler og oligopoler og om beskyttelse af den frie konkurrence — der indeholder en udtømmende opregning af de beføjelser, som tillægges de embedsmænd, der gennemfører kontrolforanstaltninger — kun til de forfatningsmæssige krav, for så vidt angår ransagninger i boliger [litra c)], men ikke for så vidt angår andre former for kontrolforanstaltninger som f. eks. kontrol med bøger, bilag eller andre dokumenter [litra a)] eller undersøgelser i kontorer og andre lokaler hos virksomheder og sammenslutninger af virksomheder [litra c)]. Jeg bemærker endvidere, at de pågældende embedsmænd udtrykkeligt råder over de samme beføjelser som dem, der er tillagt skattekontrollører, som efter en række love er undtaget fra forpligtelsen til at opnå en retskendelse. Endelig bemærker jeg, at det må antages at fremgå af en udtalelse, nr. 1381/1981, om lovligheden af et påtænkt dekret vedrørende miljøbeskyttelse, som det græske øverste forvaltningsråd har afgivet, at administrative kontrolforanstaltninger i lokaler tilhørende industrielle eller håndværksmæssige virksomheder ikke er udtryk for ransagninger som omhandlet i forfatningens artikel 9.

64. I *Spanien* indeholder artikel 18, stk. 2, i forfatningen af 1978 bestemmelse om, at

»boligen er ukrænkelig«, og om, at »ingen har ret til at tiltvinge sig adgang til en bolig eller til at gennemføre en ransagning dér uden indehaverens samtykke eller en retskendelse, bortset fra i tilfælde af åbenbare og fortsat pågående lovovertrædelser«.

65. Efter forfatningsdomstolens dom af 17. oktober 1985, 124/85, må det antages at stå fast, at også juridiske personer er beskyttet efter denne bestemmelse.

66. Som i Danmark har kravet om en forudgående retskendelse således karakter af et

forfatningsretligt princip. Og på samme måde kan den pågældendes samtykke gøre en sådan kendelse overflødig, medmindre andet er fastsat ved lov [10].

67. Tilbage står, at hvad angår *konkurrenceforhold*, er de embedsmænd, der skal gennemføre de kontrolforanstaltninger, som vedkommende myndighed finder nødvendige, ved lov nr. 110 af 20. juli 1963 (represión de prácticas restrictivas de la competencia) blevet tillagt de samme beføjelser som dem, skattemyndighedernes embedsmænd har i henhold til loven. Sidstnævnte embedsmænd har i henhold til en lov af 28. december 1963 (Ley general tributaria), der navnlig er blevet uddybet ved en gennemførelsesbekendtgørelse af 25. april 1986 (Reglamento general de la inspección de los tributos), en ret til at få adgang til og gennemføre ransagninger i områder, hvor erhvervsmæssig aktivitet udøves, på grundlag af en skriftlig bemyndigelse fra skattemyndighederne, idet dette også gælder, selv om den pågældende retsundergivne modsætter sig dette. En retskendelse — når samtykke ikke foreligger — kræves kun, når det drejer sig om at få adgang til boliger, uanset om der er tale om fysiske eller juridiske personer.

68. I henhold til Real Decreto 1882 af 29. august 1986 er det de nævnte embedsmænd tilknyttet økonomiministeriets generaldirektorat for konkurrenceanliggender, der på grundlag af en skriftlig bemyndigelse fra generaldirektøren skal yde bistand ved gennemførelsen af de kontrolundersøgelser, som Kommissionen ønsker foretaget.

69. I *Frankrig* er princippet om boligens ukrænkelighed dybt forankret i den forfatningsretlige tradition. I dag anses princippet som et led i grundsætningen om den personlige frihed, der er knæsat i artikel 66 i forfatningen af 1958. Begrebsligt er udgangspunktet således spørgsmålet om menneskets værdighed, og graden af beskyttelse afhænger af, hvilke former for lokaler mv. der er tale om, dvs. om disse har privat- eller erhvervskarakter, og om de tilhører en fysisk eller en juridisk person. Den seneste lovgivning går ubestrideligt i retning af en meget høj grad af beskyttelse, herunder for så vidt angår forretningslokaler.

70. I bekendtgørelse 86/1243 af 1. december 1986 om fri prisdannelse og konkurrence sondres der således mellem to former for undersøgelser. I henhold til bekendtgørelsens artikel 47, der indeholder en så at sige positivt affattet hjemmel, har de pågældende embedsmænd krav på *at få adgang til alle lokaler, områder og transportmidler med erhvervskarakter*, ligesom de *kan anmode om at få tilsendt forretningspapirer med henblik på at tage kopier af disse.* I henhold til artikel 48, der er så at sige restriktivt affattet, kan de pågældende embedsmænd kun »gennemsøge ethvert sted« og beslaglægge dokumenter efter en forudgående kendelse fra præsidenten for tribunal de grande instance i vedkommende retskreds. Når de pågældende embedsmænd således vil gennemføre en aktiv undersøgelse og ikke nøjes med at få tilsendt dokumentation, dvs. at de selv vil eftersøge relevant materiale, forudsætter dette en forudgående retskendelse. Endvidere indeholder artikel 48 bestemmelse om, at »retten efterprøver, om den fremsatte begæring er berettiget«, idet »begæringen skal indeholde en angivelse af de oplysninger, der begrunder gennemsøgningen«.

71. Denne meget høje grad af beskyttelse er baseret på en relativt nylig afgørelse af 29. december 1983 fra Conseil constitutionnel, hvorefter kun domstolene kan træffe bestemmelse om ransagninger med henblik på

10 — I henhold til strafferetsplejeloven forudsætter adgang til og ransagning i en bolig et samtykke og en givet bemyndigelse, således at der kræves en begrundet retskendelse, såfremt disse betingelser ikke er opfyldt.

efterforskning af konkret fastlagte overtrædelser af lovgivningen, idet ransagninger kun kan gennemføres under domstolenes kontrol og på deres ansvar, og det må på denne baggrund være indlysende, at denne høje grad af beskyttelse også gælder i forbindelse med bekendtgørelse nr. 72-151 af 18. februar 1972 om anvendelse af Rom-Traktatens artikler 85-87 vedrørende kartelle r og virksomheder med en dominerende stilling, for så vidt kontrolundersøgelser, som Kommissionen anmoder de franske myndigheder om at gennemføre eller yde bistand i forbindelse med, omfatter »en gennemsøgning ethvert sted« i den i fransk lovgivning forudsatte betydning.

72. I *Irland* gælder i henhold til forfatningens artikel 40, stk. 5, følgende om boligens ukrænkelighed:

»The dwelling of every citizen is inviolable and shall not be forcibly entered save in accordance with law.«

73. Det må antages at fremgå af retspraksis, at denne forfatningsretlige beskyttelse hverken gælder juridiske personer eller forretningslokaler.

74. I overensstemmelse hermed indeholder en række irske love, herunder navnlig love vedrørende skatte-, social- og toldspørgsmål, hjemmel for myndighederne til at få adgang og gennemføre kontrolforanstaltninger uden en forudgående retskendelse, for så vidt angår lokaler mv., hvorfra der drives erhvervsmæssig virksomhed, idet myndighederne i visse tilfælde kan gå så langt som til at fjerne forretningspapirer og beholde dem indtil udløbet af en rimelig frist. De nævnte love tillægger dog ikke de pågældende embedsmænd beføjelse til at tiltvinge sig adgang med magt eller til at foretage en ubegrænset gennemsøgning. Men hvis den pågældende retsundergivne nægter at medvirke, kan vedkommende udsættes for en strafferetlig forfølgning.

75. Det samme gælder konkurrenceforhold. I henhold til Restrictive Practices Act af 1972 kan »examiner« uden forudgående retskendelse træffe bestemmelse om en kontrolundersøgelse på et hvilket som helst tidspunkt, der er rimeligt, »for the purposes of obtaining any information necessary for the exercise of his functions«. Vil indehaveren forhindre undersøgelsen, må han — idet han ellers strafferetligt kan forfølges — fremsætte begæring til High Court, for hvilken sagen skal indbringes inden syv dage, om at opnå en kendelse om, at undersøgelsen strider mod »common good«. Så længe det modsatte ikke er bevist, består der en formodning for, at undersøgelsen opfylder det nævnte krav, og normalt bekræftes rigtigheden af formodningen, når undersøgelsen må anses som en forudsætning for at kunne udarbejde en behørig og nøjagtig rapport.

76. Efter irsk ret er det således som udgangspunkt kun, såfremt en virksomhed modsætter sig en kontrolundersøgelse, at domstolene skal inddrages.

77. I *Italien* indeholder forfatningens artikel 14 bestemmelse om, at »boligen er ukrænkelig«. Det står fast, at princippet også gælder forretningslokaler og juridiske personer. I artikel 14, stk. 2 og 3, sondres der herefter mellem på den ene side »ispezioni o perquisizioni o sequestri«, der kun kan gennemføres i de tilfælde og på de vilkår, som fastsættes ved lov i overensstemmelse med de retssikkerhedsmæssige garantier, der tilsigter at beskytte den personlige frihed, og på den anden side »*accertamenti e ispezioni*«, hvorved der gennemføres en kontrol, for så vidt angår sundhedsmæssige, økonomiske og skattemæssige forhold, idet sådanne kontrolforanstaltninger er reguleret i særlige love.

78. Kun ransagninger kræver principielt en forudgående retskendelse. Hvad derimod angår de love, der er blevet udstedt for at regulere spørgsmålet om kontrolundersøgel-

ser mv., navnlig for så vidt angår sundheds-, arbejdssikkerheds-, told- og skattespørgsmål, tillægger disse i almindelighed de pågældende embedsmænd vide beføjelser til uden forudgående retskendelse at inspicere lokaler mv. og kontrollere bøger og dokumenter.

79. I henhold til republikkens præsidents dekret nr. 884 af 22. september 1963, der blev udstedt til gennemførelse af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17, kan »polizia tributaria« om fornødent tilkaldes til at yde assistance til de medarbejdere i Ministeriet for Industri og Handel, der bistår Kommissionen. Disse embedsmænd har *krav på at få adgang til og en ret til at gennemføre kontrol- og undersøgelsesforanstaltninger* i lokaler tilhørende handels- og industrivirksomheder. Forfatningsdomstolen har dog fastslået, at disse beføjelser ikke omfatter en ret til at åbne mapper, pengeskabe eller døre, som den pågældende virksomhed nægter at åbne. Undersøgelsen bliver dermed til en ransagning, der forudsætter en forudgående retskendelse, da der gribes til tvangsindgreb.

80. I *Luxembourg* svarer retstilstanden i vidt omfang til den belgiske. Som tilfældet er i belgisk ret, indeholder selve forfatningen (artikel 15) ikke nogen bestemmelse, hvorefter husundersøgelser forudsætter en forudgående retskendelse, idet det er overladt til lovgivningsmagten at fastlægge, i hvilke tilfælde og på hvilke vilkår der kan ske husundersøgelser. Det er endnu ikke i retspraksis blevet afgjort, om den nævnte forfatningsretlige beskyttelse også gælder juridiske personer.

81. Bortset fra inden for strafferetsplejen har lovgivningsmagten i Luxembourg ikke indført bestemmelse om, at adgang til og ransagninger i forretningslokaler forudsætter en retskendelse. Hvad angår indkomstskat og indirekte skatter, herunder navnlig moms, har skatte- og afgiftsmyndighederne ikke alene en beføjelse til at kræve dokumenter, men også en beføjelse til at gennemføre kontrolforanstaltninger, herunder i form af husundersøgelser. I henhold til loven om tilsyn med finanssektoren, som affattet ved den konsoliderede udgave af 15. april 1986, kan det luxembourgske valutainstituts direktion »udtage eller lade befuldmægtigede repræsentanter for instituttet udtage bøger, regnskaber, registre og andre papirer og dokumenter tilhørende kreditinstitutter«. Hvad angår *konkurrenceretten*, råder de pågældende embedsmænd over »de fornødne beføjelser til at gennemføre undersøgelser«, og dette forudsætter kun en bemyndigelse udstedt af ministeren for økonomi og selvstændige næringsdrivende, idet embedsmændene kan anmode om bistand fra ordensmagten.

82. Lov af 9. august 1971 om gennemførelse af beslutninger, afgørelser og direktiver og om sanktioner i forbindelse hermed samt om sanktioner i forbindelse med EF-forordninger vedrørende økonomiske forhold, landbrug, skovbrug, sociale spørgsmål og transport indeholder hjemmel for de embedsmænd, der skal efterforske overtrædelser af sådanne retsakter, til uden nogen ransagningskendelse at få adgang til lokaler, områder, transportmidler, *bøger og forretningspapirer* tilhørende de berørte personer og virksomheder, bortset fra når det drejer sig om en privat bolig.

83. I *Nederlandene* indeholder forfatningens artikel 12 følgende bestemmelse:

»Ingen kan få adgang til en bolig mod indehaverens vilje, bortset fra i de ved lov eller i medfør af lov fastsatte tilfælde, og adgang kan kun gives dem, som ved lov eller en i

medfør af lov udstedt bestemmelse herom er bemyndiget dertil.«

84. Lovgivningsmagten kan således også overlade det til den udøvende magt inden for rammerne af en lov at udstede generelle regler om, hvornår der kan gives adgang til en bolig. Jeg bemærker endvidere, at den nævnte bestemmelse, der ikke opstiller noget krav om en forudgående retskendelse, *hverken gælder juridiske personer eller andre områder end fysiske personers bolig*, og at den går ud fra en forudsætning om, at indehaveren af boligen modsætter sig indgrebet.

85. I overensstemmelse hermed sondres der i de særlige love, som giver myndighederne beføjelse til at gennemføre kontrolforanstaltninger eller undersøgelser og til at forlange, at dokumenter fremsendes, i almindelighed mellem private boliger og andre områder. Såvel loven om konkurrenceforhold som den generelle skatte- og afgiftslov indeholder hjemmel for de pågældende embedsmænd til på et hvilket som helst tidspunkt at få adgang til lokaler, når de behørigt skønner, at en adgang er nødvendig for udførelsen af deres opgaver, og om nødvendigt yder ordensmagten den fornødne bistand. For så vidt angår konkurrenceforhold, er det ikke nogen forudsætning, at der foreligger en skriftlig bemyndigelse, og en sådan udstedes under alle omstændigheder ikke af en retsinstans, og embedsmændene skal kun være ledsaget af en politiembedsmand eller en repræsentant for borgmesteren i den pågældende kommune, såfremt der er tale om en privat bolig.

86. En prøvelse ved domstolene af lovligheden af en sådan indtrængen i forretningslokaler finder altid kun sted efterfølgende.

87. I henhold til lov af 10. juli 1968, der blev udstedt på grundlag af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17, har de embedsmænd, der skal gennemføre en kontrolundersøgelse, beføjelse til at foretage samtlige de indgreb, som er opregnet i stk. 1, bortset fra at få adgang til lokaler, der er en del af en bolig. For alle andre lokalers vedkommende er der således uden begrænsninger hjemmel til at få adgang.

88. I *Portugal* gælder der efter forfatningen en ret høj grad af beskyttelse, for så vidt angår boligens ukrænkelighed. Artikel 34, stk. 2, i forfatningen af 1976 indeholder følgende bestemmelse:

»Der kan mod en borgers vilje kun træffes bestemmelse om adgang til dennes bolig af den kompetente retsinstans i de ved lov fastsatte tilfælde og på de ved lov fastsatte vilkår.«

I henhold til stk. 3 er forbuddet absolut om natten.

89. Allerede for så vidt angår spørgsmålet om adgang til boliger, gælder således både kravet om en forudgående retslig prøvelse og kravet om lovhjemmel.

90. Det synes dog *ikke endeligt afgjort*, hvorvidt denne forfatningsretlige beskyttelse også gælder juridiske personers *forretningslokaler*. Endvidere kræves der ikke nogen forudgående retskendelse, såfremt den pågældende indvilger i indgrebet. Dette har forfatningsdomstolen udtrykkeligt fastslået i en afgørelse af 9. januar 1987 i forbindelse med en forudgående prøvelse af forfatningsmæssigheden af nogle bestemmelser i den nye straffelov, der trådte i kraft den 1. januar 1988.

91. Jeg bemærker endvidere, at udkastet til det lovdekret, der skal udstedes for at gennemføre artikel 14, stk. 6, i forordning 17, synes at indeholde hjemmel til at pålægge bøder i tilfælde, hvor virksomheder nægter at samarbejde ved kontrolundersøgelser, som Kommissionen har truffet bestemmelse om.

92. I *Det Forenede Kongerige* følger det af princippet om Parlamentets absolutte suverænitet, at der ikke i egentlig forstand består nogen forfatningsmæssig beskyttelse af grundrettighederne. Domstolene anser sig dog traditionelt for kompetente til at påse, at de grundlæggende frihedsrettigheder, som borgerne har efter Common Law, sikres, og lovgivningsmagten tager i overensstemmelse hermed i almindelighed udgangspunkt heri og træffer bestemmelse om en beskyttelse svarende til, hvad der fremgår af retspraksis.

93. Dette er blandt andet tilfældet, hvad angår princippet om boligens ukrænkelighed, der også gælder forretningslokaler.

94. Myndighederne kan dog i henhold til visse love, *navnlig vedrørende moms* og *social sikring, uden forudgående retskendelse* få adgang til forretningslokaler, undersøge disse og forlange, at forretningspapirer fremlægges. Det er kun, hvor det er nødvendigt med magtanvendelse for at få adgang til de pågældende lokaler og for at gennemsøge disse, at der kræves en forudgående retskendelse.

95. Det britiske parlament har ikke vedtaget særlige bestemmelser til gennemførelse af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17. Om nødvendigt kan virksomhedens »indforståelse« tilvejebringes ved en kendelse fra High Court, som der straks kan fremsættes begæring om. Disse »orders« giver ikke grundlag for at trænge ind med magt, såfremt virksomheden fortsat modsætter sig kontrolundersøgelsen, men nægter virksomheden endnu en gang, kan den pågældende person straks underkastes en frihedsberøvelse.

96. Dette giver mig anledning til at spørge, om denne procedure, hvorefter der først kan blive tale om sanktioner, såfremt virksomheden for anden gang nægter at samarbejde, ikke gør det for nemt for virksomheden at lade kompromitterende dokumenter forsvinde.

*

97. Det fremgår af denne kortfattede sammenlignende gennemgang af medlemsstaternes retsordener, at det — således som Kommissionen da også erkender det — er utvivlsomt, at det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed er en traditionel forfatningsmæssig grundsætning, der er fælles for samtlige medlemsstater.

98. Den nævnte rettighed er endvidere udtrykkeligt knæsat i den europæiske menneskerettighedskonvention, som alle medlemsstaterne har ratificeret, idet det i artikel 8, stk. 1, hedder, at »enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, *sit hjem* og sin korrespondance«.

99. Princippet om boligens ukrænkelighed må derfor anses som et led i de grundrettigheder, som alle Fællesskabets institutioner skal handle i overensstemmelse med.

100. Spørgsmålet er imidlertid, om princippet også beskytter juridiske personers for-

retningslokaler, og i bekræftende fald i hvor stort omfang og på hvilke vilkår.

101. Som jeg har redegjort for, er retstilstanden ikke entydigt den samme i alle medlemsstaterne. I nogle er spørgsmålet ikke endeligt og klart afgjort. I andre er svaret et nej. Dette er navnlig tilfældet i Irland og Nederlandene, hvor indholdet af begreberne »dwelling« og »woning« bevirker, at princippet om boligens ukrænkelighed kun gælder private boliger og de personer, der bor i disse.

102. Endvidere er spørgsmålet endnu ikke endeligt og klart afgjort, for så vidt angår artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Selv professor Frowein argumenterer i sin kommentar fra 1985 [11] imod at sidestille forretningslokaler med private boliger.

103. Hvis jeg nu ser bort fra disse divergerende opfattelser, må jeg i hvert fald konstatere, at der er en generel tendens i de nationale retsordener, som går i retning af at sidestille juridiske personer med fysiske personer. I langt størstedelen af medlemsstaterne gælder det således, at kontrolforanstaltninger i forretningslokaler ifølge særlige love er underlagt mere eller mindre strenge form- og procedurevilkår. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at Domstolen udtrykkeligt bør fastslå, at der efter fællesskabsretten gælder et grundlæggende princip om forretningslokalers ukrænkelighed.

104. I dommen i National Panasonic-sagen [12] — hvor problemet bl. a. var, hvorvidt navnlig det forhold, at Kommissionen i henhold til forordning nr. 17 kan gennemføre kontrolundersøgelser uden først at give den pågældende virksomhed meddelelse herom, strider mod den nævnte rettighed — udtalte Domstolen, at dette ikke er tilfældet, og dette skete, uden at Domstolen først udtrykkeligt havde fastslået, at artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention finder anvendelse på juridiske personer (jfr. præmis 19, Sml. 1980, s. 2057: »i det omfang den gælder for juridiske personer«).

105. Men i dommen af 4. april 1960, Acciaieria e Tubificio di Brescia/Den Høje Myndighed (31/59, Sml. 1954-1964, s. 171), udtalte Domstolen, at »forretningslokaler er omfattet af retten til respekt for privatliv, hvad enten der er tale om lokaler tilhørende en individuel person eller lokaler tilhørende et selskab« [13].

106. Det fremgår imidlertid af den sammenlignende gennemgang af de nationale retsordener, som jeg har foretaget, at selv i de medlemsstater, hvor også forretningslokaler er omfattet af det forfatningsretlige princip om boligens ukrænkelighed, finder dette dog ikke anvendelse på sådanne lokaler med den samme styrke som på private boliger.

107. For så vidt angår økonomiske, skattemæssige og sociale forhold, gælder der i henhold til de forskellige nationale retsordener en lang række forskellige former for kontrolforanstaltninger af forskellig intensitet, som kan gå fra anmodninger om oplysninger til eftersøgning af dokumenter med bistand fra ordensmagten. De begreber, der anvendes for at beskrive disse foranstaltninger, varierer (inspektion, kontrol, undersøgelse, efterforskning, ransagning...) og har ikke efter samtlige retsordener det samme faktuelle indhold.

11 — Frowein og Peukert. »Europäische Menschenrechtskonvention«. *EMRK-Kommentar*, artikel 8, nr 27.

12 — Dom af 26 juni 1980, National Panasonic mod Kommissionen, 136/79, Sml. s. 2033, på s. 2056 f.

13 — Jfr. i denne retning generaladvokat Warners forslag til afgørelse i National Panasonic-sagen, Sml. 1980, s. 2061, på s. 2068

108. Endvidere gælder det, at selv i Tyskland, Danmark, Spanien, Frankrig, Italien og Portugal, hvor der allerede i henhold til forfatningerne kræves en forudgående retskendelse, er dette krav dog ikke absolut. I Danmark kan princippet fraviges ved lov. I Spanien og Portugal indeholder selve forfatningerne bestemmelse om, at en retskendelse ikke er nogen forudsætning, såfremt den pågældende indvilger i ransagningen. I Italien er spørgsmålet om kontrolundersøgelser og inspektioner, navnlig for så vidt angår økonomiske og skattemæssige forhold, reguleret i særlige love.

109. Hvad endelig angår konkurrenceforhold, gælder det selv i Tyskland og Frankrig, at der ikke kræves nogen forudgående retskendelse, hverken for så vidt angår adgang til lokaler eller kontrol af dokumenter, som den pågældende virksomhed selv fremlægger. Det er kun i det omfang, de pågældende embedsmænd selv aktivt vil eftersøge dokumenter, som ikke frivilligt fremlægges for dem, at der kræves en forudgående retskendelse.

110. Jeg bemærker endvidere, at hvad angår konkurrenceforhold, gælder det i henhold til spansk og græsk ret, at der på trods af de føromtalte forfatninsretlige krav ikke forudsættes nogen forudgående retskendelse i forbindelse med kontrolforanstaltninger i forretningslokaler, selv om disse må gennemføres under anvendelse af tvang.

111. Endelig gælder det i de medlemsstater, der som Tyskland, Danmark og Frankrig gør magtanvendelse betinget af en forudgående retskendelse, at virksomhederne kan pålægges at underkaste sig kontrolforanstaltninger og at samarbejde ved undersøgelser under trussel af sanktioner som bøder eller tvangsbøder, uden at der dermed kræves en forudgående retskendelse.

112. Hvad angår den europæiske menneskerettighedskonvention, indeholder denne udtrykkeligt bestemmelse om, at lovgivningsmagten under visse betingelser kan fravige princippet om boligens ukrænkelighed. Konventionens artikel 8, stk. 2, lyder således:

»Stk. 2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, 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.«

113. I dommen i National Panasonic-sagen fastslog Domstolen forudsætningsvis, at artikel 14 i forordning nr. 17 må anses som en lovbestemmelse, der opfylder disse betingelser, idet Domstolen udtalte:

»[Det] fremgår af den syvende og ottende betragtning til forordning nr. 17, [at] formålet med de *beføjelser, der i forordningens artikel 14 er tillagt Kommissionen*, [er] at give denne mulighed for at løse den opgave, den er betroet efter EØF-Traktaten til at påse overholdelsen af konkurrencereglerne inden for fællesmarkedet. Disse bestemmelsers formål er, som det fremgår af fjerde afsnit i Traktatens præambel, at artikel 3, litra f), og af artiklerne 85 og 86, at undgå, at konkurrencen fordrejes til skade for almenheden, de enkelte virksomheder og forbru-

gerne. Udøvelsen af de beføjelser, der er tillagt Kommissionen ved forordning nr. 17, bidrager til at opretholde det konkurrencesystem, der er tilsigtet i Traktaten, og som virksomhederne ubetinget er forpligtet til at overholde. Under disse omstændigheder ses det derfor ikke, at forordning nr. 17 ved at give Kommissionen beføjelse til at foretage kontrolundersøgelse uden forudgående underretning indebærer en krænkelse af den af sagsøgeren påberåbte rettighed.«

114. Det, der anfægtedes i National Panasonic-sagen, var, at virksomheden ikke var blevet underrettet om kontrolundersøgelsen, før denne blev gennemført, men jeg læser dommen således, at Domstolen var af den opfattelse, at beføjelserne i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 til at gennemføre kontrolundersøgelser opfylder de betingelser, der fremgår af artikel 8, stk. 2, i den europæiske menneskerettighedskonvention.

115. Til støtte for rigtigheden heraf kan jeg endvidere henvise til dommen af 23. september 1986, AKZO Chemie mod Kommissionen (sag 5/85, Sml. s. 2585, 2612 og 2613), hvori det hedder:

»Sagsøgerne har erkendt, at en beslutning, der pålægger en virksomhed at underkaste sig en kontrolundersøgelse, ikke strider mod de grundlæggende principper i artikel 8 i Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, såfremt betingelserne i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 er opfyldt. Gennemgangen af de to første anbringender viser imidlertid, at betingelserne er opfyldt. Herefter må også det tredje anbringende forkastes« (præmis 27).

116. Jeg er på dette grundlag af den opfattelse, at det fremgår af såvel en sammenlignende undersøgelse af de nationale retsordener som af den gennemgang af artikel 14 i forordning nr. 17 i lyset af artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention, som Domstolen allerede har foretaget, at udøvelsen af de beføjelser, som forordningens artikel 14, stk. 3, tillægger Kommissionen, ikke kan rejse betænkeligheder i henseende til princippet om boligens ukrænkelighed, for så vidt angår virksomheder, og at dette må gælde, uanset om beføjelserne udøves under trussel af tvangsbøder eller en bøde.

117. Lad mig dog endnu en gang fremhæve, at kontrolundersøgelsesproceduren i henhold til forordningens artikel 14, stk. 3, efter min opfattelse hviler på et princip om, at den pågældende virksomhed samarbejder, og at Kommissionens repræsentanter efter proceduren kan forlange en fremlæggelse af enhver sagsmappe og ethvert dokument med henblik på at undersøge, om der deri findes oplysninger, som er omfattet af kontrolundersøgelsens genstand, hvorimod Kommissionens repræsentanter ikke har *ret* til selv at gennemsøge møbler og udtage dokumenter herfra.

118. Virksomhedernes rettigheder er tilstrækkeligt beskyttede derved, at der kan anlægges sag ved Domstolen til prøvelse af gyldigheden af beslutninger om kontrolundersøgelser, ligesom der kan fremsættes begæring om udsættelse af sådanne beslutningers gennemførelse. Jeg fremhæver også, at såfremt en beslutning om en kontrolundersøgelse annulleres af Domstolen, efter at undersøgelsen har fundet sted, har Kommissionen ikke ret til at gøre brug af de dokumenter, som den har fået kendskab til.

119. Såfremt en virksomhed nægter Kommissionens repræsentanter adgang til sine bygninger eller til et bestemt lokale, eller såfremt dens repræsentanter nægter at åbne et aflåst møbel eller til Kommissionen at over-

give bestemte dokumenter indeholdt i et møbel eller endog en mappe tilhørende en medarbejder i virksomheden, og dette formelt konstateres ved et protokollat, foreligger derimod den situation, som artikel 14, stk. 6 angår.

120. Der foreligger da en helt anden problemstilling, idet der nærmere bestemt bliver spørgsmål om en tvangsfuldbyrdelse af en fællesskabsretlig beslutning, og en sådan tvangsfuldbyrdelse kan kun ske ved de pågældende nationale myndigheders foranstaltning. Man kan derfor sige, at det er det forhold, at virksomheden nægter at medvirke ved kontrolundersøgelsen, der forvandler denne til en procedure, som har karakter af en ransagning. De nationale myndigheder kan i så fald kun gribe til magtanvendelse på de vilkår, der gælder i henhold til den pågældende medlemsstats retsorden. I alle tilfælde, hvor en sådan procedure i henhold til den nationale retsorden forudsætter en forudgående retskendelse, skal de pågældende nationale myndigheder derfor opnå en sådan.

121. Jeg går nu over til en drøftelse af, hvad der med henblik på afgørelsen af de for Domstolen indbragte sager må antages at følge af den hidtidige undersøgelse.

C — *Anvendelse af løsningsmodellerne på nærværende sager*

122. *1.* Hoechst AG har nedlagt påstand om annullation af kontrolundersøgelsesbeslutningen af 15. januar 1987, »for så vidt den indeholder bestemmelse om en bemyndigelse til at gennemføre en ransagning, herunder navnlig bemyndigelse til at gennemsøge lokaler og inventar med henblik på at undersøge, hvorvidt der befandt sig forretningsdokumenter dér, og i givet fald hvilke«.

123. De øvrige sagsøgere har anført, at Kommissionens repræsentanter i egentlig forstand foretog en gennemsøgning af deres arkiver og af visse personlige effekter (mappe, kalenderbog). De har på denne baggrund nedlagt påstand om, at det statueres, enten at selve beslutningerne er uden retsvirkninger, for så vidt de indeholder bemyndigelse til at foretage sådanne indgreb, eller at Kommissionens repræsentanters gennemførelse af den pågældende beslutning er uden retsvirkninger.

124. Jeg bemærker herom for det første, at jeg i indledningen til dette forslag til afgørelse allerede har forkastet det af Hoechst anførte, hvorefter selv en frivillig fremlæggelse af forretningsdokumenter i overensstemmelse med en beslutning om en kontrolundersøgelse er udtryk for en ransagning, når Kommissionen hverken er bekendt med de fremlagte dokumenters nærmere art eller indhold.

125. Min anden bemærkning er, jfr. hvad jeg sagde for lidt siden, at en kontrolundersøgelse, hvorved virksomheden samarbejder, og Kommissionens repræsentanter ikke selv gennemsøger lokaler og møbler, men indskrænker sig til at anmode om at få udleveret de dokumenter, som de angiver (selv på meget generel måde), ikke kan rejse betænkeligheder i henseende til det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed. Det er netop denne form for kontrolundersøgelse, der er omhandlet i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, som kontrolundersøgelsesbeslutningerne blot er udtryk for en henvisning til.

126. Der foreligger dog det problem, at Kommissionen anlægger en videre fortolkning med hensyn til sine beføjelser, således at dens repræsentanter skulle have ret til at foretage en aktiv gennemsøgning, også selv om der ikke foreligger en retskendelse. Dette rejser det spørgsmål, om en beslut-

ning kan være retsstridig, ikke som følge af indholdet, men på grund af den fortolkning, som den institution, der har truffet den, anlægger af den, og på grund af den gennemførelse i praksis af beslutningen, som institutionen på grundlag af denne fortolkning mener er retmæssig.

127. Jeg er af den opfattelse, at dette spørgsmål må besvares benægtende. Kommissionens repræsentanters beføjelser udspringer ikke af kontrolundersøgelsesbeslutningerne, men af den pågældende retlige bestemmelse, dvs. artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17. En beslutning om en kontrolundersøgelse er kun udtryk for, at der i et konkret tilfælde gøres brug af disse beføjelser, idet der ved en sådan beslutning gives den berørte virksomhed oplysning om de beføjelser, som Kommissionens repræsentanter har. Så længe indholdet af en beslutning om en kontrolundersøgelse — således som det er tilfældet her — fuldt ud er i overensstemmelse med hjemmelsbestemmelsen (artikel 14, stk. 3), kan beslutningen ikke være retsstridig. Såfremt Kommissionens repræsentanter ved gennemførelsen af kontrolundersøgelsen overskrider de grænser, som er afstukket ved kontrolundersøgelsesbeslutningen, kan dette derimod få konsekvenser for gyldigheden af *de senere led af proceduren*, dvs. konsekvenser for gyldigheden af en eventuel beslutning fra Kommissionen, hvorved det fastslås, at der er sket en overtrædelse af Traktatens artikel 85.

128. Beslutningerne af 15. januar 1987 om kontrolundersøgelser i Hoechst AG's, Dow Benelux NV's, Dow Chemical Ibérica SA's, Alcudia SA's og Empresa Nacional del Petroleo SA's lokaler kan herefter ikke anses for retsstridige.

129. 2. Men hvad kan der på grundlag heraf udledes med hensyn til spørgsmålet om gyldigheden af beslutningen om at pålægge tvangsbøder? Jeg mener om dette spørgsmål, at når en virksomhed nægter til Kommissionens repræsentanter at udlevere alle de dokumenter, disse angiver (selv på meget generel måde), kan den pålægges tvangsbøder. Det må dog være en forudsætning, at denne holdning fra virksomhedens side konstateres på utvivlsom måde. Nærmere bestemt bør der udfærdiges et protokollat.

130. Det fremgår af Kommissionens svar på Domstolens spørgsmål om de instruktioner, som Kommissionen giver sine repræsentanter, at disse først spørger virksomhedens repræsentanter, om virksomheden indvilger i at underkaste sig kontrolundersøgelsen. Såfremt virksomheden nægter dette eller foregiver at underkaste sig kontrolundersøgelsen, men i praksis gør denne umulig at gennemføre, udfærdiges der et protokollat herom, som underskrives af Kommissionen, af virksomheden (hvis den ønsker det) og af repræsentanten for den pågældende medlemsstat. Kommissionens repræsentanter forlader herefter virksomhedens område og kontakter straks Kommissionen med henblik på, at der træffes en afgørelse på grundlag af artikel 14, stk. 6.

131. Hvad skete der konkret i Hoechsts tilfælde? Ved Kommissionens repræsentanters første henvendelse den 20. januar 1987 blev det fastslået i et protokollat, som virksomhedens juridiske konsulent underskrev, at Hoechst ganske nægtede at underkaste sig kontrolundersøgelsen (bilag 2a til stævningen).

132. Da Kommissionens repræsentanter for anden gang henvendte sig til virksomheden den 22. januar 1987, meddelte Hoechsts juridiske konsulent igen, at *ethvert* indgreb fra Kommissionens repræsentanters side på grundlag af beslutningen af 15. januar 1987 måtte anses for retsstridigt, og at virksomhedens repræsentanter, selv om de ikke ak-

tivt ville gøre modstand, ville afvise *enhver form for* deltagelse i kontrolundersøgelsen (bilag 2b til stævningen).

133. Den 23. januar 1987 anmodede Kommissionens repræsentanter, der igen var ledsaget af nogle medarbejdere fra Bundeskartellamt, bl. a. om en fremlæggelse af forretningspapirer, som de antog befandt sig på et aflåst sted. Det fremgår af protokollatet fra dette besøg, at Hoechsts juridiske konsulent »nægtede at fremlægge de forlangte forretningspapirer og navnlig nægtede at efterkomme anmodningen om, at et aflåst møbel blev åbnet« (bilag 2c til stævningen).

134. Da repræsentanten for den kompetente nationale myndighed uden en ransagningskendelse ikke mente at være beføjet til med fysisk vold at åbne det pågældende møbel, standsede kontrolundersøgelsen dér.

135. Hoechst modsatte sig således tre gange enhver form for kontrolundersøgelse og således også en kontrolundersøgelse, der kun ville indebære, at de pågældende medarbejdere i selskabet selv fremlagde de dokumenter, som Kommissionens repræsentanter krævede. Kommissionen var derfor fuldt ud beføjet til at pålægge selskabet tvangsbøder.

136. Jeg bemærker herved, at den kontrolundersøgelse, der endelig kunne gennemføres hos Hoechst den 2. og 3. april 1987, således som Kommissionen anfører på side 6 i duplikken, kun kunne gennemføres, fordi der på dette tidspunkt forelå en ransagningskendelse, idet Hoechsts juridiske konsulent i protokollatet af 2. april 1987 forlangte følgende angivelse:

»Da der nu foreligger en ransagningkendelse afsagt af en retsinstans, vil Hoechst AG tåle *kontrolundersøgelsen og* ransagningen.« (Understregningen findes ikke i originalen).

137. *3.* Jeg skal endnu tilføje følgende bemærkninger om de øvrige sagsøgeres reaktioner.

I modsætning til Hoechst modsatte disse virksomheder sig ikke kontrolundersøgelserne, selv om det synes at fremgå, at Kommissionens repræsentanter under disse gennemsøgte skabe og skuffer samt en mappe og en kalenderbog tilhørende en medarbejder i en af virksomhederne. Virksomhederne anfører, at de medlemmer af deres ansvarlige ledelser, der var til stede, mundtligt protesterede herimod. Kommissionen hævder derimod, at de gav deres samtykke til, at Kommissionens repræsentanter gennemsøgte samtlige skabe og skriveborde.

138. Hvorledes skal man gribe dette stridsspørgsmål an? For det første må det fastslås, at det ikke nu er muligt at afgøre, hvad det virkelige hændelsesforløb var, da intet neutralt vidne overværede disse led i kontrolundersøgelserne. For det andet er det utvivlsomt, at når en virksomheds ansvarlige ledelse er indforstået med, at Kommissionens repræsentanter selv udtager dokumenter fra skabe og skuffer, kan fremgangsmåden ikke for så vidt anses for retsstridig. Som jeg har nævnt, gælder det endelig, at virksomhederne udtrykkeligt får oplysning om, at de har mulighed for at modsætte sig kontrolundersøgelsen — og dermed også den måde, Kommissionens repræsentanter agter at gå frem på — og for at få angivet dette i et protokollat, hvilket får den følge, at Kommissionens repræsentanter forlader virksomheden.

139. Men Dow Benelux' og de spanske virksomheders ledelser tog ikke skridt til at få noteret deres angivelige modstand mod, at Kommissionens repræsentanter eftersøgte dokumenter. Disse virksomheder må derfor antages at have tolereret kontrolundersøgelserne i den form, de blev gennemført i, hvorfor det savner grundlag at statuere, at *gennemførelsen* af de pågældende beslutninger var retsstridig, for så vidt det i øvrigt antages, at dette principielt er muligt. For deres vedkommende er de efterfølgende led i proceduren heller ikke behæftet med retsstridige mangler.

140. Jeg foreslår herefter, at der ikke gives sagsøgerne medhold, for så vidt de gør gældende, at der er sket en krænkelse af det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed.

D — *De nationale retsinstansers rolle og de beføjelser, som Domstolen har eller vil kunne tillægges*

141. Som nævnt er jeg af den opfattelse, at når det i henhold til national ret gælder, at en kontrolundersøgelse mod en virksomheds vilje er en ransagning, som forudsætter en retskendelse, må vedkommende nationale myndighed opnå en sådan kendelse. Jeg mener dog, at den nationale retsinstans' prøvelse ikke kan omfatte spørgsmålet om lovligheden af den af Kommissionen trufne beslutning om den pågældende kontrolundersøgelse. Kun Domstolen kan antages at have kompetence til at annullere en retsakt eller anden afgørelse fra en fællesskabsinstitution eller kende denne ugyldig. I sin dom af 22. oktober 1987, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost (314/85), udtalte Domstolen, at de nationale retsinstanser kan efterprøve gyldigheden af retsakter fra fællesskabsinstitutionerne og eventuelt lægge til grund, at disse fuldt ud er gyldige (præmis 14), hvorimod de nationale retsinstanser ikke har kompetence til selv at fastslå, at sådanne retsakter er ugyldige (præmis 20). Domstolens ræsonnement var, at dette må følge af hensynet til en ensartet anvendelse af fællesskabsretten og den tilsigtede sammenhæng i den ved Traktaten indførte domstolsbeskyttelsesordning. Domstolen udtalte i præmis 19 i dommen, at

»undtagelser fra reglen om, at de nationale retter ikke er kompetente til selv at fastslå ugyldigheden af fællesskabsretsakter, under bestemte betingelser kan finde anvendelse i sager om foreløbige forholdsregler ...«

142. Jeg er dog herved af den opfattelse, at hvad angår en gennemførelse af en kontrolundersøgelse, ville en »undtagelse« fra den nævnte regel savne grundlag. Man må her anvende bestemmelsen i Traktatens artikel 192 om tvangsfuldbyrdelse analogt. I henhold til denne bestemmelse sker tvangsfuldbyrdelse af »Rådets og Kommissionens beslutninger, der indebærer en forpligtelse ... til at betale en pengeydelse«, efter den borgerlige retsplejes regler i den medlemsstat, på hvis område tvangsfuldbyrdelsen finder sted, men fuldbyrdelsespåtegningen påføres — efter en prøvelse, der kun omfatter ægtheden af fuldbyrdelsesgrundlaget — af den nationale myndighed, som den pågældende medlemsstats regering har udpeget hertil.

143. Når man, når det drejer sig om at inddrive en bøde — hvilket ubestrideligt er et indgreb i ejendomsretten — har fundet, at de nationale myndigheders rolle burde indskrænkes til en prøvelse af spørgsmålet om ægtheden af den pågældende beslutning, kan jeg ikke se, hvilket grundlag der med hensyn til ransagninger skulle være for en kompetence for de nationale retsinstanser til at efterprøve lovligheden af Kommissionens

beslutning, da den pågældende virksomhed under alle omstændigheder kan anfægte beslutningen ved et søgsmål på grundlag af artikel 173. Såfremt kontrolundersøgelsesbeslutningen annulleres, vil Kommissionen ikke kunne gøre nogen brug af de indhentede oplysninger. Men måske er der i visse medlemsstater behov for en lovgivning med henblik på at udfylde de til gennemførelse af artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17 udstedte nationale bestemmelser i denne retning.

144. Indtil nu har den ved forordning nr. 17 indførte ordning kunnet fungere nogenlunde uforstyrret, fordi ingen virksomhed seriøst har lagt hindringer i vejen for kontrolundersøgelser. Efter at Hoechst nu har vist vejen, kan man befrygte, at det redskab, som artikel 14, stk. 3, er udtryk for, i fremtiden i praksis vil blive ubrugeligt, fordi flere og flere virksomheder formelt vil modsætte sig kontrolundersøgelser på dette grundlag. Man kan forestille sig, at virksomhederne hver gang vil kræve, at Kommissionen foreviser en ransagningskendelse, således at Kommissionen mister den fordel, der ligger i overraskelsesmomentet. Der er dermed en risiko for, at kontrolundersøgelserne fuldstændigt mister deres praktiske betydning.

145. Hvis den vil undgå denne udvikling, må Kommissionen som en logisk konsekvens i alle tilfælde anmode de kompetente nationale myndigheder om som en forebyggende foranstaltning at foranledige en ransagningskendelse eller en »court order« afsagt, således at den vil kunne fremvise denne, såfremt virksomheden helt eller delvis vil modsætte sig kontrolundersøgelsen. Jeg bemærker, at det britiske overhus' »Select Committee on the European Communities« allerede i en betænkning af 15. maj 1984 [14] fremhævede behovet for denne fremgangsmåde i hvert fald i de tilfælde, hvor det må befrygtes, at den pågældende virksomhed vil modvirke sig kontrolundersøgelsen, ligesom mulighederne for at gå frem på denne måde i England og Wales blev drøftet (punkt 45 i betænkningen).

146. Det ville dog være langt at foretrække, at Kommissionens repræsentanter selv kunne opnå en retskendelse afsagt af De Europæiske Fællesskabers Domstol.

147. Det er Domstolen, som træffer afgørelse om en eventuel sag anlagt til prøvelse af kontrolundersøgelsesbeslutningen, om en begæring om udsættelse af gennemførelsen af denne eller om et eventuelt annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af Kommissionens endelige beslutning, hvorved den pågældende virksomhed pålægges sanktioner for at have overtrådt artikel 85 eller artikel 86. Det ville derfor være en logisk ordning, såfremt Domstolen også, inden kontrolundersøgelsen finder sted, og på begæring af Kommissionen, ville kunne efterprøve, om de oplysninger om en formodet overtrædelse af konkurrencereglerne, som Kommissionen råder over, er tilstrækkeligt konkrete. En sådan procedure ville overflødiggøre enhver form for begæring fra virksomheden om en udsættelse af gennemførelsen af beslutningen.

148. Et yderligere argument til støtte for en sådan ordning, hvorefter der kan afsiges en »EF-ransagningskendelse«, er, at når Kommissionen finder at burde gennemføre samtidige kontrolundersøgelser i forskellige medlemsstater, kan de nødvendige kendelser måske ikke altid opnås samtidig i samtlige de pågældende lande.

149. I det responsum, som han har afgivet efter anmodning fra Hoechst (bilag 6 til replikken), fremsætter professor Frowein den

14 — Commission's Powers of Investigation and Inspection, House of Lords, Session 1983-1984, 18th Report, HMSO.

opfattelse, at De Europæiske Fællesskabers Domstol allerede nu har en sådan kompetence, idet dette ifølge professor Frowein må antages at fremgå af Fællesskabets retsorden som helhed og dets strukturer og af princippet om, at Fællesskabet skal handle i overensstemmelse med grundrettighederne.

150. Denne opfattelse er meget besnærende, ikke mindst når henses til, at der i henhold til artikel 81 i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Atomenergifællesskab gælder en sådan form for procedure, for så vidt angår sikkerhedskontrol. For at tage højde for tilfælde, hvor nogen modsætter sig en sådan kontrol, indeholder artikel 81 bl. a. følgende bestemmelser:

»... Kommissionen [skal i så fald] anmode Domstolens præsident om bemyndigelse til tvangsmæssig gennemførelse af denne kontrol. Domstolens præsident træffer sin afgørelse inden tre dage.

Hvis der er fare forbundet med udsættelsen, kan Kommissionen selv udstede en skriftlig ordre i form af en beslutning om at foretage kontrollen. Denne ordre skal uopholdeligt forelægges Domstolens præsident til efterfølgende godkendelse.«

151. Man kunne på denne baggrund argumentere som følger. Medlemsstaterne har fra starten ved Euratom-Traktatens artikel 81 indført en i detaljer reguleret kontrolprocedure og tillagt Domstolens præsident kompetence til at give den nævnte form for bemyndigelse, hvorfor denne løsning må kunne finde analog anvendelse i forbindelse med den kontrolprocedure, som Rådet ved EØF-Traktatens artikel 87 blev pålagt at fastlægge [15].

15 — Der er herved tale om en helt anden problemstilling, men artikel 1 i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter indeholder på samme måde bestemmelse om, at enhver form for ransagning i Fællesskabernes lokaler og bygninger kræver en bemyndigelse fra Domstolen.

152. Man kan heroverfor gøre gældende, at Domstolen ikke egenhændigt i forbindelse med EØF-Traktaten kan gøre brug af en ordning, som denne Traktat i modsætning til en anden traktat, der blev undertegnet samme dag, netop ikke indeholder bestemmelse om, og at et mindstekrav må være, at Rådet gentager indholdet af Euratom-Traktatens artikel 81 i en ændret affattelse af forordning nr. 17. Rådet ville herved kunne basere sig på EØF-Traktatens artikel 164, der indeholder den generelle bestemmelse, at Domstolen skal værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af Traktaten.

153. Den eneste løsning, som der ikke vil kunne rejses kritik mod, ville selvsagt være at ændre selve EØF-Traktaten. Man kunne ved denne lejlighed indføre udtrykkelig bestemmelse om, at der ikke på grundlag af artikel 185 vil kunne træffes bestemmelse om en udsættelse af gennemførelsen af en kontrolundersøgelsesbeslutning, idet en sådan udsættelse gør det muligt at destruere kompromitterende dokumenter. Den af Kommissionen foreslåede løsning, nemlig en forsegling af skabe og arkiver i virksomheden, skaber efter min opfattelse ikke en tilstrækkelig sikkerhed, og noget sådant ville utvivlsomt være vanskeligt at gennemføre i praksis.

154. Hvorom alting er, mener jeg ikke, at Domstolen behøver at tage stilling til disse spørgsmål i forbindelse med nærværende sager, og jeg indskrænker mig derfor til de overvejelser, som jeg lige har gjort, uden at foreslå Domstolen en positiv stillingtagen til den ene eller den anden af de nævnte løsninger.

II — Anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter

155. Hoechst har gjort gældende, at der ved kontrolundersøgelsesbeslutningen er sket en tilsidesættelse af *kollegialitetsprincippet* derved, at beslutningen blev truffet af et enkelt medlem af Kommissionen og ikke af Kommissionen som kollegialt organ, idet beslutningen på trods heraf fremstår som en beslutning truffet af Kommissionen.

156. Det er rigtigt, at beslutningen blev truffet af det medlem af Kommissionen, under hvem konkurrenceanliggender henhører, idet dette medlem i henhold til en intern beslutning af 5. november 1980 er beføjet til på Kommissionens vegne at træffe afgørelse om visse proceduremæssige spørgsmål efter forordning nr. 17, herunder navnlig beslutninger, hvorved en virksomhed pålægges at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3.

157. I sin dom af 23. september 1986 i AKZO-sagen (sag 5/85, Sml. s. 2585) undersøgte Domstolen indgående spørgsmålet om lovligheden af denne bemyndigelsesordning, der overlader det til et enkelt medlem af Kommissionen at træffe visse afgørelser. Domstolen nåede herved frem til følgende konklusion:

»Herefter finder Domstolen ikke, at beslutningen af 5. november 1980 — som giver det kommissionsmedlem, under hvem konkurrenceområdet henhører, beføjelse til i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 på Kommissionens vegne og under dennes ansvar at pålægge en virksomhed at underkaste sig en kontrolundersøgelse — strider mod kollegialitetsprincippet i fusionstraktatens artikel 17« (præmis 40).

158. Det pågældende medlem af Kommissionen kan således gyldigt træffe en sådan beslutning, men dette sker på Kommissionens vegne og på dennes fulde ansvar (præmis 36 i dommen). Det savner derfor grundlag at anfægte, at beslutningen fremtræder som en kommissionsbeslutning.

159. Hoechst har gjort gældende, at Domstolen bør tage rigtigheden af den nævnte praksis op til overvejelse i lyset af princippet »nulla poena sine lege«. Nærmere bestemt anfører Hoechst, at da en manglende efterkommelse af en beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 om en kontrolundersøgelse efter artikel 15, stk. 1, kan medføre en bøde, har Kommissionen ved en rent intern administrativ foranstaltning vedrørende artikel 14 ændret de nærmere vilkår for, hvornår der kan pålægges en bøde efter artikel 15.

160. Dette ræsonnement er ikke overbevisende. Artikel 15 indeholder intet selvstændigt bidrag til afgrænsningen af den form for overtrædelse, som bestemmelsen indeholder hjemmel til at sanktionere. Overtrædelsen består i, at en virksomhed undlader at efterkomme sin forpligtelse til at underkaste sig en kontrolundersøgelse, således som dette begreb er defineret i artikel 14, stk. 1, idet forpligtelsen konkret opstår ved en beslutning truffet i medfør af artikel 14, stk. 3. Det er således i lovgivningen fastlagt, både hvad sanktionen og overtrædelsen består i, og materielt ændrer den omhandlede bemyndigelsesordning intet heri.

161. Disse bemærkninger giver mig også grundlag for at forkaste de spanske selskabers argumenter om, at de omtvistede beslutninger lider af formmangler. Beslutningerne er og bliver kommissionsbeslutninger, også selv om de er blevet truffet i henhold til en ordning, der bemyndiger et af Kommissionens medlemmer til at træffe sådanne beslutninger, og når beslutningerne fremtræder som kommissionsbeslutninger, er dette en korrekt angivelse af, *hvem den den beslutningstagende myndighed har været.*

162. I overensstemmelse hermed har Domstolen i den førnævnte dom i AKZO-sagen udtrykkeligt fastslået, at den her omhandlede bemyndigelsesordning, »hvorved det kommissionsmedlem, som tillægges beføjelsen, overdrages en vis besluttende myndighed, ikke [indebærer], at Kommissionen fratages kompetencen« (præmis 36), og beslutningerne må således anses for truffet i medfør af den *beslutningskompetence*, som Kommissionen har, hvilket gælder, uanset den i øvrigt fulgte procedure, og også selv om beslutningerne er underskrevet af et enkelt medlem af Kommissionen, her det medlem, der er blevet givet den pågældende bemyndigelse.

163. Hvad endelig angår den omstændighed, at de beslutninger, der blev meddelt sagsøgerne som adressater, afsluttes med angivelsen, »for Kommissionen, P. Sutherland, medlem af Kommissionen«, men uden dennes *underskrift*, kan dette ikke være udtryk for en væsentlig formmangel. Sagsøgerne kunne ikke være i tvivl om, at der var tale om kommissionsbeslutninger, ikke mindst når henses til, at beslutningernes ægthed var attesteret ved Kommissionens stempel og ved Kommissionens generalsekretærs underskrift, og at beslutningerne blev overgivet sagsøgerne af repræsentanter for Kommissionen, der var behørigt bemyndiget til at gennemføre disse.

III — Anbringendet om, at beslutningerne er blevet utilstrækkeligt begrundet

164. Alle sagsøgerne har gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af Traktatens artikel 190 og af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, idet de omtvistede beslutninger ikke tilstrækkeligt klart angiver den pågældende kontrolundersøgelses genstand og formål og ikke indeholder oplysning om tidspunktet eller perioden for de angivelige overtrædelser.

165. Dow Benelux og de spanske selskaber har herudover gjort gældende, at Kommissionen undlod at angive nogen geografisk afgrænsning af det relevante marked, at sondre mellem markederne for henholdsvis PVC og polyætylen og inden for markedet for polyætylen mellem de tre forskellige markeder for de forskellige former for polyætylen, og at angive, om den formodede overtrædelse havde form af et horisontalt eller vertikalt kartel eller begge dele.

166. Jeg bemærker for det første, at det i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 er angivet, hvad der i hovedtræk skal være indeholdt i begrundelsen til en beslutning om en kontrolundersøgelse, idet det nærmere hedder: »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.«

167. I den tidligere nævnte dom i National Panasonic-sagen fandt Domstolen, at en beslutning svarende til de her omhandlede var tilstrækkeligt begrundet, idet beslutningen måtte antages at opfylde kravene i den nævnte bestemmelse (Sml. 1980, s. 2033, 2059).

168. Når det i de her omhandlede tilfælde gøres gældende, at der foreligger en utilstrækkelig begrundelse, anføres dette navnlig at fremgå af, at Kommissionen ikke angav årsagerne til, at den gjorde brug af sine beføjelser i henhold til artikel 14, stk. 3, i stedet for sine beføjelser i henhold til artikel 14, stk. 2.

169. I modsætning til de spanske selskaber mener jeg dog ikke på dette grundlag, at begrundelseskravene er forskellige, alt efter

om der er tale om et materielt spørgsmål eller om et procedurespørgsmål.

170. Principielt mener jeg, at det, når henses til de pågældende beslutningers art og formål, er rimeligt at begrænse begrundelseskravet til, hvad der er udtrykkeligt fastsat i artikel 14, stk. 3.

171. For det første er beslutninger om kontrolundersøgelser ligesom anmodninger om oplysninger i henhold til artikel 11, stk. 5, udtryk for forberedende skridt, der blot er et led i sagsbehandlingen [16]. Sådanne skridt adskiller sig dermed klart fra andre afgørelser truffet i henhold til forordning nr. 17 som f. eks. afgørelser om negativattester (artikel 2), beslutninger om standsning af overtrædelser (artikel 3), beslutninger om fritagelser i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3 (artikel 6) eller om tilbagekaldelse heraf (artikel 8), eller beslutninger om bøder (artikel 15) eller tvangsbøder (artikel 16). Det er navnlig på baggrund af den nævnte forskel, at bestemmelsen i artikel 19 om høring af de berørte parter og af andre ikke gælder beslutninger truffet i medfør af artikel 14, stk. 3, og artikel 11, stk. 5 [17].

172. For det andet er formålet med en beslutning om en kontrolundersøgelse at sætte Kommissionen i stand til »at opnå sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation« [18]. Det ligger i sagens natur, at en sådan beslutning derfor ikke kan indeholde en detaljeret, præcis og fuldstændig begrundelse.

173. Samtlige de her omhandlede beslutninger indeholder i betragtningerne en angivelse af *formålet* med dem, nemlig »at gøre det muligt for Kommissionen at få kendskab til alle relevante faktiske omstændigheder og opnå fuldstændige oplysninger om den pågældende samordning i form af aftaler eller samordnet praksis« (femte betragtning), der — såfremt det godtgøres, at den består — »vil kunne være udtryk for en alvorlig overtrædelse af Traktatens artikel 85, stk. 1« (tredje betragtning). Både i første betragtning og i artikel 1 er det angivet, at kontrolundersøgelsens *genstand* er de pågældende virksomheders eventuelle deltagelse i aftaler eller samordnet praksis »mellem visse producenter og leverandører af PVC og polyætylen (herunder LdPE) i EF, hvorved disse har fastsat salgspriser for disse produkter samt kvoter og målsalgspriser«.

174. Arten af de bøger og *forretningspapirer*, som virksomhederne dermed skulle fremlægge, og de forklaringer, som de skulle afgive, er afgrænset af den således fastlagte genstand for undersøgelsen. Den omstændighed, at denne dokumentation ikke herudover er nærmere præciseret eller opregnet, bevirker som allerede nævnt for det første ikke, at Kommissionens repræsentanters beføjelser bliver uforholdsmæssigt store, idet formålet er, at de skal kunne sikre sig, at dokumenter af relevans for undersøgelsen ikke forholdes dem. For det andet er formålet med en kontrolundersøgelse netop altid at få fastlagt nogle faktiske omstændigheder, som Kommissionen har grund til at antage foreligger, og at supplere og få bekræftet rigtigheden af de nogle gange ret ufuldstændige oplysninger, som Kommissionen råder over. Genstanden for Kommissionens beføjelser i forbindelse med kontrolundersøgelser omfatter derfor nødvendigvis dokumenter, som Kommissionen ikke har kendskab til.

16 — Jfr. dom af 23. september 1986 i AZKO-sagen, 5/85, Sml. s. 2615, præmis 38.

17 — Vedrørende »denne afgørende forskel mellem beslutninger truffet efter en sådan procedure og beslutningerne om kontrolundersøgelse«, se den tidligere omtalte dom i National Panasonic-sagen, Sml. 1980, s. 2058, præmis 21. Jeg vender tilbage til dette spørgsmål i forbindelse med drøftelsen af beslutningen om at pålægge Hoechst tvangsbøder.

18 — Dom i National Panasonic-sagen, jfr. ovenfor, præmis 21.

175. Sidstnævnte betragtning indebærer også, at Kommissionen ikke har pligt til at angive *tidspunktet* eller *perioden* for de formodede overtrædelser. Det er også for at skaffe sig oplysninger herom, at Kommissionen gennemfører kontrolundersøgelsen.

176. Det samme gælder spørgsmålet om *overtrædelsens art* (horisontalt eller vertikalt kartel) og den nøjagtige afgrænsning af *det marked*, på hvilket overtrædelsen må antages at være sket. Disse angivelser skal kun være indeholdt i en eventuel beslutning fra Kommissionen, hvorved det fastslås, at der rent faktisk er sket en overtrædelse af Traktatens artikel 85.

177. Heller ikke den omstændighed, at Dow Benelux ikke fremstiller PVC, og at Dow Ibérica og Alcudia hverken fremstiller eller forhandler PVC, kan begrunde en annullation af en beslutning om en kontrolundersøgelse vedrørende »aftaler eller samordnet praksis mellem visse producenter *og* leverandører af PVC *og* polyætylen«. De nævnte selskaber kan som leverandører af PVC, eller som producenter og leverandører af polyætylen, være deltagere i en sådan samordning. Det er, når de endelige beslutninger, hvorved det fastslås, at der er sket en overtrædelse af Traktatens artikel 85, skal træffes, at Kommissionen skal tage hensyn til selskabernes faktiske deltagelse og den nøjagtige funktion, som de har haft i forbindelse med samordningen, og til omfanget af deres deltagelse, hvad angår de enkelte af de pågældende markeder.

178. Tilsvarende betragtninger gør sig gældende med hensyn til EMP, der hverken fremstiller eller forhandler PVC og polyætylen, men som ejer aktiemajoriteten i Alcudia. Rent bortset fra, at en virksomhed kan deltage i aftaler uden materielt at bidrage til deres gennemførelse ved at fremstille og forhandle de pågældende produkter, fremgår det af Domstolens faste praksis, at »'den omstændighed, at datterselskabet er en selvstændig juridisk person, [ikke] udelukker ..., at ansvaret for dets adfærd eventuelt pålægges moderselskabet', samt at dette navnlig kan være tilfældet, 'hvor datterselskabet på trods af sin status som selvstændig juridisk person ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet'«[19]. Moderselskabet kan således pålægges ansvaret for en overtrædelse af konkurrencereglerne, når det vil kunne have en afgørende indflydelse på datterselskabets politik og rent faktisk har gjort brug heraf. Det er for at undersøge, om dette har været tilfældet, at Kommissionen også må kunne gennemføre kontrolundersøgelser hos moderselskabet. Såfremt Kommissionen finder ud af, at datterselskabet på det pågældende område har haft en selvstændig kommerciel stilling, således at dets politik ikke kan tilskrives moderselskabet, skal Kommissionen tage hensyn hertil, når den træffer den endelige beslutning.

Jeg vil herefter lægge til grund, at de omtvistede beslutninger er blevet tilstrækkeligt og behørigt begrundet.

IV — Anbringendet om manglende eller utilstrækkeligt bevis

179. Alle sagsøgerne har gjort gældende, at det ikke klart fremgår af de omtvistede beslutninger, hvilke »oplysninger« eller »bevi-

19 — Dom af 25. oktober 1983, AEG/Kommissionen, 107/82, Sml. s. 3151, præmis 49; jfr. også dom af 14. juli 1972, ICI/Kommissionen, 48/69, Sml. s. 151, præmisserne 132 og 133.

ser« Kommissionen baserede sig på, da den traf bestemmelse om kontrolundersøgelserne.

180. Hoechst har fremsat dette klagepunkt i forbindelse med spørgsmålet om begrundelsen til den til dette selskab rettede beslutning, mens der for de spanske selskabers vedkommende er tale om et selvstændigt anbringende. Nærmere bestemt anfører disse selskaber, at Kommissionen uden at råde over nogen allerede foreliggende, konkrete, pålidelige, reelle og tungtvejende oplysninger traf nogle beslutninger, som indskrænker subjektive rettigheder, og at der derved er sket en tilsidesættelse af legalitetsprincippet. Dow Benelux har gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, idet der ganske savnedes et rimeligt bevismæssigt grundlag for den til dette selskab rettede beslutning.

181. Det følger af mine bemærkninger vedrørende de krav, der må stilles til begrundelsen til en beslutning om en kontrolundersøgelse, at disse klagepunkter må forkastes.

182. Det er ikke efter artikel 14, stk. 3, noget krav, at Kommissionen i sin beslutning giver konkret oplysning om, hvad det er for indicier og beviser, den råder over. Formålet med Kommissionens beføjelser i henhold til denne bestemmelse er netop, at Kommissionen skal kunne undersøge rigtigheden af oplysninger, der giver grundlag for at antage, at der er sket en overtrædelse af konkurrencereglerne.

183. I den tidligere nævnte dom i National Panasonic-sagen fastslog Domstolen, at når Kommissionen anvender én fremgangsmåde med hensyn til sagens opklaring frem for en anden, er dette et spørgsmål om, hvad der, henset til de nærmere omstændigheder, er behov for, idet de kriterier, som sagsøgeren i sagen havde henvist til, f. eks. forholdets graverende karakter eller et meget akut behov for en løsning, ikke var relevante [20]. På samme måde er det også op til Kommissionen selv at vurdere, om de oplysninger, som den råder over, bør begrunde en foranstaltning som en kontrolundersøgelse.

184. Dow Benelux' argument om, at »Kommissionens kompetence til at gennemføre undersøgelse er begrænset i den forstand, at Kommissionen kun kan efterprøve rigtigheden af en bestemt formodning, som er baseret på et fastlagt bevismateriale« (retsmøderapporten i sag 85/87, s. 10), er kun en halv sandhed. Det er rigtigt, at grundlaget for en kontrolundersøgelse skal være en »bestemt formodning«, og dette er årsagen til, at det i henhold til artikel 14, stk. 3, er et krav, at kontrolundersøgelsens genstand og formål skal angives. Men en kontrolundersøgelse skal ikke nødvendigvis være baseret på et »fastlagt bevismateriale«, idet undersøgelsen i så fald ville være overflødig.

185. Dette ræsonnement gælder også den angivelige tilsidesættelse af legalitetsprincippet, der ifølge Dow Ibérica, Alcudia og EMP må bevirke, at de pågældende beslutninger er uden retsvirkninger, »da der ikke, dengang beslutningen blev truffet, til grund for denne lå nogen lovligt fastlagte faktiske omstændigheder, som kunne begrunde beslutningen« (punkt II. B.2.1, s. 7, i stævningerne i sagerne 97-99/87). På det tidspunkt, hvor en beslutning om en kontrolundersøgelse træffes, er de faktiske omstændigheder pr. definition altid kun nogle, som der er en formodning for foreligger. Kontrolundersøgelsen har netop til formål nærmere at fastlægge sådanne faktiske omstændigheder og at godtgøre rigtigheden af dem.

186. Der er heller ikke sket nogen tilsidesættelse af det nævnte princip eller af retssikkerhedsprincippet (punkt II. B.2.2 in fine i stævningerne i sagerne 97-99/87) derved, at de omtvistede beslutninger indeholdt hjemmel til at gennemføre undersøgelser, der gik ud over de allerede foreliggende konkrete beviser eller indicier. En kontrolundersøgelse kan ikke være begrænset til allerede kendte beviser og indicier, men tjener også til at indhente andre oplysninger vedrørende de formodede faktiske omstændigheder.

20 — Sml. 1980, s. 2033, præmisserne 28-30.

187. Såfremt der ikke kommer til at foreligge tilstrækkelige oplysninger, og rigtigheden af de formodede faktiske omstændigheder ikke bliver bekræftet, må Kommissionen afslutte sagen, idet Domstolen ellers vil kunne annullere en eventuel beslutning, hvorved det på grundlag af et utilstrækkeligt bevismateriale fastslås, at der er sket en overtrædelse.

188. Et mere grundlæggende klagepunkt er det af Dow Benelux fremsatte, hvorefter de *beviser*, som Kommissionen rådede over, da den traf bestemmelse om den pågældende kontrolundersøgelse, var blevet *tilvejebragt på retsstridig måde*, således at disse beviser ikke retmæssigt kunne anvendes.

V — Anbringendet om, at grundlaget for kontrolundersøgelsen var oplysninger indhentet på retsstridig måde

189. Det er i sin replik (punkt 66), at Dow Benelux har fremsat dette anbringende som én forklaring blandt flere på, at Kommissionen vedvarende har afslået i sagen at fremlægge de nævnte oplysninger og beviser på trods af selskabets stiltiende opfordring hertil i forbindelse med anbringendet om, at der ganske savnedes noget rimeligt bevismateriale.

190. Dow Benelux har senere fået kendskab til, at Kommissionen fik de pågældende oplysninger og beviser under en kontrolundersøgelse vedrørende et formodet kartel angående polypropylen, og selskabet mener på dette grundlag, at dets oprindelige mistanke var begrundet.

191. Dow Benelux har på denne baggrund ved processkrift, indgivet den 26. oktober 1988, dvs. efter afslutningen af skriftvekslingen, fremsat begæring om, at Domstolen i sagen tillader en inddragelse af disse omstændigheder, som betegnes som »nye«, og som angiveligt støtter anbringendet om, at der ganske savnedes noget rimeligt bevismateriale, idet selskabet subsidiært har fremsat begæring om, at Domstolen tillader en fremsættelse af nye anbringender — der udspringer af disse nye omstændigheder — hvorved det gøres gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artiklerne 14 og 20 i forordning nr. 17.

192. Da Domstolen, efter at Kommissionen har rejst indsigelse mod en inddragelse af såvel de »nye« omstændigheder som de »nye« anbringender, den 23. november 1988 har besluttet at træffe afgørelse om begæringerne ved den endelige dom, vil jeg først drøfte, om disse kan *admitteres.*

193. Dow Benelux har til støtte for sin principale begæring henvist til artikel 91 i Domstolens procesreglement, hvis stk. 1, første afsnit, indeholder følgende bestemmelse: »Ønsker en part, at Domstolen skal tage stilling til en formel indsigelse eller et enkelt stridsspørgsmål uden at indlede behandlingen af hovedsagen, skal begæring herom fremsættes i et særskilt dokument.« Den subsidiære begæring er fremsat under henvisning til procesreglementets artikel 42, stk. 2, hvorefter nye søgsmålsgrunde ikke kan fremsættes under sagens behandling, »medmindre [de] støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling«.

194. Det må antages at være åbenbart, at Dow Benelux' begæring ikke umiddelbart på grundlag af de nævnte to bestemmelser kan tages til følge. Artikel 91, der er et led i tredje afsnit i procesreglementet, som omhandler »særlige rettergangsformer«, angår ikke en inddragelse af nye faktiske omstændigheder eller nye anbringender under en »normal« retsforhandling, hvis forløb er reguleret i andet afsnit. Som det fremgår af overskriften til bestemmelsen, er formålet med denne, at parterne skal kunne fremsætte begæring om, at Domstolen træffer afgørelse om et bestemt spørgsmål, hvorom der er strid, »uden at indlede behandlingen af hovedsagen«, dvs. at retsforhandlingerne

begrænses til »formelle indsigelser eller enkelte stridsspørgsmål«.

195. Hvad angår artikel 42, stk. 2, fremgår det klart af denne bestemmelses ordlyd, at den ikke skaber hjemmel til at inddrage retlige eller faktiske omstændigheder, som først er kommet frem efter afslutningen af skriftvekslingen. Såfremt denne situation opstår, er løsningen da, at sagens forløb fortsætter med den mulige konsekvens, at vedkommende part senere på grundlag af artikel 98 indgiver begæring om genoptagelse med henblik på en ændring af den dom, hvorved sagen i første omgang er blevet afsluttet? Der må svares benægtende på dette spørgsmål, idet artikel 41 i statutten for EØF-Domstolen indeholder bestemmelse om, at »en pådømt sag [kun kan] begæres genoptaget af Domstolen, hvis der fremkommer en faktisk omstændighed af afgørende betydning, der inden dommens afsigelse var ukendt for Domstolen og for den part, der begærer sagen genoptaget«. Det følger heraf, at såfremt en faktisk omstændighed af afgørende betydning kommer frem mellem afslutningen af skriftvekslingen og domsafsigelsen, kan en part hverken før eller efter domsafsigelsen påberåbe sig denne. En sådan lakune må antages at stride mod afgørende retsplejehensyn.

196. Derimod følger det af procesreglementets artikel 60, at Domstolen selv efter afslutningen af den mundtlige forhandling kan træffe bestemmelse om nye skridt til sagens oplysning. I sin dom af 16. juni 1971 [21] udtalte Domstolen om en begæring herom, at denne »kun vil kunne tages til følge, såfremt den vedrører faktiske omstændigheder, der vil kunne få en afgørende betydning, og som sagsøgeren ikke havde mulighed for at påberåbe sig før afslutningen af den mundtlige forhandling« (præmis 7).

21 — Sag 77/70, Prelle/Kommissionen, Sml. 1971, s. 149 (sammendrag), org. ref. Recueil 1971, s. 561.

197. Endvidere kan Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 61 træffe bestemmelse om en genåbning af den mundtlige forhandling. I en kendelse af 3. december 1962 [22] forkastede Domstolen en begæring om genåbning af den mundtlige forhandling i den pågældende sag med den begrundelse, at de pågældende faktiske omstændigheder var kendte før tidspunktet for den mundtlige forhandling af den part, der havde fremsat begæringen, »og som derfor under retsmødet kunne have påberåbt sig disse«.

198. Det fremgår heraf, at faktiske omstændigheder af afgørende betydning for tvisten, der ikke har kunnet fremføres under skriftvekslingen, kan fremføres under den mundtlige forhandling, og at dette endog må ske, idet en begæring om nye skridt til sagens oplysning eller om genåbning af den mundtlige forhandling ellers vil blive afvist eller forkastet.

199. For at kunne anses for »nye« behøver de pågældende omstændigheder ikke nødvendigvis at være indtruffet efter afslutningen af skriftvekslingen, idet det er tilstrækkeligt, at den part, som vil påberåbe sig dem, først får kendskab til dem på dette tidspunkt [23].

200. På denne baggrund kan der ikke gives Kommissionen medhold i det af den anførte, hvorefter de pågældende faktiske omstændigheder ikke er nye, fordi Kommissionen ikke i forbindelse med en kontrolundersøgelse er forpligtet til at give virksomheden meddelelse om de oplysninger, som den rå-

22 — Forenede sager 2 og 3/62, Kommissionen/Luxembourg og Belgien, Recueil 1962, s. 855.

23 — Jfr. i den retning dom af 1. april 1982, Dürbeck/Kommissionen, 11/81, Sml. s. 1251, præmis 17, samt de to i de foregående to fodnoter nævnte afgørelser. Jfr. også ordlyden af procesreglementets artikel 42, stk. 2, og artikel 98, hvorefter fristen for at indgive begæring om genoptagelse begynder at løbe »den dag, på hvilken ansøgeren har fået kendskab til de faktiske omstændigheder, hvorpå begæring om genoptagelse støttes«.

der over, eller om den måde, hvorpå den har fået kendskab til dem (hvilket er korrekt). Selv om Kommissionen aldrig udtrykkeligt har benægtet, at den mod Dow Benelux rettede undersøgelse også var baseret på oplysninger, som Kommissionen havde fået kendskab til ved tidligere kontrolundersøgelser hos andre virksomheder, som angik andre produkter og overtrædelser, fik Dow Benelux først kendskab hertil i juli-august 1988, dvs. efter afslutningen af skriftvekslingen.

201. Dow Benelux kunne derfor påberåbe sig den pågældende nye omstændighed efter afslutningen af skriftvekslingen, fremkomme med sin opfattelse med hensyn til de retlige følger heraf og gøre gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 14, stk. 3, og artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17.

202. Jeg foreslår på denne baggrund, at Domstolen tager endnu nogle skridt i retning af en videreudvikling af den praksis, der fremgår af de sidstnævnte domme, og lægger til grund, at procesreglementets artikel 42, stk. 2, også kan finde anvendelse, for så vidt angår fremsættelse af nye anbringender baseret på faktiske omstændigheder, der er kommet frem efter afslutningen af skriftvekslingen. Modparten vil herved fortsat kunne fremføre sine synspunkter vedrørende et sådant anbringende, det være sig skriftligt (artikel 42, stk. 2, andet afsnit) eller mundtligt, idet afgørelsen om, hvorvidt anbringendet kan admitteres, træffes ved den endelige dom (artikel 42, stk. 2, tredje afsnit). I det foreliggende tilfælde har Kommissionen endog kunnet imødegå det af Dow Benelux anførte efter begge de nævnte fremgangsmåder, idet selskabets processkrift af 26. oktober 1988 blev meddelt Kommissionen med henblik på dennes bemærkninger, og idet Domstolen den 23. november 1988 har besluttet at træffe afgørelse om selskabets begæring ved den endelige dom.

203. Jeg går nu over til en *realitetsdrøftelse* af anbringendet om, at det nævnte bevismateriale er blevet tilvejebragt på retsstridig måde.

204. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i forbindelse med den pågældende kontrolundersøgelse vedrørende polypropylen fik kendskab til oplysninger, der blev grundlaget for beslutningen om kontrolundersøgelser vedrørende PVC og polyætylen, og at Kommissionen derved gik ud over den førstnævnte kontrolundersøgelses genstand og formål, hvilket er udtryk for en tilsidesættelse af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17. Kommissionen anvendte herefter de pågældende oplysninger til et andet formål end det, der lå til grund for kontrolundersøgelsen vedrørende polypropylen, nærmere bestemt til undersøgelsen vedrørende PVC og polyætylen, og Kommissionen tilsidesatte dermed tillige artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17. Denne bestemmelse lyder således: »De oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artiklerne 11, 12, 13 eller 14, må kun bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål.«

205. Jeg mener ikke, at nogen af de nævnte to argumenter kan begrunde en annullation af den her omhandlede kontrolundersøgelsesbeslutning.

206. Når artikel 14, stk. 3, indeholder bestemmelse om, at beslutninger om kontrolundersøgelser skal indeholde en angivelse af undersøgelsens genstand og formål, er dette først og fremmest for at forhindre, at Kommissionen gennemfører kontrolundersøgelser i flæng, uden at der foreligger nogen konkret mistanke. Man kan dog ikke heraf drage den slutning, at Kommissionens repræsentanter skal lukke øjnene, såfremt de under en kontrolundersøgelse vedrørende et givet produkt tilfældigt støder på oplysninger, der peger i retning af et kartel eller en dominerende stilling, for så vidt angår et andet produkt, idet det generelt er Kommissionens opgave at *efterforske og afsløre* aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der strider mod artikel 85, stk. 1, og forhold, der er udtryk for misbrug af en dominerende stilling, og som strider mod artikel 86

(jfr. ottende betragtning til forordning nr. 17). Ellers ville virksomhederne endog kunne have en interesse i at placere sådanne oplysninger i den dokumentation, der fremlægges for Kommissionens repræsentanter med henblik på at gøre det umuligt for Kommissionen at indlede en procedure vedrørende de pågældende produkter.

207. Men formålet med artikel 14, stk. 3, er også at beskytte virksomheder, som pålægges at underkaste sig en kontrolundersøgelse, mod indsamling af oplysninger uden sammenhæng med kontrolundersøgelsens genstand. Derfor indeholder bestemmelsen ikke hjemmel for Kommissionen til under en kontrolundersøgelse at kontrollere og tage kopier af dokumenter, som ikke vedrører den pågældende undersøgelse. Vil Kommissionen skaffe sig et bevismateriale vedrørende en anden overtrædelse af konkurrencereglerne end den, som den har formodet foreligger, og hvis eksistens den har ønsket at finde bevis for, kan den kun gøre dette ved at fremsende en anmodning om oplysninger eller ved at skride til en ny kontrolundersøgelse, enten hos den samme virksomhed eller hos andre virksomheder.

208. Hvad angår artikel 20, stk. 1, er formålet med denne bestemmelse at skabe en sikkerhed for, at Kommissionen kun anvender oplysninger tilvejebragt f. eks. under en kontrolundersøgelse til at bevise eksistensen af den overtrædelse af konkurrencereglerne, som den har haft mistanke om. Men får Kommissionen under en kontrolundersøgelse kendskab til beviser for, at andre virksomheder har deltaget i den formodede overtrædelse, kan den selvsagt lægge dette til grund uden nødvendigvis at gennemføre nye kontrolundersøgelser hos de pågældende andre virksomheder. Noget sådant bliver kun nødvendigt, såfremt Kommissionen fortsat nærer tvivl med hensyn til denne deltagelse og ikke på anden måde kan bevise, at den foreligger.

209. Artikel 20, stk. 1, indeholder dog et forbud for Kommissionen mod at anvende beviser, der er fundet ved et tilfælde under en undersøgelse vedrørende produkt A, og som angår et kartel vedrørende produkt B, således at Kommissionen ikke alene på dette grundlag kan fremsende en meddelelse af klagepunkter til samtlige de i kartellet deltagende virksomheder.

210. Forholdet er imidlertid her, at Kommissionen ikke anvendte de oplysninger, som dens medarbejdere måske tilfældigt fik kendskab til i forbindelse med undersøgelsen vedrørende polypropylen hos andre virksomheder, der ikke er parter i nærværende tvister, som grundlag for at fastslå, at disse andre virksomheder havde gjort sig skyldig i overtrædelser på andre områder — hvilket jeg bemærker ville være uden betydning for nærværende sager — og heller ikke som grundlag for at fastslå, at Dow Benelux havde gjort sig skyldig i overtrædelser, for så vidt angår PVC og polyætylen. Det, Kommissionen gjorde, var blot på grundlag af disse tilfældigt tilvejebragte oplysninger at træffe bestemmelse om nogle kontrolundersøgelser vedrørende sidstnævnte produkter hos andre selskaber, herunder Dow Benelux. Af de grunde, jeg har angivet, kan en sådan fremgangsmåde ikke antages at stride mod artiklerne 14 og 20. Til grund for Kommissionens beslutninger om kontrolundersøgelser vedrørende PVC og polyætylen lå derfor ikke oplysninger tilvejebragt på retsstridig måde.

VI — De andre anbringender, som er blevet fremsat af Dow Ibérica, Alcudia og EMP

211. De spanske selskaber har særligt fremsat flere andre anbringender, som jeg nu vil drøfte.

212. a) Disse sagsøgere har gjort gældende, at Kommissionen inden Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet ikke var beføjet til at gennemføre kontrolundersøgelser hos spanske virksomheder. Efter tiltrædelsen har Kommissionen derfor heller ikke en sådan beføjelse, for så vidt angår *forhold, der ligger forud for tiltrædelsen.*

213. De nævnte sagsøgere bestrider ikke, at Kommissionen kan pålægge dem sanktioner i anledning af forhold fra deres side, der ligger forud for tiltrædelsen, for så vidt disse har haft og har konkurrencestridige virkninger inden for fællesmarkedet. I sin dom af 27. september 1988 i de såkaldte »cellulosesager«[24] fastslog Domstolen, at Traktatens konkurrenceregler finder anvendelse på virksomheder etableret uden for Fællesskabet, når sådanne deltager i en samordning, der har til formål og til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet (præmisserne 13 og 14).

214. Det mindste, man kan sige, er, at det ville være paradoksalt, såfremt spanske virksomheder kan pålægges sanktioner for forhold, der ligger forud for Spaniens tiltrædelse, hvorimod kontrolundersøgelser, som spanske virksomheder siden tiltrædelsen har været forpligtet til at underkaste sig, ikke kan angå sådanne forhold, ikke mindst når henses til, at disse fortsat kan have konkurrencestridige virkninger efter tiltrædelsen.

215. Endvidere bemærker jeg, at der ved kontrolundersøgelser, som Kommissionen gennemfører hos spanske selskaber efter Spaniens tiltrædelse, også kan tilvejebringes beviser mod virksomheder etableret i andre medlemsstater, som har deltaget i de aftaler og / eller den samordnede praksis, som den pågældende kontrolundersøgelse vedrører.

24 — Forenede sager 89, 104, 114, 116, 117 og 125-129/85, Sml. 1988, s. 5193.

216. Jeg tilføjer, at kontrolundersøgelsesbeslutninger ikke har tilbagevirkende gyldighed derved, at de angår forhold, der ligger forud for det tidspunkt, hvor de bliver truffet. De kan pr. definition kun vedrøre omstændigheder i fortiden, også selv om den pågældende handlemåde fortsat følges.

217. Der kan herefter heller ikke antages at være sket nogen tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2, i tiltrædelsestraktaten og artikel 2 i tiltrædelsesakten[25], hvorefter bestemmelserne i de oprindelige traktater og de af institutionerne før tiltrædelsen vedtagne retsakter finder anvendelse fra tidspunktet for tiltrædelsen, den 1. januar 1986.

218. I henhold til de nævnte bestemmelser i tiltrædelsestraktaten og tiltrædelsesakten har forordning nr. 17 fundet anvendelse i Spanien fra den 1. januar 1986, og spanske virksomheder har derfor været forpligtet til at underkaste sig kontrolundersøgelser, som der fra dette tidspunkt er blevet eller bliver truffet bestemmelse om på grundlag af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, hvorefter der med hensyn til kontrolundersøgelser ikke gælder nogen tidsmæssig begrænsning til omstændigheder indtruffet efter forordningens ikrafttrædelse.

219. b) De spanske sagsøgere har endvidere gjort gældende, at der er sket en krænkelse af den *grundrettighed, hvorefter der består en forhåndsformodning for manglende skyld,* idet det i de anfægtede beslutninger hedder, at

25 — EFT L 302 af 15.11.1985.

der foreligger »beviser« — og ikke blot indicier — for sagsøgernes konkurrencestridige handlemåde.

220. Det må på dette punkt medgives, at der to gange i de to første betragtninger til de kontrolundersøgelsesbeslutninger, som var rettet til de tre spanske virksomheder, omtales »beviser« dér, hvor der i de til Hoechst og Dow Benelux rettede beslutninger tales om »oplysninger«. I den spanske tekst hedder det bl. a., »La Comisión ha conseguido pruebas que indican la existencia de acuerdos ...« (»Kommissionen er kommet i besiddelse af beviser for, at der *består* aftaler ...«), hvorimod der i den Hoechst rettede beslutning anvendes udtrykket, »Informationen die den Verdacht begründen daß ...« (»oplysninger, der begrunder en *mistanke* om, at ...«). I den til Dow Benelux rettede beslutning hedder det, »... dat de Commissie informatie heeft ontvangen waaruit het bestaan kan worden afgeleid van overeenkomsten ...« (»... at Kommissionen er kommet i besiddelse af oplysninger, hvoraf det må antages at fremgå, at der består aftaler ...«).

221. Disse forskelle i affattelsen må utvivlsomt beklages, men det fremgår klart af de følgende betragtninger i samtlige beslutninger, at Kommissionen kun tænkte på oplysninger, som gav den anledning til en mistanke om, at der bestod aftaler eller samordnet praksis, og ikke på endegyldige beviser. I tredje betragtning til de på spansk udfærdigede beslutninger hedder det således: »Si se prueba la existencia de tales acuerdos ... ello podría construir una grave infracción ...« (»Såfremt det godtgøres, at der består sådanne aftaler ... vil dette forhold kunne være udtryk for en alvorlig overtrædelse ...«). I fjerde betragtning tales der om »Los acuerdos y prácticas concertadas de que se sospecha ...« (»De aftaler og den samordnede praksis, som der foreligger en mistanke om består ...«). I femte betragtning gentages dette, ligesom der tales om »... las empresas sospechosas de participar en los mismos« (»... de virksomheder, hvorom der foreligger den mistanke, at de deltager i disse«).

222. c) De spanske sagsøgere har endvidere gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af det *almindelige proportionalitetsprincip*, hvorefter Kommissionen ved udøvelsen af sine beføjelser som forvaltningsmyndighed kun i det omfang, det er strengt nødvendigt, må handle i strid med den retstilstand, der følger af retsbeskyttelsen i henhold til national ret. Det nævnte almindelige fællesskabsretlige princip tilsiger, at Kommissionen i sagsøgernes tilfælde burde have anlagt en fortolkning af artikel 14 i forordning nr. 17, der var i overensstemmelse med den spanske forfatnings bestemmelser om beskyttelse af grundrettighederne.

223. Der kan heller ikke gives sagsøgerne medhold i dette anbringende. For det første skal spørgsmålet om gyldigheden af fællesskabsretlige retsakter og andre afgørelser udelukkende vurderes på grundlag af fællesskabsretten, idet en hvilken som helst national bestemmelse, uanset om den har forfatningsmæssig karakter, herved er uden relevans. På samme måde kan det ikke bero på nationalretlige begreber og normer, om der må antages at være sket en overholdelse af et almindeligt fællesskabsretligt princip.

224. For det andet gælder det som allerede anført, at de anfægtede kontrolundersøgelsesbeslutninger er i overensstemmelse med artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, og at der ikke ved beslutningerne er sket nogen tilsidesættelse af det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed. Det savner derfor grundlag, at beslutningerne går ud over, hvad der var nødvendigt for at virkeliggøre den, lovlige, målsætning med dem.

225. d) De spanske sagsøgere har endelig gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af *princippet om forbud mod forskelsbehandling*, idet andre virksomheder etableret

i andre medlemsstater har nydt en retsbeskyttelse i form af en forudgående retslig prøvelse af lovligheden og rimeligheden af kontrolundersøgelser, som de er blevet pålagt at underkaste sig.

226. Hvis dette virkelig havde været tilfældet, ville den angivelige forskelsbehandling utvivlsomt ikke kunne tilskrives Kommissionen og derfor ikke kunne begrunde en annullation af kontrolundersøgelsesbeslutninger, som denne er ophavsmand til.

227. For det første er det ikke blevet godtgjort, at Kommissionen selv nogensinde har indgivet begæring om en retskendelse forud for en kontrolundersøgelse i andre medlemsstater. I Hoechsts tilfælde afviste Kommissionen udtrykkeligt denne fremgangsmåde, og det var Bundeskartellamt, som indgav begæring til den pågældende nationale retsinstans.

228. For det andet kan det kun blive aktuelt med en sådan retskendelse, såfremt den pågældende virksomhed nægter at underkaste sig den kontrolundersøgelse, som der er blevet truffet bestemmelse om, og eventuelle forskellige vilkår skyldes derfor udelukkende forskelle med hensyn til omstændigheder, som må tilskrives virksomhederne selv.

229. Endelig gælder det, at når en virksomhed nægter at underkaste sig en kontrolundersøgelse og bliver påtvunget denne i form af, at den i artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17 omhandlede nationale myndighed bistår Kommissionen, sker dette i mangel af ensartede procedurer og regler efter de nationale bestemmelser, og de forskellige vilkår, som dette vil kunne indebære, afspejler kun de bestående forskelle mellem lovgivningerne i de forskellige medlemsstater, som ikke er omfattet af Traktatens artikel 7 og princippet om forbud mod forskelsbehandling [26].

230. Det sidste anbringende må herefter ligeledes forkastes.

*

231. De af Hoechst AG, Dow Benelux NV, Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA og Empresa Nacional del Petroleo SA nedlagte påstande om annullation af Kommissionens kontrolundersøgelsesbeslutninger af 15. januar 1987 savner således grundlag, og Kommissionen bør for så vidt frifindes.

232. Hvad angår de øvrige påstande, der er nedlagt i sagerne 85 og 97-99/87, og hvorved det i det væsentlige gøres gældende, at Domstolen bør tilpligte Kommissionen at tilbagelevere eller destruere alle de dokumenter, der blev indsamlet ved kontrolundersøgelserne, eller nogle af dem tillige med de i forbindelse hermed udfærdigede notater eller tilpligte Kommissionen at undlade at benytte eller videregive de indhentede oplysninger, må disse påstande afvises fra realitetsbehandling, da Domstolen ikke i forbindelse med en legalitetsprøvelse på grundlag af Traktatens artikel 173 har kompetence til at påbyde noget sådant [27].

*

233. Jeg mangler endnu at tage stilling til Hoechsts påstande om annullation af de i medfør af artikel 16 i forordning nr. 17 trufne beslutninger af 3. februar 1987 og 26. maj 1988 om henholdsvis pålæggelse af tvangsbøder og fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse, idet Hoechst subsidiært har påstået den endelige tvangsbøde nedsat.

26 — Jfr herved navnlig dom af 19. januar 1988, Pesca Valentia/Minister for Fishery and Forestry Ireland og Attorney General, 223/86, Sml. s. 83, præmis 18.

27 — Jfr herved navnlig dom af 24. juni 1986, AKZO Chemie/Kommissionen, 53/85, Sml. s. 1965, præmis 23.

VII — Beslutningen af 3. februar 1987 om at pålægge Hoechst tvangsbøder (sag 46/87)

234. Hoechst har fremsat to klagepunkter vedrørende beslutningen om at pålægge selskabet tvangsbøder.

235. Det første klagepunkt hviler på den forudsætning, at den kontrolundersøgelsesbeslutning, som tvangsbødebeslutningen havde til formål at gennemtvinge, var retsstridig, idet en annullation af kontrolundersøgelsesbeslutningen må fjerne det retlige grundlag for tvangsbødebeslutningen. Jeg har imidlertid allerede forkastet den nævnte forudsætning og vil derfor heller ikke lægge dette klagepunkt til grund.

236. Det andet klagepunkt er, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Hoechst gør herved gældende, at beslutningen blev truffet:

a) efter en skriftlig hasteprocedure,

b) uden forudgående høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål,

c) uden at Hoechst fik lejlighed til at udtale sig.

237. I sit svar på Domstolens spørgsmål har Hoechst meddelt, at selskabet frafalder det klagepunkt, at et enkelt medlem af Kommissionen savner kompetence til at træffe beslutninger om tvangsbøder. Forholdet er det, at den bemyndigelse, som ved en intern beslutning af 15. november 1980 blev givet til det medlem af Kommissionen, under hvem konkurrenceanliggender henhører, ikke omfatter sådanne beslutninger, og at den anfægtede beslutning blev truffet efter den skriftlige procedure, som Kommissionen i svarskriftet (s. 5, punkt 6) betegner som en »hasteprocedure«.

238. Det klagepunkt, som Hoechst fastholder, angår imidlertid ikke den omstændighed, at proceduren var »skriftlig«, men derimod det forhold, at der var tale om en »hasteprocedure«. Jeg bemærker herom, at en skriftlig hasteprocedure kun adskiller sig fra en normal skriftlig procedure derved, at Kommissionens medlemmer i forbindelse med hasteproceduren råder over et mindre antal dage til at fremsætte eventuelle indvendinger mod den beslutning, der er forelagt til deres godkendelse. Dette kan ikke berøre beslutningens gyldighed. Klagepunktet må derfor forkastes.

239. Hoechst har endvidere gjort gældende, at »der navnlig i henhold til artikel 16 i forordning nr. 17 ikke gælder nogen procedure, hvorefter Kommissionen har hjemmel til at undlade at efterkomme den retlige forpligtelse til at høre de berørte parter og medlemsstaterne«. Dette argument angår punkterne b) og c), som jeg vil drøfte under ét.

240. Artikel 16 omhandler tvangsbøder. I stk. 3 hedder det, at »bestemmelserne i artikel 10, stk. 3-6, anvendes«. Disse bestemmelser omhandler proceduren, for så vidt angår høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, der er sammensat af repræsentanter for medlemsstaterne.

241. Artikel 19, stk. 1, indeholder følgende bestemmelse: »Forinden der træffes beslutning i henhold til artiklerne 2, 3, 6, 7, 8, 15

og 16, skal Kommissionen give de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter.« De fornødne gennemførelsesbestemmelser vedrørende disse former for høring er fastsat i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 [28]. I henhold til denne forordning gælder det bl. a., at Kommissionen, før den hører Det Rådgivende Udvalg, skriftligt skal give de pågældende virksomheder meddelelse om klagepunkterne i sagen (artikel 2), ligesom Kommissionen, såfremt den agter at træffe beslutning om en bøde eller en tvangsbøde, skal give dem, der har anmodet om det i deres skriftlige bemærkninger, lejlighed til mundtligt at uddybe deres synspunkter (artikel 7).

242. Hoechst gør gældende, at når der i artikel 16, stk. 3, og artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 ikke sondres mellem henholdsvis beslutninger i medfør af artikel 16, stk. 1, om at pålægge en virksomhed tvangsbøder for f. eks. at tvinge den til at underkaste sig en kontrolundersøgelse [litra d)] og beslutninger i medfør af artikel 16, stk. 2, hvorved der, efter at virksomheden har underkastet sig kontrolundersøgelsen, sker en fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse, må det antages at fremgå heraf, at Kommissionen i *begge* tilfælde skal høre Det Rådgivende Udvalg og give virksomheden lejlighed til at udtale sig. Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at den blot skal overholde disse procedureregler i forbindelse med *én* af de to beslutninger.

243. Efter min opfattelse er Kommissionen ikke forpligtet til at følge de nævnte procedureregler, når den træffer en beslutning om pålæggelse af tvangsbøder, og dette mener jeg af følgende grunde.

244. *1.* Ingen af de nævnte formkrav gælder i forbindelse med beslutninger om kontrolundersøgelser. I henhold til artikel 14 er det kun den kompetente myndighed i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, der forinden skal underrettes (stk. 2) eller høres (stk. 4). Årsagen hertil er, at »da formålet med artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17 er, at Kommissionen skal få mulighed for at foretage uanmeldte kontrolundersøgelser hos de virksomheder, som er mistænkt for at have overtrådt Traktatens artikler 85 og 86, bør Kommissionen kunne træffe beslutning uden at være bundet af formkrav, der kan tænkes at forsinke beslutningens vedtagelse« [29].

245. Spørgsmålet er, om Domstolen ikke i virkeligheden tænkte på stk. 3. I sag 5/85 (AKZO) var der således nedlagt påstand om annullation af en beslutning truffet på grundlag af denne bestemmelse. Uanset hvorledes det forholder sig, må Domstolens udtalelse også gøre sig gældende, for så vidt angår stk. 3, idet Domstolen udtrykkeligt har fastslået, at Kommissionen ikke har pligt til at forsøge fremgangsmåden i stk. 2, før den træffer en beslutning på grundlag af stk. 3 (dommen i National Panasonic-sagen, Sml. 1980, s. 2055, præmis 11).

246. Jeg bemærker her, at en beslutning i medfør af artikel 16, stk. 1, om pålæggelse af tvangsbøder kun har til formål at tvinge en virksomhed, der modsætter sig en kontrolundersøgelse, til at underkaste sig denne. Man kan sige, at en sådan beslutning er et supplement til beslutningen om kontrolundersøgelsen. Det gælder såvel en høring af det rådgivende udvalg som en høring af de berørte parter, at en sådan nødvendigvis ikke ville dreje sig om tvangsbødebeslutningen, men om grundene til, at den pågældende virksomhed har nægtet at underkaste sig kontrolundersøgelsen. Opstiller man det krav, at de nævnte procedureregler skal

28 — Forordning om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42).

29 — Dom af 23. september 1986, AKZO Chemie/Kommissionen, 5/85, Sml. s. 2585, præmis 24.

overholdes i forbindelse med en beslutning af den nævnte art, har man dermed indført en ordning, som forordning nr. 17, hvad angår beslutninger om kontrolundersøgelser, ikke indeholder bestemmelse om.

247. *2.* Virksomhederne ville endvidere være foranlediget til i første omgang at modsætte sig kontrolundersøgelsesbeslutninger for at vinde tid, uden at skulle risikere at måtte betale en tvangsbøde svarende til udsættelsen. Kommissionen ville således kun kunne pålægge tvangsbøder, når en høring af det rådgivende udvalg og af den pågældende virksomhed var afsluttet. Såfremt virksomheden herefter skulle underkaste sig kontrolundersøgelsen, ville denne blive gennemført med en sådan forsinkelse, at der ikke længere ville være et for Kommissionen fordelagtigt overraskelsesmoment, således at kontrolundersøgelsen formentlig ikke længere ville tjene noget formål overhovedet, idet jeg her tænker på de samlede virkninger af for det første de frister, som det rådgivende udvalg — der tidligst kan mødes 14 dage efter, at mødeindkaldelsen fremsendes (artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17) — arbejder med, og for det andet den procedure, der gælder med hensyn til meddelelse af klagepunkter, og hvorved de berørte parter skal indrømmes mindst to uger til at fremsætte deres skriftlige bemærkninger (artikel 11, stk. 1, i forordning 99/63). I forbindelse hermed kan der endvidere fremsættes begæring om en mundtlig høring.

248. *3.* Beslutninger om kontrolundersøgelser og beslutninger om pålæggelse af tvangsbøder med henblik på at tvinge virksomheder til at underkaste sig sådanne er ikke egentlige bebyrdende afgørelser i den i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 forudsatte betydning. Det hedder udtrykkeligt i tredje betragtning til forordning nr. 99/63, at denne bestemmelse og kontradiktionsprincippet tilsiger, at virksomhederne får adgang til »efter undersøgelsens *afslutning* at udtale sig vedrørende samtlige de klagepunkter, som Kommissionen ved sin beslutning *agter* at fremføre mod dem«. En beslutning om en kontrolundersøgelse er blot et led i den nævnte undersøgelse. Det er rigtigt, at en sådan beslutning er en foranstaltning, som skaber retsvirkninger og umiddelbart berører den pågældende virksomheds retsstilling, for så vidt virksomheden bliver forpligtet til at underkaste sig kontrolundersøgelsen, således at der dermed er tale om en anfægtelig afgørelse, jfr. herved dommen af 11. november 1981 i IBM-sagen (sag 60/81) [30]. Men en sådan beslutning forudsætter ikke, at virksomheden på nogen måde har gjort sig skyldig i retsstridige handlinger eller overtrædelser, som er genstand for klagepunkter fra Kommissionens side. Det er netop på dette grundlag, at Domstolen i den tidligere nævnte dom i National Panasonic-sagen forklarede, hvorfor retten til at blive hørt ikke gælder i forbindelse med kontrolundersøgelsesproceduren. Nærmere udtalte Domstolen, at denne procedure ikke har til formål at »bringe en overtrædelse til ophør eller fastslå en ulovlig adfærd, men udelukkende [at] sætte Kommissionen i stand til at opnå sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation« (Sml. 1980, s. 2058, præmis 21).

249. Hvad angår beslutninger om pålæggelse af tvangsbøder, bidrager disse blot til at fremme gennemførelsen af kontrolundersøgelsesproceduren, hvorfor også en sådan beslutning er udtryk for et skridt, som tjener til sagens oplysning. En beslutning om pålæggelse af tvangsbøder kan kun have selvstændige retsvirkninger, såfremt den pågældende virksomhed fortsat modsætter sig kontrolundersøgelsen, idet de daglige tvangsbøder først bliver en realitet fra det tidspunkt, hvor beslutningen meddeles virksomheden. I sidste instans er det først be-

30 — Sml. 1981, s. 2639. Domstolen udtalte i denne dom: »Ifølge Domstolens faste praksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 173, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling« (præmis 9).

slutningen om fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse, som er udtryk for en sanktion i anledning af, at virksomheden har undladt at efterkomme sin forpligtelse til at underkaste sig kontrolundersøgelsen.

250. *4.* En beslutning om pålæggelse af tvangsbøder kan ikke som sådan tvangsfuldbyrdes. Det er en forudsætning for at inddrive tvangsbøderne, at beløbets størrelse er endeligt fastsat, hvilket sker på grundlag af det tidsrum, der er forløbet fra meddelelsen af beslutningen til kontrolundersøgelsens gennemførelse, og eventuelt et skøn fra Kommissionens side i henhold til artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen kan fastsætte tvangsbødens endelige størrelse til et mindre beløb end det, der følger af den oprindelige beslutning (når henses til forholdet til den anden beslutning, kunne man strengt taget anse beslutningen om pålæggelse af tvangsbøder som en rent forberedende foranstaltning).

Da der således ikke er sket nogen tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter i forbindelse med beslutningen om pålæggelse af tvangsbøder, kan Hoechsts påstand om annullation på dette grundlag af beslutningen ikke tages til følge.

251. Det samme gælder den subsidiære påstand om annullation af beslutningen, for så vidt denne tjente til at tvinge Hoechst til at underkaste sig en ransagning. Jeg har således allerede bemærket, at selskabet modsatte sig enhver form for kontrolundersøgelse, og at Kommissionen derfor var berettiget til at pålægge selskabet tvangsbøder.

VIII — Beslutningen af 26. maj 1988 om fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse (sag 227/88)

252. Da hverken beslutningen om kontrolundersøgelsen eller beslutningen om pålæggelse af tvangsbøder er retsstridig, kan der ikke gives Hoechst medhold i selskabets anbringender til støtte for en annullation af beslutningen om fastsættelse af tvangsbødens endelige størrelse, idet disse er baseret på den forudsætning, at de to førstnævnte beslutninger skulle være uden retsvirkninger.

253. Hvad angår Hoechsts subsidiære påstand om nedsættelse af tvangsbødens størrelse, bemærker jeg blot, at når Kommissionen fastsatte beløbet til 55 000 ECU, var dette blot udtryk for, at den gangede den daglige bøde på 1 000 ECU, som der blev truffet bestemmelse om ved beslutningen af 3. februar 1987, med det antal dage, der forløb fra tidspunktet for meddelelsen af beslutningen (den 5. februar 1987) til det tidspunkt, hvor kontrolundersøgelsen kunne gennemføres (den 2. april 1987). Kommissionen holdt sig dermed inden for de ved artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 17 fastsatte grænser, om hvilke jeg indskyder den bemærkning, at der her utvivlsomt er behov for en tilpasning.

254. Et sagsanlæg ved Domstolen har ikke opsættende virkning, og Kommissionen er derfor ikke ved fastlæggelsen af det antal dage, som gennemførelsen af en kontrolundersøgelse bliver forsinket med, forpligtet til at tage hensyn til, at sag er blevet anlagt, ligesom den ikke er forpligtet til at tage hensyn til en begæring om foreløbige forholdsregler, når bestemmelse om sådanne ikke bliver truffet. I Hoechsts tilfælde traf Domstolens præsident ved kendelse af 26. marts 1987 bestemmelse om, at selskabets begæring om en udsættelse af gennemførelsen af beslutningen om kontrolundersøgelsen og beslutningen om at pålægge tvangsbøder ikke kunne tages til følge.

255. Jeg bemærker endvidere, at der består en formodning om, at retsakter og andre afgørelser fra fællesskabsinstitutionerne er gyldige, så længe Domstolen ikke måtte have statueret, at dette ikke er tilfældet[31].

31 — Jfr. ud over dommen af 13. februar 1979 i Granaria-sagen, 101/78, Sml. s. 623, præmis 4, som Kommissionen har henvist til, dommen af 1. april 1982 i Dürbeck-sagen, 11/81, Sml. 1982, s. 1251, præmis 17.

Det savner derfor grundlag, når Hoechst som begrundelse for at nægte at anerkende de fulde retsvirkninger af beslutningen om kontrolundersøgelsen og beslutningen om pålæggelse af tvangsbøder henviser til »det overordnede hensyn, som det er at sikre en sagsbehandling i overensstemmelse med gældende bestemmelser og forfatningsretlige principper«, som selskabet angiveligt ønskede overholdt, og til »den omstændighed, at de pågældende retlige problemer er komplicerede og uafklarede«. Hoechst har gjort sig til dommer i stedet for at overlade det til Domstolen at sikre retshåndhævelsen. Selskabet fastholdt endog sin opfattelse, efter at Domstolens præsident i kendelsen af 26. marts 1987 havde fastslået, at de to beslutninger, hvis gennemførelse selskabet havde begæret udsat, ikke kunne antages at påføre selskabet et alvorligt og uopretteligt tab, og at Hoechst ved den sag, som selskabet havde anlagt, blev sikret en effektiv retsbeskyttelse, som kunne tilgodese dets interesser.

256. Påstanden om nedsættelse af tvangsbødens endelige størrelse kan derfor heller ikke tages til følge.

Jeg skal herefter sammenfattende foreslå, at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes i de sager, der er anlagt af selskaberne Hoechst AG (sagerne 46/87 og 227/88), Dow Benelux NV (sag 85/87), Dow Chemical Ibérica SA, Alcudia SA og Empresa Nacional del Petroleo SA (forenede sager 97-99/88), og at sagsøgerne tilpligtes at betale samtlige sagsomkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med behandlingen af begæringerne om foreløbige forholdsregler i sagerne 46 og 85/87.