RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

27. september 2006 *

I sag T-314/01,

Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA, Veendam (Nederlandene), ved avocat C. Dekker,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Bouquet, A. Whelan og W. Wils, som befuldmægtigede, bistået af avocat M. van der Woude,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af artikel 1 i Kommissionens beslutning K(2001) 2931 endelig af 2. oktober 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36.756 — Natriumgluconat), for så vidt som den vedrører sagsøgeren, subsidiært om annullation af beslutningens artikel 3, for så vidt som den vedrører sagsøgeren,

* Processprog: nederlandsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne M. Jaeger og F. Dehousse,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. februar 2004,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (herefter »Avebe«) er moderselskabet i en koncern af virksomheder, der har specialiseret sig i forarbejdning af stivelse. Avebe drev på sagstidspunktet forretning på markedet for natriumgluconat gennem sit medejerskab af selskabet Glucona vof, som blev ejet i fællesskab af Avebe og selskabet Akzo Nobel Chemicals BV (herefter »ANC«), som ejes af Akzo Nobel NV (herefter »Akzo«). I december 1995 erhvervede Avebe ANC's andel af Glucona vof, som blev omdannet til et

anpartsselskab med navnet Glucona BV (herefter benævnes Glucona vof og Glucona BV uden forskel »Glucona«).

2 Natriumgluconat er en chelatdanner, som er et produkt, der inaktiverer metalioner i en række industrielle processer. De processer, det drejer sig om, omfatter bl.a. industriel rengøring (rengøring af flasker og redskaber), behandling af overflader (rustbeskyttelse, affedtning, prægning i aluminium) og vandrensning. Chelatdannere anvendes således i fødevareindustrien, kosmetikindustrien, medicinalindustrien, papirindustrien, betonindustrien og flere andre industrier. Natriumgluconat sælges over hele verden, og virksomheder konkurrerer med hinanden på verdensmarkederne.

3 I 1995 androg det samlede salg af natriumgluconat på verdensplan ca. 58,7 mio. EUR og salget i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ca. 19,6 mio. EUR. På sagstidspunktet tegnede fem virksomheder sig for næsten hele verdensproduktionen af natriumgluconat: Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (herefter »Fujisawa«), Jungbunzlauer AG (herefter »Jungbunzlauer«), Roquette Frères SA (herefter »Roquette«), Glucona vof og Archer Daniels Midland Co. (herefter »ADM«).

4 I marts 1997 underrettede det amerikanske justitsministerium Kommissionen om, at der, efter at der var blevet foretaget en undersøgelse af markederne for lysin og citronsyre, ligeledes var blevet indledt en undersøgelse af markedet for natriumgluconat. I oktober og december 1997 samt i februar 1998 fik Kommissionen meddelelse om, at Akzo, Avebe, Glucona, Roquette og Fujisawa havde erkendt at have deltaget i et kartel, som havde bestået i at fastsætte priserne for natriumgluconat og fordele de mængder, hvori produktet blev solgt i De Forenede Stater og andre lande. Efter at der var indgået aftaler med det amerikanske justitsministerium, blev de nævnte virksomheder pålagt bøder af de amerikanske myndigheder.

5 Den 18. februar 1998 rettede Kommissionen i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), en begæring om oplysninger til de vigtigste producenter, importører, eksportører og aftagere af natriumgluconat i Europa.

6 Efter at have modtaget begæringen om oplysninger meddelte Fujisawa Kommissionen, at selskabet havde samarbejdet med de amerikanske myndigheder under ovennævnte undersøgelse, og at det også ønskede at samarbejde med Kommissionen på grundlag af dennes meddelelse af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«). Efter et møde med Kommissionen den 1. april 1998 afgav Fujisawa den 12. maj 1998 en skriftlig forklaring og fremlagde et materiale, som omfattede et resumé af kartellets forløb og et antal dokumenter.

7 Den 16. og 17. september 1998 gennemførte Kommissionen i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 kontrolundersøgelser i Avebes, Gluconas, Jungbunzlauers og Roquettes lokaler.

8 Den 2. marts 1999 rettede Kommissionen detaljerede begæringer om oplysninger til Glucona, Roquette og Jungbunzlauer. De tre virksomheder meddelte ved skrivelser af 14., 19. og 20. april 1999, at de ønskede at samarbejde med Kommissionen, og gav den en række oplysninger om kartellet. Den 25. oktober 1999 fremsendte Kommissionen supplerende begæringer om oplysninger til ADM, Fujisawa, Glucona, Roquette og Jungbunzlauer.

9 Den 17. maj 2000 tilsendte Kommissionen på grundlag de oplysninger, som var blevet meddelt den, Avebe og de øvrige berørte virksomheder en klagepunktsmed-

delelse vedrørende overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk. 1, i EØS-aftalen (herefter »EØS-aftalen«). Avebe og de øvrige berørte virksomheder fremsendte skriftlige bemærkninger som svar på Kommissionens klagepunkter. Ingen af parterne begærede en mundtlig høring eller bestred rigtigheden af de faktiske omstændigheder som fremstillet i klagepunktsmeddelelsen.

10 Den 11. maj 2001 fremsendte Kommissionen supplerende begæringer om oplysninger til Avebe og de øvrige berørte virksomheder.

11 Den 2. oktober 2001 vedtog Kommissionen beslutning K(2001) 2931 endelig om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36.756 — Natriumgluconat) (herefter »beslutningen«). Beslutningen blev meddelt Avebe ved skrivelse af 10. oktober 2001.

12 Beslutningen indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

[Akzo], [ADM], [Avebe], [Fujisawa], [Jungbunzlauer] og [Roquette] har overtrådt artikel 81, stk. 1 [...] EF og — fra den 1. januar 1994 — EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved at have deltaget i en kontinuerlig aftale og/eller samordnet praksis inden for natriumgluconatsektoren.

Overtrædelsen har haft følgende varighed:

— for så vidt angår [Akzo], [Avebe], [Fujisawa] og [Roquette]: fra februar 1987 til juni 1995

— for så vidt angår [Jungbunzlauer]: fra maj 1988 til juni 1995

— for så vidt angår [ADM]: fra juni 1991 til juni 1995.

[...]

Artikel 3

For den i artikel 1 omhandlede overtrædelse pålægges følgende bøder:

a) [Akzo]	9 mio. EUR
b) [ADM]	10,13 mio. EUR
c) [Avebe]	3,6 mio. EUR
d) [Fujisawa]	3,6 mio. EUR
e) [Jungbunzlauer]	20,4 mio. EUR
f) [Roquette]	10,8 mio. EUR«

13 I betragtning 296-309 til beslutningen undersøgte Kommissionen, hvilket forhold der i den af kartellet omfattede periode havde været mellem Glucona og dets moderselskaber Avebe og Akzo. Kommissionen bemærkede bl.a., at repræsentanter for Avebe og Akzo havde ledet Glucona i fællesskab indtil den 15. august 1993, men at Glucona som følge af en omstrukturering af selskabet fra dette tidspunkt udelukkende var blevet ledet af en repræsentant for Avebe. Ikke desto mindre fandt Kommissionen, at både Avebe og Akzo burde anses for ansvarlige for deres datterselskabs konkurrencebegrænsende adfærd i hele den periode, det drejer sig om, og at beslutningen derfor måtte rettes til dem begge.

14 Ved udmålingen af bøderne anvendte Kommissionen i beslutningen den metode, som er angivet i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«), og samarbejdsmeddelelsen.

15 Først fastsatte Kommissionen bødens grundbeløb i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed.

16 I den forbindelse fandt Kommissionen indledningsvis med hensyn til overtrædelsens grovhed, at de berørte virksomheder havde begået en overtrædelse, som i betragtning af sin art og konkrete indvirkning på natriumgluconatmarkedet inden for EØS samt det relevante markeds geografiske udstrækning var meget alvorlig (betragtning 371 til beslutningen).

17 Kommissionen fandt dernæst, at der måtte tages hensyn til virksomhedernes faktiske økonomiske muligheder for at skade konkurrencen, og at bøden måtte fastsættes på et niveau, der sikrede den en tilstrækkelig afskrækkende virkning. På grundlag af de oplysninger om de berørte virksomheders omsætning af natriumgluconat på verdensplan i det sidste år, hvori overtrædelsen havde fundet

sted, nemlig 1995, som parterne havde meddelt Kommissionen under den administrative procedure, og hvorudfra Kommissionen havde beregnet deres respektive markedsandele, inddelte Kommissionen følgelig de berørte virksomheder i to grupper. Til første gruppe henførte den de virksomheder, som ifølge dens oplysninger havde en andel af verdensmarkedet for natriumgluconat på over 20%, nemlig Fujisawa (35,54%), Jungbunzlauer (24,75%) og Roquette (20,96%). For disse virksomheder fastsatte Kommissionen et grundbeløb på 10 mio. EUR. Til anden gruppe henførte den de virksomheder, som ifølge dens oplysninger havde en andel af verdensmarkedet for natriumgluconat på under 10%, nemlig Glucona (ca. 9,5%) og ADM (9,35%). For disse virksomheder fastsatte Kommissionen et grundbeløb på 5 mio. EUR, dvs. 2,5 mio. EUR for både Akzo og Avebe, der havde ejet Glucona i fællesskab (betragtning 385 til beslutningen).

18 Endvidere justerede Kommissionen grundbeløbet for at sikre bøden tilstrækkelig afskrækkende virkning og for at tage hensyn til, at store virksomheder råder over en juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, som sætter dem i stand til bedre at vurdere, om deres adfærd er ulovlig, og de konkurrenceretlige konsekvenser af adfærden. Under hensyn til de berørte virksomheders størrelse og samlede ressourcer multiplicerede Kommissionen således de for ADM og Akzo fastsatte grundbeløb med 2,5 og forhøjede dermed disse beløb, således at grundbeløbet for ADM blev fastsat til 12,5 mio. EUR og for Akzo til 6,25 mio. EUR (betragtning 388 til beslutningen).

19 Desuden blev grundbeløbet forhøjet med 10% pr. år for at tage hensyn til varigheden af den overtrædelse, hver enkelt virksomhed havde begået, dvs. med 80% for Fujisawa, Akzo, Avebe og Roquette, 70% for Jungbunzlauer og 35% for ADM (betragtning 389-392 til beslutningen).

20 Det var på denne måde, at Kommissionen fastsatte grundbeløbet for bøden til 4,5 mio. EUR. for Avebes vedkommende. For ADM, Akzo, Fujisawa, Jungbunzlauer og Roquette blev grundbeløbet fastsat til henholdsvis 16,88 mio., 11,25 mio., 18 mio., 17 mio. og 18 mio. EUR (betragtning 396 til beslutningen).

21 For det andet blev grundbeløbet for den bøde, Jungbunzlauer var blevet pålagt, forhøjet med 50% som følge af skærpende omstændigheder under henvisning til, at Jungbunzlauer havde spillet en førende rolle i kartellet (betragtning 403 til beslutningen).

22 For det tredje undersøgte, og forkastede, Kommissionen de argumenter, nogle af virksomhederne, herunder Avebe, havde fremsat, om, at der for deres vedkommende burde tages formildende omstændigheder i betragtning (betragtning 404-410 til beslutningen).

23 For det fjerde indrømmede Kommissionen i henhold til samarbejdsmeddelelsens afsnit B Fujisawa en »meget væsentlig nedsættelse« (80%) af den bøde, selskabet ville være blevet pålagt, hvis det ikke havde samarbejdet. Endelig foretog Kommissionen i henhold til meddelelsens afsnit D en »betydelig nedsættelse« af de bøder, som var blevet pålagt ADM og Roquette (40%) samt Akzo, Avebe og Jungbunzlauer (20%) (betragtning 418, 423, 426 og 427 til beslutningen).

Retsforhandlinger og parternes påstande

24 Avebe har anlagt den foreliggende sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 17. december 2001.

25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64 skriftligt stillet parterne en række spørgsmål, som de har besvaret inden for de fastsatte frister.

26 Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 17. februar 2004.

27 Avebe har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningens artikel 1 annulleres, for så vidt som det heri fastslås, at Avebe gjorde sig skyldig i en overtrædelse i perioden fra februar 1987 til den 15. juni 1985.

— Subsidiært annulleres beslutningens artikel 1, for så vidt som det heri fastslås, at Avebe gjorde sig skyldig i en overtrædelse i perioden før den 30. april 1990.

— Mere subsidiært annulleres beslutningens artikel 3, for så vidt som den angår Avebe.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Avebe tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Indledning*

29 Avebe har ikke bestridt, at kartellet udgjorde en overtrædelse af artikel 81 EF. Avebe har heller ikke bestridt, at selskabet må findes ansvarligt for denne overtrædelse for så vidt angår perioden fra den 15. august 1993, fra hvilket tidspunkt Avebe var alene om at varetage ledelsen af Glucona (jf. præmis 13 ovenfor), til kartellet ophørte. Derimod finder Avebe, at Kommissionen ikke med føje kan tillægge selskabet ansvar for overtrædelsen for så vidt angår perioden forud for den 15. august 1993.

30 Avebe har i denne forbindelse fremsat fire anbringender, hvorefter for det første begrundelsespligten, for det andet retten til kontradiktion, for det tredje artikel 81, stk. 1, EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og for det fjerde proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat.

31 Inden der tages stilling til, om der er grundlag for de forskellige anbringender, som er blevet fremsat om Kommissionens vurdering, således som den fremgår af betragtning 296-309 til beslutningen, skal der gives en sammenfatning af nogle af de forhold, der indgik i vurderingen.

32 Kommissionen indledte vurderingen i betragtning 296 til beslutningen, hvori den anførte, at det »[fremgik] af de faktiske omstændigheder, at Glucona ikke selvstændigt [havde truffet] beslutning om sine handlinger, men [havde fulgt] de instrukser, Glucona [havde modtaget] fra sine moderselskaber [ANC og Avebe]; alle medlemmer af Gluconas ledelse havde på samme tid arbejdsopgaver i moderselskaberne«.

33 Kommissionen beskrev derpå i betragtning 297-299 til beslutningen Gluconas interne organisation på følgende måde:

»(297) Fra den 1. april 1972 til den 15. august 1993 bestod partnerskabets bestyrelse af to direktører, som var udpeget af de respektive moderselskaber, og som i fællesskab var ansvarlige for Gluconas forretningspolitiske og ledelsesmæssige beslutninger. Repræsentanten for Akzo var ansvarlig for salg og forretningspolitik og repræsentanten for Avebe for produktion samt forsknings- og udviklingsvirksomhed. Endvidere havde Glucona et tilsynsråd, der bestod af to repræsentanter for hvert moderselskab. Posten som formand for tilsynsrådet blev varetaget på skift af repræsentanter for Akzo og Avebe.

(298) Den 15. august 1993 skete der en ændring i Gluconas ledelsesstruktur, idet der nu kun skulle være én administrerende direktør. Et medlem af Avebes ledelse blev udpeget til at bestride denne stilling.

(299) Det fremgår af det skriftlige bevismateriale, at den af Akzo udpegede direktør indtil august 1993 spillede en væsentlig rolle i Gluconas ledelse. I den for sagen relevante periode delte Glucona lokaler med Akzo i Amersfoort (Nederlandene). I alle de samtidige dokumenter, som Kommissionen er i besiddelse af, henviser kartellets medlemmer til Glucona ved navnet »Akzo«. På grund af arten af deres ansvarsområde (forretningspolitik og salg) var det Akzos repræsentanter, der deltog mest direkte i kartelaktiviteterne, i hvert fald indtil august 1993. På dette tidspunkt blev et medlem af Avebes ledelse udpeget til administrerende direktør for Glucona, og der foreligger oplysninger, som tyder på, at den pågældende derefter deltog aktivt i kartelaktiviteterne. Hans forgænger havde i sommeren 1993 givet ham de nødvendige oplysninger med henblik herpå.«

34 I betragtning 300 til beslutningen sammenfattede Kommissionen på følgende måde den vurdering, den i klagepunktsmeddelelsen havde foretaget af spørgsmålet om, hvilken af de berørte virksomheder der skulle betragtes som ansvarlig for overtrædelsen:

»I klagepunktsmeddelelsen oplyste Kommissionen, at den agtede at betragte Akzo og Avebe som ansvarlige i fællesskab i hele overtrædelsens varighedsperiode. Kommissionen fandt, at der i betragtning af den struktur med dobbelt ledelse, moderselskaberne havde indført, deres ligelige deltagelse i den fælles virksomhed og de to direktørers fælles ansvar var grundlag for at formode, at moderselskaberne havde haft lige stor indflydelse på den fælles virksomheds adfærd, og at de havde modtaget de samme oplysninger om Gluconas deltagelse i kartellet.«

35 I betragtning 301-305 til beslutningen sammenfattede Kommissionen de bemærkninger, Akzo og Avebe havde fremsat om spørgsmålet i deres svar på klagepunktsmeddelelsen. Bl.a. anførte Kommissionen følgende i betragtning 301 til beslutningen:

»Akzo bestred i sit svar på klagepunktsmeddelelsen ikke Kommissionens synspunkt og bekræftede, at Avebe til stadighed var blevet holdt underrettet om Gluconas deltagelse i natriumgluconatkartellet: »Skønt Akzos repræsentant i bestyrelsen var ansvarlig for salg og forretningspolitik og repræsentanten for Avebe for produktion samt forsknings- og udviklingsvirksomhed, blev Avebe til stadighed holdt underrettet om de konkurrencebegrænsende aftaler, Glucona indgik, og havde sin del af ansvaret for dem.« Akzo tilføjede, at »Avebe var fuldt informeret om de konkurrencebegrænsende aftaler, Glucona indgik, skønt Avebe ikke selv var part i kartelaftalen før 1993«.«

36 I betragtning 306 til beslutningen anførte Kommissionen, »at Avebe, så vidt det var den bekendt, aldrig selv [havde] deltaget personligt i kartellets multilaterale møder før oktober 1993«, og at »Akzo desuden [havde] medgivet, at »Avebe ikke selv var part i aftalen om genoprettelse af kartellet før 1993««. Kommissionen tilføjede dog, »at der ikke var tvivl om, at Avebes medlemmer af Gluconas bestyrelse havde [haft] kendskab til Gluconas konkurrencebegrænsende praksis«.

37 Til underbygning af denne konklusion gjorde Kommissionen følgende gældende i betragtning 307 og 308 til beslutningen:

— For det første påpegede den, at Gluconas to direktører, der var blevet udpeget af henholdsvis Akzo og Avebe, i fællesskab havde været ansvarlige for ledelsen af Glucona, og at Akzo og Avebe gennem de to direktører havde deltaget på lige fod i Gluconas bestyrelse og tilsynsråd.

— For det andet henviste den til et notat, som et medlem af Avebes ledelse den 1. maj 1990 havde udfærdiget om et møde med repræsentanter for ANC og ADM, der var blevet afholdt den 30. april 1990 (herefter »notatet af 1. maj 1990«). Notatet bærer overskriften »Møde med ADM om natriumgluconat« og er stilet til en række medlemmer af Avebes ledelse, herunder det medlem, som på dette tidspunkt var den af Gluconas direktører, som Avebe havde udpeget. Kommissionen udledte af notatet, »at Avebe ikke kunne [have været] uvidende om, at Glucona deltog i foranstaltninger, som havde til formål at begrænse konkurrencen på markedet«.

— For det tredje bemærkede Kommissionen, at »Avebes repræsentant« den 15. august 1993, hvor ledelsen af Glucona var blevet overtaget af Avebe alene,

»ikke [havde foretaget] sig noget for at bringe den konkurrencebegrænsende praksis til ophør, som Avebe på det tidspunkt havde fuldt kendskab til, eller i det mindste for at modsætte sig den«; Avebe havde tværtimod »sikret, at den fortsatte, systematisk overtaget Akzos rolle og udbedt sig en grundig orientering om kartellets situation«.

38 Endelig anførte Kommissionen følgende i betragtning 309 til beslutningen:

»I betragtning af det foranstående finder Kommissionen, at begge moderselskaber må anses for ansvarlige for deres datterselskabs konkurrencebegrænsende adfærd for så vidt angår hele den periode, det drejer sig om, og at beslutningen derfor må rettes til dem begge.«

B — *Tilsidesættelse af begrundelsespligten*

39 Avebe har dels gjort gældende, at Kommissionen i betragtning 306 til beslutningen anførte, at »der ikke [var] nogen tvivl om, at Avebes medlemmer af Gluconas bestyrelse [havde haft] kendskab til selskabets konkurrencebegrænsende praksis«. Dels har Avebe peget på, at Kommissionen i betragtning 308 til beslutningen bemærkede, at det medlem af Avebes personale, som den 15. august 1993 var blevet udpeget til direktør og havde overtaget det fulde ansvar for ledelsen af Glucona, var blevet underrettet om aftalen af det medlem af Akzos personale, som på daværende tidspunkt var ansvarlig for Gluconas ledelse. Ifølge Avebe følger det heraf, at begrundelsen i beslutningen for, at Avebe havde haft kendskab til kartellet før den 15. august 1993, er selvmodsigende eller i hvert fald ufuldstændig.

40 Kommissionen er uenig i, at begrundelsen i beslutningen for, at Avebe havde haft kendskab til kartellet før den 15. august 1993, er selvmodsigende eller ufuldstændig.

41 Det fremgår af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, klart og utvetydigt skal angive den argumentation, som den fællesskabsinstitution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, og af 30.9.2003, sag C-301/96, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 9919, præmis 87, samt Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 155).

42 Indledningsvis bemærkes, at Avebes indsigelse, hvorefter der består et modsætningsforhold mellem betragtning 306 og betragtning 308 til beslutningen (om disse jf. præmis 36 og 37 ovenfor), beror på en ufuldstændig læsning af beslutningen. I betragtning 308 anførte Kommissionen nemlig — på trods af hvad Avebe synes at mene — ikke, at Gluconas nye direktør var blevet underrettet om kartellet for første gang den 15. august 1993, hvilket rent faktisk ville have modsagt betragtning 306, hvori Kommissionen anførte, at Avebes medlemmer af Gluconas bestyrelse havde haft kendskab til Gluconas konkurrencebegrænsende praksis. Det fremgår derimod af betragtning 308, at Avebes repræsentant på dette tidspunkt, i sin egenskab af ny direktør for Glucona, havde anmodet om »en grundig orientering om situationen med hensyn til kartellet«.

43 Hvad endvidere angår Avebes påstand om, at Kommissionen gav en utilstrækkelig begrundelse for, at Avebe havde haft kendskab til kartellet før den 15. august 1993, fremgår det af betragtning 296 ff. til beslutningen (jf. ligeledes præmis 32-38 ovenfor), at Kommissionen fandt, at Avebe måtte have været vidende om datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd, eftersom Gluconas to direktører indtil august 1993 i fællesskab havde været ansvarlige for ledelsen af selskabet, og eftersom Akzo og Avebe havde deltaget på fuldstændig lige fod i Gluconas bestyrelse og tilsynsråd (betragtning 307 til beslutningen). Desuden anførte Kommissionen, at dens standpunkt efter dens opfattelse underbyggedes af notatet af 1. maj 1990 og af den omstændighed, at Avebes repræsentant efter at have overtaget hele ansvaret for ledelsen af Glucona den 15. august 1993 ikke havde foretaget sig noget for at bringe

den konkurrencebegrænsende praksis til ophør, som Avebe havde haft fuldt kendskab til, eller i det mindste for at modsætte sig den, men at Avebe tværtimod havde sørget for kontinuitet og systematisk overtaget Akzos rolle samt udbedt sig en grundig orientering om situationen med hensyn til kartellet (betragtning 307 og 308 til beslutningen).

44 Det fremgår således i fornødent omfang af betragtningerne i beslutningen, at Kommissionen som grundlag for at fastslå, at Avebe kunne tillægges ansvar for overtrædelsen, støttede sig dels på Gluconas retlige struktur, dels på forskellige faktiske omstændigheder vedrørende forholdet mellem de to moderselskaber Akzo og Avebe og deres fælles virksomhed Glucona.

45 Anbringendet om tilsidesættelse af begrundelsespligten bør derfor forkastes.

C — *Tilsidesættelse af retten til kontradiktion*

1. *Indledende bemærkninger*

46 Dette anbringende falder i to dele. For det første har Akzo gjort gældende, at Kommissionen tog en forklaring i betragtning, som Akzo havde afgivet i sit svar på klagepunktsmeddelelsen (herefter »Akzos forklaring«), uden at give Avebe mulighed for at udtale sig om den, og at Kommissionen derved krænkede Avebes ret til kontradiktion. For det andet har Avebe kritiseret Kommissionen for ikke at have truffet de nødvendige foranstaltninger til at komme i besiddelse af en forklaring, som en repræsentant for Akzo havde afgivet for De Forenede Staters justitsministerium (herefter »Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder«).

2. *Akzos forklaring*

47 Ifølge Avebe fremgår det af betragtning 301 og 309 til beslutningen (jf. præmis 35 og 38 ovenfor), at Kommissionens konklusion, hvorefter Avebe havde haft kendskab til kartellet før 1993, bygger på Akzos forklaring. Avebe har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen under den administrative procedure ikke gav Avebe lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger til Akzos forklaring. Derfor kunne Kommissionen efter Avebes opfattelse ikke uden at krænke Avebes ret til kontradiktion støtte sin påvisning af, at Avebe havde haft kendskab til kartellet før 1993, på denne forklaring.

48 Kommissionen har gjort gældende, at den ikke anvendte Akzos forklaring, der blev gengivet i betragtning 301 til beslutningen, som bevis imod Avebe, men at den kun gengav den som led i sin sammenfatning af parternes argumenter.

49 Det bemærkes, at retten til kontradiktion er et grundlæggende fællesskabsretligt princip og skal respekteres under alle omstændigheder, navnlig under enhver procedure, der kan føre til pålæggelse af sanktioner, også selv om der er tale om en administrativ procedure. Princippet indebærer, at de berørte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder allerede under den administrative procedure skal sættes i stand til at tage stilling til, om de af Kommissionen fremførte faktiske oplysninger, klagepunkter og øvrige omstændigheder er i overensstemmelse med de faktiske forhold, og hvilken betydning de har (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 11, og Rettens dom af 10.3.1992, sag T-11/89, Shell mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 39, stadfæstet efter appel ved Domstolens dom af 8.7.1999).

50 Endvidere bemærkes, at hvis Kommissionen agter at anvende et uddrag af et svar på en klagepunktsmeddelelse eller et dokument, som er vedlagt svaret, med henblik på at føre bevis for en overtrædelse i forbindelse med en procedure i henhold til EF-

traktatens artikel 81, stk. 1, skal de øvrige parter i proceduren have mulighed for at udtale sig om et sådant bevis. I så fald udgør det pågældende uddrag af svaret på en klagepunktsmeddelelse eller det dokument, der er vedlagt svaret, belastende materiale i forhold til de parter, som angiveligt deltog i overtrædelsen (Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 386 og den deri nævnte retspraksis).

51 Disse principper gælder også, når Kommissionen på grundlag af et uddrag af et svar på en klagepunktsmeddelelse tillægger en virksomhed ansvaret for en overtrædelse.

52 Det påhviler således den berørte virksomhed at bevise, at det resultat, som Kommissionen er kommet frem til i beslutningen, ville have været et andet, såfremt et ikke udleveret dokument, som Kommissionen har benyttet som grundlag for at anse denne virksomhed for skyldig, måtte udelukkes som belastende bevis (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 71-73).

53 I det foreliggende tilfælde fremgår det af betragtning 296-309 til beslutningen, at Kommissionen strukturerede sin vurdering på følgende måde: I betragtning 297-299 beskrev den Gluconas organisation; i betragtning 300 henviste den til sin foreløbige, i klagepunktsmeddelelsen anførte, konklusion med hensyn til, hvilken af de berørte virksomheder der havde været ansvarlig for overtrædelsen; i betragtning 301-305 sammenfattede den de berørte virksomheders bemærkninger herom; endelig foretog den i betragtning 306-309 sin egen retlige bedømmelse (jf. sammenfatningen i præmis 32-38 ovenfor).

54 Kommissionen henviste til Akzos forklaring, som Avebe har påberåbt sig, i betragtning 301 til beslutningen, dvs. i den del af beslutningen, hvori Kommissionen sammenfattede virksomhedernes bemærkninger til dens foreløbige konklusion i klagepunktsmeddelelsen med hensyn til, hvilken af de berørte virksomheder der havde været ansvarlig for overtrædelsen.

55 Avebe har end ikke hævdet, at Kommissionen henviste til Akzos forklaring i den del af vurderingen, hvori den foretog en retlig bedømmelse af Gluconas forhold til sine moderselskaber Avebe og Akzo.

56 Heraf følger, i modsætning til hvad Avebe har gjort gældende, at Kommissionen ikke støttede sig på Akzos forklaring. Derimod henviste den i betragtning 307 og 308 til beslutningen (jf. præmis 36 og 37 ovenfor) dels til Gluconas retlige struktur, dels til forskellige faktiske omstændigheder vedrørende forholdet mellem moderselskaberne Akzo og Avebe og deres fælles virksomhed Glucona. Avebe har ikke bestridt, at selskabet har haft indsigt i de dokumenter, hvortil Kommissionen henviste i denne forbindelse. Når Kommissionen i konklusionen på sin retlige bedømmelse i betragtning 309 til beslutningen anvendte udtrykket »i betragtning af det foranstående«, henviste den for så vidt angår Avebes deltagelse i overtrædelsen kun til betragtning 307 og 308 og ikke til betragtning 301.

57 For fuldstændighedens skyld bemærkes, at selv hvis Kommissionen havde støttet sig på Akzos forklaring — hvilket ikke er tilfældet — har Avebe ikke bevist i overensstemmelse med den retspraksis, hvortil der blev henvist i præmis 52 ovenfor, at det resultat, Kommissionen kom til i beslutningen, ville have været et andet, hvis Akzos forklaring havde måttet udelukkes som bevis for Avebes skyld.

58 Første led af anbringendet, der vedrører Akzos forklaring, bygger således på en fejlagtig forudsætning og kan følgelig ikke tiltrædes.

3. *Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder*

a) Parternes argumenter

59 Avebe har i replikken gjort gældende, at en repræsentant for Akzo var blevet udspurgt af De Forenede Staters justitsministerium inden for rammerne af den sag, der var blevet indledt vedrørende kartellet i De Forenede Stater, og i den forbindelse havde anført, at Avebe ikke havde haft kendskab til kartellet før den 15. august 1993. Avebe har anført, at selskabet gjorde Kommissionen opmærksom på den påståede forklaring under den administrative procedure. Da Avebe ikke selv var i stand til at tilvejebringe en kopi af forklaringen med henblik på at fremlægge den for Kommissionen, og da forklaringen kunne udgøre materiale, der var diskulperende for Avebe, burde Kommissionen have draget omsorg for at indhente en kopi fra De Forenede Staters kompetente myndigheder. Foranlediget af en række skriftlige spørgsmål fra Retten har Avebe oplyst, at selskabet ikke udtrykkeligt anmodede Kommissionen om at fremskaffe dokumentet, eftersom Avebe på det pågældende tidspunkt ikke var klar over, at Kommissionen ville støtte sig på Akzos forklaring, der behandles i præmis 49-58 ovenfor. Det var først gennem beslutningen, Avebe fik kendskab til Akzos forklaring, der strider mod Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder.

60 Kommissionen har gjort gældende, at dette led af anbringendet ikke er blevet fremsat i stævningen, og at det derfor ikke kan antages til realitetsbehandling. Under alle omstændigheder savner det efter Kommissionens opfattelse grundlag.

b) Rettens bemærkninger

Formaliteten

61 Ifølge procesreglementets artikel 48, stk. 2, må der ikke fremsættes nye anbringender under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske

omstændigheder, der er kommet frem under retsforhandlingerne. Hvis et anbringende imidlertid blot er udtryk for en uddybning af et anbringende, som tidligere er fremført direkte eller indirekte i stævningen, og har nær sammenhæng med dette, skal det antages til realitetsbehandling. Tilsvarende gælder, når et argument fremføres til støtte for et anbringende (Rettens dom af 21.3.2002, sag T-231/99, Joynson mod Kommissionen, Sml. II, s. 2085, præmis 156).

62 I det foreliggende tilfælde har Avebe først i replikken rejst spørgsmålet om Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder i form af et anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion.

63 Avebe har imidlertid gjort den samme indsigelse gældende allerede i stævningen, men inden for rammerne af et andet anbringende (jf. præmis 59 ovenfor). Selv om Avebe formelt først har fremført denne argumentation i den del af sit skriftlige indlæg, der vedrører anbringendet om tilsidesættelse af artikel 81 EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, gjorde Avebe det således reelt allerede i stævningen.

64 I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, har Avebe derfor ikke fremsat et nyt anbringende for første gang i replikken, men blot gentaget en indsigelse, som selskabet denne gang formelt har rejst i den del af sit skriftlige indlæg, der vedrører tilsidesættelse af retten til kontradiktion.

65 Dette led af anbringendet bør derfor realitetsbehandles.

Realiteten

66 Det bemærkes, at det om diskulperende dokumenter er blevet understreget i retspraksis, at det inden for rammerne af den kontradiktoriske procedure i medfør af gennemførelsesforordningerne til artikel 81 EF og 82 EF ikke kan tilkomme Kommissionen alene at afgøre, hvilke dokumenter der kan bruges til forsvaret af virksomheder, som er omfattet af en procedure vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne (Rettens dom af 29.6.1995, sag T-30/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1775, præmis 81). Navnlig kan det under hensyn til det almindelige princip om processuel ligestilling af parterne ikke accepteres, at Kommissionen alene kan bestemme, om dokumenter skal anvendes mod sagsøgeren eller ej, mens denne ikke har haft indsigt i de pågældende dokumenter og følgelig ikke har kunnet tage den tilsvarende beslutning om, hvorvidt de skulle anvendes under forsvaret (dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, præmis 83, og Rettens dom af 29.6.1995, sag T-36/91, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1847, præmis 111).

67 Når det viser sig, at Kommissionen under den administrative procedure ikke har gjort sagsøgeren bekendt med dokumenter, som kunne indeholde diskulperende oplysninger, kan det ifølge retspraksis kun fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis sagsøgeren havde haft indsigt i de pågældende dokumenter under proceduren (Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 56, og dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 98). Når dokumenterne findes i Kommissionens forberedende sagsakter, er en sådan tilsidesættelse af retten til kontradiktion uden forbindelse med den berørte virksomheds adfærd under den administrative procedure (dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, nævnt i præmis 66 ovenfor, præmis 96). Når de diskulperende dokumenter derimod ikke findes i Kommissionens forberedende sagsakter, kan det kun fastslås, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, hvis sagsøgeren har fremsat en udtrykkelig anmodning om aktindsigt i disse dokumenter under den administrative procedure, idet sagsøgeren i modsat fald har fortabt sine rettigheder på dette punkt for så vidt angår et annullationssøgsmål til prøvelse af den endelige beslutning (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 50 ovenfor, præmis 383, og af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 340).

68 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, således som det fremgår af betragtning 300 til beslutningen (jf. præmis 34 ovenfor), at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen oplyste, at den agtede at anse Akzo og Avebe for ansvarlige i fællesskab for så vidt angår hele overtrædelsens varighedsperiode.

69 På samme måde fremgår det af parternes svar på en række skriftlige spørgsmål fra Retten, at Avebe i sit svar på klagepunktsmeddelelsen bestred at have fået kendskab til kartellet før i august 1993, idet selskabet understregede, at det inden for rammerne af proceduren i De Forenede Stater kun var blevet fundet skyldig i at have begået en overtrædelse efter dette tidspunkt. Avebe anførte i samme forbindelse i en fodnote i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, »at [Akzos repræsentant], så vidt det [var] Avebe bekendt, under de høringer, som [var blevet] gennemført som led i denne procedure, ligeledes [havde] anført, at Avebe først fik kendskab til kartellet i august 1993«.

70 Endvidere har Avebe, foranlediget af en række skriftlige spørgsmål fra Retten, fremlagt en korrespondance mellem sine advokater og De Forenede Staters justitsministerium, hvoraf det fremgår, at Avebe siden juli 2000 gentagne gange anmodede ministeriet om at tilsende Avebe en kopi af Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder. Avebe ønskede at fremlægge kopien for Kommissionen inden for rammerne af den administrative procedure. Ifølge korrespondancen afslog disse myndigheder imidlertid Avebes begæringer, idet de anførte, at de i givet fald ville være villige til at fremlægge en kopi for Kommissionen, hvis denne fremsatte en anmodning derom.

71 Under sådanne omstændigheder kan Avebe dog ikke bebrejde Kommissionen, at den ikke traf de nødvendige foranstaltninger til at komme i besiddelse af et dokument, som eventuelt kunne have udgjort materiale, der var diskulperende for Avebe, heller ikke selv om den havde været i stand dertil, og det er ufornødent at undersøge, om Kommissionen skulle have foretaget sig noget for at indhente en kopi af Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder.

72 Som anført i præmis 67 ovenfor, skulle Avebe nemlig efter at have modtaget de amerikanske myndigheders svar under alle omstændigheder udtrykkeligt have anmodet Kommissionen om at drage omsorg for at indhente dokumentet. Således som det fremgår af præmis 69 ovenfor, henviste Avebe imidlertid blot upræcist til den påståede forklaring i en fodnote, og denne henvisning kan ikke betragtes som en udtrykkelig anmodning som omhandlet i førnævnte retspraksis.

73 Avebe kan ikke forsvare den manglende fremsættelse af en udtrykkelig anmodning under den administrative procedure med, at det først var i beslutningen, at selskabet blev bekendt med Akzos forklaring, som strider mod Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder. Avebe har ikke bestridt, at det allerede fremgik klart af klagepunktsmeddelelsen, at Kommissionen agtede at anse Akzo og Avebe for ansvarlige i fællesskab for så vidt angår hele overtrædelsens varighed. Avebe burde derfor have vidst, at det påhvilede selskabet at fremføre alle sådanne oplysninger i sit svar på klagepunktsmeddelelsen, som kunne være relevante med henblik på at påvise, at det først havde fået kendskab til kartellet i august 1993. På samme måde fremgår det af korrespondancen mellem Avebes advokater og De Forenede Staters justitsministerium, som Avebe har fremlagt for Retten, at Avebes advokater fuldt ud var klar over, at Akzo under den administrative procedure for Kommissionen kunne have gjort gældende, at Avebe havde haft kendskab til kartellet i hele dets varighed. Desuden støttede Kommissionen, som fastslået i præmis 56 ovenfor, sig ikke på Akzos forklaring, men henviste kun til den i den del af beslutningen, hvori den sammenfattede parternes argumenter.

74 I betragtning af det foranstående bør anbringendets andet led om Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder ligeledes forkastes.

75 Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion bør derfor forkastes.

D — *Tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17*

1. *Indledning*

76 Avebe har principalt gjort gældende, at Kommissionen begik retlige fejl, da den tillagde Glucona, og ikke Akzo, ansvaret for overtrædelsen for så vidt angår perioden før den 15. august 1993. Subsidiært har Avebe gjort gældende, at selskabet heller ikke ville kunne anses for ansvarlig for Gluconas ulovlige adfærd, hvis Glucona med føje kunne tillægges ansvaret for denne periode.

2. *Kommissionen kunne ikke tillægge Glucona ansvaret for overtrædelsen for så vidt angår perioden før den 15. august 1993*

a) Indledende betragtninger

77 Det skal undersøges, om overtrædelsen i perioden før den 15. august 1993, således som Avebe har hævdet, kun blev begået af Akzo og ikke af moderselskaberne Akzos og Avebes fælles virksomhed Glucona.

78 Avebe har ikke bestridt, at Glucona udgjorde en virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Fællesskabets konkurrenceregler, skønt Glucona på grund af sin juridiske form ikke var en selvstændig juridisk person. Ifølge fast retspraksis omfatter begrebet virksomhed i relation til konkurrencereglerne således enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og

dens finansieringsmåde (Domstolens dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21, og Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, Sml. II, s. 1807, præmis 36).

79 Avebe finder derimod, at det under de særlige omstændigheder i det foreliggende tilfælde var Akzo, og ikke Glucona, der begik overtrædelsen i perioden før den 15. august 1993. Avebe har hvad dette angår påberåbt sig dels bestemmelserne i den aftale om stiftelse af Glucona, som Akzo og Avebe indgik i 1972 (herefter »joint venture-aftalen af 1972«), dels en række faktiske omstændigheder vedrørende forholdet mellem Avebe, Akzo og Glucona.

b) Joint venture-aftalen af 1972

Parternes argumenter

80 Avebe har indledningsvis anført, at Avebe i medfør af en samarbejdsaftale indgået i 1966 med selskabet Noury & van der Lande om fremstilling og salg af forskellige produkter allerede havde ansvaret bl.a. for produktionen af natriumgluconat, mens det andet selskab bl.a. varetog salget af dette produkt og dermed var ansvarligt for adfærden på markedet.

81 Efter Akzos overtagelse af Noury & van der Lande forblev rollefordelingen i det væsentlige uændret, indtil Avebe den 15. august 1993 overtog ledelsen af Glucona. Det fremgår af de relevante bestemmelser i joint venture-aftalen af 1972, at Avebe skulle varetage produktionen af natriumgluconat, mens Akzo skulle være ansvarlig for salget.

82 Ifølge Avebe fremgår det således for det første af joint venture-aftalen af 1972, at Glucona skulle ledes af to direktører, den ene fra Akzo og den anden fra Avebe, på en måde, der betød, at begge direktører beskæftigede sig med de anliggender, som havde størst berøring med de respektive partnere, og at de opretholdt særskilte kontakter til disse og kun fæstede liden, om nogen overhovedet, opmærksomhed ved de anliggender, der henhørte under den anden direktør. I henhold til joint venture-aftalen af 1972 var produktionen af natriumgluconat overladt til Akzo, som fastlagde og gennemførte Gluconas politik på området, hvorfor Glucona selv ikke havde nogen afgørende indflydelse på sin markedsadfærd. Den salgsvirksomhed, Akzo udøvede på Gluconas vegne, var tværtimod integreret i Akzos salgsorganisation, idet Glucona ikke selv havde en sådan.

83 For det andet viser den omstændighed, at Akzo i medfør af joint venture-aftalen af 1972 modtog en godtgørelse for salget af natriumgluconat, ifølge Avebe, at salget af dette produkt reelt blev foretaget af Akzo uden Gluconas medvirken.

84 For det tredje kan Akzo ifølge Avebe — i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende — ikke på grundlag af joint venture-aftalen af 1972 anses for blot at have været en agent, der kun handlede på vegne af Glucona. I henhold til joint venture-aftalen af 1972 kunne opgaverne fordeles mellem partnerne, hvilket rent faktisk skete. Akzo varetog markedsføringen og salget af natriumgluconat — på Gluconas vegne og risiko, ganske vist, men i øvrigt selvstændigt og for egen regning — og disse aktiviteter blev udført inden for rammerne af Akzos organisation.

85 Avebe har i denne forbindelse gjort gældende, at det forhold, at det var Akzo, der varetog salget for Gluconas regning og risiko, ikke nødvendigvis betyder, at Akzo må anses for at være den virksomhed, som begik den i artikel 81 EF omhandlede overtrædelse. Det, der skal bestemmes for at fastslå, hvem der i det foreliggende

tilfælde har overtrådt artikel 81 EF, er nemlig ikke, for hvis regning og risiko handlingerne blev udført, men, grundlæggende, hvem der rent faktisk foretog de handlinger, som udgjorde en overtrædelse.

86 Ifølge Avebe er Kommissionens standpunkt ensbetydende med, at mandanterne for en agent, som arbejder for flere virksomheder, og som begår overtrædelser af artikel 81 EF, stk. 1, skal anses for ansvarlige for de overtrædelser, agenten begår under udøvelsen af sin virksomhed. Dette er ifølge Avebe tilfældet, når det er mandanten, der har pålagt agenten at begå en overtrædelse, eller når mandanten er bekendt med sin agents adfærd og ikke pålægger agenten at bringe overtrædelsen til ophør. Når det imidlertid er agenten, der begår overtrædelsen uden mandantens vidende, kan overtrædelsen ikke lægges denne til last. Kommissionen har ikke påvist, at Glucona gav Akzo mandat til at deltage i kartellet, eller at Glucona selv var bekendt med Akzos deltagelse i det. Avebe har tilføjet, at den omstændighed, at den ene af Gluconas direktører, nemlig den direktør, der var udpeget af Akzo, havde kendskab til overtrædelsen, ikke er tilstrækkelig til at tilskrive Glucona den, eftersom den pågældende direktør udførte sine handlinger i sin egenskab af Akzo-medarbejder med ansvar for salget af Gluconas produkter.

87 Avebe har medgivet, at det generelt ikke kan gøres gældende, at en mandant ikke kan anses for ansvarlig for handlinger, der foretages af en agent, som også er direktør for mandanten, eller som varetager en anden ledende funktion i dennes organisation. I det foreliggende tilfælde foreligger der imidlertid grunde til at sondre mellem agentfunktionen på den ene side og funktionen som direktør i mandantens organisation på den anden. At Akzo skal betragtes som en agent, for det første, skyldes ikke et ønske om at unddrage sig ethvert eventuelt ansvar for overtrædelser af artikel 81 EF, men den omstændighed, at Akzo allerede havde en salgsorganisation vedrørende natriumgluconat, således som det fremgår af joint venture-aftalen af 1972. For det andet er agenten i det foreliggende tilfælde, nemlig Akzo, en stor virksomhed, hvori en medarbejder på deltid bestred stillingen som direktør i Glucona, men derudover varetog aktiviteter inden for sin egen virksomheds organisation.

88 Kommissionen har påstået Avebes argumentation forkastet.

Rettens bemærkninger

89 Indledningsvis fremgår det af artikel 1 i joint venture-aftalen af 1972, at Avebe og Akzo stiftede den fælles virksomhed Glucona med det formål at »fremstille, sælge og markedsføre« en række produkter, herunder natriumgluconat, »for fælles regning«.

90 Endvidere bestemtes det i artikel 5, stk. 1, i joint venture-aftalen af 1972, at »[Gluconas] selskabsdeltagere kun [var] bemyndigede i fællesskab til at handle og underskrive dokumenter på selskabets vegne og til at forpligte det over for tredjemand og tredjemand over for selskabet samt at modtage og udbetale midler for selskabets regning«. Ifølge aftalens artikel 5, stk. 2, skulle de to selskabsdeltagere, Akzo og Avebe, hver udpege to repræsentanter, som »i fællesskab [skulle] udøve de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den pågældende selskabsdeltager, uden at dette dog [begrænsede] hver enkelt selskabsdeltagers ret til selv at udøve de pågældende beføjelser«. Repræsentanterne skulle »opretholde regelmæssig kontakt med hinanden og drøfte alle spørgsmål af betydning for selskabet med [Gluconas] direktører«. Ifølge artikel 5, stk. 3, i joint venture-aftalen af 1972 påhvilede den daglige ledelse to direktør, som skulle udpeges af henholdsvis Akzo og Avebe. De to direktører skulle anvende en væsentlig del af deres tid på Gluconas anliggender. De skulle »arbejde tæt sammen og [var] ansvarlige i fællesskab for den førte politik«, og de skulle »regelmæssigt aflægge rapport til deres repræsentanter om den førte politik og give dem alle relevante oplysninger herom«.

91 Endelig bestemtes det i aftalens artikel 13, stk. 2, at »medmindre de to selskabsdeltagere [foretrak] en anden ordning, [skulle] Glucona overlade det til [Akzo] at sælge sine produkter«, og at Glucona skulle godtgøre Akzo en forholdsmæssig andel af udgifterne til Akzos salgsorganisation, der svarede til den tid, som var anvendt til salg af Gluconas produkter.

92 Det fremgår af ovenstående bestemmelser i joint venture-aftalen af 1972, at de daglige forretninger i forbindelse med salget af natriumgluconat for Gluconas regning ganske vist var »overladt til« Akzo, men at Avebe ikke med føje kan gøre gældende, at overtrædelsen alene som følge af bestemmelserne i joint venture-aftalen af 1972 kun kunne tilskrives Akzo, eftersom denne var eneansvarlig for Gluconas markedsføringspolitik.

93 Som følge af Gluconas juridiske form fastlagde Akzo og Avebe nemlig i fællesskab Gluconas politik. Det betyder, at Akzo og Avebe regelmæssigt skulle føre drøftelser med hinanden gennem deres repræsentanter i og direktørerne for Glucona. Det kan derfor ikke lægges til grund, at Avebe som følge af joint venture-aftalen af 1972 intet havde at gøre med fastlæggelsen eller gennemførelsen af politikken vedrørende markedsføring af natriumgluconat.

94 Avebes udsagn om, at de to direktører især, for ikke at sige udelukkende, beskæftigede sig med anliggender, som primært vedrørte den selskabsdeltagers kompetenceområde, der havde udpeget dem, opretholdt særskilte kontakter til disse selskabsdeltagere og kun fæstede liden, om nogen overhovedet, opmærksomhed ved de anliggender, der henhørte under den anden direktør, afspejles ikke i joint venture-aftalens bestemmelser, og strider endog delvis mod disse. Som netop nævnt, var Akzo og Avebe i medfør af joint venture-aftalen af 1972 i fællesskab ansvarlige for fastlæggelsen af Gluconas politik, om hvilken de regelmæssigt skulle føre drøftelser gennem deres repræsentanter i og direktørerne for Glucona.

95 Selv om, endvidere, bestemmelserne i joint venture-aftalen af 1972, navnlig artikel 13, stk. 2, og artikel 14, stk. 1, skal fortolkes således, at den af Akzo udpegede direktør i sin egenskab af Akzo-medarbejder skulle varetage markedsføringen af natriumgluconat, således som Avebe har gjort gældende, forholder det

sig ikke desto mindre således, at ansvaret for denne, af Akzo udpegede, direktørs handlinger i betragtning af den retlige situation, som joint venture-aftalen af 1972 havde ført til, måtte tilskrives Glucona.

96 Ved anvendelsen af artikel 81 EF kunne Kommissionen følgelig, uden at begå en åbenbar fejl, fastslå, udelukkende på grundlag af bestemmelserne i joint venture-aftalen af 1972, at samtlige medlemmer af Gluconas bestyrelse havde haft kendskab til selskabets konkurrencebegrænsende praksis.

97 I denne situation påhvilede det under den administrative procedure Avebe at påvise gennem samstemmende og overbevisende indicier, at det på trods af den nævnte den retlige situation kun var Akzo, der havde haft kendskab til og truffet bestemmelse om Gluconas ulovlige adfærd.

c) Rækken af faktiske omstændigheder

98 Avebe har påberåbt sig seks faktiske omstændigheder for at påvise, at selskabet ikke havde kendskab til kartellet.

99 For det første har Avebe gjort gældende, at selskabets repræsentanter på intet tidspunkt deltog i kartellets møder før oktober 1993.

100 Kommissionen har ikke fremsat nogen specifikke argumenter hvad dette angår.

101 Det bemærkes, at Kommissionen ikke har bestridt denne omstændighed, og at den desuden medgav den i betragtning 306 til beslutningen. Imidlertid kan det i betragtning af opgavefordelingen i henhold til joint venture-aftalen af 1972, sammenholdt med de bestemmelser i aftalen, hvorefter selskabsdeltagerne var tillagt fælles bemyndigelse, og hvorefter begge Gluconas selskabsdeltagere var sikret deltagelse i og oplysninger om den anden parts aktiviteter i virksomheden (jf. præmis 90 ovenfor), ikke udledes af den omstændighed, at Avebes repræsentanter i Glucona, og dermed Avebe selv, ikke kunne have haft kendskab til den ulovlige adfærd.

102 For det andet finder Avebe, at Kommissionen i betragtning 307 til beslutningen ikke med føje kunne støtte sig på notatet af 1. maj 1990. Hvad dette angår har Avebe påberåbt sig, at selskabet allerede i sit svar på klagepunktsmeddelelsen oplyste, at det møde, notatet af 1. maj 1990 vedrørte, overhovedet intet havde at gøre med de multilaterale møder i kartellet, og at det blev afholdt i forbindelse med et påtænkt strukturelt samarbejde med ADM. De pågældende kontakter var ikke et led i Gluconas normale salgsvirksomhed, men drejede sig om en strukturel ændring af Gluconas produktion i De Forenede Stater. Dette er årsagen til, at den af Avebe udpegede direktør for Glucona var til stede, og til, at også Avebe, i sin egenskab af selskabsdeltager i Glucona, blev underrettet om udviklingen i drøftelserne med ADM.

103 Efter Kommissionens opfattelse fremgår det af notatet af 1. maj 1990, at det var Glucona — ikke kun Akzo — der solgte natriumgluconat, anlagde en bestemt adfærd på markedet, deltog i forhandlinger og af kartellets øvrige medlemmer blev opfattet som en aktør på dette marked.

104 Notatet af 1. maj 1990 blev udfærdiget af et medlem af Avebes direktion og drejede sig om et møde med repræsentanter for ANC og ADM, der havde fundet sted den 30. april 1990. Det fremgår af notatet, at deltagerne under mødet drøftede fornyelsen af en række kontrakter indgået af ADM om levering af natriumgluconat.

105 Selv hvis mødet intet havde at gøre med de multilaterale møder i kartellet, og det blev afholdt i forbindelse med et påtænkt strukturelt samarbejde med ADM, således som Avebe har gjort gældende, viser notatet imidlertid, således som Kommissionen med rette har påpeget, at Avebe ikke var uvidende om de spørgsmål, der gjorde sig gældende i forbindelse med Gluconas markedsføring af natriumgluconat. Dette bestyrkes af, at der forelå et udkast til aftale mellem Akzo, Avebe og ADM, som Avebe selv har fremlagt for Retten, og hvoraf det fremgår, at Avebe og Akzo sammen skulle varetage markedsføringen af natriumgluconat i De Forenede Stater. Det fremgår ikke af noget i dokumentet, at Avebes virksomhed var begrænset til kun at omfatte fremstillingen af natriumgluconat, og at kun Akzo skulle varetage markedsføringen af produktet.

106 Det er følgelig med urette, at Avebe har kritiseret Kommissionen for at påberåbe sig notatet som en del af det faktuelle materiale, der viser, at Avebe ikke kunne være uvidende om, at Glucona deltog i konkurrencebegrænsende adfærd.

107 For det tredje finder Avebe, at det var med urette, at Kommissionen i betragtning 308 til beslutningen påberåbte sig den adfærd, Avebe havde udvist, da selskabet den 15. august 1993 alene overtog ledelsen af Glucona, og udledte heraf, at Avebe havde været ansvarlig for den del af overtrædelsen, der var blevet begået før dette tidspunkt. Et sådant ræsonnement blev forkastet i Rettens dom af 14. maj 1998, Mayr-Melnhof mod Kommissionen (sag T-347/94, Sml. II, s. 1751, præmis 400 ff.).

108 Ifølge Kommissionen er det med urette, at Avebe har påberåbt sig dommen i sagen Mayr-Melnhof mod Kommissionen, nævnt i præmis 107 ovenfor, eftersom denne dom drejer sig om et tilfælde, der er forskelligt fra det foreliggende. I det foreliggende tilfælde henviste Kommissionen til den nævnte omstændighed som en af flere, der viser, at Avebe allerede før den 15. august 1993 må have vidst, at Glucona deltog i kartellet.

109 I dommen i sagen Mayr-Melnhof mod Kommissionen, nævnt i præmis 107 ovenfor, blev det, således som Kommissionen korrekt har påpeget, fastslået, at Mayr-Melnhof kun kunne tillægges ansvar for et af sine datterselskabers adfærd fra det tidspunkt, hvor Mayr-Melnhof fik kontrol med datterselskabet. I det foreliggende tilfælde drejer det sig som følge af de retlige og kontrolmæssige bånd, der blev indført ved stiftelsen af Glucona, ikke om, hvorvidt Avebe skal anses for ansvarlig for handlinger, som et selskab har foretaget på et tidspunkt, hvor Avebe ikke kontrollerede det. Avebe kan derfor ikke med føje påberåbe sig denne dom til støtte for sit argument.

110 Selv hvis Avebes adfærd ikke i sig selv er tilstrækkelig til at vise, at selskabet allerede før den 15. august 1993, hvor det alene overtog ledelsen af Glucona, vidste, at Glucona deltog i kartellet, kan Kommissionen ikke kritiseres for, at den på grundlag af andre faktorer, som gjorde dette højst sandsynligt, herunder de to Gluconadirektørers fælles ansvar (jf. betragtning 307 til beslutningen og præmis 90-96 ovenfor), tog denne omstændighed i betragtning til underbygning af sit standpunkt.

111 For det fjerde har Avebe gjort gældende, at kartellet ikke nævnes i referaterne af møderne i Glucona. Heraf følger ifølge Avebe, at Gluconas organer hverken udtrykkeligt eller stiltiende godkendte Akzos adfærd, eftersom de ikke havde kendskab til den.

112 Ifølge Kommissionen fremgår det af referaterne, at de spørgsmål, der blev drøftet under møderne, vedrørte hele Gluconas virksomhed.

113 At der ikke er nogen skriftlige henvisninger til kartellet i referaterne af de møder, der blev afholdt i Glucona, udgør i betragtning af kartellets hemmelige karakter ikke et argument, der er relevant som grundlag for at påvise, at Avebe ikke havde eller ikke

kunne have haft kendskab til kartellet, endsige at Gluconas organer ikke udtrykkeligt eller stiltiende godkendte den konkurrencebegrænsende adfærd.

114 Således som Kommissionen korrekt har påpeget, fremgår det tværtimod af flere referater, at Avebe blev holdt underrettet, undertiden detaljeret, om markedsføringsaspektet af Gluconas virksomhed; det fremgår således af referaterne af møderne den 8. oktober 1991, den 14. april og 10. december 1992 samt den 2. september 1993. F.eks. angives følgende i punkt 8 i referatet af mødet den 10. december 1992:

»Budgetvolumenet for natriumgluconat for 1993 er langt mindre end tidligere som følge af markedskræfterne (ADM). Men skønt volumenet er mindre, kan der forventes bedre priser. Desuden vil der blive anmodet om højere eksportrestitutioner. Dette skyldes, at vore råvarer er fortyndede. Vægten vil blive lagt på eksport til tredjelande uden for EF. For første gang i flere år kan bruttomarginalen for natriumgluconat nå lønsomhedstærsklen. Det skyldes dog til dels en omlægning af de faste omkostninger [...]«

115 Det fremgår heraf, at de spørgsmål, der blev drøftet under møderne, vedrørte hele Gluconas virksomhed, bl.a. emner som markedsføringsstrategi, markedsudviklingen og politikken vedrørende priser og markedsandele. I betragtning af hvor væsentligt kartellet var for bestemmelsen af handlemulighederne på natriumgluconatmarkedet, forekommer det fuldstændig udelukket, at disse emner kunne drøftes, uden at kartellet og de deraf følgende parametre blev nævnt.

116 Avebe kan derfor heller ikke med føje påberåbe sig referaterne af møderne i Glucona til støtte for sit argument.

117 For det femte har Avebe anført, at Gluconas handelspartnere og konkurrenter altid opfattede Glucona som identisk med Akzo, men aldrig med Avebe, at Akzo anvendte Akzo- og ikke Glucona-brevpapir i korrespondancen med kunder, og at fakturering og inkassering fandt sted gennem Akzo.

118 Kommissionen har afvist denne argumentation.

119 Det bemærkes indledningsvis, at Avebes argumentation modsiges af det i præmis 105 ovenfor nævnte udkast til aftale, hvori ikke kun Akzo, men også Avebe nævnes som mulige forretningspartnere for ADM med henblik på markedsføring af natriumgluconat i De Forenede Stater. Selv hvis det kan påvises, at Gluconas partnere og konkurrenter altid opfattede Glucona som identisk med Akzo, vedrører dette forhold dog under alle omstændigheder kun Gluconas forbindelser udadtil og tredjemands opfattelse af selskabet. Det berører ingenlunde spørgsmålet om, hvorvidt Avebe som følge af Gluconas interne organisationsstruktur havde eller måtte have haft kendskab til Gluconas ulovlige adfærd på natriumgluconatmarkedet.

120 Avebe kan derfor heller ikke påberåbe sig dette forhold til støtte for sit argument.

121 For det sjette og sidste har Avebe gjort gældende, at den af Akzo udpegede direktør havde kontor i Akzos bygning i Amersfoort (Nederlandene), hvorimod den af Avebe udpegede direktør varetog ledelsen af Avebes fabrikker på stedet i Ter Apelkanaal (Nederlandene), og at de to steder lå ca. 200 km fra hinanden. Desuden har Avebe gjort gældende, at produktionen og salget af natriumgluconat kun udgjorde en ubetydelig del af såvel Avebes som Akzos samlede virksomhed.

122 Kommissionen har ikke fremsat nogen specifikke argumenter hvad dette angår.

123 Det bemærkes herom, at de to direktører ifølge joint venture-aftalen af 1972 skulle arbejde tæt sammen om alle spørgsmål af betydning for det fælles selskab. Desuden fremgår det, som nævnt i præmis 115 ovenfor, af referaterne af møderne i Glucona, at de spørgsmål, der blev drøftet herunder, vedrørte hele Gluconas virksomhed, bl.a. emner som markedsføringsstrategi, markedsudviklingen og politikken vedrørende priser og markedsandele. Den geografiske afstand mellem Akzo og Avebe udgør derfor ikke et overbevisende argument for, at den af Avebe udpegede direktør ikke var bekendt med den konkurrencebegrænsende adfærd.

124 Heller ikke den af Avebe påberåbte omstændighed, at produktionen og salget af natriumgluconat kun udgjorde en ubetydelig del af såvel Avebes som Akzos samlede virksomhed, er relevant. Glucona blev nemlig oprettet med henblik på fælles fremstilling, salg og markedsføring af forskellige produkter, herunder natriumgluconat, og ifølge joint venture-aftalen af 1972 skulle Gluconas direktører anvende en væsentlig del af deres arbejdstid på disse aktiviteter.

125 Det er således med urette, at Avebe har påberåbt sig de nævnte omstændigheder til støtte for sit argument.

126 I betragtning af det foregående som helhed var det med rette, at Kommissionen fandt, at det ikke kunne udledes af den række faktiske omstændigheder, Avebe havde påberåbt sig, at Avebe, på trods af klarheden af den retlige ramme for den fælles virksomheds struktur, og ansvarsfordelingen mellem dens selskabsdeltagere, intet havde haft at gøre med fastlæggelsen eller gennemførelsen af politikken vedrørende markedsføring af natriumgluconat, og derfor ikke havde, eller ikke kunne have haft, kendskab til Gluconas konkurrencebegrænsende adfærd.

127 Kommissionen kunne derfor med føje fastslå, at overtrædelsen var blevet begået af Glucona.

3. *Kommissionen kunne ikke tillægge Avebe ansvaret for den overtrædelse, Glucona havde begået*

a) Parternes argumenter

128 Avebe har i det væsentlige gjort gældende, at selv hvis det må fastslås, at den konkurrencebegrænsende adfærd blev udvist af Glucona og ikke af Akzo, kan Kommissionen under ingen omstændigheder tillægge Avebe ansvaret for den.

129 Avebe har i den forbindelse gjort gældende, at det fremgår af fast retspraksis, at den omstændighed, at et datterselskab udgør en selvstændig juridisk person, ikke er tilstrækkelig til at udelukke, at datterselskabets adfærd kan tilregnes moderselskabet, navnlig når datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet (jf. Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis). Heraf følger, at det ikke kun er en virksomheds formelle retlige struktur, der skal tages i betragtning, men også virksomhedens faktiske beslutningsstruktur. Avebe har i det væsentlige gentaget de samme argumenter, som selskabet har fremsat i forbindelse med nærværende anbringendes første led, og gjort gældende, at der ikke var tale om, at Glucona fulgte instrukser, som selskabet havde modtaget, men, tværtimod, at markedsføringen af natriumgluconat blev varetaget af Akzo.

130 Endvidere er, ifølge Avebe, det formelle kriterium om en retlig forbindelse mellem en sammenslutning og dens moderselskab ikke relevant, når den ulovlige adfærd er

blevet udvist af en sammenslutning, som ikke er en juridisk person. Det eneste, der har betydning i denne situation, er, om Glucona og Avebe udgjorde en økonomisk enhed, hvilket ikke var tilfældet, eftersom Glucona ikke havde nogen salgsorganisation, idet størstedelen af selskabets medarbejdere udførte deres arbejde inden for rammerne af de opgaver, de løste for deres anden arbejdsgiver. Kun hvis moderselskabet ejer 100% af datterselskabet, kan Kommissionen lægge den antagelse til grund, at datterselskabet i det væsentlige har fulgt instrukser fra moderselskabet. Det er kun i en sådan situation, det ikke påhviler Kommissionen at klarlægge, om moderselskabet rent faktisk har udøvet sådanne beføjelser. I det foreliggende tilfælde ejede Avebe imidlertid kun 50% af Glucona, mens Akzo ejede de øvrige 50%.

131 Endvidere har Avebe påberåbt sig Rettens dom af 14. maj 1998 (forenede sager T-339/94, T-340/94, T-341/94 og T-342/94, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1727, præmis 51-58). Avebe har forklaret, at Retten i denne sag tog i betragtning, at en sammenslutning af virksomheder af sine medlemmer var blevet bemyndiget til at varetage medlemmernes samlede salg af karton, og at sammenslutningen havde fastsat ensartede priser og handlet på vegne af hvert enkelt medlem og for dettes regning. Retten tog således i denne sag hensyn såvel til den adfærd, som udgjorde overtrædelsen, som til den direkte forbindelse, der var mellem adfærden og den virksomhed, der måtte anses for ansvarlig for overtrædelsen.

132 Avebe har ligeledes påberåbt sig det usandsynlige i, at selskabet havde kendskab til kartellet den 15. august 1993, da den af Akzo udpegede direktør underrettede den direktør, Avebe havde udpeget, om, at der fandtes en kartelstruktur. Avebe har fremhævet, at Kommissionen blev gjort opmærksom herpå ved skrivelse af 23. april 1999, men at Kommissionen fortolkede oplysningen forkert, eftersom den gjorde gældende i beslutningen, at Avebe havde udbedt sig en grundig orientering om situationen i forbindelse med kartellet. Kommissionen tog heller ikke hensyn til, at Avebes repræsentant i Glucona, således som det var blevet anført i punkt 26 i svaret på klagepunktsmeddelelsen, først orienterede formanden for Avebes bestyrelse på et senere tidspunkt, hvilket strider imod, at Avebe allerede skulle have haft kendskab til kartellet.

133 Desuden har Avebe i replikken gjort gældende, at selskabets standpunkt bekræftes af artikel 6, stk. 2, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, som fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

134 Kommissionen har medgivet, at den retspraksis, hvortil den har henvist, ikke omfatter et tilfælde som det foreliggende, hvor overtrædelsen er blevet begået af en sammenslutning, der er blevet oprettet med henblik på samarbejde mellem to selvstændige virksomheder. Kommissionen finder imidlertid, i det væsentlige under henvisning til de samme argumenter, som den har fremsat i forbindelse med det nærværende anbringendes første led, at Avebe i det foreliggende tilfælde kunne øve afgørende indflydelse på Gluconas adfærd på markedet, og, navnlig, at selskabet på et hvilket som helst tidspunkt kunne have bragt Gluconas deltagelse i kartellet til ophør. Det er i henhold til retspraksis (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. II, s. 2111, præmis 80) tilstrækkeligt til at fastslå, at Avebe var medansvarlig for overtrædelsen, uden at det er fornødent at bevise, om selskabet faktisk øvede en sådan indflydelse på Glucona.

b) Rettens bemærkninger

135 Indledningsvis skal der henvises til den faste retspraksis, hvorefter ansvaret for en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd kan pålægges en anden virksomhed, hvis den førstnævnte virksomhed ikke frit har bestemt sin adfærd på markedet, men i det væsentlige har fulgt instrukser fra sidstnævnte virksomhed, navnlig under hensyn til de økonomiske og juridiske forbindelser mellem virksomhederne (Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 117, og af 16.11.2000, sag C-294/98 P, Metsä-Serla Oyj m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 10065, præmis 27).

136 Det skal i denne forbindelse understreges, at Kommissionen ifølge denne retspraksis, og i modsætning til den opfattelse, den har gjort gældende i punkt 48-

52 i svarskriftet, ikke kan indskrænke sig til at fastslå, at en virksomhed »kunne« øve en sådan afgørende indflydelse på den anden virksomhed, idet det er ufornødent at undersøge, om denne indflydelse faktisk er blevet øvet. Det følger tværtimod af den nævnte retspraksis, at det principielt påhviler Kommissionen at påvise, at der har foreligget en sådan afgørende indflydelse, på grundlag af en flerhed af faktiske omstændigheder, herunder navnlig at en af virksomhederne eventuelt har haft ledelseskompetence i forhold til den anden (jf. i denne retning dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 135 ovenfor, præmis 118-122, Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-196/99 P, Aristrain mod Kommissionen, Sml. I, s. 11005, præmis 95-99, og Rettens dom af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, præmis 527). I den sag, der førte til dommen af 16. november 2000 i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, nævnt i præmis 129 ovenfor, og som Kommissionen har påberåbt sig, fastslog Domstolen, at der foreligger en formodning, som kan tilbagevises, om, at moderselskabet faktisk har øvet afgørende indflydelse på en ulovlig adfærd, dets datterselskab er skyldig i at have udvist, når moderselskabet har ejet 100% af datterselskabet. I en sådan situation påhviler det moderselskabet at afkræfte formodningen ved at føre tilstrækkelige beviser for, at datterselskabet har været uafhængigt (jf. i denne retning dommen i sagen af 16.11.2000, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, nævnt i præmis 129 ovenfor, præmis 28-29, og dommen af 14.5.1998 i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, nævnt i præmis 134 ovenfor, præmis 80).

137 Endvidere bemærkes, at Glucona i henhold til joint venture-aftalen af 1972 blev stiftet under selskabsformen »vennootschap onder firma« (vof). Det er ubestridt, at Glucona i medfør af nederlandsk ret således udgjorde en rent aftalemæssig enhed og ikke en selvstændig juridisk person i forhold til sine selskabsdeltagere Akzo og Avebe, som begge ejede 50% af enheden. Desuden var de to selskabsdeltagere i henhold til nævnte aftales artikel 5, stk. 1, kun i fællesskab bemyndigede til at handle og underskrive dokumenter på Gluconas vegne og til at forpligte det over for tredjemand og tredjemand over for selskabet samt at modtage og udbetale midler for selskabets regning. Ifølge samme bestemmelses stk. 2 skulle de to selskabsdeltagere hver udpege to repræsentanter, som »i fællesskab [skulle] udøve de i artikel 1 omhandlede beføjelser for den pågældende selskabsdeltager, uden at dette dog [begrænsede] hver enkelt selskabsdeltagers ret til selv at udøve de pågældende beføjelser«. Repræsentanterne skulle »opretholde regelmæssig kontakt med hinanden og drøfte alle spørgsmål af betydning for selskabet med [Gluconas] direktører«. Ifølge aftalens artikel 5, stk. 3, påhvilede den daglige ledelse to direktører, som skulle udpeges af henholdsvis Akzo og Avebe. De to direktører skulle anvende en væsentlig del af deres tid på Gluconas anliggender. De skulle

»arbejde tæt sammen og [var] ansvarlige i fællesskab for den førte politik«, og de skulle »regelmæssigt aflægge rapport til deres repræsentanter om den førte politik og give dem alle relevante oplysninger herom«. Endelig hæftede Akzo og Avebe som følge af Gluconas retlige struktur i fællesskab ubegrænset og solidarisk for Gluconas forpligtelser.

138 Det fremgår af det foranstående som helhed, at Akzo og Avebe ved joint venture-aftalen af 1972 var blevet tillagt fælles ledelseskompetence med hensyn til den forretningsmæssige drift af Glucona, og at denne kompetence for så vidt angår alle spørgsmål af betydning for selskabet skulle udøves i fællesskab og i tæt samarbejde af to direktører, der skulle udpeges af henholdsvis Akzo og Avebe, og med hvem der skulle føres tilsyn af bl.a. to repræsentanter for hver af de to selskabsdeltagere. I betragtning af denne fælles ledelseskompetence og det forhold, at Akzo og Avebe hver ejede en andel på 50% af Glucona og dermed i fællesskab ejede samtlige selskabsandele, finder Retten, at der er tale om en situation, der svarer til den, som dannede baggrund for dommen af 14. maj 1998 i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, nævnt i præmis 134 ovenfor, hvori et moderselskab ejede 100% af sit datterselskab, hvilket gav anledning til at lægge den formodning til grund, at det pågældende moderselskab faktisk havde øvet afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd.

139 Retten finder således, at de faktiske omstændigheder, hvortil der henvises i præmis 137 ovenfor, som helhed udgør tilstrækkeligt vægtige indicier til at give grundlag for den formodning, at Akzo og Avebe fastlagde Gluconas adfærd på markedet i fællesskab og i en sådan udstrækning, at Glucona må antages reelt ikke at have været uafhængig i den henseende. Desuden har sagsøgeren, således som det fremgik af de konklusioner om sagsøgerens kendskab til Gluconas adfærd, der blev draget i præmis 92-126 ovenfor, ikke ført beviser, der kan afkræfte denne formodning.

140 Endelig bestyrker det forhold, at de to selskabsdeltagere Akzo og Avebe i fællesskab var ansvarlige for Gluconas adfærd — uanset dette ansvars nøjagtige rækkevidde i henhold til nederlandsk ret — formodningen om, at Gluconas forretningspolitik

faktisk blev fastlagt af Gluconas selskabsdeltagere i fællesskab. Under sådanne omstændigheder er det i høj grad i selskabsdeltagernes interesse at undgå, at deres datterselskab handler uafhængigt af deres instrukser, i betragtning af at de kan blive udsat for retsforfølgning eller krav om erstatning fra tredjemand, hvis datterselskabet gør sig skyldigt i ulovlig adfærd.

141 Det følger af det foranstående, at Kommissionen i betragtning af de tætte økonomiske og retlige bånd mellem på den ene side Glucona og på den anden Akzo og Avebe, som udøvede faktisk fælles kontrol med Glucona, ikke begik en fejl ved at fastslå, at Avebe kunne pålægges ansvar for Gluconas ulovlige adfærd. Heraf følger ligeledes, at på den ene side Glucona og på den anden Akzo og Avebe, i modsætning til hvad sagsøgeren har gjort gældende, udgjorde en økonomisk enhed som omhandlet i den i præmis 78 ovenfor nævnte retspraksis, inden for hvilken datterselskabets ulovlige adfærd må tilskrives moderselskaberne, hvis ansvar for adfærden skyldes, at de faktisk kontrollerede dets forretningspolitik (jf. i denne retning Rettens dom af 11.12.2003, sag T-66/99, Minoan Lines mod Kommissionen, Sml. II, s. 5515, præmis 122).

142 Anbringendet om, at artikel 81, stk. 1, EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er blevet tilsidesat, må derfor forkastes i det hele.

E — *Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

143 Avebe finder, at selv hvis selskabet kan pålægges ansvar for overtrædelsen, burde Kommissionen have taget den rolle, Avebe havde spillet i kartellet før den 15. august 1993, i betragtning som en formildende omstændighed.

144 Kommissionen har anført, at den bøde, der blev pålagt Avebe, blev fastsat under hensyn til Gluconas adfærd i kartellet, og at den i den sammenhæng tog hensyn til de særlige omstændigheder i forbindelse med Gluconas adfærd. Efter Kommissionens opfattelse er der ikke nogen grund til at anse et moderselskab for mindre ansvarligt, fordi det er datterselskabet, som har udvist adfærden. Dette gælder så meget desto mere, som Glucona ikke var en i forhold til Avebe og Akzo særskilt juridisk person. Avebe er således ikke blevet pålagt ansvar for en anden parts adfærd, men for handlinger foretaget af en rent aftalemæssig enhed, som er en del af Avebes egen juridiske person, og for hvilken selskabet er solidarisk ansvarligt.

145 Retten finder, at Kommissionen, således som denne har gjort gældende, med føje, og uden at tilsidesætte proportionalitetsprincippet, kunne pålægge Avebe en bøde på grund af Gluconas adfærd, der kunne tilskrives såvel Avebe som Akzo. Retten finder nærmere, at Avebes rolle i kartellet før den 15. august 1993, i betragtning af bestemmelserne i joint venture-aftalen af 1972 om oprettelse af den fælles virksomhed Glucona (jf. præmis 90-91 ovenfor), ikke kan udgøre en formildende omstændighed, der rejser tvivl om forholdsmæssigheden af den bøde, Avebe er blevet pålagt.

146 Der er derfor ikke grundlag for anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

147 Da ingen af de anbringender, som er blevet fremsat vedrørende beslutningen, er blevet tiltrådt, bør Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

148 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom pålægges selskabet at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA betaler sagens omkostninger.

Azizi Jaeger Dehousse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. september 2006.

E. Coulon J. Azizi

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 3090

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 3097

Retlige bemærkninger ..... II - 3099

A — Indledning ..... II - 3099

B — Tilsidesættelse af begrundelsespligten ..... II - 3103

C — Tilsidesættelse af retten til kontradiktion ..... II - 3105

1. Indledende bemærkninger ..... II - 3105

2. Akzos forklaring ..... II - 3106

3. Akzos påståede forklaring for de amerikanske myndigheder ..... II - 3109

a) Parternes argumenter ..... II - 3109

b) Rettens bemærkninger ..... II - 3109

Formaliteten ..... II - 3109

Realiteten ..... II - 3111

D — Tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 II - 3114

1. Indledning ..... II - 3114

2. Kommissionen kunne ikke tillægge Glucona ansvaret for overtrædelsen for så vidt angår perioden før den 15. august 1993 ..... II - 3114

a) Indledende betragtninger ..... II - 3114

b) Joint venture-aftalen af 1972 ..... II - 3115

Parternes argumenter ..... II - 3115

Rettens bemærkninger ..... II - 3118

c) Rækken af faktiske omstændigheder ..... II - 3120

3. Kommissionen kunne ikke tillægge Avebe ansvaret for den overtrædelse, Glucona havde begået ..... II - 3127

a) Parternes argumenter ..... II - 3127

b) Rettens bemærkninger ..... II - 3129

E — Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ..... II - 3132

Sagens omkostninger ..... II - 3133