FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON
fremsat den 18. maj 1989 *

Sammendrag

I — Anbringendet om, at CdF Chimie SA ikke indledningsvis var blevet opfordret til at afgive oplysninger ... 3302

II — Spørgsmålet, om de anfægtede beslutninger i virkeligheden var »meddelelser af klagepunkter« ... 3308

III — Om der foreligger en udnyttelse af beføjelsen til at indhente oplysninger i strid med de herfor gældende regler ... 3314

IV — Om det var nødvendigt at indhente de afkrævede oplysninger ... 3318

V — Retten til at nægte at vidne imod sig selv ... 3324

VI — Formodningen for uskyld og CdF Chimie's rettigheder som »anklaget« ... 3341

VII — Spørgsmålet, om bevisbyrden er vendt om ... 3341

VIII — Afsluttende bemærkninger og forslag ... 3342

Høje Domstol.

1. Under en sag, anlagt i henhold til EØF-Traktatens artikel 173, har firmaet CdF Chimie SA nedlagt påstand om annullation af en beslutning, truffet af Kommissionen den 9. november 1987, hvorved den i medfør af artikel 11, stk. 5, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (herefter benævnt »forordning nr. 17«) [1], pålagde firmaet at afgive visse oplysninger. Beslutningen blev truffet som led i en undersøgelse, Kommissionen havde iværksat ud fra en begrundet antagelse om, at der inden for sektoren for termoplastprodukter var indgået aftaler eller blev fulgt en samordnet praksis i strid med Traktatens artikel 85, stk. 1, navnlig vedrørende produktet »polyethylen med lav massefylde« (herefter benævnt »LdPE«), hvilket produkt fremstilles og distribueres inden for EF blandt andet af firmaet CdF Chimie SA.

2. Også firmaet Solvay har, ligeledes i henhold til EØF-Traktatens artikel 173, anlagt sag med påstand om annullation af en beslutning fra Kommissionen af 24. november 1987, hvorved denne i medfør af samme bestemmelse i forordning nr. 17 opfordrede firmaet til at meddele Kommissionen visse oplysninger. Også denne beslutning blev truffet som led i Kommissionens undersøgelse inden for sektoren for termoplastprodukter, men vedrørte produktet »polyvinylklorid« (herefter benævnt »PVC«), hvilket produkt fremstilles og distribueres inden for EF blandt andet af Solvay.

* Originalsprog: fransk.

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

3. De to beslutninger, som Kommissionen har truffet vedrørende de nævnte to selskaber, angår ikke det samme produkt og dermed heller ikke den samme, i givet fald mod Traktatens artikel 85, stk. 1, stridende, aftale eller samordnede praksis. Der er imidlertid så stor lighed mellem de anbringender, de to firmaer har gjort gældende til støtte for påstanden om annullation, at Domstolen med rette har afholdt den mundtlige forhandling i de to sager samtidig. Dette har hermed også givet mig anledning til i dag at fremsætte ét samlet forslag til afgørelse i de to sager.

4. Af hensyn til den rette forståelse af baggrunden for de to sager bemærkes indledningsvis, at Kommissionen efter at have truffet de omhandlede beslutninger i november måned 1987 fortsatte den omfattende undersøgelse, som den havde iværksat inden for termoplastsektoren, og som hovedsagelig vedrørte LdPE- og PVC-produkter. Det bør også nævnes, at Kommissionen traf en række tilsvarende beslutninger vedrørende andre producenter / distributører af LdPE- og PVC-produkter end CdF Chimie SA og Solvay. Undersøgelsen mundede ud i, at Kommissionen den 24. marts 1988 iværksatte to procedurer i henhold til artikel 85, stk. 1, den ene vedrørende LdPE [2], og den anden vedrørende PVC [3]. Efter afslutningen af de to procedurer vedtog Kommissionen den 21. december 1988 to beslutninger, hvorved den dels fastslog, at visse producenter af LdPE og PVC havde overtrådt Traktatens artikel 85, dels pålagde producenterne bøder. Blandt de af virksomhederne, som fremstiller LdPE, var også CdF Chimie SA, hvis navn i mellemtiden var blevet ændret til Orkem SA, og blandt dem, der fremstiller PVC, selskabet Solvay [4]. Som bekendt har Orkem SA sammen med flere andre virksomheder anlagt sag den 14. april 1988 med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 21. december 1988.

5. Før Kommissionen traf den anfægtede beslutning af 9. november 1987 vedrørende CdF Chimie SA, havde Kommissionen den 20. august 1987 i medfør af artikel 11, stk. 2 og 3, i forordning nr. 17 tilsendt firmaet en *begæring* om visse oplysninger. Da firmaet efter Kommissionens opfattelse uberettiget afslog at afgive »hovedparten af de udbedte oplysninger« [5], traf Kommissionen en beslutning i medfør af artikel 11, stk. 5, hvorved den over for firmaet traf *beslutning* om, at firmaet meddelte de pågældende oplysninger. Af samme grund pålagde Kommissionen ved beslutning firmaet Solvay at meddele visse oplysninger, fordi den ikke fandt at kunne acceptere, at Solvay, efter at være blevet opfordret dertil ved Kommissionens *begæring* om oplysninger af 20. august 1987, »ikke meddelte nogen af de udbedte oplysninger... vedrørende producentmøderne og de formodede karteller om salgspriser og kvoter« [6].

I — Anbringendet om, at CdF Chimie SA ikke indledningsvis var blevet opfordret til at afgive oplysninger

6. Til støtte for sin påstand om annullation har CdF Chimie SA fremført et principalt anbringende, som kun er blevet gjort gældende af dette selskab. Anbringendet er, at proceduren for indhentning af oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 består af to faser, nemlig først en simpel *begæring* om meddelelse af oplysninger og dernæst et ved en *beslutning* fremsat krav herom. Selskabet anfører i den forbindelse, at det var adressat for den anfægtede beslutning om at pålægge selskabet at meddele de afkrævede oplysninger, men ikke havde modtaget Kommissionens første »simple« opfordring til at afgive de pågældende oplysninger, idet denne var blevet tilsendt datterselskabet, CdF Chimie EP. Herved har

2 — Procedure IV/31.866 — LdPE.

3 — Procedure IV/31.865 — PVC.

4 — Jfr. beslutning 89/191/EØF (EFT L 74 af 17.3.1989, s. 21) og beslutning 89/190/EØF (samme nummer i EFT, s. 1).

5 — Jfr. side 2 i den vedrørende CdF Chimie SA trufne beslutning, som anfægtes under sagen.

6 — Jfr. side 2 i den vedrørende Solvay trufne beslutning, som er anfægtet under sagen.

Kommissionen efter selskabets opfattelse tilsidesat EØF-Traktatens bestemmelser og artikel 11 i forordning nr. 17, navnlig artikel 11, stk. 5.

7. Ifølge artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 kan Kommissionen, med henblik på udførelsen af de opgaver, den har fået overdraget ved EØF-Traktatens artikel 89 — og som er at påse, at »de i artiklerne 85 og 86 fastlagte principper anvendes« — »indhente alle fornødne oplysninger fra medlemsstaternes regeringer og kompetente myndigheder samt fra virksomheder og sammenslutninger af virksomheder«. Artikel 11, stk. 2 og 4, i forordning nr. 17 vedrører de formkrav, som skal overholdes ved fremsættelse af en begæring om oplysninger. Artikel 11, stk. 5, bestemmer således, at »såfremt en virksomhed... inden udløbet af en af Kommissionen fastsat frist ikke eller ikke udtømmende... meddeler de krævede oplysninger, fremsætter Kommissionen krav om oplysningerne i form af en beslutning«.

8. I dommen af 26. juni 1980 i National Panasonic-sagen fastslog Domstolen udtrykkeligt, at det fremgår af artikel 11's ordlyd, at denne bestemmelse

»fastsætter en procedure i to faser, hvor den anden, som indebærer Kommissionens vedtagelse af en beslutning, der 'angiver, hvilke oplysninger, der kræves', ikke kan påbegyndes, før den første fase, som består i tilsendelse af en begæring om oplysninger til virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, forgæves er forsøgt« [7].

9. CdF Chimie SA har med støtte i denne dom anført, at den anfægtede beslutning må anses for retsstridig, fordi Kommissionen i forhold til sagsøgeren sprang den første fase af proceduren over, da selskabet, som før nævnt, ikke selv, men derimod CdF Chimie EP, fik tilsendt den forudgående begæring om oplysninger.

10. Heroverfor har Kommissionen anført, at CdF Chimie EP er et datterselskab af CdF Chimie SA og for 100%'s vedkommende ejet af dette, samt at de to virksomheder nok er juridisk selvstændige enheder, men dog tilhører samme koncern. Kommissionen har herved henvist til Domstolens praksis, navnlig til dommen af 14. juli 1972 i ICI-sagen, hvori Domstolen udtalte:

»Den formelle adskillelse mellem de nævnte selskaber, som er en følge af deres status som selvstændige juridiske personer, [er] ikke til hinder for, at de antages at optræde samlet på markedet i henseende til anvendelsen af konkurrencereglerne« [8].

Efter Kommissionens opfattelse er der navnlig én omstændighed, som godtgør, at selskaberne må antages at have optrådt samlet på markedet, nemlig at begge selskaber, CdF Chimie SA og CdF Chimie EP, siden undersøgelsen vedrørende LdPE-produkter blev iværksat, hver især åbenbart altid var bekendt med de skrivelser, som det andet selskab havde modtaget fra Kommissionen, uanset hvem skrivelsen i øvrigt formelt var stilet til. Kommissionen finder derfor ikke, at forskrifterne i artikel 11 om gennemførelse af en procedure i to faser, kan anses for tilsidesat, i hvilken forbindelse den tillige henviser til Domstolens praksis, hvorefter en beslutning er lovligt meddelt, når den er kommet inden for adressatens område.

7 — Jfr. sag 136/79, Sml. 1980, s. 2033, præmis 5.

8 — Jfr. sag 48/69, Sml. 1972, s. 151, præmis 140.

11. Over for dette har CdF Chimie SA gjort gældende, at den finder det uberettiget at overføre et kriterium til denne sag, som vedrører et procedure- og ikke et realitetsspørgsmål, fra andre sager, hvor Domstolen har udviklet det med henblik på spørgsmålet om, hvorvidt et datterselskabs handlinger kan tilregnes moderselskabet. Sagsøgeren anfører i den forbindelse hovedsagelig, at en virksomheds juridiske status ikke behøver at være afgørende for realitetsspørgsmålet, men bør respekteres strikte i processuel henseende, navnlig når den anfægtede retsakt udstedes på et tidspunkt af proceduren, hvor det er aldeles umuligt at forudse afgørelsen vedrørende sagens realitet, dvs. afgørelsen om, hvorvidt flere juridisk selvstændige virksomheder kan antages at have optrådt samlet på markedet. Sagsøgeren tilføjer i den forbindelse, at kriteriet i Domstolens praksis om, at skrivelsen skal være kommet inden for virksomhedens område, ikke kan udstrækkes så vidt, at det, ud over at gælde for selve retsaktens adressat, også omfatter alle koncernens øvrige virksomheder, idet det derved kommer i strid med princippet om fysiske eller juridiske personers individualitet og autonomi, som er fastlagt såvel i medlemsstaternes nationale ret som i internationale konventioner.

12. Det er ubestrideligt, at CdF Chimie EP formelt var adressat for den skrivelse, som indeholdt Kommissionens begæring om oplysninger af 20. august 1987, hvorimod beslutningen af 9. november 1987 var rettet til CdF Chimie SA. For en umiddelbar betragtning er dette utilfredsstillende, set ud fra et strengt processuelt synspunkt, når det vurderes på baggrund af bestemmelsen i artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17. I denne forbindelse bør man imidlertid huske på de retslige skridt, som Kommissionen i tidens løb havde iværksat over for CdF Chimie SA og CdF Chimie EP som led i sin efterforskning vedrørende aftaler eller samordnet praksis om LdPE-produkter.

13. Den 15. januar 1987 traf Kommissionen således en beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, hvis adressat var beskrevet som: »CdF Chimie, Tour Aurore... Paris La Défense«. Det bør nævnes, at Kommissionens henvendelse til selskabet på dette stadium af sagen vedrørte begge de førnævnte produkter, LdPE og PVC. Denne beslutning blev tilsendt generalsekretæren for CdF Chimie EP, Henwood, den 20. januar 1987.

14. Den 9. april 1987 fremsendte Kommissionen i medfør af artikel 11, stk. 2-4, i forordning nr. 17 en begæring om oplysninger, som alene vedrørte produktet LdPE, og hvis adressat var: »CdF Chimie SA, Tour Aurore... Paris-Défense«. Den 6. maj 1987 besvaredes denne henvendelse af CdF Chimie EP, hvis postadresse er: »Tour Aurore... Paris-Défense«. Skrivelsen begyndte således: »Vedlagt fremsendes selskabets besvarelse af Deres begæring om oplysninger af 9. april, som blev modtaget den 15. april 1987.«

15. Den 2. juli 1987 traf Kommissionen en beslutning i medfør af artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17, hvorved den opfordrede CdF Chimie SA, Tour Aurore (etc.) til at meddele visse oplysninger. Den 28. juli 1987 tilsendte Kommissionen CdF Chimie EP en skrivelse, som blev indledt på følgende måde: »I fortsættelse af Kommissionens beslutning af 2. juli 1987, som blev meddelt CdF Chimie den 9. juli 1987, anmodes De herved om at meddele Kommissionen visse oplysninger inden tre uger.«

16. Den 20. august 1987 fremsatte Kommissionen en fornyet begæring om meddelelse af oplysninger, som denne gang var rettet til CdF Chimie EP. Herpå svarede firmaet ved skrivelse af 1. oktober 1987, hvorefter Kommissionen den 9. november 1987 traf den beslutning vedrørende CdF Chimie SA, som er anfægtet under nærværende sag.

17. Dette sagsforløb viser, at bortset fra Kommissionens første henvendelse af 15. januar 1987, som formelt var rettet til »CdF Chimie«, uden tilføjelse af »SA« eller »EP«, fremsendte Kommissionen en begæring om oplysninger af 9. april 1987 og en beslutning af 2. juli 1987 med anmodning om meddelelse af oplysninger. Begge var udtrykkeligt stilet til »CdF Chimie SA«, og blev besvaret af CdF Chimie EP, henholdsvis den 6. maj og den 28. juli 1987. Jeg synes, det er vigtigt at lægge mærke til, at der i ingen af disse svarskrivelser findes nogen bemærkninger eller er kommet noget forbehold til udtryk om, at CdF Chimie SA var et fra CdF Chimie EP forskelligt selskab. Desuden er det ikke rigtigt, som det tilsyneladende kom til udtryk under den mundtlige forhandling, at de to selskaber allerede, før den anfægtede beslutning blev truffet, havde henledt Kommissionens opmærksomhed på, at den burde skelne mellem dem. I hele den korrespondance, der blev udvekslet mellem Kommissionen og de to selskaber, blev der først taget forbehold i den skrivelse af 26. november 1987, hvormed CdF Chimie SA besvarede den anfægtede beslutning af 9. november 1987.

18. Begivenhedernes rækkefølge, sådan som jeg har skildret dem i det foregående, samt de af parterne fremførte argumenter giver mig anledning til nedenstående bemærkninger.

19. For det første finder jeg at måtte give CdF Chimie SA ret i, at man ikke på undersøgelsesstadiet kan lægge den antagelse til grund, at et moder- og datterselskab optræder samlet på markedet, selv om datterselskabet for 100%'s vedkommende ejes af moderselskabet. Ganske vist har Domstolen, på den ene side, tidligere antaget, at

»den omstændighed, at datterselskabet er en selvstændig juridisk person, [ikke] udeluk-

ker..., at ansvaret for dets adfærd eventuelt pålægges moderselskabet« [9],

men i en anden sag, nemlig BMW-sagen, hvorunder BMW Belgium, som var et af BMW München 100% ejet datterselskab, havde hævdet, at det var afskåret fra at forfølge andre formål end anvist af moderselskabet, lagde Domstolen til grund, at

»det økonomiske afhængighedsforhold mellem et moderselskab og et datterselskab [hverken] udelukker..., at selskaberne handler på forskellig måde, eller at de har forskellige interesser« [10].

Dette er efter min opfattelse en klar angivelse af, at datterselskabets juridiske status ikke i sig selv gør det berettiget at antage, at selskaberne har optrådt samlet på markedet og ikke kan begrunde en undladelse af at respektere den enkelte virksomheds juridiske identitet i processuel henseende. Først når Kommissionen virkelig har kunnet fastslå, at virksomhederne optræder samlet på markedet, kan Kommissionen tillade sig at handle derefter.

20. På den anden side er det min opfattelse, at når to virksomheder vedvarende har forholdt sig på en sådan måde, at man må få det indtryk, at de kan substituere hinanden i forhold til de retslige skridt, der iværksættes af Kommissionen, vil ingen af virksomhederne, uden at dette må betegnes som et forsinket udslag af overdreven formalisme, kunne påberåbe sig et firmas formelt juridiske stilling, hvis de selv tidligere på usædvanlig vis har bidraget til at dække derover. Forud for vedtagelsen af Kommissionens beslutning af 9. november 1987 må CdF

9 — Jfr. sag 6/72, Continental Can, dom af 21. februar 1973, Sml. s. 215, præmis 15.

10 — Jfr. sagerne 32 og 36-82/78, BMW, dom af 12. juli 1979, Sml. s. 2435, præmis 24.

Chimie SA og CdF Chimie EP således helt klart siges selv at have været skyld i, at de to firmaer fortsat blev forvekslet, eller i hvert fald at have givet anledning dertil, da CdF Chimie EP to gange uden videre kommentarer besvarede en retsakt, der var udstedt til CdF Chimie SA. Når CdF Chimie EP ikke selv overhovedet gjorde nogen bemærkninger derom, var Kommissionen — som i øvrigt vidste, at datterselskabet for 100%'s vedkommende var ejet af CdF Chimie SA, og at de to firmaer havde samme adresse — berettiget til at antage, at CdF Chimie EP normalt var beføjet til at besvare spørgsmål på CdF Chimie SA's vegne vedrørende markedet for LdPE-produkter, og at det ikke var nødvendigt at skelne mellem de to virksomheder. I øvrigt skal jeg bemærke, at det i skrivelsen fra CdF Chimie EP af 28. juli 1987, hvorved selskabet besvarede Kommissionens beslutning, som blev tilstillet CdF Chimie SA den 2. juli 1987, anføres, at skrivelsen blev fremsendt på foranledning af »beslutningen... af 2. juli 1987, som var meddelt selskabet CdF Chimie«. Når selskabet omtaltes som »CdF Chimie«, kunne dette ikke efter sammenhængen undgå at bestyrke det indtryk, at CdF Chimie SA og CdF Chimie EP så at sige dannede en enhed.

21. Når man lægger det kritierium til grund, som Domstolen fastslog i ALMA-dommen af 10. december 1957 [11], og hvorefter den omhandlede retsakt skal være »kommet inden for adressatens område«, er det min opfattelse, at i betragtning af den måde de to firmaer forholdt sig på, hvor det ene firma, CdF Chimie EP, på tilsyneladende helt normal, ja rutineagtig måde besvarede retsakter, som var adresseret til det andet firma CdF Chimie SA, må det være rimeligt at gå ud fra, at firmaerne havde fælles »område«. Det kan herefter lægges til grund, at den retsakt, der blev tilstillet det ene firma, også var kommet inden for det andet firmas område.

11 — Jfr. sag 8/56, Sml. 1954-1964, s. 49.

22. En sådan lempelse af de strikte processuelle krav, der må stilles, finder jeg stemmer overens med Domstolens praksis. Med hensyn til spørgsmålet, om beslutninger kan anses for lovligt meddelt, har Domstolen nemlig i et vist omfang tillagt det større vægt, om beslutningen rent faktisk er kommet til den pågældendes kundskab, end om den formelt set strengt taget er blevet helt korrekt meddelt. Således fastslog Domstolen i førnævnte dom i ICI-sagen, at sagsøgeren havde fået kendskab til beslutningens fulde ordlyd og rettidigt gjort brug af sin søgsmålsret, hvorfor det var uden betydning, hvorvidt meddelelsen om beslutningen var behæftet med eventuelle mangler [12].

Også i førnævnte dom i Continental Can-sagen kom det frem, at den faktiske viden om retsakten var vigtigere end det spørgsmål, om beslutningen formelt set var helt korrekt meddelt. Det hedder herom i dommen:

»En beslutning er i henhold til Traktaten behørigt forkyndt, når den er fremsendt til adressaten, og det har været muligt for denne at gøre sig bekendt med den...«,

og Domstolen fortsatte:

»... Dette er tilfældet i den foreliggende sag, da Continental faktisk har modtaget meddelelsen om den omtvistede beslutning, og ikke kan benytte sin egen vægring mod at skaffe sig kendskab til den til at gøre meddelelsen virkningsløs« [13].

23. Efter min opfattelse vil det være i fuld overensstemmelse med hidtidig praksis, om Domstolen antager, at et datterselskab — som at dømme efter den brevveksling, der

12 — Jfr. førnævnte sag 48/69, præmis 43.

13 — Jfr. førnævnte sag 6/72, præmis 10.

har været udvekslet i forbindelse med en undersøgelse i henhold til forordning nr. 17, fremtræder at være beføjet til at besvare moderselskabets post fra Kommissionen — hører med til moderselskabets »område«, således som dette udtryk forstås efter Domstolens praksis. Moderselskabet må derfor under den efterfølgende fase af den pågældende procedure antages at have fået kendskab til de retsakter, der formelt set var adresseret til datterselskabet.

24. Jeg skal endvidere med henvisning til estoppel-princippet i common law fremdrage et andet argument, om end dette argument skal anses for subsidiært i forhold til det argument, som støttes på kriteriet om, at retsakten skal være kommet inden for den pågældendes »område«. Ifølge estoppel-princippet kan den, som bevirker, at der opstår en forveksling, eller intet gør for at forhindre den, ikke senere påberåbe sig de processuelle fejl, som vedkommende selv har givet anledning til.

25. Endelig er det ikke uden betydning for Domstolen at vide, som Kommissionen har henledt opmærksomheden på, at forvekslingen af de to firmaer, CdF Chimie SA og CdF Chimie EP, fortsatte, helt indtil sagen kom for Domstolen, eftersom koncipisten af stævningen i sagen i sit svar på Domstolens skriftlige spørgsmål til CdF Chimie SA blandt andet anførte følgende: »Før Norsolor skal besvare Domstolens spørgsmål, vil man gerne fremhæve...«. Norsolor er nemlig det nye navn for firmaet CdF Chimie EP, hvorimod Domstolens spørgsmål var rettet til CdF Chimie SA, som siden hen har skiftet navn til Orkem. Måske vil Domstolen derfor, ligesom jeg, finde det for meget at kræve af Kommissionen, at den ved iværksættelsen af sine processuelle foranstaltninger skulle kunne skelne klarere mellem firmaerne CdF Chimie SA Orkem og CdF Chimie EP Norsolor end firmaerne selv kan.

26. Jeg skal derfor foreslå Domstolen at lægge til grund, at CdF Chimie SA fik fornødent kendskab til den skrivelse af 20. august 1987, som indeholdt en begæring om oplysninger, og som var adresseret til CdF Chimie EP, idet sidstnævnte firma inden for de faser, der gik forud for selve undersøgelsen, fremtrådte som om det hørte til den sagsøgende virksomheds »område«. Såfremt Domstolen lægger dette til grund, må den videre antage, at den i artikel 11, stk. 5, indeholdte betingelse om, at der skal være fremsendt en forudgående begæring om oplysninger, er opfyldt, og at det væsentligste anbringende, som CdF Chimie SA har gjort gældende på dette punkt, ikke har noget på sig.

27. Jeg skal herefter gennemgå sagens øvrige anbringender, som i det væsentlige er de samme i Solvay- og i CdF Chimie SA-sagen (jeg benævner i det følgende CdF Chimie SA »CdF Chimie«). Disse anbringender er tilsyneladende forskellige, men er i virkeligheden baseret på det samme hovedsynspunkt, nemlig at der består en pligt til at sikre virksomhederne ret til kontradiktion allerede under den undersøgelse, som Kommissionen iværksætter for at tilvejebringe oplysninger om eventuelle aftaler eller samordnet praksis i strid med Traktatens konkurrenceregler. Måske har også Domstolen, ligesom jeg, undertiden syntes, at denne argumentation forekom noget usikker i betragtning af den modstrid, der fandtes mellem klagepunkterne indbyrdes, eller som påvirkede den måde, argumenterne er blevet udviklet på. Umiddelbart er der således tilsyneladende ikke nogen logisk forbindelse mellem argumentet om, at det var unødvendigt at indhente de afkrævede oplysninger, fordi Kommissionen allerede var i besiddelse af de fornødne beviser vedrørende de pågældende virksomheder, og påstanden om, dels at Kommissionen forsøgte at vende bevisbyrden om ved at stille spørgsmålene så generelt, som den gjorde, dels at den forsøgte at udvirke, at virksomhederne, gennem besvarelsen af disse meget generelle spørgsmål, tilvejebragte bevismateriale mod dem selv, som Kommissionen ikke havde haft nogen mulighed for at indsamle. Desuden kan indholdet af den påberåbte ret til at nægte at udtale sig eller en ret til at nægte at angive sig selv, som ophører, så snart Kommissionen fremfører præcise indi-

cier, nok synes at være langt fra den opfattelse, som jurister normalt har af en sådan ret.

28. Bag disse tilsyneladende modsigelser er der imidlertid en vis logik, som kom nogenlunde klart frem under den mundtlige forhandling, og som kan gengives som et krav fra de sagsøgende virksomheder om, at den part, der udspørges, er bekendt med, hvad den, der stiller spørgsmålene, ved i forvejen. Jeg tror ikke, at jeg gengiver tankegangen hos nogen illoyalt ved at sige, at der her er tale om, at virksomhederne ønsker at være på det rene med, hvad de endnu har mulighed for at skjule under de undersøgelser, som Kommissionen iværksætter på konkurrenceområdet. Lad mig straks slå fast, at der ikke er noget som helst chokerende i dette. Selve kernen i forsvaret består jo netop i i videst muligt omfang at udnytte det spillerum, som retsreglerne giver og at forsøge at få anerkendt den videst mulige fortolkning af dette spillerum som værende positiv ret. Virksomhederne lever derfor helt op til deres rolle, når de fremfører en række argumenter, som går ud på, at de i forbindelse med undersøgelsen har »krav på viden«. Domstolens rolle på dette punkt er alene at fastslå indholdet af de retsregler, der finder anvendelse på nævnte stadium og at afgøre, om virksomhederne har et sådant krav på viden.

29. Det er generelt med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål, at jeg i det følgende skal gennemgå sagsøgernes anbringender ét for ét.

II — Spørgsmålet, om de anfægtede beslutninger i virkeligheden var »meddelelser af klagepunkter«

30. Jeg skal ved behandlingen af dette spørgsmål foreslå Domstolen først at tage stilling til det principale anbringende, som Solvay har gjort gældende til støtte for påstanden om annullation, og som i det store og hele er identisk med CdF Chimies andet, subsidiære anbringende. De to firmaer hævder, at de anfægtede beslutninger i virkeligheden er meddelelser af klagepunkter, der er tilsløret som beslutninger, hvorved der gives pålæg om meddelelse af oplysninger, hvorfor Kommissionen må antages ikke blot at have overtrådt Rådets forordning nr. 17 og sin egen forordning nr. 99/63 [14], men også at have tilsidesat kontradiktionsprincippet, som Solvay har betegnet som et »generelt princip« og CdF Chimie som et »grundlæggende princip«. Mere skematisk udtrykt kan sagsøgernes argumenter gengives på den måde, at de hævder, at de anfægtede beslutninger indebærer en formel sigtelse for at have deltaget i et kartel i strid med artikel 85, som Kommissionen i selve beslutningen angav at have beviser for. Når Kommissionen formulerede klagepunkterne vedrørende overtrædelsen af artikel 85 på denne måde, burde den ifølge sagsøgerne have overholdt de krav til iagttagelse af den i forordning nr. 17 og i forordning nr. 99/63 foreskrevne ret til kontradiktion, nemlig ved at gøre virksomhederne bekendt med det bevismateriale, som klagepunkterne var baseret på og ved at give dem lejlighed til at udtale sig derom, i hvilken forbindelse der ikke påhvilede dem nogen som helst forpligtelse til at besvare nogen af spørgsmålene. De anfægtede beslutninger indeholdt imidlertid ikke ifølge sagsøgerne nogen præcis angivelse af det pågældende bevismateriale, som kunne begrunde de foreholdte klagepunkter, men derimod et pålæg til virksomhederne om at besvare opfordringen til at meddele de afkrævede oplysninger under trussel af, at de i modsat fald kunne blive pålagt bøder eller tvangsbøder.

31. Heroverfor har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at undersøgelsesfasen adskiller sig fra fasen for meddelelsen af

14 — Forordning af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42).

klagepunkter og ligger tidsmæssigt forud for denne. Det var af hensyn til overholdelsen af betingelserne for fremsendelse af begæringer om oplysninger i artikel 11, stk. 3, i forordning nr. 17, at Kommissionen i beslutningerne omtalte bevismaterialet vedrørende de retsstridige handlinger, som undersøgelsen vedrørte. Omtalen af bevismidlerne havde absolut ikke karakter af en meddelelse af klagepunkter i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, og det var uberettiget, som påstået af virksomhederne, at dette indebar en tilsidesættelse af den ret til kontradiktion, som tilkommer virksomheder i forbindelse med fremsendelse af en meddelelse af klagepunkter.

32. Som det fremgår af de hovedargumenter, der er blevet gjort gældende under sagerne, har anbringendet om, at de anfægtede beslutninger i virkeligheden er meddelelser af klagepunkter, bare i en tilsløret form, sit grundlag i det forhold, at det efter de gældende bestemmelser i forordning nr. 17 og forordning nr. 99/63, er betydeligt vigtigere at sikre overholdelse af retten til kontradiktion i forbindelse med fremsendelse af en meddelelse af klagepunkter end i forbindelse med de retsakter, som Kommissionen udsteder som led i sin undersøgelse.

33. Ifølge artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, skal Kommissionen nemlig »forinden der træffes beslutning i henhold til artiklerne 2, 3, 6, 7, 8, 15 og 16, ... give de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter«. Hvad særlig angår de foranstaltninger, som Kommissionen træffer for at bringe handlinger i strid med artikel 85, stk. 1, til ophør, eller for hvilke den pålægger sanktioner, skal jeg fremhæve, at artikel 19, stk. 1, også finder anvendelse, inden der træffes beslutning om »at pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør« [15], og inden der træffes beslutning om at pålægge »virksomheder og sammenslutninger af virksomheder« bøder, når de »forsætligt eller uagtsomt... overtræder bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 1...« [16].

34. Artikel 2, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 99/63 bestemmer, at »Kommissionen giver virksomhederne og sammenslutningerne af virksomheder skriftlig meddelelse om de klagepunkter imod dem, som tages i betragtning«. Det hedder i samme forordnings artikel 3, at »virksomhederne og sammenslutninger af virksomheder skal udtale sig skriftligt og inden for den fastsatte frist vedrørende de klagepunkter imod dem, som tages i betragtning«, og at de »i deres skriftlige bemærkninger [kan] fremføre alle de bevisligheder og oplysninger, der er egnede til deres forsvar«, »vedlægge de hertil fornødne bilag« og »foreslå, at Kommissionen hører personer, som kan bekræfte de påberåbte forhold«. Desuden foreskriver forordningens artikel 7, stk. 1, at »Kommissionen skal give personer, der i deres skriftlige bemærkninger har begæret dette, lejlighed til at afgive mundtlig forklaring, såfremt de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse deri, eller hvis Kommissionen agter at pålægge dem en bøde eller tvangsbøde«. Endelig bestemmer forordningens artikel 4, at Kommissionen »i sine beslutninger mod virksomheder og sammenslutninger af virksomheder kun [kan] tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke disse har haft lejlighed til at udtale sig«.

35. Domstolen har i sin praksis nærmere præciseret, hvilke krav, der må stilles til en meddelelse af klagepunkter. I Hoffmann-La Roche-dommen af 13. februar 1979 fastslog Domstolen således, dels under henvisning til de førnævnte bestemmelser i forordningerne nr. 17 og nr. 99/63, dels til det generelle

15 — Jfr. forordning nr. 17, artikel 3, stk. 1.

16 — Jfr. samme forordnings artikel 15, stk. 2.

kontradiktionsprincip, som disse bestemmelser »er et konkret udtryk for«, at

»den pågældende virksomhed under den administrative procedure [skal] sættes i stand til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder virkeligt foreligger og hvilken betydning de da har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse...« [17].

36. Som det imidlertid udtrykkeligt fremgår af artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, er beslutninger truffet i henhold til artikel 11 eller artikel 14 ikke omfattet af det sæt af retsregler, jeg just har beskrevet i store træk. Domstolens dom i førnævnte sag National Panasonic er meget klar på dette punkt. Det var under sagen blevet gjort gældende, at virksomheden ikke havde fået lejlighed til at udtale sig, før der blev truffet beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3. Hertil bemærkede Domstolen, at

»denne ret hovedsagelig forefindes inden for rammerne af retlige eller administrative procedurer, der er iværksat for at bringe en overtrædelse til ophør eller fastslå en ulovlig adfærd, såsom de procedurer der omhandles i Kommissionens forordning nr. 99/63... Kontrolundersøgelsesprocedure[n] ... skal derimod ikke bringe en overtrædelse til ophør eller fastslå en ulovlig adfærd, men udelukkende sætte Kommissionen i stand til at opnå sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation«.

Domstolen udtalte videre, at

»kun hvis Kommissionen finder, at de således indsamlede oplysninger gør det berettiget at indlede en procedure efter den førnævnte forordning nr. 99/63, har den pågældende virksomhed eller sammenslutning af virksomheder, før en sådan beslutning træffes, ret til at udtale sig...« [18].

37. Denne meget klare sondring mellem den ordning, der gælder for iværksættelse af kontrolundersøgelser, og som indgår som led i Kommissionens inspektionsbeføjelser, og den ordning, der gælder for meddelelse af klagepunkter — som i egentlig forstand er »det første led i den administrative procedure«, således som Domstolen fastslog i førnævnte dom i Hoffmann-La Roche-sagen [19] — må utvivlsomt opretholdes også i relation til det andet middel til sagens opklaring, som Kommissionen kan anvende, nemlig indhentningen af oplysninger. Ligesom det er tilfældet med kontrolundersøgelser, er formålet med at indhente oplysninger ikke at bringe en overtrædelse til ophør eller at fastslå en ulovlig adfærd, men udelukkende at give Kommissionen mulighed for at indsamle de oplysninger, som er nødvendige for at efterprøve rigtigheden og følgerne af bestemte faktiske og retlige omstændigheder. Det er derfor heller ikke nødvendigt at respektere kontradiktionsprincippet, således som det er tilfældet, når Kommissionen antager, at betingelserne for at iværksætte en procedure er opfyldt. Jeg kan på dette punkt helt tilslutte mig Kommissionens og Den Franske Republiks betragtninger om dette spørgsmål. Der er i øvrigt ingen, der bestrider det anførte, ikke engang den del af teorien, hvortil sagsøgerne har henvist til støtte for visse af deres synspunkter. Således har Asteris Pliakos i sit for nyligt udgivne arbejde om *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence* anført, at

17 — Jfr. sag 85/76, Sml. 1979, s. 461, præmis 11.

18 — Jfr. førnævnte sag 136/79, præmis 21.

19 — Jfr. førnævnte sag 85/76, præmis 10.

»virksomhederne først efter afslutningen af sagens forberedelse har mulighed for at udtale sig om de klagepunkter, som Kommissionen anfører at ville foreholde dem i sine beslutninger« [20].

38. Jeg er følgelig af den opfattelse, at der alene kan gives sagsøgerne medhold i det nævnte anbringende, såfremt de omtvistede beslutninger ikke fremtrådte med det formål at give Kommissionen mulighed for at indsamle de oplysninger, som var nødvendige for at efterprøve rigtigheden og følgerne af bestemte faktiske og retlige omstændigheder, men klart viste, at det bevismateriale, Kommissionen rådede over, udgjorde et næsten fuldstændigt sikkert grundlag for iværksættelse af en »administrativ procedure« i henhold til forordning nr. 99/63, således som dette forstås i de af Domstolens domme, jeg har refereret til i det foregående. Spørgsmålet er altså, om dette fremgik at være tilfældet.

39. I beslutningen af 9. november 1987 vedrørende CdF Chimie angiver Kommissionen at have foretaget en undersøgelse af »de formodede aftaler eller den samordnede praksis« [21], som Kommissionen antog bestod inden for termoplastsektoren i strid med artikel 85, stk. 1, en sektor, der også omfatter LdPE, som fremstilles og distribueres af CdF Chimie. Kommissionen anfører videre i beslutningen, at den i kraft af sine tidligere kontrolundersøgelser hos sagsøgeren og andre virksomheder og de hos dem indhentede oplysninger havde grund til at »antage«, at CdF Chimie havde »deltaget« [22] i fastsættelse af mål for salgspriser og indførelse af kvoter eller mål for de mængder, der fremstilles af producenterne af termoplastprodukter inden for det fælles marked. Ifølge beslutningen tilsendte Kommissionen den 20. august 1987 sagsøgeren en opfordring til at afgive oplysninger, og sagsøgerens grunde for ikke at ville meddele hovedparten af de afkrævede oplysninger er ligeledes refereret i beslutningen. Disse grunde var i det væsentlige, at Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse overhovedet ikke havde nogen ret til at forlange de pågældende oplysninger meddelt. Endelig henviser Kommissionen i beslutningen til bestemmelserne i artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17 og til samme forordnings artikel 15, stk. 1, litra b), samt artikel 16, stk. 1, litra c), som vedrører Kommissionens beføjelse til at opkræve bøder eller tvangsbøder af de virksomheder, som afgiver urigtige oplysninger eller nægter at afgive udtømmende og korrekte oplysninger. Endelig pålægger Kommissionen ved beslutningen sagsøgeren inden to uger at meddele de oplysninger, som beskrives nærmere i et bilag til beslutningen.

40. De afkrævede oplysninger er i bilaget beskrevet i fire forskellige afsnit. Overskriften på det første afsnit lyder: »Producentmøder«, og indledes med ordene: »Det fremgår af det bevismateriale, som Kommissionen er i besiddelse af, at blandt andet Deres virksomhed har deltaget i de angivne møder« og »endog har tilrettelagt enkelte af disse møder«. Derpå følger spørgsmålene, som jeg ikke skal gengive i detaljer. De vedrører tidspunkt og sted for de afholdte møder, deres hyppighed, hvilke møder, CdF Chimie var repræsenteret ved, navnene på de øvrige virksomheder, som deltog, regelmæssighed i deltagelsen, samt angivelse af navnene på de personer, der repræsenterede virksomheden. Ved beslutningen anmoder Kommissionen om at få tilsendt kopier af samtlige dokumenter vedrørende de pågældende møder, uanset om de måtte være udfærdiget før, under eller efter møderne.

41. I afsnittet om »Målpriser eller minimumspriser« anfører Kommissionen, at et af de vigtigste emner, som blev drøftet under møderne, så vidt det fremgik af de dokumenter, Kommissionen havde erhvervet, var de initiativer, som skulle tages med henblik på at fastsætte og opretholde et prisniveau

20 — Se s. 242, Bruylant éditeur, Bruxelles, 1987.

21 — Jfr. s. 1, pkt. 2, i beslutningen af 9. november 1987.

22 — Jfr. s. 1, pkt. 3, a. st.

for LdPE-produkter, som var tilfredsstillende for alle deltagere. Kommissionen udbeder sig i den forbindelse oplysninger om alle de initiativer, som siden den 1. januar 1976 var blevet drøftet, foreslået, overvejet eller godkendt af deltagerne, med angivelse af datoer, pristabeller, de instruktioner vedrørende priserne, som sagsøgerens hovedsæde måtte have udsendt til handelsagenterne samt disses indberetninger til hovedsædet. Jeg skal i denne forbindelse navnlig fremhæve Kommissionens anmodning om at få tilsendt ethvert dokument, »uanset dettes art, som Deres virksomhed måtte være i besiddelse af, og som viser de påbudte, tilstræbte eller anbefalede salgspriser for de vigtigste produkter i hvert enkelt land inden for fællesmarkedet«.

42. I afsnittet om »Kvoter, mål eller fordeling mellem LdPE-producenter« anfører Kommissionen, at producenterne under de omhandlede møder fastsatte årlige salgsmål for hver enkelt virksomhed, hvilket foregik på den måde, at der blev foretaget en bedømmelse af hele det europæiske marked, der kunne komme på tale, hvorefter markedet blev fordelt mellem de enkelte producenter. Kommissionen stiller derefter i beslutningen en række spørgsmål om fordelingsmetoderne, kontrollen med overholdelsen af kvoterne samt de oplysninger, sagsøgerne havde meddelt andre producenter om sin egen produktion eller eget salg af LdPE-produkter.

43. I afsnittet om »De meddelelser, der er tilsendt Fides og de af dette selskab tilvejebragte statistikker« stiller Kommissionen en række spørgsmål om Fides' udveksling af oplysninger om LdPE-produkter, navnlig de oplysninger, det sagsøgende selskab havde tilsendt Fides, og som hver måned var blevet modtaget fra Fides.

44. Ud over alle de detaljerede oplysninger, der spørges om, er det interessant at bemærke, at der i begyndelsen af beslutningen, navnlig på side 1, anvendes konditionalis, mens der i hele bilaget normalt anvendes indikativ. Sagsøgeren anmodes således om at angive, hvilke(t) møde(r), selskabet »har deltaget i«, hvilke personer, der »repræsenterede virksomheden«, med angivelse af disses stilling, samt at fremlægge kopier af ethvert dokument, som »viser de påbudte, tilstræbte eller anbefalede salgspriser for de vigtigste produkter i hvert enkelt land inden for fællesmarkedet«, og at angive, hvilke oplysninger, selskabet »har videregivet« til andre producenter vedrørende dets egen produktion eller eget salg af LdPE-produkter mv., udtrykt i tonnage.

45. Hvad angår den af Kommissionen den 24. november 1987 vedrørende Solvay trufne beslutning, som anfægtes under sagen, er det tilstrækkeligt at bemærke, at på enkelte punkter nær, såsom datoerne og det af beslutningen omhandlede produkt, som også er et termoplastprodukt, om end ikke LdPE, men PVC, anvendte Kommissionen den samme formulering, da den udbad sig disse oplysninger, som over for CdF Chimie. Jeg skal dog bemærke, at den afkrævede Solvay færre oplysninger end CdF Chimie, men at dens forudgående henvendelser til de to firmaer havde næsten helt samme indhold. Dette skyldes måske, at Solvay, i modsætning til CdF Chimie, indvilgede i at afgive visse af de oplysninger, som Kommissionen først havde udbedt sig vedrørende møder, priser, kvoter samt de oplysninger, der var tilgået selskabet Fides.

46. Den første bemærkning, der er grund til at gøre på foranledning af de to anfægtede beslutningers ordlyd, er, at de to firmaer, som beslutningerne er rettet til, mistænkes for at have deltaget i aftaler mellem producenter, som strider mod artikel 85, stk. 1, og at denne mistanke støttes på oplysninger, der er indhentet i kraft af kontrolundersøgelser eller tidligere udbedte oplysninger.

Denne konstatering finder jeg ikke giver grund til den antagelse, at beslutningerne indeholder et egentligt klagepunkt for overtrædelse af artikel 85. For mig at se har Kommissionen, da den, som begrundelse for at afkræve virksomhederne de pågældende oplysninger, angav, at den havde mistanke om, at der var indgået aftaler i strid med artikel 85, stk. 1, blot holdt sig artikel 11, stk. 3, i forordning nr. 17 efterretteligt, hvilken bestemmelse kræver, at Kommissionen skal angive formålet med begæringen. Også en beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse skal ifølge artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 indeholde en angivelse vedrørende kontrolundersøgelsens formål. I National Panasonic-dommen har Domstolen således antaget, at det var en tilstrækkelig begrundelse efter forordning nr. 17, når Kommissionen i sin beslutning angav, at kontrolundersøgelsen var iværksat med det formål at efterprøve rigtigheden af

»omstændigheder, der måske kunne afsløre et mod Traktaten stridende eksportforbud« [23].

Dette bør også gælde for angivelsen af formålet med at indhente oplysninger. Kommissionen må derfor antages at have opfyldt det krav til angivelse af formålet med de indhentede oplysninger, som er foreskrevet i artikel 11, stk. 3, i forordning nr. 17, når den i beslutningen anfører, at den har mistanke om, at der har fundet en overtrædelse af konkurrencereglerne sted. Kommissionens angivelse af sin mistanke om, at der var indgået konkurrencestridige aftaler mellem LdPE- og PVC-producenter, kan derfor ikke a priori betragtes som et indicium for, at de anfægtede beslutninger ikke reelt udgjorde en begæring om meddelelse af oplysninger.

47. Heller ikke den omstændighed, at mistanken om overtrædelsen af artikel 85, stk. 1, er »individualiseret« i beslutningerne, således at forstå, at det udtrykkeligt angives, at sagsøgerne var mistænkt for at have deltaget i overtrædelsen af konkurrencereglerne, kan efter min opfattelse i betragtning af sagens konkrete omstændigheder medføre, at de omhandlede beslutninger må antages at have mistet deres karakter af begæring om oplysninger, og i stedet må anses for meddelelser af klagepunkter. Såfremt angivelsen af mistanken om, at de europæiske producenter af LdPE- og PVC-produkter havde gjort sig skyldige i en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, blot opfylder de lovmæssige krav, der må stilles, kan en udtrykkelig erklæring om, at en bestemt europæisk producent af LdPE- og PVC-produkter, hvortil begæringen om oplysninger er rettet, mistænkes for at have deltaget i en overtrædelse af konkurrencereglerne, ikke i sig selv have til følge, at retsakten ændrer karakter fra en begæring om oplysninger til en meddelelse af klagepunkter. En erklæring om, at en virksomhed er mistænkt for et sådant forhold, vil således alene kunne betragtes som en meddelelse af klagepunkter, såfremt det fremgår af beslutningen, at Kommissionens mistanke er så bestyrket, at den reelt anser virksomheden for at have gjort sig skyldig i de pågældende konkurrencebegrænsende handlinger, og at Kommissionen ikke har haft brug for yderligere oplysninger til grundfæstelse af sin overbevisning. Dette er imidlertid ikke tilfældet med de her i sagen omhandlede beslutninger.

48. Ganske vist indebærer den omstændighed, at der er anvendt indikativ i selve formuleringen af de afkrævede oplysninger, at oplysningerne ikke fremtræder som et middel til at fastslå, om virksomheden virkelig også overtrådte konkurrencereglerne, men til at afklare følgerne af den retsstridige handling som var fastslået at have fundet sted. Af denne grund finder jeg, at den i beslutningen anvendte formulering er noget beklagelig. Der bør imidlertid anlægges en nuanceret bedømmelse af, hvilke konsekvenser dette bør have. Efter min opfattelse er der ikke efter Domstolens praksis nogen modstrid mellem på den ene side, at rejse visse sigtelser for forhold, som er fastslået med en vis grad af præcision, og på den anden side, at indhente bestemte oplysninger,

23 — Jfr. fornævnte sag 136/79, præmis 26.

hvorfor en angivelse af de pågældende sigtelser ikke gør det udelukket at indhente oplysningerne.

49. Som jeg tidligere har nævnt, kan det udledes af dommen i National Panasonic-sagen, at den væsentligste sondring mellem foranstaltninger, der træffes som led i efterforskningen, og iværksættelsen af en egentlig procedure — hvilken sidste altså forudsætter, at der gives meddelelse af klagepunkter — består i, at de førstnævnte foranstaltninger træffes med det formål at indsamle oplysninger, som er nødvendige for at Kommissionen kan efterprøve

»rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation« [24],

hvorimod den anden procedure først iværksættes, når Kommissionen har fået bestyrket sin overbevisning og er nået til den opfattelse, at det foreliggende bevismateriale giver grundlag for iværksættelse af en procedure. Der er altså tale om beslutninger, der på den ene side ganske vist allerede rummer visse sigtelser mod de pågældende virksomheder for deltagelse i en overtrædelse af konkurrencereglerne, men som samtidig indeholder en opfordring til dem om at meddele et større antal oplysninger. For mig at se afspejler denne opfordring imidlertid blot Kommissionens bestræbelser på at indsamle tilstrækkeligt omfattende materiale til godtgørelse af, at der virkelig foreligger den overtrædelse af konkurrencereglerne, som Kommissionen mistænker virksomheden for. Når de spørgsmål, som Kommissionen ønsker besvaret, er væsentlige og hverken er af underordnet karakter eller virker kunstige, må det antages, at Kommissionen har dannet sig en opfattelse af sagen. Efter Domstolens praksis forudsættes det, at der først fremsendes meddelelse af klagepunkter, når Kommissionen antager, at det indsamlede bevismateriale giver fornødent grundlag for at iværksætte en egentlig procedure, således at forstå, at den ikke behøver indhente flere oplysninger til at bestyrke sin overbevisning om sagforholdet. Når Kommissionen udbeder sig oplysninger, som kan danne grundlag for tilvejebringelse af mere håndfaste og uafkræftelige beviser, må det tages som udtryk for, at Kommissionen ikke mener endnu at være nået til det stadium, hvor den skønner at råde over det fornødne bevismateriale, også selv om den for så vidt ikke længere er i tvivl om, at der er begået retsstridige handlinger, men blot om, hvorledes disse skal kvalificeres. Omvendt kan man sige, at såfremt de afkrævede oplysninger er væsentlige, må Kommissionen antages at have bestyrket sin overbevisning om, at sagens omstændigheder giver grundlag for iværksættelse af en procedure.

50. I betragtning af det kortfattede referat, jeg har givet i det foregående, er det unødvendigt på ny at erindre Domstolen om de omfattende oplysninger, som Kommissionen udbad sig ved de anfægtede beslutninger. Det er således, under de foreliggende omstændigheder, min opfattelse, at uanset de udtrykkelige eller stiltiende sigtelser mod sagsøgerne, der måtte være indeholdt i beslutningerne, er det, på grund af de afkrævede oplysningers objektivt set væsentlige betydning, udelukket at betragte dem som meddelelser af klagepunkter, der er tilsløret som en begæring om oplysninger. Jeg mener følgelig, at de af sagsøgerne herom fremførte anbringender ikke kan lægges til grund.

III — Om der foreligger en udnyttelse af beføjelsen til at indhente oplysninger i strid med de herfor gældende regler

51. Jeg skal herefter gennemgå en række af de argumenter, som er blevet gjort gældende af CdF Chimie. I forbindelse med sit første subsidiære anbringende — der som helhed er baseret på, at der er sket en tilsidesættelse af forordning nr. 17 og det grundlæggende kontradiktionsprincip — har firmaet gjort gældende, at Kommissionen ikke kan gøre krav på at få meddelt oplys-

24 — Jfr. førnævnte sag 136/79, præmis 21.

ninger og fremlagt dokumenter, som på grund af deres art og omfang ikke udgør »oplysninger« efter artikel 11 i forordning nr. 17. Sagsøgeren anfører i den forbindelse, at Kommissionen ikke reelt har indhentet »oplysninger« i medfør af den anfægtede beslutning, men i virkeligheden forsøgt at komme i besiddelse af flere informationer, hvorigennem den har ændret den fremgangsmåde, der normalt følges ved en undersøgelse. Videre anfører sagsøgeren, at Kommissionen ifølge artikel 11 kan indhente alle fornødne oplysninger, men ikke tvinge virksomhederne til selv at udføre denne opgave, da den derved handler i strid med bestemmelsens formål. Endelig gør firmaet gældende, at oplysninger, der indhentes efter gennemførelsen af en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17, således som det er tilfældet i denne sag, må have til formål at afklare bestemte punkter, der ikke er blevet tilstrækkeligt oplyst tidligere, og må ikke antage et sådant omfang, at det reelt er ensbetydende med, at virksomheden selv, i stedet for Kommissionen, pålægges at tilvejebringe et fuldstændigt sagsmateriale med aktstykker til støtte for virksomhedens egne tilståelser og resultaterne af de undersøgelser, den har iværksat hos andre producenter.

52. Jeg må indrømme, at jeg ikke har fundet det umiddelbart indlysende, hvorledes firmaets anbringender på dette punkt retteligt bør forstås. Ved nærmere eftertanke kan de dog tilsyneladende forstås på den måde, at sagsøgerne bestrider, at Kommissionen kan anvende sin beføjelse efter artikel 11 til at skaffe følgende oplysninger og dokumenter:

1) oplysninger, som virksomheden ikke råder over, men som kun kan fremskaffes ved henvendelse hos andre

2) dokumenter, som må tilvejebringes i medfør af artikel 14

3) andre oplysninger end uddybende forklaringer vedrørende enkelte punkter, som endnu ikke er blevet tilstrækkeligt oplyst under en forudgående kontrolundersøgelse — i de tilfælde, hvor en sådan har fundet sted — hvilket udelukker indhentning af omfangsrige oplysninger.

53. Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at udtrykket »oplysninger« i forordning nr. 17 ikke kan forstås på den måde, at det er udelukket at tilvejebringe dokumenter, som indeholder oplysninger om de pågældende forhold. Hertil kommer, at man med anvendelsen af udtrykket »alle fornødne oplysninger« i artikel 11 netop har villet udelukke enhver kvantitativ begrænsning.

54. Jeg finder ikke, at der er nogen grund til, at Domstolen opholder sig længe ved sagsøgerens argumenter på dette punkt.

55. For det første er det klart, at Kommissionen udelukkende kan forlange oplysninger meddelt, som virksomheden selv er i besiddelse af, selv om den i givet fald bliver nødt til at meddele dem i en bestemt form. Ansøgningen om oplysninger må ikke have det formål, at virksomheden skal fremskaffe informationer, som tredjemand er i besiddelse af. Såfremt Kommissionen ved, at virksomheden ikke selv har eller ikke kan have de pågældende oplysninger, vil et krav om meddelelse heraf således utvivlsomt være retsstridigt. Dette sidste skal dog fremgå af objektivt konstaterbare omstændigheder og ikke blot af virksomhedens egne erklæringer. I den foreliggende sag fremgår det hverken af den anfægtede beslutnings ordlyd eller af andre akter i sagen, at Kommissionen har anmodet CdF Chimie om oplysninger, som den klart ikke var eller kunne

være i besiddelse af. Selv hvor der i beslutningen eksempelvis er tale om møder, som CdF Chimie ikke har deltaget i, udbeder Kommissionen sig alene oplysninger om hvert af de møder, som virksomheden er »bekendt med« [25]. Såfremt der ikke findes objektive omstændigheder, som viser, at der bevidst er forlangt oplysninger af en virksomhed, som denne ikke er eller kan være i besiddelse af, påhviler det virksomheden selv at godtgøre kravets retsstridighed, om nødvendigt under en sag ved Domstolen vedrørende prøvelsen af en beslutning, hvorved Kommissionen har pålagt bøde for afgivelse af urigtige oplysninger eller tvangsbøder med henblik på at opnå udtømmende og rigtige oplysninger. Så længe der imidlertid ikke findes noget objektivt grundlag for at antage, at kravet om oplysninger er retsstridigt, kan den anfægtede beslutning ikke kritiseres på dette punkt.

56. Hvad angår muligheden for at fremskaffe dokumenter i kraft af en begæring om oplysninger, hvilket sagsøgeren bestrider er retmæssigt, skal jeg bemærke, at forordning nr. 17 ikke giver holdepunkter for den antagelse, at en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14 skulle være det eneste lovlige middel til at fremskaffe dokumenter. Domstolen har tværtimod fastslået præcist det modsatte, som Kommissionen med rette har bemærket, idet den i dommen af 18. maj 1982 i AM & S-sagen [26] fastslog, at Kommissionen i henhold til artiklerne 11 og 14 i forordning nr. 17 kan indhente oplysninger og foretage de kontrolundersøgelser, som er nødvendige for at kunne skride ind over for overtrædelser af konkurrencereglerne. I samme dom udtalte den, at korrespondancen mellem en advokat og hans klient falder inden for den kategori af »dokumenter, der omfattes af... artikler(ne) 11 og 14« i det omfang, hvori den vedrører den pågældende virksomheds (dvs. klientens) aktiviteter på markedet. Herved har Domstolen indirekte, men klart angivet, at der ligesåvel kan fremskaffes dokumenter i medfør af artikel 11 som artikel 14. I øvrigt fandt generaladvokat Warner i en tidligere sag, at der består en sådan adgang hertil. Det hedder herom i hans forslag til afgørelse:

»Artikel 11 [giver] Kommissionen mulighed for at søge, og om nødvendigt, fremtvinge den pågældende virksomheds medvirken til at fremskaffe oplysninger, som måske og måske ikke indeholdes i dokumenter, som er i virksomhedens besiddelse« [27].

Jeg har intet yderligere at tilføje vedrørende dette punkt, som for mig at se hermed er tilstrækkeligt afklaret.

57. Endelig må jeg sige, at jeg ikke, hverken i forordning nr. 17 eller i Domstolens praksis, har fundet noget som helst spor af indikationer for, at den omstændighed, at Kommissionen først har gjort brug af sin beføjelse efter artikel 14 til at iværksætte en kontrolundersøgelse, skulle begrænse dens beføjelse til, som led i sin efterforskning i samme sag, at indhente oplysninger i henhold til artikel 11. Jeg har på ny læst de domme igennem, som CdF Chimies repræsentant har nævnt under den mundtlige forhandling, men ikke fundet noget som helst belæg for den opfattelse, at det ikke skulle være muligt, efter iværksættelsen af en kontrolundersøgelse, at indhente oplysninger med henblik på at få præciseret informationer vedrørende omstændigheder i forbindelse med det allerede indsamlede materiale. CdF Chimie har her tilsyneladende misfortolket dommen i National Panasonic-sagen noget.

58. I denne dom udtalte Domstolen, at de af Kommissionens repræsentanter, der har

25 — Jfr. beslutningens bilag, afsnit I, 5. spørgsmål.

26 — Jfr. sag 155/79, Sml. 1982, s. 1575, præmis 16.

27 — Jfr. førnævnte sag 136/79, National Panasonic, s. 2066.

fået fuldmagt til at foretage en kontrolundersøgelse, er beføjet til i forbindelse med kontrolundersøgelsen at forlange

»oplysninger om konkrete, specifikke spørgsmål, der opstår under gennemgangen af bøgerne og forretningspapirerne, som de undersøger« [28].

Kommissionens befuldmægtigede kan altså under kontrolundersøgelsen indhente oplysninger af en vis begrænset karakter. Dette er begrundet i denomstændighed — som det også fremhæves i dommen — at der først skal fremsættes en simpel begæring om oplysninger, før der træffes beslutning om at pålægge vedkommende at meddele oplysningerne, hvorimod Kommissionen kan træffe beslutning om at iværksætte en kontrolundersøgelse, uden først at have forsøgt at foretage en sådan kontrolundersøgelse ved udstedelse af en simpel fuldmagt hertil. Dette er grunden til, at der bør gøres indskrænkninger i adgangen til at indhente oplysninger under en kontrolundersøgelse, nemlig for at Kommissionen ikke skal blive fristet til helt kurant at indhente oplysninger ad denne vej og dermed slippe udenom først at skulle fremsætte en simpel begæring om meddelelse af oplysningerne. Jeg kan derimod ikke se, hvorledes dette skulle medføre nogen begrænsning i beføjelsen til, under iagttagelse af den tofasede procedure, der er foreskrevet i artikel 11, at indhente oplysninger efter, at der er gennemført en kontrolundersøgelse.

59. På dette sted finder jeg det hensigtsmæssigt, ligesom generaladvokat Warner gjorde i førnævnte forslag til afgørelse, at henvise til en dom, som Domstolen afsagde vedrørende EKSF-Traktatens artikel 47, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse kan »Den Høje Myndighed... indhente de oplysninger, der er nødvendige for gennemførelsen af dens opgaver«, ligesom »den kan lade foretage de nødvendige efterprøvelser«. I dommen af 14. april 1960, Acciaieria di Brescia, udtalte Domstolen, at denne bestemmelse

»på den ene side [fastlægger] virksomhedernes oplysningspligt, på den anden side omfanget af undersøgelserne, der kan foretages samtidigt« [29].

I dommen fastslog Domstolen, at der ikke kunne gives sagsøgeren medhold i dennes opfattelse af, at beføjelsen til henholdsvis at indhente oplysninger og at iværksætte kontrolundersøgelser skulle udøves

»i to efter hinanden følgende og indbyrdes uafhængige faser, hvoraf den ene er underordnet den anden efter et rangforhold, idet dette ikke har nogen støtte i bestemmelsen« [30].

60. Den foreliggende sag vedrører ganske vist ikke EKSF-Traktatens artikel 47, men forordning nr. 17. Heller ikke hverken forordning nr. 17 eller Domstolens praksis giver dog efter min opfattelse grundlag for den antagelse, at der består et indbyrdes »rangforhold« mellem en begæring om oplysninger og en kontrolundersøgelse, eller for at antage, at den ene procedure er underordnet den anden. På dette punkt er jeg således enig med Kommissionen, som har gjort gældende, at de to nævnte foranstaltninger, som den kan tage i brug som led i efterforskningen, er ret selvstændige i forhold til hinanden, og at Kommissionen kan anvende dem i den rækkefølge, den ønsker, afhængig af, hvad den pågældende undersøgelse kræver, og uden at anvendelsen af den ene foranstaltning afskærer Kommissionen fra senere at anvende den anden.

61. Jeg føler mig således ikke overbevist om nogen af de argumenter, CdF Chimie har fremført til støtte for anbringendet om, at der foreligger en retsstridig udnyttelse af beføjelsen til at indhente oplysninger.

28 — Jfr. førnævnte sag 136/79, præmis 15.

29 — Jfr. sag 31/59, Sml. s. 171, Rec. 1960, s. 151.

30 — Ibidem; Rec. s. 173.

IV — Om det var nødvendigt at indhente de afkrævede oplysninger

62. Jeg skal herefter gennemgå et argument, som er gjort gældende af såvel CdF Chimie som Solvay, og som er, at de oplysninger, Kommissionen udbad sig i medfør af de anfægtede beslutninger, ikke opfyldte kravet om, at de skal være »fornødne«, som det hedder i artikel 11 i forordning nr. 17. Dette argument, som udgør det andet led af Solvays subsidiære anbringende, og det andet argument i CdF Chimies første subsidiære anbringende, kan ses i sammenhæng med det tredje argument, som er indeholdt i dette sidstnævnte anbringende, nemlig at der foreligger en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

63. Sagsøgerne har herom nærmere gjort gældende, at de oplysninger, som Kommissionen udbad sig, ikke var nødvendige, da Kommissionen selv udtrykkeligt havde angivet, at den rådede over beviser for, at konkurrencereglerne var overtrådt og at sagsøgerne havde deltaget i overtrædelsen. Sagsøgerne henviser i den forbindelse til artikel 11 i forordning nr. 17, som udelukkende giver Kommissionen beføjelse til at indhente de oplysninger, som er *nødvendige*, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt, at oplysningerne blot er nyttige. CdF Chimie gør desuden gældende, at den vedrørende dette selskab trufne beslutning er i strid med proportionalitetsprincippet, fordi selskabet ved beslutning pålægges at fremlægge dokumenter og afgive oplysninger, som ikke har nogen forbindelse med dem, Kommissionen i forvejen var i besiddelse af, og som ikke indeholdt nogen præcise angivelser, der gjorde det muligt at bedømme, om de var nødvendige.

64. Heroverfor har Kommissionen indvendt, at artikel 11 nok indeholder en betingelse om, at oplysningerne skal være nødvendige, men at Kommissionen ifølge Domstolens praksis har et vidt skøn ved bedømmelsen af, om denne betingelse er opfyldt. Kommissionen tilføjer i den forbindelse, at den på intet tidspunkt har hævdet at være i besiddelse af et bevis for sagsøgerens skyld, men at den med indhentningen af de omhandlede oplysninger ønskede at fortsætte sin undersøgelse for ikke at komme til at rette ubegrundede beskyldninger mod de virksomheder, som undersøgelsen vedrørte, og for præcist at kunne fastslå de enkelte virksomheders ansvar. Den er derfor overrasket over sagsøgerens bebrejdelser mod den på dette punkt. Såfremt Kommissionen havde fulgt en anden fremgangsmåde, ville den nemlig kunnet have udsætte sig for sagsanlæg ved Domstolen på grund af utilstrækkeligt bevis.

65. Det fremgår rigtig nok af selve ordlyden af artikel 11 i forordning nr. 17 — og tillige af artikel 14 — at Kommissionen ikke må anvende sine efterforskningsbeføjelser efter disse bestemmelser, medmindre det er nødvendigt. Det hedder således i bestemmelsen, at Kommissionen kan indhente »alle fornødne oplysninger... fra virksomheder og sammenslutninger af virksomheder« [31] og kan foretage »alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder« [32]. Det er også rigtigt, at Kommissionen ifølge Domstolens praksis er indrømmet et vidt skøn ved bedømmelsen af nødvendighedskravet. I forbindelse med sin gennemgang af artikel 11 i dommen i National Panasonic-sagen talte Domstolen således om »de oplysninger, som Kommissionen skønner det fornødent at få meddelt« [33]. I den nyere dom i AM & S-sagen bemærkede Domstolen vedrørende artikel 14, stk. 1, at Kommissionen kan udstede pålæg om fremlæggelse af de dokumenter,

»som den finder 'nødvendige' ... for at afsløre overtrædelser af Traktatens konkurrenceregler, hvoraf følger..., at det principielt tilkommer Kommissionen selv og ikke den pågældende virksomhed eller en tredjemand, det være en sagkyndig eller en voldgiftsinstans, at afgøre, om et dokument skal fremlægges for den« [34].

31 — Jfr. artikel 11, stk. 1.

32 — Jfr. artikel 14, stk. 1.

33 — Jfr. førnævnte sag 136/79, præmis 13.

34 — Jfr. førnævnte sag 155/79, præmis 7.

66. Bedømmelsen af nødvendigheden af at indhente oplysninger eller iværksætte kontrolundersøgelser kan dog ikke overlades til Kommissionens fulstændigt frie skøn. Der er i teorien opstillet visse kriterier for, hvorledes nødvendighedskravet bør forstås. Det anføres herom af Thiesing, Schröter og Hochbaum, at »Kommissionen alene kan gøre brug af sin beføjelse efter artikel 11, såfremt dette fremgår at være uomgængeligt nødvendigt for at opfylde det formål, der tilstræbes med de afkrævede oplysninger«. Samme forfattere tilføjer, at »beføjelsen til at indhente oplysninger altså ikke må udnyttes til at indsamle oplysninger om forhold, som Kommissionen i forvejen er bekendt med eller som har karakter af alment tilgængelige informationer«, samt at »indhentning af oplysninger, der udelukkende har til formål at lette arbejdet for myndighederne, ikke bør kunne imødekommes«. Endelig understreger de samme forfattere, at »det middel, der anvendes til at afkræve oplysningerne, skal stå i rimeligt forhold til det tilstræbte formål« [35]. Man kan ikke med grundlag i hidtidig praksis hævde, at Domstolens prøvelsesret skal udøves på en sådan måde, at den sikrer en fuldstændig strikte overholdelse af de førnævnte i teorien opstillede kriterier. Man må nok sige, at Domstolen reelt blot bestræber sig på — under skyldig hensyntagen til det skøn, som den anerkender, der tilkommer Kommissionen ved bedømmelsen af nødvendighedskravet — at efterprøve, om de foranstaltninger, som Kommissionen iværksætter i forbindelse med sin efterforskning er for vidtgående og ikke står i misforhold til deres formål.

67. I førnævnte dom i sagen Acciaieria di Brescia fastslog Domstolen vedrørende EKSF-Traktatens artikel 47, at

»det skal naturligvis fremgå af beslutningen, at de af Den Høje Myndighed forlangte oplysninger er nødvendige«,

og at det i denne henseende

»kun [er] det tilsigtede mål, [der kan] tjene som kriterium« [36].

I en senere dom, der også vedrører foranstaltninger, som Den Høje Myndighed i medfør af førnævnte bestemmelse havde truffet i forbindelse med en undersøgelse, udtalte Domstolen, at

»Den Høje Myndigheds beføjelser ved anvendelsen af artikel 47 begrænses af kravene til kontrollen« [37],

og at det tilkom Domstolen at efterprøve,

»om de af Den Høje Myndighed trufne undersøgelsesforanstaltninger var for vidtgående« [38].

Domstolen antog i den forbindelse, at et krav om, at virksomhederne fremlagde elektricitetsregninger,

»ikke var for vidtgående og ikke stod i misforhold til det tilstræbte formål« [39].

68. Inden for EØF-Traktatens og forordning nr. 17's område, som vi jo befinder os på i denne sag, har Domstolen afsagt dom i en anden sag, der vedrørte en beslutning om iværksættelse af en kontrolundersøgelse, hvor der ikke først var foretaget nogen kon-

35 — Citeret fra »*Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Commentaire des articles 85 à 90 du traité CEE et de leurs textes d'application*«, éd. Jupiter, éd. de Navarre, Paris, 1977, s. 494-495.

36 — Jfr. førnævnte sag 31/59.

37 — Jfr. sagerne 5-11 og 13-15/62, Acciaierie San Michele m.fl. mod Den Høje Myndighed, dom af 14. december 1962, Sml. 1954-1964, s. 357; Rec. s. 859, se s. 883.

38 — Ibidem; Rec. s. 885.

39 — Ibidem.

trolundersøgelse på grundlag af en simpel fuldmagt, og hvor det under sagen blev gjort gældende, at beslutningen var i strid med proportionalitetsprincippet, fordi det havde været tilstrækkeligt at foretage en kontrolundersøgelse på grundlag af en simpel fuldmagt. Herom bemærkede Domstolen, at

»formålet med den anfægtede beslutning... udelukkende [var] at sætte Kommissionen i stand til at indhente oplysninger, der var nødvendige for at tage stilling til en eventuel overtrædelse af Traktaten«,

hvorfor Kommissionen ikke fandtes at have

»handlet på en måde, der stod i urimeligt forhold til formålet og derfor heller ikke har tilsidesat proportionalitetsprincippet« [40].

69. Når man tager behørigt hensyn såvel til det skøn, der bør indrømmes Kommissionen på dette punkt, og til den linje, som Domstolen har fulgt i sin praksis, og som fremgår af de just citerede passager, finder jeg, at Domstolen i sin prøvelse bør anskue nødvendighedskravet ved indhentning af oplysninger ud fra to forskellige kriterier, som i øvrigt supplerer hinanden indbyrdes. Det første er, om *genstanden* for den afkrævede oplysning stemmer overens med det tilstræbte formål. Dette betyder konkret, at de afkrævede oplysninger skal angå forhold, som *tilsyneladende* har forbindelse med de retsstridige handlinger, Kommissionen undersøger. Det andet kriterium er, at der skal være overensstemmelse mellem *omfanget* af de afkrævede oplysninger og det tilstræbte formål. Efter dette kriterium må de afkrævede oplysninger ikke, selv om de objektivt set måtte være berettigede af hensyn til undersøgelsen af, om der er begået retsstridige handlinger, *være åbenbart* (der er grund til at understrege dette) uforholdsmæssige eller for vidtgående, målt med det tilstræbte formål.

70. Det er på grundlag af disse betragtninger, jeg finder, det bør undersøges, om de ved de anfægtede beslutninger afkrævede oplysninger opfyldte nødvendighedskravet i artikel 11 i forordning nr. 17.

71. Hvad angår for det første de omtalte producentmøder, gør Kommissionen i beslutningerne vedrørende de to firmaer, CdF Chimie og Solvay, opmærksom på, at den er i besiddelse af bevismateriale til godtgørelse af, at firmaerne har deltaget i de pågældende møder, samt at CdF Chimie har tilrettelagt enkelte af møderne. Dette udgangspunkt kan efter min opfattelse på ingen måde afskære Kommissionen fra, som det skete ved beslutningerne, at udbede sig oplysninger om dato og sted for de afholdte møder, navnene på de deltagende virksomheder, titlen på de personer, der repræsenterede virksomhederne, samt hvem der repræsenterede sagsøgerne under disse møder. Sådanne oplysninger synes tværtimod at være egnede til at afklare, om der er begået handlinger i strid med artikel 85, stk. 1, og navnlig om de kan betegnes som »aftale(r) mellem virksomheder« i denne bestemmelses forstand. Sådanne oplysninger kan derfor ikke på forhånd afvises som værende unødvendige. Navnlig findes det ikke at være uden betydning at kunne fastslå med sikkerhed, på hvilket niveau sagsøgerne har deltaget i møderne. Hvad angår det pålæg om fremlæggelse af samtlige dokumenter vedrørende et af de pågældende møder, som Kommissionen rejste over for CdF Chimie alene, forekommer det mig, at den omstændighed, at de afkrævede dokumenter vedrørte producentmøderne, tillige er egnet til at få klarlagt visse omstændigheder, som det var nødvendigt at afklare for at fastslå, om der forelå en overtrædelse af konkurrencereglerne. For mig at se var heller ikke de

40 — Jfr. førnævnte sag 136/79, National Panasonic, præmis 30.

øvrige pålæg om oplysninger på dette punkt åbenbart for vidtgående.

72. Vedrørende priserne har Kommissionen anført, at efter de dokumenter at dømme, Kommissionen er i besiddelse af, var formålet med møderne at fastsætte og opretholde priserne dels for LdPE-produkter (i den beslutning, der vedrører firmaet CdF Chimie), dels for PVC (i den beslutning, der vedrører firmaet Solvay). De spørgsmål, Kommissionen stillede vedrørende de nærmere enkeltheder i forbindelse med tilrettelæggelsen af initiativerne på prisområdet, såvel generelt som vedrørende de interne forhold (dette sidste i beslutningen vedrørende CdF Chimie), var derfor, så vidt jeg kan skønne, utvivlsomt af betydning for konstateringen af, om der var begået et andet forhold, som kunne udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, nemlig om der forelå en aftale om »direkte eller indirekte fastsættelse af... priser«, som det hedder i bestemmelsen. Også af hensyn til afklaringen af dette spørgsmål finder jeg ikke, at de afkrævede oplysninger var for vidtgående.

73. Vedrørende kvoterne har Kommissionen givet en beskrivelse af de generelle træk ved den aftalte ordning og anført, at det fremgår af de dokumenter, som den har i sin besiddelse, at producenterne under møderne fastsatte salgsmål for hver enkelt virksomhed. Jeg finder det her ingenlunde overflødigt at anmode sagsøgerne om at beskrive de nærmere regler for fastsættelse af kvoter og for kontrollen med disses overholdelse, hvilket Kommissionen også gjorde, eller at anmode CdF Chimie om at meddele hvilke oplysninger, firmaet havde tilsendt andre producenter vedrørende firmaets egen produktion af LdPE-produkter. Dette er nemlig på ingen måde uden betydning for den nærmere konstatering af, om der var indgået aftaler om »opdeling af markeder« i artikel 85, stk. 1's forstand. Jeg finder ikke, at disse spørgsmål, sådan som de var formuleret, kan siges at bære åbenbart præg af, at de var for vidtgående.

74. Endelig vedrører de spørgsmål, Kommissionen stillede angående de til selskabet Fides fremsendte meddelelser — og som udelukkende drejer sig om firmaet CdF Chimie — den anvendte ordning for udveksling af oplysninger mellem LdPE-producenter. En ordning for udveksling af oplysninger mellem producenter, som er mistænkt for at have indgået aftaler om priser og om opdeling af markeder, kan udmærket bidrage til en mere præcis beskrivelse af handlinger, der kan tænkes at være i strid med artikel 85, stk. 1. Jeg mener derfor heller ikke, at spørgsmålene vedrørende en sådan ordning kan anses for overflødige. Sådan som spørgsmålene var formuleret af Kommissionen, finder jeg endvidere ikke, at de var åbenbart for vidtgående.

75. Sagsøgerne har i den forbindelse, til støtte for, at de af Kommissionen afkrævede oplysninger var unødvendige, ganske vist anført, at Kommissionen, samtidig med, at den udbad sig oplysningerne, gjorde opmærksom på, at den var i besiddelse af et vist bevismateriale til godtgørelse af, at de to firmaer havde deltaget i en samordnet praksis i strid med Traktatens artikel 85, stk. 1. Dette bør ikke overses, men i hvert fald nok anskues mere relativt. For det første må man nemlig tage i betragtning, at det er i overensstemmelse med artikel 11, stk. 3, i forordning nr. 17, når Kommissionen gør opmærksom på, at den er i færd med at undersøge, om der er begået en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, eftersom førstnævnte bestemmelse kræver, at Kommissionen skal angive formålet med sin begæring. Ved min gennemgang af anbringendet om, at beslutningerne i virkeligheden var »tilslørede« meddelelser af klagepunkter, var jeg inde på, at det var uden betydning, at Kommissionen gjorde virksomhederne opmærksom på, at den var i færd med at efterprøve, ikke blot om der forelå en overtrædelse af konkurrencereglerne, men også, at den mistænkte dem for at have deltaget deri. Det ville være helt urimeligt at forlange af Kommissionen, at den skulle undlade at iværksætte en videre efterforskning af en række virksomheders forhold, såfremt den råder over visse indicier for at antage, at de har deltaget i overtrædelser af artikel 85, stk. 1.

Tværtimod må man, som det antages af Thiesing, Schröter og Hochbaum, forudsætte, at der allerede på det tidspunkt, hvor »Kommissionen iværksætter efterforskningsskridt på grund af overtrædelse af konkurrencereglerne«, skal være visse indicier for, at der er begået retsstridige handlinger, og »at det må anses for ulovligt at indhente oplysninger udelukkende som en sikkerhedsforanstaltning« [41]. Kommissionen har i øvrigt selv erklæret under den mundtlige forhandling, at den kun iværksætter efterforskningsskridt, når den råder over de nødvendige indicier derfor, og ikke med det formål at foretage »sonderinger«.

76. Den omstændighed, at Kommissionen meddeler en virksomhed, at den har visse holdepunkter for at antage, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, kan således ikke efter min opfattelse afskære Kommissionen fra at iværksætte efterforskningsskridt over for virksomheden ud fra den antagelse, at sådanne foranstaltninger er for vidtgående og åbenbart helt unødvendige. Denne situation vil alene kunne antages at foreligge, såfremt Kommissionen hævder at iværksætte efterforskningsskridt, men i virkeligheden allerede råder over de nødvendige beviser, eller såfremt den med sin efterforskning åbenbart forsøger at indsamle flere beviser end den har brug for til dokumentation af de retsstridige handlinger og deres omfang.

77. Prøvelsen af de anfægtede beslutningers lovlighed bør dog ikke forlede Domstolen til at foretage en bedømmelse af, om der var et absolut »behov for beviser«, således som Kommissionen antog. Vi ved fra fysikken, at vand koger ved 100 grader, men at det endnu ikke koger ved 99 grader. Så præcise kriterier findes imidlertid ikke inden for vores område. Man kan således ikke på forhånd helt præcist fastslå, hvornår man overskrider den tærskel, hvor de af Kommissionen fordrede beviser må antages at være unødvendige eller overflødige. Bedømmelsen af »behovet for beviser« er derfor yderst relativ.

78. Også her finder jeg det vigtigt på ny at erindre om Domstolens praksis på området, ifølge hvilken de af Kommissionen i henhold til artikel 11 og 14 i forordning nr. 17 iværksatte efterforskningsskridt har til formål at sætte Kommissionen i stand til at

»opnå sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation« [42].

Som jeg nævnte tidligere i forbindelse med min gennemgang af anbringendet om, at der forelå en »tilsløret« meddelelse af klagepunkter, er Kommissionen således berettiget til at efterprøve alle de omstændigheder, der giver den mulighed for at konstatere, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne og nærmere fastslå dennes omfang. Det er på denne baggrund, nødvendighedskravet og behovet for beviser bør vurderes. Selv om Kommissionen måtte råde over sikre beviser for, at den ene eller den anden virksomhed har deltaget i handlinger, der bidrager til en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, er det således min opfattelse, at Kommissionen er beføjet til at iværksætte efterforskningsskridt over for *alle* de virksomheder, som kan være under mistanke, for at den kan bedømme de retsstridige handlingers fulde omfang. Det kan tænkes, at Kommissionen allerede har konkret kendskab til visse producentmøder, til visse virksomheders deltagelse i disse møder samt til aftaler, der måtte være indgået for visse perioder og for visse geografiske områder. Ikke desto mindre er Kommissionen i så fald beføjet til at undersøge, om de retsstridige handlinger eventuelt strækker sig over længere perioder eller dækker et større geo-

41 — Jfr. s. 493 i den kommentar, der er nævnt i fodnote 35.

42 — Jfr. førnævnte sag 136/79, præmis 21.

grafisk område. Jeg vil endda sige, at det er dens pligt, da den ikke ellers, ud over varetagelsen af den specielt »repressive« funktion, som den udøver, vil være i stand til at udføre den mere almene opgave, som den har fået tillagt ved Traktaten, nemlig at påse overholdelsen af Traktatens konkurrenceregler.

79. Når Kommissionen iværksætter efterforskningsskridt på trods af indicier for, at der er foretaget retsstridige handlinger og en række beviser for, at bestemte virksomheder har deltaget deri, er dette i øvrigt også begrundet i hensynet til Domstolens prøvelse i de sager, som er anlagt af virksomheder, der er pålagt bøder for at have begået de af Kommissionen konstaterede retsstridige handlinger. Man behøver blot læse nogle af de domme, som Domstolen har afsagt i sådanne sager, for at blive klar over, at Domstolen foretager en omhyggelig prøvelse af de beviser, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for sine beslutninger, for at kunne bedømme, om der virkelig er foretaget sådanne retsstridige handlinger, og i hvilket omfang de bødepålagte virksomheder har deltaget deri.

80. Det er således fuldt forståeligt og normalt, om Kommissionen anser det for nødvendigt at iværksætte en undersøgelse og herunder indsamle det fornødne bevismateriale, med henblik på at sikre, at den beslutning, som den i givet fald træffer, og hvorved den dels konstaterer, at der er foretaget retsstridige handlinger, dels pålægger virksomheden en bøde, opfylder de af fællesskabsrettens krav, der kommer til udtryk i Domstolens praksis.

81. Når man tager hensyn til samtlige de betingelser, jeg har nævnt i det foregående, er der altså intet som helst overraskende i, at Kommissionen, efter at være kommet i besiddelse af visse beviser, foretager regulære efterforskningsskridt og på et senere tidspunkt, selv om efterforskningen tilsyneladende har været helt eller delvis forgæves, finder at kunne iværksætte en procedure og i den forbindelse fremsender en meddelelse af klagepunkter. I så fald må Kommissionen erkende, at de retsstridige handlinger var mindre betydelige end oprindeligt antaget, men derfor kan den alligevel godt være af den opfattelse, at den har tilstrækkelige beviser til at fastslå, at nogle virksomheder har overtrådt konkurrencereglerne på grund af visse handlinger, der har fundet sted over bestemte perioder. Dette behøver ikke være ensbetydende med, at de af Kommissionen iværksatte efterforskningsskridt ikke opfyldte nødvendighedskravet i forordning nr. 17.

82. Selv om Kommissionen, som hævdet af sagsøgerne, kunne have iværksat en procedure over for sagsøgerne og meddelt dem de pågældende klagepunkter, selv om den ikke havde modtaget noget svar på størstedelen af de spørgsmål, den havde stillet dem, er dette efter min opfattelse intet som helst bevis for, at de afkrævede, men ikke opnåede oplysninger, ikke opfyldte nødvendighedskravet i forordning nr. 17. En begæring om visse oplysninger er, som jeg tidligere har været inde på, ikke for vidtgående, hvis Kommissionen søger efter flere beviser, men derimod nok, hvis den åbenbart søger at indsamle for mange beviser. »Flere« beviser er ikke »for mange«, og konstateringen af, at der foreligger en tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, kan støttes på flere eller færre beviser, hvorved den omstændighed, at den støttes på færre beviser, ikke er ensbetydende med, at Kommissionen må antages at have handlet utilbørligt ved at have forsøgt, men delvis forgæves, at indsamle flere beviser. I øvrigt mener jeg, at spørgsmålet, om de afkrævede oplysninger er nødvendige, kun kan bedømmes på forhånd og ikke på grundlag af de opnåede resultater.

83. Gennemgangen af de to anfægtede beslutninger har derfor ikke efter min opfattelse godtgjort, at de oplysninger, som Kommissionen i medfør af beslutningerne udbad sig af sagsøgerne, ikke var nødvendige for Kommissionen, dels for at kunne

fastslå, om der var sket en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, dels for at kunne foretage den bedst mulige bedømmelse af dennes omfang, nærmere indhold og virkninger. Der kan følgelig ikke gives sagsøgerne medhold i argumentet om, at de anfægtede beslutninger var retsstridige, fordi de afkrævede oplysninger var ufornødne. Det samme gælder CdF Chimies argument om, at der er sket en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, uden at det i øvrigt er nødvendigt at behandle dette argument nærmere.

V — Retten til at nægte at vidne imod sig selv

84. Jeg er hermed nået frem til min gennemgang af et andet argument, som begge sagsøgere har gjort gældende. Dette argument, som stort set har samme indhold — og som tilsyneladende dels udgør det første, dels det fjerde led af Solvays subsidiære anbringende, og i øvrigt figurerer i CdF Chimies andet, subsidiære anbringende — går i det væsentlige ud på, at de anfægtede beslutninger indebærer en tilsidesættelse af princippet om, at ingen kan tvinges til at vidne imod sig selv.

85. CdF Chimie har herom nærmere gjort gældende, at retten til at nægte at vidne imod sig selv er en almindelig retsgrundsætning, som ikke blot udgør en del af fællesskabsretten, men som er fastslået i internationale konventioner, der er bindende for medlemsstaterne samt forankret i deres retstraditioner. Solvay har anført, at det anførte princip er en grundlæggende menneskerettighed, der er omfattet af fællesskabsrettens almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen, under inspiration af de forfatningstraditioner, der er fælles for medlemsstaterne og gældende internationale konventioner, påser overholdelsen af. Den omstændighed, at Rådet tog afstand fra i forordning nr. 17 at optage en udtrykkelig bestemmelse om retten til at nægte at udtale sig, mener sagsøgerne ikke kan binde Domstolen.

86. Kommissionen har heroverfor anført, at der ikke findes noget generelt princip om retten for juridiske personer til at nægte at vidne imod sig selv under en administrativ procedure, der udelukkende er rettet mod dem. Kommissionen tilføjer, at der alene vil kunne gives sagsøgerne medhold i deres opfattelse, såfremt bestemmelserne i forordning nr. 17 skulle være i strid med den europæiske mennneskerettighedskonvention, hvilket spørgsmål ligger helt uden for tvistens genstand.

87. Der er her et punkt, som jeg finder bør afklares, før jeg gennemgår de vigtige spørgsmål, som parternes anbringender i sagen rejser. Jeg finder det først bør undersøges, om forordning nr. 17 giver virksomheder ret til at nægte at besvare en begæring om oplysninger, når besvarelsen heraf vil indebære, at virksomhederne derigennem angiver sig selv, dvs. tilstår at have overtrådt artikel 85 og derigennem udsætter sig for de sanktioner, som pålægges ved en overtrædelse heraf. Det har nemlig kun mening at drøfte, om der bør tages hensyn til medlemsstaternes fælles retstraditioner eller til gældende internationale konventioner, såfremt retten til at nægte at angive sig selv ikke allerede er fastslået i forordning nr. 17.

88. Der er dog ingen tvivl om, hvorledes dette spørgsmål skal besvares. Det kan således fastslås med sikkerhed, at Rådet ved udstedelsen af forordning nr. 17 ikke ønskede at give de virksomheder, som Kommissionen afkræver oplysninger, nogen mulighed for at påberåbe sig en ret til at nægte at angive sig selv. Dette mener jeg for det første følger af selve retsforskrifterne i artikel 11 i forordning nr. 17 om indhentning af oplys-

ninger. Såfremt en virksomhed kunne påberåbe sig en ret til at nægte at vidne imod sig selv, hvordan skulle man da også forstå bestemmelsen i artikel 11, stk. 2-4, hvorefter Kommissionen kan indhente oplysninger fra en virksomhed og i henhold til stk. 5 ved beslutning kan pålægge den pågældende virksomhed at meddele de oplysninger, som den ikke har afgivet eller hvorom den har afgivet ufuldstændige forklaringer? Hvordan skulle det da ellers give nogen mening, at Kommissionens beslutning tillige skal indeholde en angivelse af de sanktioner, som det kan komme på tale at fastsætte i henhold til artikel 15, stk. 1, litra b), og i artikel 16, stk. 1, litra c), i forordning nr. 17? Som Domstolen vil erindre, kan Kommissionen i henhold til førstnævnte bestemmelse pålægge virksomheder bøder, såfremt de forsætligt eller uagtsomt afgiver urigtige oplysninger eller undlader at afgive en oplysning inden for en nærmere angivet frist, mens den ifølge sidstnævnte bestemmelse kan pålægge virksomheder tvangsbøder »for at tvinge dem til... at afgive udtømmende og rigtige oplysninger, som er afkrævet dem ved beslutning truffet af Kommissionen«. Sådanne tvangsmidler kan vanskeligt forenes med idéen om en tavshedsret.

89. Dette er i øvrigt også, så vidt jeg kan bedømme, den opfattelse, som generaladvokat Warner gjorde gældende i sit forslag til afgørelse i National Panasonic-sagen. Han udtalte nemlig heri, at

»artikel 11 giver Kommissionen mulighed for at søge, og om nødvendigt, fremtvinge den pågældende virksomheds medvirken til at fremskaffe oplysninger...« [43].

90. Hvad angår spørgsmålet, om der bør antages at gælde en ret til at nægte at vidne imod sig selv, kan der uddrages en interessant lære af forordning nr. 17's forhistorie. Da Europa-Parlamentet behandlede forslaget til forordning nr. 17, blev der på vegne af Udvalget for Det Indre Marked udfærdiget betænkning af A. Deringer, den såkaldte »Deringer-Betænkning« [44]. Den indeholdt under punkt 121 nogle bemærkninger, af hvilke jeg på dette sted skal citere et par stykker. Vedrørende den foreslåede bestemmelse i forordningen om indhentning af oplysninger hedder det i betænkningen: »Denne bestemmelse er efter udvalgets opfattelse på flere punkter ikke i overensstemmelse med de almindelige retsstatslige principper, som må anses for gældende, hvorfor forordningen vil kunne tænkes at blive annulleret af Domstolen« [45]. Det hedder herom videre i betænkningen, at »personer, der har pligt til at afgive oplysninger, under alle omstændigheder bør kunne gøre brug af deres ret til at nægte at udtale sig« [46].

91. På grundlag af denne betænkning fremsatte Udvalget for Det Indre Marked et forslag til beslutning, der på flere punkter indebar en ændring af det forslag, Europa-Parlamentet havde fået forelagt. Hvad angår de bestemmelser om indhentning af oplysninger, der var omhandlet i artikel 9 i afsnittet om »ret til indhentning af oplysninger«, indeholdt forslaget til beslutning følgende bestemmelse: »Den, hvem pligten til at afgive oplysninger påhviler, kan nægte at besvare spørgsmålene, såfremt han derved udsætter enten sig selv, en person, som efter national procesret kan nægte at afgive vidneforklaring, eller de virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder, som han repræsenterer, for straf«. Denne ændringsbestemmelse blev opretholdt i den beslutning, som Europa-Parlamentet vedtog under sit møde den 19. oktober 1961 [47]. Som vi ved, medtog Rådet imidlertid ikke dette æn-

43 — Jfr. fornævnte sag 136/79, s. 2066.

44 — Jfr. dok. 57 af 7. september 1961, Europa-Parlamentet.

45 — Ibidem, s. 30.

46 — Ibidem.

47 — Jfr. JO af 15.11.1961, s. 1406/61.

dringsforslag i den endeligt vedtagne forordning.

92. I sit forslag til afgørelse i AM & S-sagen kom også generaladvokat Warner ind på forordningens forhistorie og udtrykte i den forbindelse

»tvivl om, hvorvidt man kan fortolke en rådsforordning under henvisning til dens 'lovgivningsmæssige' historie« [48].

I samme forslag til afgørelse anførte han:

»Man kan forstå, at Rådet skulle have ønsket fra det, der nu er forordningens artikel 11, at udelukke en regel om, at en person ikke skal have pligt til at besvare inkriminerende spørgsmål, for det kunne have forpurret selve formålet med artiklen eller i hvert fald gjort den stort set ineffektiv« [49].

93. Det fremgår altså temmelig tydeligt af forordningens forhistorie og af generaladvokat Warner's utvetydige kommentar på dette punkt, at Rådet ikke ønskede at optage en bestemmelse i artikel 11 i forordning nr. 17, hvorved virksomheder blev indrømmet en ret til at nægte at vidne imod sig selv. Der er da reelt heller ingen, der i fuld alvor bestrider, at Rådet herved klart tog afstand fra at anerkende en sådan ret. Det betvivles dog undertiden i teorien, om Rådet gjorde ret heri, eller om det overhovedet havde nogen beføjelse hertil, men ingen bestrider, at Rådet faktisk gjorde dette. Således anføres det f. eks. af Asteris Pliakos vedrørende retten til ikke at angive sig selv, at »EF's konkurrenceregler ikke hjemler en sådan ret« for de personer, som har pligt til at afgive oplysninger, i hvilken forbindelse forfatteren henviser til, at Rådet ikke fulgte Europa-Parlamentets forslag på dette punkt [50].

94. Jeg skal herefter behandle spørgsmålet, om den omstændighed, at der ikke ved forordning nr. 17 er anerkendt en ret til at nægte at vidne imod sig selv, er ensbetydende med, at der ikke overhovedet kan antages at bestå en sådan ret efter EF's konkurrenceregler. Når EF-lovgiver med andre ord udtrykkeligt har taget afstand fra at indrømme en sådan ret — hvorom der ikke er nogen tvivl — må dette da forstås på den måde, at der ikke i fællesskabsretten som helhed kan antages at bestå en sådan ret? Jeg vil på dette sted gerne fremhæve, at der ikke, som anført af Kommissionen, her er tale om behandlingen af anbringendet om, at forordning nr. 17 er ugyldig, hvilket anbringende den hævder er blevet gjort gældende for sent, nemlig først under den mundtlige forhandling. Spørgsmålet i denne forbindelse er derimod, om de retsgrundsætninger, som gælder inden for EF's konkurrenceret, og som har dannet sig uafhængigt af forordning nr. 17, ikke så at sige ligger over forordning nr. 17. Jeg skal i øvrigt i denne forbindelse tilføje, at såfremt der må antages at bestå en retsgrundsætning af højere rang end forordning nr. 17, som hjemler en ret til at nægte at vidne imod sig selv, vil dette ikke indebære, at forordning nr. 17 må fastslås at være formelt ugyldig, da Rådets udtrykkelige afvisning af at anerkende denne ret ikke blev nedfældet i en udtrykkelig bestemmelse i forordningen. I så tilfælde står vi snarere over for problemet om eventuelt at måtte fortolke en forordning i overensstemmelse med en højere retsgrundsætning end et problem vedrørende forordningens ugyldighed.

48 — Jfr. førnævnte sag 155/79, s. 1621.

49 — Ibidem.

50 — Jfr. s. 38 og s. 287-293 i den kommentar, der er nævnt i fodnote 20.

95. Spørgsmålet er altså, om det er muligt, helt uden for rammerne af forordning nr. 17, at opstille et i fællesskabsretten anerkendt princip, hvorefter dem, der afkræves oplysninger i henhold til forordningens artikel 11, har ret til at nægte at vidne imod sig selv.

96. Sagsøgerne har til støtte for det anførte gjort gældende, at der findes en almindelig retsgrundsætning, som er fælles for medlemsstaternes retssystemer og endvidere henvist til to internationale konventioner, nemlig dels den europæiske menneskerettighedskonvention, dels den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, som blev vedtaget af De Forenede Nationers Generalforsamling den 19. december 1966.

97. Parterne har i deres skriftlige indlæg givet en udførlig beskrivelse af retsstillingen i de enkelte medlemsstater vedrørende retten til at nægte at vidne imod sig selv. Ved gennemlæsningen heraf er jeg undertiden kommet på den tanke, at hver af parterne, da de foretog en sammenlignende undersøgelse af retstilstanden i de enkelte EF-landes nationale ret, snarere fandt det, som de havde besluttet at finde, end det, som de søgte efter.

98. Jeg vil for min part sige, at en gennemgang af gældende national ret nok viser, at der findes et fælles princip om retten til at nægte at vidne imod sig selv, men også, at der er mindre og mindre lighed i udformningen af princippet, efterhånden som man fjerner sig fra det, man kan kalde for den klassiske straffeproces.

99. Hvad angår Spanien, er retten til at nægte at angive sig selv meget vidtgående, idet der findes en udtrykkelig bestemmelse herom i artikel 24 i Spaniens forfatning. Det antages, at dette grundlæggende princip på grund af sin meget generelle formulering finder anvendelse såvel på fysiske som juridiske personer. Under hensyn til, at Spaniens Forfatningsdomstol i en dom fra 1981 erklærede, at de grundlæggende principper i artikel 24 tillige finder anvendelse under administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af sanktioner, er der almindelig enighed om, at man kan nægte at vidne imod sig selv under de nationale procedurer, der kan føre til pålæggelse af sanktioner for overtrædelser af konkurrencereglerne.

100. Også i Forbundsrepublikken Tyskland må denne ret betegnes som vidtgående. Ganske vist indeholder den tyske grundlov, i modsætning til den spanske forfatning, ikke nogen udtrykkelig bestemmelse om retten til at nægte at vidne imod sig selv, idet der ikke er optaget nogen bestemmelse herom hverken blandt grundrettighederne i den tyske grundlovs artikler 1-19 eller blandt de rettigheder, der er fastslået i grundlovens artikler 101-104. Det anførte princip har derimod fået et vidt anvendelsesområde inden for den tyske lovgivning. Inden for konkurrenceretten kan princippet således påberåbes under en forvaltningssag samt under en procedure, der kan føre til pålæggelse af bøder. Endvidere kan juridiske personer påberåbe sig princippet, når de under en procedure kan blive udsat for pålæggelse af bøder. Der er åbenbart kun tvivl om, hvorvidt juridiske personer også kan påberåbe sig princippet under en forvaltningssag. Dette synes dog ikke at være anerkendt i retspraksis.

101. I Det Forenede Kongerige må retten til at nægte at vidne imod sig selv utvivlsomt betragtes som en grundrettighed i den klassiske straffeproces, herunder også i forbin-

delse med forundersøgelsen. Det er i øvrigt almindeligt at henvise til de angelsaksiske retstraditioner, når man omtaler retten til at nægte at vidne imod sig selv. Desuden finder princippet generel anvendelse inden for civilprocessen og gælder såvel for fysiske som for juridiske personer. Tilsyneladende indeholder visse love dog undtagelser fra det generelle princip, idet de foreskriver pligt til at besvare spørgsmål, selv om dette kan udsætte de pågældende for tiltale. Da lovgiver ikke samtidig har bestemt, at besvarelsen af spørgsmålene ikke vil kunne bruges som bevis mod de pågældende under en efterfølgende straffesag, er det tilsyneladende lovligt at anvende besvarelsen som bevismateriale. Inden for konkurrenceretten, hvor de kompetente myndigheder — hvilket der er grund til at fremhæve — har undersøgelses- men ingen sanktionsbeføjelser, er der ikke fuld overensstemmelse i lovgivningen, idet *Competition Act* fra 1980 og *Fair Trading Act* fra 1973 hjemler visse undersøgelsesbeføjelser, som imidlertid må vige for retten til at nægte at vidne imod sig selv, hvorimod *Restrictive Trade Practices Act* fra 1976 ikke indeholder nogen bestemmelser, der tilsikrer en effektiv beskyttelse af denne ret.

102. I Irland er de eneste offentlige sanktioner, som findes, strafferetlige. Strafferetten indeholder bestemmelser, der garanterer retten til at nægte at vidne imod sig selv, såvel under en straffesag som under efterforskningen. Inden for konkurrenceretten har *Examiner for Restrictive Practices Orders* ved *Restrictive Practices Act* fra 1972 fået tillagt beføjelser til at kræve meddelt samtlige de oplysninger af virksomheder, som han med rimelighed kan forlange for at kunne udføre sine opgaver. Det er et spørgsmål, om anklagemyndigheden, såfremt der rejses tiltale efter afslutningen af efterforskningen, kan udnytte de oplysninger, der er indsamlet under efterforskningen. Der er almindelig enighed om, at retsstillingen ikke er klar på dette punkt.

103. I Nederlandene er retten til at nægte at vidne imod sig selv udtrykkeligt fastslået i strafferetsplejeloven. Princippet herom finder generel anvendelse inden for straffeprocessen og under administrative procedurer, der kan føre til pålæggelse af bøder. Princippet kan påberåbes såvel af fysiske som af juridiske personer. Inden for konkurrenceretten betragtes retsstridige handlinger som strafbare forhold. Efter loven om økonomisk konkurrence er der pligt til at afgive oplysninger over for Konkurrencenævnet, som dog ikke har nogen sanktionsbeføjelser. Retten til at nægte at vidne imod sig selv kan dog tilsyneladende ikke påberåbes, når de personer, oplysningerne afkræves af, endnu ikke er tiltalt, og de afkræves før selve iværksættelsen af den egentlige strafferetlige forfølgning. Derimod kan princippet tilsyneladende godt påberåbes, når der kan tænkes at blive rejst tiltale mod den, som oplysningerne afkræves af, og disse vil kunne benyttes under en senere straffesag.

104. Efter dansk ret har parter og vidner i straffesager og civile sager ret til at nægte at vidne imod sig selv, i hvilken forbindelse der ikke sondres mellem fysiske og juridiske personer. Myndighederne kan dog ifølge visse »administrative« love, navnlig inden for monopol- og konkurrencelovgivningen, afkræve borgerne visse oplysninger. Det synes at være anerkendt, at retten til at nægte at vidne imod sig selv ikke gælder under en administrativ procedure, men det antages i teorien, at borgerne i visse tilfælde ikke har nogen pligt til at afgive oplysninger, nemlig når de må betragtes som sigtet. Selv om loven kan synes vanskelig at fortolke, går man ud fra, at det er mistankens styrke, der er afgørende for, om den pågældende kan betragtes som »sigtet«.

105. I Belgien er det anerkendt, at sigtede eller tiltalte under en straffesag har ret til at nægte at vidne imod sig selv, uden at der dog gælder noget forbud mod at forhøre vedkommende eller nogen pligt til at gøre ham bekendt med hans tavshedsret. Så længe en person ikke procesretligt er sigtet eller tiltalt, afhøres vedkommende som vidne under ed, hvilket dog tilsyneladende ikke afskærer ham fra at nægte at udtale sig. På det skatteretlige område kan myndighederne under bødeansvar udbede sig alle dokumenter eller oplysninger til brug for kontrol med skatteretlige forhold. Inden for området for økonomisk ret findes der flere love, der tillægger myndighederne vidtgående undersøgelsesbeføjelser, men lovene har ikke givet anledning til videre praksis på området. Selv om det er strafbart ifølge disse love at nægte at meddele de afkrævede oplysninger, er det er spørgsmål, om domstolene ikke i dag ville anerkende en ret til at nægte at vidne imod sig selv.

106. Også i Luxembourg anerkendes der en ret til at nægte at vidne imod sig selv under straffesager, for hvilken der gælder tilsvarende betingelser som i Belgien og Frankrig. Der findes ganske vist ingen udtrykkelige bestemmelser om sigtedes tavshedsret under den kontradiktoriske forundersøgelse, men der antages efter forholdets natur at bestå en sådan ret. Samme ret tilkommer principielt ikke vidner. Ifølge et lovforslag, der for øjeblikket er til behandling ved Chambre des députés, påtænkes der i strafferetsplejeloven indført en lignende bestemmelse som i artikel 105 i den franske strafferetsplejelov, hvorefter det er udelukket at afhøre vidner, når der findes »tungtvejende og overensstemmende indicier for skyld«. Inden for konkurrenceretten er beføjelsen til at pålægge bøder for retsstridige aftaler tillagt ministeren for den nationale økonomi. Under ministeren er nedsat et »Nævn for Illoyal Konkurrence«, som er beføjet til at indsamle alle oplysninger, erklæringer og vidneudsagn, og som kan kræve fremlagt dokumenter og andet materiale til sagens oplysning, som den finder nødvendigt til udførelse af sine opgaver. Ministeren kan på Nævnets foranledning udpege tjenestemænd og ansatte til at foretage de nødvendige undersøgelser. De råder i den forbindelse over de i prislovgivningen nærmere fastlagte beføjelser og kan udspørge de implicerede parter og alle andre, som vil kunne afgive relevante oplysninger. Der kan idømmes bøde eller frihedsstraf for nægtelse af at afgive oplysninger, eller såfremt oplysningerne ikke afgives inden for den foreskrevne frist, eller der afgives bevidst urigtige oplysninger. Ifølge disse bestemmelser har erhvervsdrivende, som undersøgelsen er rettet mod, således ingen tavshedsret.

107. I Portugal er retten til at nægte at vidne imod sig selv et almindeligt anerkendt princip i strafferetten. Inden for konkurrenceretten er bestemmelserne herom dog behæftet med en vis indre modstrid. Således kan konkurrencebegrænsende handlinger kvalificeres som »*contra-ordenaçoes*«, dvs. som strafbare handlinger af mindre grov karakter end straffelovsovertrædelser, og kan straffes med bøde, i mere graverende tilfælde endog med frihedsstraf. Ifølge bekendtgørelsen om *contra-ordenaçoes* kan bestemmelserne i strafferetsplejeloven anvendes subsidiært under proceduren. Bekendtgørelsen om konkurrence indeholder imidlertid en bemyndigelse for Generaldirektoratet for Konkurrence til at afkræve virksomhederne visse oplysninger for at kunne fastslå, om der foreligger illoyal konkurrence, og der er fastsat straf for nægtelse af at meddele de afkrævede oplysninger (»genstridighed«). Spørgsmålet er imidlertid, hvilken af disse to retsforskrifter, der må an-

tages at have forrang. Man kan nok være tilbøjelig til at mene, at strafferetsplejeloven har forrang — og som følge heraf retten til at nægte at vidne imod sig selv — men der findes ingen domspraksis på området eller noget klart belæg herfor i teorien.

108. I Grækenland har vidner og sigtede ifølge strafferetsplejeloven ret til at nægte at vidne imod sig selv. Derimod gælder der ikke en sådan ret under administrative undersøgelser, som foretages af Direktoratet til Beskyttelse af Konkurrencen, der henhører under Handelsministeriet. Virksomheder, sammenslutninger af virksomheder eller andre fysiske eller juridiske personer har pligt til at give Direktoratet øjeblikkelig, udtømmende og præcis meddelelse om de forhold, det anmoder om. Ved afslutningen af undersøgelsen kan handelsministeren pålægge sanktioner, navnlig bøder, såfremt meddelelsen af de afkrævede oplysninger nægtes, forhales eller besværliggøres. Der kan endvidere idømmes straf for at forhindre afgivelsen af de afkrævede oplysninger.

109. I Italien har sigtede ifølge strafferetsplejeloven ret til at nægte at vidne imod sig selv. Ifølge bestemmelserne i den nye strafferetsplejelov, som trådte i kraft i oktober 1989, tilkommer denne ret endvidere personer, mod hvem der er iværksat en indledende undersøgelse og — mere generelt — enhver, som over for politiet afgiver erklæringer, der kan anvendes som indicier for vedkommendes eget strafansvar. Det anførte princip gælder dog tilsyneladende ikke uden for det strafferetlige område. Italiens Forfatningsdomstol har inden for det skatteretlige område fastslået, at kontradiktionsprincippet ikke finder anvendelse på den virksomhed, forvaltningen udøver til efterprøvelse af, om de ved lovgivningen pålagte forpligtelser er opfyldt. Da der ikke findes nogen egentlig konkurrenceret i Italien, er der grund til at fremhæve, at skattemyndighederne i henhold til merværdiafgifts- og indkomstskattelovene kan pålægge bøder, såfremt skattepligtige vægrer sig ved at meddele de af dem afkrævede oplysninger eller afgiver ufuldstændige eller urigtige oplysninger.

110. Endelig gælder der i Frankrig det princip ifølge strafferetsplejeloven, at enhver sigtet har tavshedsret under forundersøgelsen, men ikke under den indledende undersøgelse. Konkurrenceretten er i det væsentlige reguleret ved en bekendtgørelse af 1. december 1986, som henlægger visse undersøgelsesbeføjelser til inspektørerne ved Generaldirektoratet for Konkurrence samt en række besluttende beføjelser til Konkurrencerådet, som er et administrativt organ. Inspektørerne kan, efter tilsigelse eller direkte på stedet, indsamle alle de oplysninger og bevismidler, som de finder nødvendige. Forundersøgelsen og selve proceduren ved Konkurrencerådet er fuldt ud kontradiktorisk, idet parterne dog opfordres af referenten til at besvare dennes spørgsmål og fremlægge alle de dokumenter, der er nødvendige til opklaring af sagens omstændigheder. Der kan idømmes friheds- og bødestraf af den, som på den ene eller anden måde hindrer inspektører og referenter i udførelsen af deres opgaver. Det antages, at en sådan straf også kan idømmes den, som nægter at afgive mundtlige eller skriftlige oplysninger. Under en administrativ procedure vedrørende konkurrenceforhold kan en part tilsyneladende ikke påberåbe sig retten til at nægte at vidne imod sig selv. Endelig kan Konkurrencerådet efter afslutningen af sin undersøgelse bestemme, at den illoyale konkurrence skal bringes til ophør, ligesom det, om nødvendigt, kan pålægge bøder.

111. Efter denne kursoriske gennemgang af national ret bør det straks fastslås, at besvarelsen af spørgsmålet, om der kan opstilles et fælles princip, afhænger af, hvilket retsområde man tager i betragtning. Såfremt det drejede sig om at finde et fælles princip inden for den klassiske strafferet, ville det ikke volde større vanskeligheder. På dette område gælder der nemlig uden tvivl et fælles princip. Således ydes der efter national ret i hver af medlemsstaterne i større eller mindre udstrækning en vis beskyttelse af de personer, der forhøres under en straffesag, forstået i dette begrebs snævre betydning. Ganske vist findes der betydelige forskelle, da man i visse medlemsstater har ret til at nægte at vidne imod sig selv på et hvilket som helst stadium af proceduren, mens der i andre medlemsstater ikke ydes nogen beskyttelse under den indledende undersøgelse. Nogle medlemsstater yder den samme beskyttelse af vidner og tiltalte, mens andre kun beskytter tiltalte. Der er imidlertid ingen af retssystemerne, hvor tiltalte helt er frataget denne ret under selve straffesagen.

112. Så klart kan medlemsstaterne nationale ret dog tilsyneladende ikke fremstilles, så snart man forlader området for de egentlige straffesager og ser på den procedure, der gælder på konkurrenceområdet.

113. Her kan man fastslå, at tre af medlemsstaterne, nemlig Grækenland, Luxembourg og Frankrig, ikke anerkender nogen ret til at nægte at vidne imod sig selv under administrative procedurer på konkurrenceområdet. Noget lignende gælder Italien, idet man dér ikke kan påberåbe sig det anførte princip under skatteretlige undersøgelser, om end man ikke med sikkerhed kan forudsige, hvilken løsning der ville blive valgt, såfremt der fandtes en selvstændig disciplin for konkurrenceret i Italien.

114. I øvrigt er retsstillingen i visse medlemsstater noget uklar. Det, man kan uddrage ved en gennemgang af portugisisk eller belgisk konkurrenceret, har således i vidt omfang karakter af hypoteser og må snarere betegnes som teori end nogen beskrivelse af retstilstanden i positiv ret.

115. I andre stater, som normalt sondrer mellem de efterforskningsskridt, der foretages af myndighederne, og den beføjelse til at idømme sanktioner, som tilkommer domstolene under en egentlig straffesag, er det desuden vanskeligt at skelne mellem de to faser. Således har jeg ikke været i stand til med sikkerhed at fastslå, om anklagemyndigheden i Irland under en straffesag ved domstolene kan anvende oplysninger, som er blevet indhentet af de administrative myndigheder, dvs. *Examiner for Restrictive Practices*. I Nederlandene er retten til at nægte at besvare Konkurrencenævnets pålæg om meddelelse af oplysninger tilsyneladende afhængig af, om bevismaterialet mod en virksomhed er så stærkt, at der kan rejses tiltale mod den. Denne situation ligner retsstillingen i Danmark, hvor muligheden for at nægte at besvare myndighedernes spørgsmål synes at afhænge af, om den pågældende virksomhed er under så stærk mistanke, at den kan betragtes som værende »sigtet«.

116. Heller ikke retsstillingen efter engelsk lovgivning er ensartet. Ifølge *Restrictive Trade Practices Act* fra 1976 kan man tilsyneladende ikke nægte at afgive oplysninger, mens de øvrige love på konkurrenceområdet følger hovedreglen i engelsk ret. Det er værd at bemærke, at lovgiver i Det Forenede Kongerige kan fastsætte undtagelser fra hovedreglen om retten til at nægte at vidne imod sig selv.

117. Det er således kun i Spanien og i Forbundsrepublikken Tyskland, at man anerkender retten til at nægte at vidne imod sig selv, såvel under en undersøgelse for illoyal konkurrence som under en procedure, hvorunder der pålægges sanktioner, dog med den undtagelse, der gælder i Forbundsrepublikken Tyskland for så vidt angår juridiske personer under en forvaltningssag. Det bør endvidere bemærkes, at dette næppe i Forbundsrepublikken Tyskland kan ses som udtryk for en grundrettighed til gunst for virksomheder. Jeg er nærmere tilbøjelig til at se det som udtryk for en af lovgiver tilstræbt udvidelse af garantier, som i givet fald må antages at have karakter af en grundrettighed udelukkende i forhold til enkeltpersoner.

118. Er det overhovedet muligt at opstille en syntese på grundlag af en så forskellig retsstilling i medlemsstaternes nationale ret? For nogle år siden blev der indbragt en sag for Domstolen, hvorunder det blev gjort gældende, at korrespondancen mellem en advokat og hans klient måtte anses for fortrolig som følge af retsgrundsætninger, der var fælles for medlemsstaternes nationale ret [51]. Der blev fremsat forslag til afgørelse af to generaladvokater, før Domstolen afsagde sin dom. Den metode, som den anden af generaladvokaterne, Sir Gordon Slynn, fulgte, da han udviklede sine synspunkter om sagen, har betydelig interesse for den foreliggende sag. Han fremhævede således for det første, at der trods uundgåelige forskelle i medlemsstaterne kunne fastslås at bestå et princip, hvorefter forbindelsen mellem en advokat og hans klient må antages at hvile på et fortrolighedsforhold, samt at dette princip har karakter af en EF-retlig regel, selv om det ikke har samme udstrækning i alle medlemsstaterne. Generaladvokaten beskrev herefter de nærmere regler for princippets anvendelse og dets udstrækning i fællesskabsretten med henblik på at

»nå frem til den bedste og mest rimelige løsning, ikke alene i lyset af betragtninger vedrørende fremgangsmåden i de forskellige medlemsstater, men også efter Fællesskabets og dets institutioners interesser og medlemsstaternes og de borgeres, der er underkastet dets love« [52].

119. I denne forbindelse rejste han det spørgsmål, om afvejningen af de forskellige offentlige hensyn må antages at være foretaget på en sådan måde i medlemsstaternes nationale ret, at der gives forrang til

»de beføjelser, der er nødvendige for at efterforske påståede overtrædelser af konkurrenceretten« [53]

frem for hensynet til beskyttelsen af fortrolighedsforholdet mellem en advokat og hans klient. Hans konklusion var, at der

»mig bekendt [ikke findes nogen] bestemmelse efter national ret, der udtrykkeligt og fuldt ud ophæver advokaters tavshedspligt ved efterforskning eller retsforfølgning på konkurrenceområdet« [54].

Han tilføjede senere i sit forslag, at

»der ikke er nogen almindelig eller blot almindeligt anerkendt regel, hvorefter den eksisterende beskyttelse af advokaters tavshedspligt udelukkes på konkurrenceområdet. Der kan højst være tale om, at der i nogle tilfælde foreligger tvivl; den almindelige regel er, at beskyttelsen fortsat består« [55].

51 — Jfr. førnævnte sag 155/79.

52 — Ibidem, s. 1654.
53 — Ibidem, s. 1656.
54 — Ibidem.
55 — Ibidem, s. 1658.

120. Domstolen har vel allerede en forudanelse om, at det ikke vil give tilsvarende resultater at anvende denne analysemetode på det her i sagen omhandlede spørgsmål vedrørende retten til at nægte at vidne imod sig selv. Ganske vist synes en gennemgang af medlemsstaternes nationale ret nemlig at vise, at der gælder et princip, hvorefter man kan nægte at vidne imod sig selv. På den anden side kan man ikke sige, at der ikke findes nogen medlemsstater, der klart tager afstand fra at anerkende gyldigheden af et sådant princip under procedurer vedrørende konkurrencebegrænsninger, eller at der i det mindste er tvivl herom i visse tilfælde. Der er nemlig tre af medlemsstaterne (Grækenland, Frankrig og Luxembourg), der direkte tager afstand fra at anerkende denne ret, mens retsstillingen i to andre medlemsstater (Belgien og Portugal) må betegnes som tvivlsom, hvortil kommer tre andre medlemsstater (Danmark, Irland og Nederlandene), der ikke anerkender en sådan ret under efterforskningen, i hvert fald ikke så længe indicierne mod den pågældende ikke overstiger et vist mål, som det er svært at fastlægge præcist.

121. Bør man under disse forhold på grundlag af medlemsstaternes nationale ret foreslå Domstolen en mellemløsning, hvorved man *delvis* anerkender en ret til at nægte at vidne imod sig selv under procedurer på konkurrenceområdet? Bør det, sagt mere præcist, med udgangspunkt i den retsstilling, der synes at gælde i visse medlemsstater, antages, at det efter fællesskabsretten er udelukket under den efterfølgende procedure, der iværksættes over for en virksomhed, at bruge de oplysninger som bevismidler, der måtte være indsamlet under efterforskningen? En sådan regel vil imidlertid alene kunne have nogen interesse under en ordning, hvor efterforsknings- og sanktionsbeføjelserne henhører under forskellige myndigheder, hvilket ikke er tilfældet i fællesskabsretten. Lad mig i den forbindelse i øvrigt minde om, at Domstolen i dommen af 7. juni 1983 i Musique Diffusion-sagen tilbageviste et argument om, at det var ulovligt, at Kommissionen udøvede både en »påtale- og en beslutningsfunktion« [56]. Det vil derfor ikke efter min opfattelse være til nogen nytte at foreslå en løsning af den skitserede art.

122. Under disse forhold mener jeg, at en sammenlignende undersøgelse af medlemsstaternes nationale ret nok viser, at der findes et generelt princip, hvorefter ingen kan tvinges til at vidne imod sig selv, men dog samtidig gør det klart, at princippet ikke er så fast forankret, at det er udelukket at se bort fra det inden for en disciplin som konkurrenceretten, da lovgivningen i flere medlemsstater netop indeholder undtagelser på dette punkt. Jeg skal her tilslutte mig den opfattelse, som Sir Gordon Slynn gik ind for i førnævnte forslag til afgørelse, hvori han anførte, at

»det tilkommer medlemsstaterne og (inden for deres beføjelser) Fællesskabets lovgivere at afgøre, hvorvidt det foreliggende almindelige princip skal ændres eller udelukkes« [57].

I øvrigt havde generaladvokat Warner gjort en tilsvarende opfattelse gældende i sit første forslag til afgørelse i sagen om fortroligheds forholdet mellem en advokat og hans klient. Han karakteriserede dette som

»en ret, som civiliserede landes lovgivninger almindeligvis anerkender, en ret, som ikke let kan nægtes, men dog ikke så grundfæs-

56 — Jfr. sagerne 100-103/80, Sml. 1983, s. 1825, præmisserne 6-11.

57 — Jfr. førnævnte sag 155/79, s. 1650.

tet, at Rådet aldrig kan tilsidesætte eller ændre den i Fællesskabet ved lovgivning« [58].

123. I den foreliggende sag indeholder forordning nr. 17 netop en undtagelse fra det omhandlede princip, da Rådet som tidligere nævnt ikke ønskede, under de betingelser, jeg har beskrevet i det foregående, at give virksomhederne nogen mulighed for at nægte at vidne imod sig selv under de undersøgelser, Kommissionen foretager. Jeg finder det i den forbindelse vigtigt at slå fast, at Domstolen har mulighed for, når den efter de førnævnte retningslinier efterprøver, om det var nødvendigt at indhente de pågældende oplysninger, også at påse, at Kommissionen ikke åbenbart har misbrugt sine beføjelser ved at forlænge undersøgelsesfasen kunstigt.

124. Jeg skal i øvrigt på dette sted for alle tilfældes skyld tilføje, at Rådet ikke efter min opfattelse overskred sine beføjelser da den, for at sikre adgangen til at efterforske handlinger, der kan være i strid med EF-rettens konkurrenceregler, fraveg den almindelige retsgrundsætning, som er fælles for medlemsstaterne, og hvorefter ingen kan tvinges til at vidne imod sig selv. Herved tager jeg dels i betragtning, i hvor høj grad det er i Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs almene interesse at sikre overholdelsen af konkurrencereglerne, dels i betragtning af, at nævnte almene retsgrundsætning finder anvendelse, så snart der er givet meddelelse af klagepunkterne.

125. Følgelig kan de anfægtede beslutninger ikke efter min opfattelse antages at være i strid med nævnte almindelige retsgrundsætning, eftersom de blev truffet i henhold til bestemmelserne i forordning nr. 17, som sætter denne retsgrundsætning ud af kraft.

58 — Ibidem, s. 1636.

126. Da jeg således må konstatere ikke at være stødt på nogen fælles grundsætning i medlemsstaternes nationale ret, der er så fast forankret, at de her i sagen anfægtede beslutninger må antages at være i strid dermed, skal jeg undersøge, om førnævnte internationale konvention, som er vedtaget af De Forenede Nationer, indeholder en sådan retsgrundsætning. Ifølge konventionens artikel 14, stk. 3, skal »enhver... ved afgørelsen af en anklage mod ham for et strafbart forhold være berettiget til følgende minimumsgarantier i fuld lighed:

...

g) ikke at blive tvunget til at vidne imod sig selv eller at erkende sig skyldig«.

127. Domstolen har tilsyneladende ikke hidtil nævnt denne konvention blandt de internationale retsakter, som den lader sig lede af, når den bestemmer, hvilke grundrettigheder, der gælder i fællesskabsretten, men det skal dog samtidig siges, at Domstolen aldrig, når spørgsmålet har været på tale, har givet nogen udtømmende liste over de internationale konventioner på området. Jeg ved ikke, om den omstændighed, at Grækenland ikke, som påpeget af Kommissionen, har ratificeret konventionen, kan afskære Domstolen fra at tage hensyn dertil. Det bør ikke have afgørende betydning, da det fremgår med al ønskelig tydelighed af konventionens præambel, at den alene vedrører enkeltpersoner, dvs. menneskelige individer, og ikke juridiske personer, såsom virksomheder. I øvrigt er der intet blevet anført, hverken fra konventionens forarbejder, fra teorien eller fra retspraksis, som kan støtte den opfattelse, at den førnævnte bestemmelse kan fortolkes således, at den også finder anvendelse på virksomheder under en administrativ procedure i en konkurrencesag. Jeg finder det ikke engang nødvendigt at drøfte, om udtrykket »strafbart forhold« i konventionens artikel 14, stk. 3, litra g), bør

fortolkes snævert af Domstolen, således som jeg mener det bør, eller om ordet »anklage« indebærer, at bestemmelsen ikke — om overhovedet — kan finde anvendelse inden for EF's konkurrenceret før det tidspunkt, da der er givet meddelelse af klagepunkterne.

128. Af disse grunde behøver Domstolen nok ikke ofre Kommissionens formalitetsindsigelse på dette punkt ret megen opmærksomhed. Kommissionen har gjort gældende, at CdF Chimie først i sin replik formelt fremførte anbringendet om, at der forelå en tilsidesættelse af konventionen. Kommissionen anfører, at dette er et nyt anbringende, hvorfor det må afvises fra realitetsbehandling i henhold til procesreglementets artikel 92, stk. 2. Det må erkendes, at CdF Chimie ikke fremførte anbringendet i nogen af de to skriftlige indlæg, som firmaet indgav inden søgsmålsfristens udløb. Anbringendet kan derfor ej heller fremmes til realitetsbehandling, men dette vil i øvrigt ikke, såfremt Domstolen er enig med mig i mit synspunkt, ændre noget videre ved udsigten til, at sagsøgerne får medhold deri.

129. Når den tilsidesættelse af retten til at nægte at vidne imod sig selv, som hævdes at være forvoldt ved de anfægtede beslutninger, ikke indebærer nogen overtrædelse hverken af retsgrundsætninger, som er fælles for medlemsstaterne, eller af førnævnte internationale konvention, er spørgsmålet, om tilsidesættelsen da kan antages at være ulovlig som værende i strid med den europæiske menneskerettighedskonvention. Det er sagsøgernes opfattelse, at navnlig konventionens artikel 6 er blevet tilsidesat i den foreliggende sag.

130. Solvay har navnlig påberåbt sig konventionens artikel 6, stk. 1 og 2, som vedrører retten til en retfærdig rettergang og princippet om formodningen for uskyld, mens CdF Chimie navnlig støtter sig på artikel 6, stk. 3, som vedrører »anklagedes« rettigheder.

131. De to sagsøgere anfører i det væsentlige, at konventionens artikel 6, som foreskriver visse garantier på det strafferetlige område, bør anvendes også ved forfølgning og sanktionering af handlinger i strid med konkurrenceretten, selv om der formelt set kun er tale om retsforfølgning på administrativt niveau. De henviser i den forbindelse til dommen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol af 21. februar 1984 i Öztürk-sagen [59] og gør gældende, at artikel 6 finder anvendelse både på fysiske og juridiske personer, hvilket såvel EF-Domstolen som Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg har fastslået.

132. Disse argumenter giver mig anledning til to bemærkninger. For det første indeholder den europæiske menneskerettighedskonvention ikke nogen udtrykkelig bestemmelse om retten til at nægte at vidne imod sig selv under en straffesag. For det andet har hverken Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afsagt nogen domme eller Den Europæiske Menneskerettighedskommission truffet nogen afgørelser, som bygger på, at der kan udledes en sådan ret af nogen af konventionens bestemmelser. Solvay har påberåbt sig en afgørelse fra Menneskerettighedskommissionen, hvori denne tog stilling til realitetspåkendelsen af et anbringende om, at konventionens artikel 6, stk. 1 og 2, var tilsidesat på grund af en forpligtelse til at angive sig selv. Solvay anfører, at Menneskerettighedskommissionen i denne sag forkastede det pågældende anbringende, fordi den i sagen omhandlede person i virkeligheden aldrig var blevet tvunget til at afgive erklæring eller havde været genstand for nogen retsforfølgning. En sådan afgørelse om forkastelse af et anbringende i forbindelse

59 — *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, serie A*, vol. 73.

med formalitetsprøvelsen har ingen som helst bindende virkning.

133. I en afgørelse af 6. oktober 1988, hvori Den Europæiske Menneskerettighedskommission tog stilling til realitetspåkendelsen af en klage i sagen Funke mod Frankrig, udtalte Menneskerettighedskommissionen, at den fandt, klagen rejste en række komplicerede spørgsmål, navnlig spørgsmålet, om toldmyndighedernes pålæg til sagsøgeren om at stille de dokumenter til rådighed for de strafforfølgende myndigheder, som kunne anvendes som grundlag for tiltalerejsning, var forenelige med garantierne om en retfærdig rettergang og formodningen for uskyld. Den tilføjede, at det på grund af problemernes komplicerede karakter ikke var muligt at afvise denne del af klagen som åbenbart ubegrundet [60]. Den afgørelse, som Menneskerettighedskommissionen skal afsige i denne sag vedrørende realiteten, vil sikkert have betydelig interesse for det foreliggende problem. Når man ser på den nuværende praksis ved de institutioner, som er oprettet i medfør af menneskerettighedskonventionen, må man imidlertid fastslå, at den opfattelse, at konventionens artikel 6 — det være sig den ene eller den anden af de bestemmelser, som er indeholdt i artiklen — forudsætter en ret til at nægte at vidne imod sig selv, er en tese, der udelukkende har grundlag i teorien.

134. Antages det ikke desto mindre, at artikel 6 forudsætter en sådan ret, er spørgsmålet, om den også gælder ved efterforskning af eventuelle handlinger i strid med konkurrencereglerne, som iværksættes af et administrativt organ, der tillige råder over visse sanktionsbeføjelser. Lad mig straks sige, at dette spørgsmål er irrelevant i relation til konventionens artikel 6, stk. 1. Denne bestemmelse fastslår nemlig, som tidligere nævnt, visse betingelser for gennemførelsen af en retfærdig rettergang ved en »uafhængig og upartisk domstol«. For mig at se fremgår det klart af Domstolens domme af 29. oktober 1980 i sagen Fedetab [61] og sagen Musique Diffusion [62], at artikel 6, stk. 1, ikke finder anvendelse på de procedurer, som Kommissionen iværksætter i medfør af EF's konkurrenceregler. I det forslag til afgørelse, som Sir Gordon Slynn afgav i sidstnævnte sag, anførte han i øvrigt, at

»de grundlæggende rettigheder, som er fastlagt i konventionen, har længe været anerkendt som en integrerende del af fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, som utvivlsomt, mutatis mutandis, skal overholdes såvel i konkurrencesager som i andre sager«.

Dette fandt generaladvokaten dog ikke indebar,

»at Kommissionens funktioner i forbindelse med undersøgelsen af sådanne påstande i konkurrencesager... er omfattet af artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention. I sådanne sager er proceduren for Kommissionen ikke judiciel, men administrativ« [63].

I sin dom i Musique Diffusion-sagen fastslog Domstolen utvetydigt, under henvisning til dommen i Fedetab-sagen, at

»Kommissionen ikke [kan] betragtes som en 'domstol' i menneskerettighedskonventionens artikel 6's forstand« [64].

60 — Requête nr. 10828/84.

61 — Jfr. sagerne 209-215 og 218/78, Sml. 1980, s. 3125.

62 — Jfr. førnævnte sager 100-103/80.

63 — Ibidem, s. 1920.

64 — Ibidem, præmis 7.

135. Det er således kun i relation til bestemmelserne i artikel 6, stk. 2 og 3, at der er grund til at undersøge, om de heri indeholdte garantier, »mutatis mutandis« også bør gælde i et tilfælde som det foreliggende.

136. Spørgsmålet her er altså, om bestemmelserne i stk. 2 vedrørende formodningen for uskyld og i stk. 3 vedrørende de rettigheder, der tilkommer en »anklaget« — såfremt disse bestemmelser *i øvrigt må antages* at forudsætte en ret til at nægte at vidne imod sig selv — også gælder for en virksomhed, over for hvem Kommissionen har iværksat en konkurrenceretlig undersøgelse. Kan med andre ord udtrykket »enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse«, antages også at omfatte en virksomhed? Dette er problemet om, hvorvidt de i stk. 2 og 3 indeholdte garantier tillige gælder under administrative procedurer, hvorunder der kan pålægges sanktioner for forseelser. Det må erkendes, at der i førnævnte dom i Öztürk-sagen tilsyneladende blev anlagt en temmelig vid fortolkning af udtrykket »enhver der er anklaget for en lovovertrædelse«. I nævnte dom udtalte Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at »strafferetten normalt vedrører lovovertrædelser, for hvilke gerningsmændene kan ifalde strafferetlige sanktioner, som skal have en afskrækkende virkning, og som normalt har form af frihedsstraf eller bøde«[65]. I samme dom anførtes, at »retsforskriftens generelle karakter samt formålet med sanktionen, der såvel er præventivt som repressivt, udgør tilstrækkeligt grundlag til at fastslå, at det i sagen omhandlede forhold har karakter af en 'lovovertrædelse' i konventionens artikel 6's forstand«[66], selv om sagen kun vedrørte en forseelse.

137. For mig at se er det ikke aldeles åbenbart, at Öztürk-dommen må forstås sådan, at konventionens udtryk »anklaget for en lovovertrædelse« tillige omfatter virksomheder, mod hvilke der er iværksat en administrativ procedure med henblik på konstatering af, om virksomhederne har tilsidesat konkurrencereglerne. Dommen vedrørte en af de forseelser, som i Forbundsrepublikken Tyskland tidligere henhørte under den klassiske strafferet, før deres pådømmelse blev »overført« til forvaltningen, om end den, som pålægges sanktionen, stadig har mulighed for at anlægge sag ved domstolene. I sagen havde klageren fået pålagt en bøde for en færdselsforseelse. Det bør fremhæves, at Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg i dommens begrundelse udtrykkeligt fremhævede, at forseelser af den i sagen omhandlede art stadigvæk henhører under strafferetten i langt de fleste af de kontraherende stater.

138. Jeg skal forskåne Domstolen for at udstrække min sammenlignende undersøgelse af medlemsstaternes nationale konkurrenceret til også at omfatte de stater, der har tiltrådt den europæiske menneskerettighedskonvention, men finder det i det mindste tvivlsomt, om man virkelig a priori kan hævde, at de omhandlede forseelser henhører under den »klassiske« strafferet. Jeg behøver ikke på dette punkt minde Domstolen om det, i det mindste modsætningsfyldte billede, som bare EF-landenes nationale ret udviser. I EF-landene har konkurrenceretten nemlig fra begyndelsen af i vidt omfang haft en administrativ karakter, således at forstå, at den ikke oprindeligt havde noget strafferetligt islæt. Jeg er derfor bestemt ikke sikker på, at Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg ville anlægge de samme retlige betragtninger på overtrædelser af konkurrencereglerne, som den gjorde i Öztürk-sagen.

139. Endelig skal jeg navnlig ikke undlade at erindre om, at selv om Domstolen i sin

65 — Jfr. den i fodnote 59 nævnte dom, se s. 20, præmis 53.
66 — Ibidem.

praksis antager, at der i fællesskabsretten består visse grundrettigheder, som er udledt af den europæiske menneskerettighedskonvention, er der ikke tale om nogen simpel anvendelse af konventionens bestemmelser i den fortolkning, institutionerne i Strasbourg anlægger. I dommen af 14. maj 1974 i Nold-sagen [67], som senere bekræftedes i Hauer-dommen af 13. december 1979 [68], fastslog Domstolen således, at

»de internationale traktater om beskyttelse af menneskerettigheder, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt, kan ligeledes give anvisninger, som skal tages i betragtning inden for rammerne af fællesskabsretten« [69],

når Domstolen skal varetage den opgave at påse overholdelsen af grundrettighederne, som udgør en bestanddel af fællesskabsretten.

I øvrigt anføres det af højt anerkendte kommentatorer af Domstolens praksis, at Domstolen for det meste »kun anvender [den europæiske menneskerettighedskonvention] som en reference«, om end den går »så langt ad denne vej, som det er muligt« og derved »direkte eller indirekte [udvikler] sin egen fortolkning af konventionen« [70].

140. Domstolen kan altså tænkes at fortolke konventionens bestemmelser på en måde, der ikke stemmer fuldt overens med den fortolkning, der anlægges af institutionerne i Strasbourg, herunder navnlig af Menneskerettighedsdomstolen. Domstolen er ikke bundet heraf, således at forstå, at den ikke, ved fortolkningen af grundrettigheder inden for fællesskabsretten, behøver følge disse institutioners fortolkning helt systematisk. Efter min opfattelse må Domstolen i den foreliggende sag være *så meget desto mindre bundet*, som der *ikke* findes nogen autoritativ fortolkning af konventionen, som fastslår, at artikel 6, stk. 2 og 3, finder anvendelse på overtrædelser af konkurrencereglerne, eller at disse konventionsbestemmelser forudsætter en ret til at nægte at vidne imod sig selv.

141. Jeg er følgelig af den opfattelse, at Domstolen under nærværende sag bør vælge at fortolke indholdet af konventionens artikler 2 og 3 i overensstemmelse med de retningslinjer, den hidtil har fulgt ved sin fortolkning af grundrettighederne inden for Fællesskabets konkurrenceret, frem for at foretage ekstrapolationer fra den dom, Menneskerettighedsdomstolen afsagde i Öztürk-sagen.

142. Domstolens hidtidige retningslinjer er nemlig meget klare på dette punkt. I førnævnte dom i Hoffmann-La Roche-sagen fastslog Domstolen således, at

»det er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, at der skal indrømmes ret til kontradiktion i enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder, og dette princip skal overholdes, også når der er tale om en administrativ procedure« [71].

67 — Jfr. sag 4/73, Sml. 1974, s. 491.

68 — Jfr. sag 44/79, Sml. 1979, s. 3727.

69 — Jfr. sag 4/73, præmis 13, og sag 44/79, præmis 15.

70 — J. Boulouis og R.-M. Chevallier: *Grands arrêts de la CJCE*, 4e édition, 1987, tome 1, s. 105-106.

71 — Jfr. førnævnte sag 85/76, præmis 9.

Hvad angår de procedurer, som Kommissionen iværksætter på konkurrenceområdet, sondrede Domstolen i National Panasonic-dommen endvidere mellem undersøgelsesfasen, hvorunder Kommissionen kan indsamle de oplysninger, som er nødvendige for at

»kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation«[72],

og den fase, der indledes med meddelelsen af klagepunkter, som markerer, at der iværksættes en procedure i henhold til forordning nr. 99/63. Sidstnævnte fase iværksættes ikke, medmindre Kommissionen under sin undersøgelse skønner at have indsamlet det hertil fornødne bevismateriale. Domstolen har herom antaget, at der er »afgørende forskel«[73] mellem de beslutninger, der træffes under undersøgelsen, og dem, der træffes ved afslutningen af en egentlig procedure, og at dette er forklaringen på, at forordning nr. 17 ikke indeholder de samme garantier for retten til forsvar under de to faser. Dette betyder konkret, for så vidt angår retten til at nægte at besvare spørgsmål, at der, som tidligere nævnt, ikke efter forordning nr. 17 består nogen ret til forsvar forud for procedurens iværksættelse, men først efter dette tidspunkt. Efter procedurens iværksættelse har virksomheden således *ret* til at blive hørt, men ingen *pligt* til at afgive oplysninger.

143. I betragtning af de retningslinjer, Domstolen har fulgt i sin praksis og den opfattelse, den har tilkendegivet vedrørende ligevægten mellem hensynene til kontradiktionen på den ene side, og Kommissionens beføjelser på den anden side, finder jeg ikke, at den omstændighed, at en virksomhed først indrømmes mulighed for at nægte at vidne imod sig selv fra det tidspunkt, da Kommissionen har tilsendt den meddelelse af klagepunkter vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne, indebærer nogen tilsidesættelse af princippet om formodningen for uskyld eller af de rettigheder, der tilkommer en »anklaget« i menneskerettighedskonventionens artikel 6, stk. 2 og 3's forstand, forudsat disse bestemmelser i øvrigt har relevans for sagen. Det er imidlertid lige præcis denne situation, der er direkte reguleret i de omhandlede EF-forskrifter. Jeg finder det her i fuld overensstemmelse med de påberåbte bestemmelser i konventionen — der som sagt finder anvendelse, når den pågældende er »anklaget« — at lægge til grund, at en virksomhed, som er berørt af de foranstaltninger, Kommissionen iværksætter i henhold til forordning nr. 17, ikke i konventionens forstand kan betragtes som »anklaget«, før virksomheden får meddelelse af klagepunkterne. Før dette tidspunkt kan den ikke anses for »anklaget«, hvorfor artikel 6, stk. 2 og 3, ikke kan bringes i anvendelse under det forudgående stadium. Denne opfattelse finder jeg i øvrigt også i fuld overensstemmelse med den almene, mere generelle definition, som Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg har givet af begrebet »forbrydelse« i konventionens artikel 6, og som er gentaget i Öztürk-dommen. Den lyder således: »En officiel meddelelse fra en kompetent myndighed, der indeholder en påtale for en strafbar handling«[74].

144. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at de anfægtede beslutninger ikke er i strid med den europæiske menneskerettighedskonvention, forudsat denne overhovedet hjemler en ret til at nægte at vidne imod sig selv.

145. Domstolen vil have bemærket, at jeg i mit forslag til afgørelse ikke har beskæftiget mig med spørgsmålet, om de bestemmelser i konventionen, som sagsøgerne har påberåbt sig, også kan anvendes på juridiske personer. Jeg mener nemlig, at dette reelt ikke udgør noget problem i sagen. I dommen af 24. oktober 1986 i Agosi-sagen[75] fandt Den

72 — Jfr. fornævnte sag 136/79, præmis 21.

73 — Ibidem.

74 — Jfr. den i fodnote 59 nævnte dom, se s. 21, præmis 55.

75 — *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, serie A*, vol. 108.

Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at en klage fra et tysk selskab, som blandt andet var støttet på konventionens artikel 6, stk. 2, måtte afvises som ubegrundet. I dommen i førnævnte sag, Acciaieria di Brescia, henviste EF-Domstolen til princippet om boligens ukrænkelighed, selv om sagen vedrørte en jern- og stålvirksomhed. Sidstnævnte princip er indeholdt i konventionens artikel 8. I National Panasonic-dommen tog Domstolen stilling til et anbringende om, at konventionens artikel 8 var tilsidesat i forhold til en virksomhed på grund af en vedrørende den truffet beslutning om gennemførelse af en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17. Trods den noget tvivlende formulering, som Domstolen anvendte i denne dom, hvori den bemærkede, at »i det omfang, den (konventionens artikel 8) gælder for juridiske personer«, finder jeg, at tendensen i Domstolens praksis går i retning af ikke at udelukke muligheden for at anvende konventionens bestemmelser på virksomheder i konkurrencesager, alene af den grund, at de er juridiske personer.

146. Vedrørende retten til at nægte at vidne imod sig selv vil jeg endelig gerne gøre en sidste bemærkning, som er affødt af de argumenter, der blev fremført under den mundtlige forhandling. Her uddybede sagsøgernes repræsentanter åbenbart deres opfattelse af nævnte princip, idet de anførte, at retten til at nægte at vidne imod sig selv ikke gælder ubetinget. De gjorde i den forbindelse gældende, at princippet kan påberåbes, når Kommissionen udbeder sig visse oplysninger, men uden at angive, hvilket bevismateriale den i forvejen råder over. Dette synspunkt er, sagt med andre ord, at Kommissionen, for at fremtvinge et svar fra virksomhederne, kun bør stille dem spørgsmål på grundlag af de allerede eksisterende indicier, og at den bør røbe disse for virksomhederne. Denne holdning til problemet, som er ny i forhold til det synspunkt, sagsøgerne gjorde gældende i de skriftlige indlæg, slår én med forbløffelse. I det omfang, hvori retten til at nægte at vidne imod sig selv, som sagsøgerne påberåber sig i stævningen, overhovedet finder anvendelse, gælder den nemlig ubetinget. Den modererede løsning, som er blevet foreslået under den mundtlige forhandling, har ikke meget med denne ret at gøre.

147. Man kan altså sige, at også den opfattelse, som sagsøgerne forfægtede under den mundtlige forhandling, da de besvarede en række spørgsmål fra Domstolen i virkeligheden havde til formål at »anticipere« den meddelelse af klagepunkter, hvorved Kommissionen oplyser virksomhederne om det bevismateriale, som ligger til grund for klagepunkterne. Jeg forstår godt, at virksomhederne kan have interesse heri, men det er, så vidt jeg kan se, udelukket efter forordning nr. 17, som ikke foreskriver nogen pligt for Kommissionen til at afsløre bevismaterialet, før undersøgelsen er afsluttet. Jeg kan ikke se, at en sådan ordning skulle være i strid med den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 2 og 3, forudsat disse bestemmelser overhovedet kan finde anvendelse. Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, har ifølge stk. 3 ret til »ufortøvet at modtage... underretning... om arten af og årsagen til den anklage, der er rejst mod ham«[76], men en foranstaltning, der er truffet som led i en undersøgelse, såsom et pålæg om meddelelse af oplysninger, er ikke nogen anklage for en lovovertrædelse. Efter det system, der gælder i henhold til forordning nr. 17, er dette derimod tilfældet med meddelelsen af klagepunkter, hvori Kommissionen netop skal oplyse virksomhederne om sit grundlag for at rejse de omhandlede klagepunkter.

148. Jeg kan derfor ikke se, at det skulle være i strid med nogen af konventionens principper, om Kommissionen afkræver oplysninger af en virksomhed uden at afsløre de indicier, den råder over, eftersom virksomheden endnu ikke er formelt »anklaget«.

149. Af de hidtil anførte betragtninger slutter jeg, at de anfægtede beslutninger ikke er i strid med retten til at nægte at vidne imod sig selv.

76 — Jfr. konventionens artikel 6, stk. 3, litra a).

VI — Formodningen for uskyld og CdF Chimies rettigheder som »anklaget«

150. Jeg skal herefter gennemgå CdF Chimies fjerde anbringende, som samtidig er firmaets tredje subsidiære anbringende. Det går ud på, at der er sket en tilsidesættelse af Traktaten og en række grundrettigheder, navnlig de i menneskerettighedskonventionen indeholdte, fordi Kommissionen hverken har overholdt princippet om formodningen for uskyld (princippet om, at enhver skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist) eller tilgodeset virksomhedens rettigheder som »anklaget«. Det er altså endnu en gang bestemmelserne i konventionens artikel 6, stk. 2 og 3, som her påberåbes, om end denne gang ikke i relation til den særlige ret til at nægte at vidne imod sig selv. Jeg mener allerede i vidt omfang at have taget stilling til disse argumenter i mit forslag til afgørelse, hvorfor jeg kan fatte mig i korthed.

151. Med dette anbringende rejser CdF Chimie i virkeligheden indsigelse mod den samme omstændighed som tidligere nævnt, nemlig at Kommissionen samtidig med, at den afkrævede firmaet de pågældende oplysninger, underrettede det om, at den rådede over visse indicier for, at firmaet havde deltaget i en overtrædelse af konkurrencereglerne. Dette, gør CdF Chimie gældende, er i strid med princippet om formodningen for uskyld. Firmaet anfører i den forbindelse, at en virksomhed må have samme rettigheder som en »anklaget«, når Kommissionen føler sig overbevist om, at virksomheden har deltaget i en retsstridig handling, hvorfor virksomheden kan nægte at medvirke i anklagen mod sig selv. Herom skal jeg blot bemærke, at det fremgår af de mange oplysninger, som Kommissionen afkrævede firmaet i medfør af den anfægtede beslutning, at Kommissionen nok nærede en vis mistanke på grund af sagens bevismateriale, men endnu ikke var fuldstændigt overbevist om CdF Chimies skyld eller om, hvorledes de handlinger, der kunne foreholdes firmaet, nærmere burde kvalificeres. Det var i øvrigt af samme grund, at jeg tidligere i mit forslag antog, at de afkrævede oplysninger var nødvendige. Jeg finder derfor ikke, at man kan tale om, at princippet om formodningen for uskyld er tilsidesat for CdF Chimies vedkommende.

152. Hvad angår de rettigheder, som påstås at være knyttet til firmaets stilling som »anklaget« — forudsat virksomheder overhovedet kan være omfattet af konventionens artikel 6, stk. 3, under en EF-retlig konkurrencesag — skal jeg nøjes med at bemærke, at en virksomhed ikke kan betragtes som »anklaget«, før Kommissionen har givet den meddelelse af klagepunkter. Kommissionens beslutninger om at afkræve en virksomhed visse oplysninger træffes forud for det tidspunkt, da der eventuelt gives meddelelse af klagepunkter, hvorfor virksomheden endnu ikke, selv om beslutningen er rettet til den, kan betragtes som »anklaget« i konventionens forstand.

153. Jeg mener følgelig, at det herom anførte anbringende er ubegrundet.

VII — Spørgsmålet, om bevisbyrden er vendt om

154. På det stadium af min gennemgang af sagen, som jeg nu er nået til, vil jeg mene, at den opfattelse, som jeg har foreslået Domstolen at indtage over for de af sagsøgerne fremførte argumenter eller anbringender, bevirker, at også det sidste argument, jeg skal behandle, bliver uden grundlag. Jeg tænker her på argumentet om, at bevisbyrden er blevet vendt om, hvilket argument firmaet Solvay har fremført som det tredje led af sit andet anbringende eller som sit første subsidiære anbringende, og hvilket argument CdF Chimie har fremført som det andet argument i sit tredje anbringende eller som sit andet subsidiære anbringende. Når det nemlig må antages, at Kommissionen afkrævede de to firmaer oplysninger, som var nødvendige for konstateringen af, om de havde overtrådt konkurrencereglerne, og at

Kommissionen kunne gøre dette uden at komme i strid med retten til at nægte at vidne imod sig selv — således som sagsøgerne har påstået — finder jeg også, at argumentet om, at Kommissionen gennem udstedelsen af de anfægtede beslutninger har vendt bevisbyrden om, må siges at være uden ethvert grundlag. For at udtrykke mig mere præcist på dette punkt vedrørende den kritik af Kommissionens handlemåde, som er fremsat i CdF Chimies stævning, og hvori firmaet opdeler sin kritik i magt- og procedurefordrejning, må det konkluderes, at Kommissionen også reelt anvendte sine beføjelser efter fællesskabsretten med det formål at komme i besiddelse af de »fornødne« oplysninger og at skaffe sig »oplysninger« i forordningens forstand. Der er følgelig ikke sket nogen procedurefordrejning. Endvidere kan Kommissionen ikke antages at have udstedt en meddelelse af klagepunkter i en tilsløret form, hvorfor den ikke har fordrejet proceduren ved at undlade at iagttage de garantiforskrifter, som skal overholdes ved udstedelsen af en sådan meddelelse.

VIII — Afsluttende bemærkninger og forslag

155. Før jeg sætter endeligt punktum for mit forslag til afgørelse i denne sag, vil jeg gerne anstille et par betragtninger til overvejelse for Domstolen. Det siges ofte, at proceduren efter artikel 11 skal danne grundlag for et samarbejde mellem virksomhederne og Kommissionen i forbindelse med de undersøgelser, Kommissionen iværksætter på konkurrenceområdet. Såfremt de to foreliggende sager kan betragtes som repræsentative og siges at afspejle virksomhedernes almindelige indstilling til Kommissionens undersøgelse, er der imidlertid grund til at spørge, om det ikke er noget naivt at tale om samarbejde mellem virksomhederne og Kommissionen i konkurrencesager. Ganske vist kan man godt, abstrakt og teoretisk, forsvare den opfattelse, at forbindelsen mellem Kommissionen og en virksomhed, der er mistænkt for at have overtrådt konkurrencereglerne, snarere bør anskues på grundlag af reglerne i straffeprocessen, navnlig den form for straffeproces, der gælder i angelsaksisk ret. Herved forlader man, i det mindste delvis, tanken om et samarbejdsprincip og lægger i stedet et konfrontationsprincip til grund. Selv under denne synsvinkel finder jeg imidlertid, at Kommissionen må råde over vidtgående beføjelser, såfremt man dels skal sikre, at den kan blive ved med at udføre sine opgaver med et vist mindstemål af effektivitet, dels sikre, at konkurrencereglerne efterleves i praksis. Dette er ensbetydende med, at såfremt Kommissionen af den ene eller den anden grund skulle blive frataget beføjelsen til at indhente oplysninger — eller til at indhente dem med rimelig udsigt til at opnå de tilsigtede resultater — ville den næsten helt systematisk blive nødt til at anvende mere indgribende tvangsforanstaltninger. Mon virksomhederne ville betragte dette som en forbedring i forhold til den nuværende situation? Dette spørgsmål vil jeg gerne rejse.

156. Sammenfattende skal jeg foreslå:

— at Kommissionen frifindes;

— at sagsøgerne tilpligtes at betale sagernes omkostninger.