RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)
29. juni 1995 *

I sag T-30/91,

Solvay SA, tidligere Solvay og C^ie SA, Bruxelles, ved advokat med møderet for Belgiens Cour de cassation Lucien Simont og under den mundtlige forhandling ved advokaterne Paul-Alain Foriers og Guy Block, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jacques Loesch, 11, rue Goethe,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Berend Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Nicole Coutrelis, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 91/297/EØF af 19. december 1990 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.133-A, Soda — Solvay, ICI, EFT 1991 L 152, s. 1),

har

* Processprog: fransk.

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Udvidede Afdeling)

sammensat af præsidenten, J.L. Cruz Vilaça, og dommerne D.P.M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner og A. Kalogeropoulos,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 6. og 7. december 1994,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

Den økonomiske sammenhæng

1 Det produkt, der er genstand for nærværende sag, soda, anvendes til glasfremstilling (soda med høj massefylde) samt inden for den kemiske industri og metalindustrien (soda med lav massefylde). Eftersom omkostningerne ved produktion af natursoda er langt lavere end ved et industrielt fremstillet produkt, må der skelnes mellem »natursoda« (med høj massefylde), der især benyttes i USA, og industrielt

fremstillet soda (med såvel høj som lav massefylde), som fremstilles i Europa ved hjælp af en proces, som sagsøgeren opfandt for mere end 100 år siden.

2 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var de seks fællesskabsproducenter af industrielt fremstillet soda:

— sagsøgeren, den største producent på verdensplan og inden for Fællesskabet med en markedsandel på næsten 60% (endog 70% inden for Fællesskabet med undtagelse af Det Forenede Kongerige og Irland)

— Imperial Chemical Industrials plc (herefter benævnt »ICI«), den næststørste producent inden for Fællesskabet med en markedsandel i Det Forenede Kongerige på mere end 90%

— de »mindre« producenter Chemische Fabrik Kalk (herefter benævnt »CFK«) og Matthes & Weber (Tyskland), AKZO (Nederlandene) og Rhône-Poulenc (Frankrig) med en markedsandel på ca. 26% tilsammen.

3 Sagsøgeren havde anlæg i Belgien, Frankrig, Tyskland, Italien, Spanien, Portugal og Østrig og salgsorganisationer i disse lande samt i Schweiz, Nederlandene og Luxembourg. I øvrigt var sagsøgeren den største saltproducent inden for Fællesskabet og derfor i en meget gunstig position med hensyn til levering af dette vigtigste råstof til industrielt fremstillet soda. ICI havde to produktionsanlæg i Det Forenede Kongerige, idet et tredje anlæg var blevet lukket i 1985.

4 Ser man på efterspørgslen, er glasproducenterne de største kunder i Fællesskabet. Således anvendes omkring 70% af den vesteuropæiske produktion til fremstilling af planglas og hulglas. De fleste glasproducenter driver kontinuerlige produktionsanlæg og må derfor have sikre sodaforsyninger; i de fleste tilfælde har de indgået

længerevarende aftaler med en større leverandør for størsteparten af deres forbrug og anvender som sikkerhedsforanstaltning en anden leverandør som »sekundær forsyningskilde«.

5 På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var det fælles marked karakteriseret af en opdeling efter landegrænser, idet producenterne i almindelighed havde en tilbøjelighed til at koncentrere deres afsætning i de medlemsstater, hvor de havde produktionsanlæg. I særdeleshed var der ingen konkurrence mellem sagsøgeren og ICI, der hver især begrænsede deres salg i Fællesskabet til deres traditionelle »indflydelsessfære« (det kontinentale Vesteuropa for så vidt angår sagsøgeren, Det Forenede Kongerige og Irland for så vidt angår ICI). Denne opdeling af markedet går tilbage til 1870, på det tidspunkt, da sagsøgeren for første gang meddelte licens til Brunner, Mond & Co., et af de selskaber, der senere indgik i ICI. I øvrigt var sagsøgeren en af hovedaktionærerne i Brunner, Mond & Co., og senere i ICI, lige til firmaet afhændede sine andele i 1960'erne. De markedsopdelingsaftaler, der blev indgået undervejs, senest i 1945-1949, blev ifølge sagsøgeren og ICI virkningsløse i 1962 og formelt ophævet i 1972.

Den administrative procedure

6 I begyndelsen af 1989 foretog Kommissionen uanmeldte kontrolundersøgelser hos de vigtigste sodaproducenter i Fællesskabet. Efter disse kontrolundersøgelser henledte sagsøgeren ved skrivelse af 27. april 1989 Kommissionens opmærksomhed på, at de dokumenter, der var fundet hos sagsøgeren, var fortrolige. Ved skrivelse af 22. maj 1989 bekræftede Kommissionen, at artikel 20 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«), finder anvendelse på dokumenter fundet under de omhandlede kontrolundersøgelser. De nævnte kontrolundersøgelser blev fulgt op af begæringer om oplysninger. Sagsøgeren fremkom ved skrivelse af 18. september 1989 med de ønskede oplysninger og

fremhævede atter, at de fremsendte dokumenter var fortrolige. ICI har ligeledes ved skrivelser af 13. april og 14. september 1989 i anledning af samme kontrolundersøgelser og begæringer om oplysninger understreget sine dokumenters fortrolige karakter.

7 Kommissionen fremsendte dernæst ved skrivelse af 13. marts 1990 sagsøgeren en meddelelse af klagepunkter opdelt i flere led:

— Første led vedrører procedurens faktiske oplysninger.

— Andet led vedrører en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85 begået af sagsøgeren og ICI, til hvem de tilsvarende bilag II.1 til II.42 er blevet fremsendt.

— Tredje led vedrører en overtrædelse af artikel 85 begået af sagsøgeren, til hvem de tilsvarende bilag III.1 til III.12 er blevet fremsendt, og af CFK.

— Det fjerde led vedrører en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86 begået af sagsøgeren, til hvem de tilsvarende bilag IV.1 til IV.180 er blevet fremsendt.

— Et femte led, der er vedlagt bilag med journalnr. V, og som vedrører en overtrædelse af artikel 86 begået af ICI, indgår ikke i den meddelelse af klagepunkter, der er tilsendt sagsøgeren. Skrivelsen af 13. marts 1990 indeholder udelukkende følgende angivelse herom: »Det femte led vedrører ikke Solvay«.

— Det sjette led vedrører spørgsmålet om de bøder, der eventuelt skal pålægges.

8 Efter at have fremhævet betydningen af at bevare fortroligheden af de dokumenter, som er fremkommet i medfør af forordning nr. 17, angav Kommissionen i den nævnte skrivelse af 13. marts 1990, at de beviselementer, som fremgik af bilagene II.1 til II.42, var sendt til hver af de pågældende virksomheder, »idet dog de dele, som kunne udgøre forretningshemmeligheder, eller som er ømtålelige set fra et forretningsmæssigt synspunkt, og som ikke direkte vedrører den påståede overtrædelse, [er blevet] udeladt«. Endelig har Kommissionen i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17 fremsendt hver virksomhed de svar, den anden har givet, og præciseret, at »de oplysninger, der kan udgøre forretningshemmeligheder, [ligeledes er] udeladt af disse besvarelser«.

9 Den 28. maj 1990 fremkom sagsøgeren med sine skriftlige bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter. Ved skrivelse af 29. maj 1990 anmodede Kommissionen sagsøgeren om at deltage i en høring den 25.-27. juni samme år om de overtrædelser, som sagsøgeren og ICI havde begået. Ved skrivelse af 14. juni 1990 afviste sagsøgeren at deltage i denne høring, som fandt sted den 26. og 27. juni 1990. Alene ICI deltog.

10 Ved skrivelse af 20. september 1990 til Kommissionen protesterede sagsøgeren mod den brug, som Kommissionen under høringen havde gjort af visse dokumenter eller dele heraf, som ikke optrådte i de sagsakter, som var blevet meddelt sagsøgeren, og mod undladelsen af at anvende andre dokumenter eller dele heraf, som Kommissionen kunne have henvist til. I denne sammenhæng anmodede sagsøgeren Kommissionen om i fuldt omfang at drage omsorg for, at retten til kontradiktion blev iagttaget.

11 Ved skrivelse af 1. oktober 1990 svarede Kommissionen hertil, at den under høringen havde fremdraget omkring ti dokumenter fundet hos ICI med journalnumrene »X.1 til X.11« udelukkende med henblik på at tage stilling til et anbringende, som ICI havde fremsat under høringen. Efter ICI's udtrykkelige anmodning var disse dokumenter ikke blevet vedlagt meddelelsen af klagepunkter på grund af deres delvis fortrolige karakter. Idet Kommissionen gik ud fra, at ICI efterfølgende havde

fremsendt sagsøgeren kopi af de omhandlede dokumenter med udeladelse af de fortrolige dele, gav den sagsøgeren mulighed for inden for en frist på to uger at fremkomme med supplerende bemærkninger hertil.

12 Ved skrivelse af 17. oktober 1990 præciserede sagsøgeren, at dennes tidligere skrivelse ikke vedrørte dokumenterne med journalnr. »X«, som Kommissionen havde fremlagt under høringen, og som var af ringe interesse for sagsøgeren. De relevante dokumenter var dem, som ICI havde anvendt til sit forsvar under høringen, og som ICI efterfølgende havde fremsendt til sagsøgeren. Det drejede sig om seks dokumenter fra ICI, som ifølge sagsøgeren var diskulperende for denne. I øvrigt blev to andre dokumenter kun vedlagt meddelelsen af klagepunkter i ganske vilkårligt rensede udgaver (II.25 og II.34). Sagsøgeren kritiserede denne fremgangsmåde og henviste i denne forbindelse til de bemærkninger, som ICI fremsatte under høringen.

13 I sin besvarelse af 30. oktober 1990 forklarede Kommissionen, at disse dokumenter hverken indeholdt nye oplysninger for sagsøgeren eller noget, der kunne støtte de klagepunkter, der var rejst mod de pågældende virksomheder. Kommissionen erklærede imidlertid at ville tage hensyn til det af sagsøgeren i skrivelsen af 17. oktober 1990 fremførte.

14 Det fremgår af sagen, at kommissærkollegiet efter afslutningen af den ovenfor beskrevne procedure under sit 1 040. møde den 17. og 19. december 1990 vedtog beslutning 91/297/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.133-A: Soda — Solvay, ICI, EFT 1991 L 152, s. 1, herefter benævnt »beslutningen«). Denne beslutning fastslår i det væsentlige, at sagsøgeren og ICI fra den 1. januar 1973 til begyndelsen af 1989 har deltaget i en samordnet praksis om opdeling af det vesteuropæiske sodamarked ved at forbeholde sagsøgeren det kontinentale Vesteuropa og ICI Det Forenede Kongerige samt Irland; følgelig pålægges de ved beslutningen hver en bøde på 7 mio. ECU.

15 På samme møde vedtog Kommissionen desuden:

— Beslutning 91/299/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/33.133-C: Soda — Solvay, EFT 1991 L 152, s. 21), hvorved den i det væsentlige fastslog, at sagsøgeren havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet i det kontinentale Vesteuropa, og hvorved der pålagdes sagsøgeren en bøde på 20 mio. ECU.

— Beslutning 91/300/EØF om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/33.133-D: Soda — ICI, EFT 1991 L 152, s. 40), hvorved den i det væsentlige fastslog, at ICI havde misbrugt sin dominerende stilling i Det Forenede Kongerige, og hvorved ICI blev pålagt en bøde på 10 mio ECU. Det væsentligste i den ved beslutning 91/300 fastslåede overtrædelse består i, at ICI har anvendt »meromsætningsrabatter« over for sine kunder, dvs. at ICI har tilskyndet dem til at aftage ikke blot deres »sædvanlige mængde« hos sig, men tillige deres »ekstramængder«, som de havde kunnet købe hos en anden leverandør, og at ICI i adskillige tilfælde har lagt pres på sine kunder for at forpligte dem til at foretage næsten alle deres køb hos ICI for på den måde at formindske konkurrencen fra andre leverandører mest muligt og opretholde en monopollignende stilling i Det Forenede Kongerige. I denne sammenhæng fremgår det af fjerde betragtning til beslutning 91/300 bl.a., at ICI indtil sidst i 1970'erne havde monopol på sodaleverancerne i Det Forenede Kongerige.

16 Retten har inden for rammerne af nærværende sag taget beslutning 91/299 og 91/300 af 19. december 1990 til efterretning. Den har ex officio indskrevet dem i nærværende sags akter.

17 Den gennem nærværende sagsanlæg anfægtede beslutning er blevet meddelt sagsøgeren ved rekommanderet skrivelse dateret den 1. marts 1991.

18 Det er ubestridt, at den beslutning, der blev meddelt sagsøgeren, ikke forinden var blevet stadfæstet ved underskrift af Kommissionens formand og generalsekretær, som bestemt i artikel 12, stk. 1, i Kommissionens forretningsorden 63/41/EØF af 9. januar 1963 (EFT Anden Serie VII, s. 9), som midlertidigt opretholdt ved artikel 1 i Kommissionens afgørelse 67/426/EØF af 6. juli 1967 (EFT Anden Serie VII, s. 14) og senest ændret ved Kommissionens afgørelse 86/61/EØF, Euratom, EKSF af 8. januar 1986 (EFT L 72, s. 34) (herefter benævnt »forretningsordenen«).

Proceduren for Retten

19 Under disse omstændigheder har sagsøgeren anlagt nærværende sag, der er registreret på Rettens Justitskontor den 2. maj 1991. Beslutningen er ligeledes genstand for en sag anlagt af ICI (sag T-36/91).

20 Den skriftlige forhandling er forløbet forskriftsmæssigt. Efter dens afslutning har sagsøgeren den 10. april 1992 indleveret et »supplerende processkrift« med et nyt anbringende om, at den omtvistede beslutning er en nullitet; under henvisning til to avisartikler, dels i *Wall Street Journal* af 28. februar 1992, dels i *Financial Times* af 2. marts 1992, har sagsøgeren bl.a. gjort gældende, at Kommissionen offentligt havde tilkendegivet, at dens retsakter efter fast praksis i årevis ikke var blevet stadfæstet, og at ingen beslutning var blevet stadfæstet i løbet af de sidste 25 år. Disse udtalelser fra Kommissionen henviste til en række dengang for Retten verserende sager om annullation af en anden af Kommissionens beslutninger vedrørende en samordnet praksis inden for polyvinylkloridsektoren. Disse sager har resulteret i Rettens dom af 27. februar 1992 (forenede sager T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315, herefter benævnt »PVC-dommen«). Kommissionen har inden for den frist, der i medfør af procesreglementets artikel 48, stk. 2, blev fastsat af formanden for Første Afdeling, indgivet sine skriftlige bemærkninger til det supplerende processkrift.

21 Ved kendelse af 14. juli 1993 har formanden for Første Afdeling truffet bestemmelse om at forene nærværende sag med sag T-36/91 med henblik på den mundtlige forhandling.

22 I marts 1993 besluttede Retten (Første Afdeling) — som foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse — at stille parterne en række spørgsmål, bl.a. vedrørende sagsøgerens adgang til Kommissionens sagsakter. Parterne besvarede disse spørgsmål i maj 1993. Efter at Domstolen ved dom af 15. juni 1994 (sag C-137/92 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555) havde truffet afgørelse i appelsagen mod Rettens PVC-dom, traf Retten (Første Udvidede Afdeling) bestemmelse om andre foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse og anmodede bl.a. Kommissionen om at fremlægge teksten til beslutning 91/297 som stadfæstet på originalsprogene ved formandens og generalsekretærens underskrifter og bilagt mødeprotokollatet.

23 Kommissionen svarede, at den, så længe Retten ikke havde truffet afgørelse om, hvorvidt anbringendet vedrørende den manglende stadfæstelse af den anfægtede beslutning i det hele taget kunne antages til realitetsbehandling, ikke fandt anledning til at behandle spørgsmålet om, hvorvidt det skulle tages til følge.

24 Under disse omstændigheder har Retten (Første Udvidede Afdeling) ved kendelse af 25. oktober 1994 med hjemmel i procesreglementets artikel 65 pålagt Kommissionen at fremlægge den nævnte tekst.

25 Kommissionen har herefter den 11. november 1994 bl.a. fremlagt beslutning 91/297 på fransk og engelsk, på forsiden forsynet med en udateret stadfæstelsesformular, underskrevet af Kommissionens formand og generalsekretær. Det er ubestridt, at denne formular først er blevet påført mere end seks måneder efter denne sags anlæg.

26 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmøder den 6. og 7. december 1994. Formanden har herefter erklæret den mundtlige forhandling for afsluttet.

Parternes påstande

27 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Principalt, at den anfægtede beslutning annulleres.

— Subsidiært, at den anfægtede beslutning ophæves, for så vidt som den pålægger sagsøgeren en bøde på 7 mio. ECU.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

28 I sit supplerende processkrift har sagsøgeren påstået, at beslutningen er en nullitet eller i det mindste bør annulleres.

29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— De i det supplerende processkrift fremsatte anbringender afvises fra realitetsbehandling eller tages ikke til følge.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Det bemærkes, at sagsøgeren som svar på Rettens skriftlige spørgsmål stillet efter afsigelsen af Domstolens nævnte dom af 15. juni 1994 har erklæret, at beslutningen herefter ikke påstås at være en nullitet, men alene påstås annulleret. Sagsøgeren har tillige anmodet Retten om kun at tage stilling til de fremsatte anbringender set i lyset af påstanden om annullation.

Påstanden om annullation af beslutningen

31 Til støtte for sin påstand om annullation har sagsøgeren fremført en række anbringender, som kan opdeles i to grupper. Under den første, der vedrører det retmæssige forløb af den administrative procedure, påberåber sagsøgeren sig en række væsentlige formelle mangler. I sit supplerende processkrift gør sagsøgeren gældende, at den meddelte beslutning i strid med artikel 12 i Kommissionens forretningsorden hverken er blevet underskrevet af Kommissionens formand eller stadfæstet på det relevante tidspunkt af denne og af generalsekretæren. Dertil kommer, at der ikke er sket gyldig meddelelse efter EØF-traktatens artikel 191 og forretningsordenens artikel 16, stk. 3. Desuden gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen har tilsidesat princippet om, at der ikke må ændres i retsakter udstedt af fællesskabsmyndighederne, ved at ændre beslutningen efter den dato, hvor den officielt blev vedtaget. I stævningen gør sagsøgeren gældende, at Kommissionen har tilsidesat kollegialitetsprincippet, og understreger, at i strid med forretningsordenens artikel 4 blev drøftelsen af udkastet til beslutningen ikke udsat, skønt mindst et af Kommissionens medlemmer skulle have ønsket en sådan udsættelse for at få tid til at sætte sig ind i sagen, der var blevet fremsendt til ham på et sent tidspunkt.

Endelig påberåber sagsøgeren sig en tilsidesættelse af retten til kontradiktion og af artikel 6 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, idet Kommissionen dels har anvendt dokumenter, der ikke eller ikke i fuldt omfang var meddelt, navnlig bilagene II.25 og II.34 til meddelelsen af klagepunkter, hvoraf dele var blevet udeladt, og dels har nægtet sagsøgeren adgang til visse dokumenter, som kunne tjene til dennes forsvar.

32 Inden for den anden gruppe anbringender gør sagsøgeren gældende, at EØF-traktatens artikel 85 og 190, de processuelle regler vedrørende fremlæggelse af bevis og vedrørende bevisbyrde samt lighedsprincippet er overtrådt, idet beslutningen bygger på fejlagtige faktiske antagelser og retlige vurderinger. Endelig påpeger sagsøgeren, at den pålagte bøde er urimelig høj og dens størrelse uden sammenhæng med den påståede overtrædelses betydning. Desuden er den ikke forskriftsmæssigt begrundet.

33 Retten vil indledningsvis undersøge det anbringende, der vedrører en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, idet Kommissionen har brugt dokumenter, som ikke var meddelt sagsøgeren, og har nægtet sagsøgeren adgang til visse dokumenter, som kunne tjene til dennes forsvar.

Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved Kommissionens påståede brug af dokumenter, der ikke er meddelt sagsøgeren, og Kommissionens nægtelse af at give sagsøgeren adgang til visse dokumenter, som kunne tjene til dennes forsvar

Parternes argumenter

34 Med henvisning til sine skrivelser af 20. september og 17. oktober 1990 til Kommissionen under den administrative procedure, som sagsøgeren har vedlagt sin

stævning, gør denne gældende, at Kommissionen ved vedtagelsen af den anfægtede beslutning har gjort brug af dokumenter, som ikke er blevet meddelt sagsøgeren. En del af de ikke meddelte dokumenter eller de passager, som Kommissionen har udeladt, indeholder elementer, der støtter sagsøgeren. Ifølge skrivelsen af 17. oktober 1990 (jf. præmis 12) drejer det sig bl.a. om seks dokumenter, som ikke er blevet fremsendt til sagsøgeren. Selv såfremt dokumenterne måtte være fortrolige, hvilket bestrides, finder sagsøgeren, at hensynet til forretningshemmeligheden må vige for de krav, som stilles til overholdelsen af retten til kontradiktion.

35 I replikken tilføjer sagsøgeren dels, at Kommissionen har lagt dokumenter til grund, som den udelukkende havde meddelt ICI, enten som bilag til meddelelsen af klagepunkter eller i løbet af den høring, som sagsøgeren ikke deltog i, og dels, at Kommissionen i sagens akter har udvalgt de dokumenter, der støtter Kommissionens synspunkt, men selv beholdt de dokumenter, der taler for det modsatte, hvilket ifølge sagsøgeren har forhindret denne i at tage til genmæle. Således er alle bilag med journalnr. V i meddelelsen af klagepunkter vedrørende ICI's misbrug af dominerende stilling ikke blevet meddelt sagsøgeren. De dokumenter, som ICI under denne sags retsforhandlinger har fremsendt, bekræfter, at disse bilag indeholder adskillige dokumenter, som støtter sagsøgerens påstand. En første undersøgelse viser, at otte af disse dokumenter fjerner grundlaget for Kommissionens påstande (replikken, s. 12 og note 9, 33 og 43). Sagsøgeren kritiserer, at ingen af virksomhederne har haft adgang til de dokumenter, der er fundet hos den anden, hvorfor de hver især har været afhængige af den andens velvilje for at kunne varetage deres interesser.

36 Sagsøgeren tilføjer, at det fremgår af en sammenligning af dokument II.34 med den længere udgave i dokument V.40, at Kommissionen blandt dokumenterne har udvalgt dem, som taler for dens synspunkt, og således har »konstrueret« sagen.

37 Hvad angår dokumenterne X.1 til X.11, som Kommissionen har fremlagt under høringen i proceduren mod ICI, medgiver sagsøgeren i replikken i sin skrivelse af

17. oktober 1990 at have erklæret, at de næppe var af interesse. Sagsøgeren tilføjer imidlertid, at dette ikke betyder, at disse dokumenter var uden interesse, eller at sagsøgeren har givet afkald på at gøre gældende, at de ikke var meddelt.

38 Sagsøgeren gør gældende, at det under en procedure i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er vigtigt, at hver af parterne i den påståede aftale får meddelelse om de samme dokumenter. Det tilkommer ikke Kommissionen at vurdere, om et dokument kan bruges til forsvar for den ene eller den anden af parterne eller ej. En beslutning vedrørende en aftale mellem to parter kan nemlig ikke adskilles i forhold til de virksomheder, der påstås at være parter i aftalen. Man kan ikke forestille sig, at den ene er part i aftalen, den anden ikke. Hvis Kommissionen således i dette tilfælde finder, at visse dokumenter er fortrolige, burde den enten udelade dem eller meddele dem til begge de berørte parter.

39 Inden for rammerne af det andet anbringende gør sagsøgeren i stævningen gældende, at Kommissionen ikke på den ene side kan fastholde, at handel mellem Det Forenede Kongerige og kontinentet var mulig, og samtidig i øvrigt fastslå, at sagsøgeren og ICI gennem den praksis, som Kommissionen har forbudt i medfør af traktatens artikel 86, har afskærmet deres respektive markeder (stævningens s. 47, hvor sagsøgeren henviser til sagerne T-32/91 og T-37/91).

40 Ifølge Kommissionen fremgår det af brevvekslingen med sagsøgeren under den administrative procedure, at klagepunktet om den påståede brug af ikke-meddelte dokumenter er blevet genstandsløst, også efter sagsøgerens opfattelse. Under alle omstændigheder er den anfægtede beslutning — den eneste, som sagen drejer sig om — ikke baseret på noget dokument, som ikke forudgående er blevet meddelt sagsøgeren.

41 Hvad angår den påståede manglende meddelelse af dokumenter, som støtter sagsøgeren, gør Kommissionen gældende, at de dokumenter, som i denne sammen-

hæng er blevet fremdraget af sagsøgeren under den administrative procedure — dokumenter fundet hos ICI — efter sidstnævntes anmodning ikke er blevet fremlagt. De bilag til meddelelsen af klagepunkter med journalnr. V, som de dokumenter, som sagsøgeren påberåber sig i denne sammenhæng, er uddrag af, vedrører ikke nærværende sag, men indeholder de dokumenter, som danner grundlaget for beslutningen om ICI's misbrug af sin dominerende stilling. De dokumenter, som denne beslutning bygger på, er bilagene med journalnr. II; de blev på fuldstændig samme måde meddelt sagsøgeren og ICI. Såfremt ICI nu antager, at visse af de dokumenter, som blev fundet hos dette selskab, ikke længere er fortrolige i forhold til sagsøgeren, kan Kommissionen ikke gøres ansvarlig for denne ændrede holdning. ICI's og sagsøgerens adfærd i så henseende udgør tilmed et veritabelt forsøg på fordrejning af de processuelle regler i forordning nr. 17.

42 I en sådan sammenhæng finder Kommissionen, at de dokumenter, sagsøgeren har fremlagt under den retlige forhandling, højest kan betragtes som beviselementer fremlagt for Retten til støtte for sagen, således at de må undersøges sammen med realiteten. Da Kommissionen i øvrigt er sagsøgt for Retten, er det den, som kan påberåbe sig beskyttelsen af sin ret til kontradiktion. Overholdelsen af disse rettigheder må medføre, at de anbringender, som sagsøgeren støtter på dokumenter, som udelukkende er fremlagt under replikken, ikke antages til realitetsbehandling.

43 Som svar på en række af Rettens skriftlige spørgsmål har Kommissionen forklaret, at det materiale, Kommissionens repræsentanter har fundet under kontrolundersøgelserne hos sodaproducenterne, udgør næsten 60 sagsmapper, opdelt efter, hos hvilken producent dokumenterne er fundet. Sagsmapperne 39-49 indeholder således det materiale, der hidrører fra ICI. Omkring ti andre sagsmapper indeholder de dokumenter, der er besvarelser af begæringer om oplysninger. Henset til antallet af producenter og til dokumenternes komplekse karakter har Kommissionen ikke foretaget en underopdeling i en gruppe vedrørende »artikel 85« og en gruppe vedrørende »artikel 86«.

44 Under sag T-36/91, der er forenet med nærværende sag med henblik på den mundtlige forhandling, har Kommissionen præciseret, at den har opdelt de dokumenter, der er fundet under undersøgelsen, således:

i) sagsmappe 1: interne dokumenter, såsom beslutningsudkast

ii) sagsmapperne 2-14: Solvay, Bruxelles

iii) sagsmapperne 15-19: Rhône-Poulenc

iv) sagsmapperne 20-23: CFK

v) sagsmapperne 24-27: Deutsche Solvay Werke

vi) sagsmapperne 28-30: Matthes & Weber

vii) sagsmapperne 31-38: AKZO

viii) sagsmapperne 39-49: ICI

ix) sagsmapperne 50-52: Solvay, Spanien

x) sagsmapperne 53-58: »AKZO II« (fornyet kontrolbesøg)

xi) sagsmappe 59: kontrolbesøg hos spanske producenter og fornyet kontrolbesøg hos Solvay, Bruxelles.

xii) Omkring ti andre sagsmapper, som indeholder korrespondancen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17.

45 Kommissionen tilføjer, at erfaringen viser, at når de først er undersøgt, er de fleste af dokumenterne ikke af interesse for sagens tilrettelæggelse. Under en kontrolundersøgelse har Kommissionens befuldmægtigede nemlig hverken tid til eller mulighed for at foretage en omhyggelig udvælgelse blandt de dokumenter, som forelægges dem, idet den eneste afgrænsning består i, om dokumenterne vedrører undersøgelsens genstand. De eneste dokumenter af interesse er dem, som klagepunkterne bygger på.

46 Kommissionen henviser til, at bilaget til meddelelsen af klagepunkter i dette tilfælde opdeler alle de dokumenter, klagepunkterne bygger på, i grupper. Dette udgør »sagens akter«. De består af en række led. Led V angår en procedure mod ICI i medfør af traktatens artikel 86 og vedrører ikke sagsøgeren. Dette er grunden til, at sagsøgeren ikke har fået kopi af bilagene angående femte del af meddelelsen af klagepunkter, og at der kun er blevet givet sagsøgeren delvis adgang til visse af ICI's interne dokumenter vedrørende anden del. Heraf følger imidlertid ikke, at

Kommissionen har nægtet sagsøgeren aktindsigt. Tværtimod har de sagsakter, som er meddelt sagsøgeren som bilag til meddelelsen af klagepunkter, ubestrideligt gjort det muligt for denne at forsvare sig på hensigtsmæssig måde mod de anførte klagepunkter.

47 Kommissionen har i øvrigt understreget, at sagsøgeren intetsteds i stævningen har hævdet, at Kommissionen skulle have givet sagsøgeren mulighed for at få indsigt i materialet vedrørende ICI. I øvrigt har sagsøgeren aldrig under den administrative procedure anmodet Kommissionen om at måtte benytte materialet vedrørende ICI i almindelighed eller de bilag, som vedrører femte del af meddelelsen af klagepunkter, i særdeleshed. Endelig har sagsøgeren ikke i sine skriftlige indlæg forklaret sin »tilbageholdende forretningsmæssige adfærd« med ICI's eventuelt dominerende stilling.

48 Kommissionen drager heraf den slutning, at den har gjort det muligt for sagsøgeren at få kendskab til alle de beviselementer, sagen indeholder. I øvrigt indeholder bilagene til anden del af meddelelsen af klagepunkter snarere en række oplysninger end rent belastende dokumenter. Hvad angår eventuelt diskulperende eller på anden måde for sagsøgerens forsvar relevante elementer, kan Kommissionen ikke kritiseres for at have foretaget en selektiv og vilkårlig udvælgelse. Sagsøgeren er ikke fremkommet med noget forhold, hverken under den administrative procedure eller under den skriftlige forhandling for Retten, der kan nære en sådan mistanke (Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 35). I øvrigt udgør bestemmelserne i artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17, sammenholdt med ICI's udtrykkelige anmodninger om, at hensynet til, at hele selskabets forretningsmæssige materiale er fortroligt, iagttages på det strengeste, en dobbelt hindring for, at disse oplysninger meddeles sagsøgeren.

49 Under retsmødet har sagsøgeren medgivet ikke under den administrative procedure at have anmodet Kommissionen om almindelig aktindsigt. Sagsøgeren har forklaret med sikkerhed at vide, at dette ville blive afslået af Kommissionen, som det i øvrigt var sket for ICI, der havde anmodet om det samme. Sagsøgeren tilføjer, at det

retteligen tilkommer Kommissionen på eget initiativ at give selskaberne adgang til de dokumenter, som er i Kommissionens besiddelse.

Rettens bemærkninger

Formaliteten og det fremførte anbringendes rækkevidde

50 I overensstemmelse med artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement, der fandt anvendelse ved sagens anlæg, må der først tages stilling til, om stævningen indeholder en kort fremstilling af den søgsmålsgrund, der vedrører tilsidesættelsen af retten til kontradiktion.

51 I denne sammenhæng bemærkes, at sagsøgeren i stævningen har fremført, dels at Kommissionen har anvendt ikke-meddelte dokumenter mod sagsøgeren, og dels ikke eller kun på ufuldstændig måde har overladt sagsøgeren andre dokumenter med elementer, der taler til dennes fordel. I denne sammenhæng henviser sagsøgeren til sin skrivelse af 17. oktober 1990 (stævningens bilag 9), i hvilken Solvay havde klaget over, at Kommissionen havde undladt at stille seks dokumenter, der hidrørte fra ICI, til selskabets disposition. Ifølge denne skrivelse er et af disse dokumenter med løbenr. 000320 ligeledes blevet brugt mod ICI i den procedure, der er indledt i medfør af artikel 86, eftersom det svarer til s. 3 i dokument V.9. Ved at fremlægge fotokopien af dette dokument med titlen »bilag V.9« har sagsøgeren — ganske vist indirekte — gjort det anbringende gældende, at Kommissionen har overset, at et af dokumenterne med journalnr. V tjente til sagsøgerens forsvar.

52 Andre i nævnte skrivelse af 17. oktober 1990 og senere i stævningen omhandlede dokumenter er dem, som hidrører fra ICI, og som Kommissionen har taget fotokopier af, men som den ikke har vedlagt nogen af de fremsendte meddelelser af klagepunkter. ICI har understreget dette i punkt 8 til de bemærkninger, som

selskabet fremlagde under høringen (bilag 5 til ICI's stævning i sag T-36/91, s. 14-19), og sagsøgeren har udtrykkeligt henvist hertil (s. 1 i skrivelsen af 17.10.1990). Det følger heraf, at sagsøgeren ligeledes for Retten gør gældende, at Kommissionen har overset, at visse dokumenter, som var fundet hos ICI, og som ikke senere er blevet inddraget under de forskellige sagers tilrettelæggelse, var relevante for sagsøgerens forsvar.

53 Retten finder i modsætning til de af Kommissionen udtrykte forbehold, at disse angivelser opfylder kravet til en kortfattet fremstilling af søgsmålsgrunden. Selve stævningen indeholder fremstillingen af de grundlæggende indsigelser mod Kommissionen, hvis rækkevidde bliver endnu klarere, når de læses i lyset af anbringenderne om en påstået modsætning mellem den procedure, der er indledt efter traktatens artikel 85, og de procedurer, der er indledt efter artikel 86 (jf. præmis 39); ved ikke at tage denne modsætning i betragtning har Kommissionen ifølge stævningen ligeledes undladt at tage hensyn til den bevisværdi, som dokumenterne fra ICI — såvel dem med journalnr. V som visse andre — har for sagsøgerens mulighed for at varetage sine interesser. Søgsmålsgrunden er således blevet tilstrækkeligt afgrænset i stævningen, selv når man bortser fra skrivelsen af 17. oktober 1990, som er vedlagt som bilag. Denne skrivelse indeholder supplerende anbringender, som imidlertid ikke er tvingende nødvendige for en kortfattet fremstilling af søgsmålsgrunden. Følgelig opfylder stævningen kravene i artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement.

54 Det fremgår således af det foregående, at anbringendet må deles i tre led, nemlig for det første Kommissionens anvendelse af et præcist antal belastende dokumenter (dokumenterne X.1 til X.11), som ikke er blevet fremsendt til sagsøgeren som bilag til meddelelsen af klagepunkter; for det andet den manglende meddelelse til sagsøgeren af dokumenterne med journalnr. V, som var bilagt den meddelelse af klagepunkter, der blev fremsendt til ICI i medfør af traktatens artikel 86, skønt sammenhængen mellem den påståede overtrædelse af artikel 86 og den påståede overtrædelse af artikel 85 bevirker, at disse dokumenter er relevante for sagsøgerens forsvar i dette tilfælde; for det tredje den manglende meddelelse af andre af de dokumenter, som hidrører fra ICI, og som kunne tjene til sagsøgerens forsvar i det omfang, en beslutning vedrørende en aftale mellem to parter ikke kan adskilles i forholdet dem imellem.

Realiteten

i) Det første led i anbringendet om Kommissionens anvendelse af belastende dokumenter, som ikke er meddelt sagsøgeren

55 Det bemærkes vedrørende de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt for første gang under høringen af ICI (dokumenterne X.1 til X.11), at de er blevet anvendt til at underbygge den klage, som er rejst mod sagsøgeren og mod ICI, om at have deltaget i en samordnet praksis, idet det blev præciseret, at dokumenterne X.8 og X.9 er de fuldstændige udgaver af dokumenterne II.12 og II.17, der delvis er blevet fremlagt i uddrag. Som sagsøgeren har bekræftet i sin nævnte skrivelse af 17. oktober 1990 uden på dette punkt at være blevet modsagt af Kommissionen, er de omhandlede dokumenter ikke blevet meddelt sagsøgeren af ICI under den administrative procedure. Det står dog fast, at sagsøgeren udtrykkeligt i samme skrivelse af 17. oktober 1990 har erklæret, at »disse dokumenter kun forekommer at være af ringe interesse«, hvilket efter sagsøgerens opfattelse ikke desto mindre ikke indebærer (replikken, s. 11), at sagsøgeren havde til hensigt at give afkald på at gøre denne manglende meddelelse gældende.

56 Det bemærkes, at visse af disse dokumenter udtrykkeligt henviser til forbindelserne mellem sagsøgeren, som nævnes deri, og ICI. I dokument X.2 står således: »They have not grasped our relationships and likely reaction from Solvay ... since the takeover of Stauffer.« (»De har ikke fattet vores indbyrdes forbindelser og Solvay's mulige reaktion ... på overtagelsen af kontrollen med Stauffer.«) På samme måde kommenterer dokumenterne X.6 og X.7 forbindelserne (»relationship«) mellem ICI og sagsøgeren. Dokument X.10 indeholder en i det mindste tvetydig sætning: »Solvays reaction to any ICI initiative involving a US partner is uncertain and would need testing through the appropriate channels.« (»Solvay's reaktion på et hvilket som helst initiativ fra ICI's side, som involverer en amerikansk partner, er

ikke til at forudse og må afprøves ad de dertil egnede kanaler.«) Dokumentet X.11 indeholder en »fortrolig« rapport om et møde mellem sagsøgeren og ICI den 14. april 1987, hvorunder man diskuterede visse priser og lukning af fabrikationsenheder. Denne kortfattede analyse af dokumenterne viser, at det drejer sig om belastende dokumenter, som underbygger klagepunktet om en samordnet praksis mellem sagsøgeren og ICI.

57 Følgelig må det undersøges, om Kommissionens fremgangsmåde forekommer forenelig med den nødvendige overholdelse af sagsøgerens ret til kontradiktion. I den forbindelse bemærkes, at Kommissionen i sin skrivelse af 1. oktober 1995 fastsatte en frist på to uger for sagsøgeren til at fremkomme med sine eventuelle bemærkninger, idet Kommissionen gik ud fra, at sagsøgeren i mellemtiden fra ICI havde modtaget en kopi af dokumenterne uden de fortrolige oplysninger. Sagsøgeren svarede den 17. oktober 1990, at selskabet ikke havde modtaget dokumenterne, men at disse »rent faktisk syn[t]es at være af ringe interesse«. Til trods for dette svar fra sagsøgeren må det fastslås, at de omhandlede dokumenter ikke har mistet deres belastende karakter, blot fordi sagsøgerens advokat i en uklar kommentar har udtalt sig om den interesse, som dokumenterne »syn[t]es at have«. Følgelig kan Retten ikke udelukke, at Kommissionen i overensstemmelse med artikel 2, stk. 3, og artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF 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) burde være fremkommet med en formel supplerende meddelelse af klagepunkter.

58 Selv om anvendelsen af de omhandlede dokumenter måtte karakteriseres som en uretmæssig tilsidesættelse af sagsøgerens ret til kontradiktion, ville en sådan procedurefejl imidlertid ikke i dette tilfælde føre til, at disse dokumenter blev udelukket som beviser. En sådan udelukkelse, der på ingen måde kunne føre til, at hele beslutningen blev annulleret, ville kun være af betydning i det omfang, Kommissionens klagepunkt alene kunne bevises med henvisning til disse dokumenter (Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen,

Sml. s. 3151, præmis 24-30). Dette spørgsmål henhører således under andre anbringender om, hvorvidt Kommissionens faktiske vurderinger kan tiltrædes. Følgelig kan første led i anbringendet under alle omstændigheder ikke tages til følge.

ii) Andet og tredje led i anbringendet om den manglende meddelelse til sagsøgeren af henholdsvis dokumenter med journalnr. V og andre dokumenter hidrørende fra ICI

59 Hvad angår spørgsmålet om aktindsigt i dokumenterne med journalnr. V og eventuelt andre dokumenter, der kan tjene til sagsøgerens forsvar, bemærker Retten indledningsvis, at reglerne om aktindsigt i konkurrencesager har til formål at give adressaterne for en meddelelse af klagepunkter mulighed for at gøre sig bekendt med bevismaterialet i Kommissionens sagsakter for på baggrund heraf at kunne tage stilling til de resultater, som Kommissionen er nået frem til i sin meddelelse af klagepunkter. Aktindsigt henhører således under de processuelle retssikkerhedsgarantier, som har til formål at beskytte retten til kontradiktion (Rettens dom af 18.12.1992, forenede sager T-10/92, T-11/92, T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 38, og ovennævnte dom i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 30). Retten til kontradiktion i enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, som under alle omstændigheder skal overholdes, selv om det drejer sig om en procedure af administrativ karakter. En effektiv overholdelse af dette almindelige princip kræver, at den pågældende virksomhed allerede under den administrative procedure sættes i stand til at tage stilling til de af Kommissionen fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9 og 11).

60 Retten finder, at problemet vedrørende en tilsidesættelse af retten til kontradiktion derfor må undersøges ud fra de specielle omstændigheder i hvert enkelt tilfælde, eftersom det hænger nøje sammen med de klagepunkter, som Kommissionen har anført for at bevise den overtrædelse, der er begået af den pågældende virksomhed. For at kunne nå til klarhed over, om andet og tredje led i det omhandlede anbringende kan tages til følge, må der derfor i korthed tages stilling til de faktiske klagepunkter, som Kommissionen har anført i sin meddelelse af klagepunkter og i den omtvistede beslutning.

— De af Kommissionen anførte klagepunkter og beviser

61 I denne henseende bemærkes for det første, at meddelelsen af klagepunkter kort kan gengives således, at sagsøgeren og ICI i hvert fald fra den 1. januar 1973 har deltaget i en samordnet praksis, da de sammen fortsat har overholdt en tidligere aftale, der fastlagde deres respektive salgsmarkeder på sodaområdet, idet de har afholdt sig fra gensidig konkurrence. Kommissionen indrømmer ikke at være i besiddelse af direkte beviser for en udtrykkelig aftale mellem sagsøgeren og ICI, men finder, at der foreligger omfattende beviser på et hemmeligt samarbejde, hvoraf det kan sluttes, at den oprindelige aftale, den såkaldte »Page 1 000«-aftale, der blev indgået i 1949, fortsat har været i kraft i form af en samordnet praksis. Det fremgår nemlig af dokumentbeviserne, at

— sagsøgeren og ICI fortsat har haft fuldstændige samarbejdsforbindelser, der snarere har lighed med et partnerskab end med konkurrence, med henblik på at samordne deres generelle strategi på sodaområdet og undgå enhver indbyrdes interessekonflikt

— grundlaget for disse fortsatte forbindelser har været opretholdelsen af den forretningspraksis, der blev påbegyndt under selskabet Brunner, Mond & Co., dvs. den gensidige anerkendelse af eksklusive aktivitetssfærer. Skønt den tidligere aftale gennem brevveksling af 12. oktober 1972 formelt er blevet ophævet, står disse forbindelser fortsat ved magt, da ingen af parterne nogensinde har konkurreret mod den anden på dennes marked i Fællesskabet.

62 Kommissionen har ligeledes i meddelelsen af klagepunkter anført som »endnu et vigtigt aspekt i de tætte forretningsmæssige forbindelser« mellem sagsøgeren og ICI, at der foreligger »medproducentaftaler« eller aftaler om »PFR« (purchase for

resale) med det formål i perioden fra 1983 til 1989 at hjælpe ICI med at overholde sine leveringsforpligtelser. Kommissionen har dog ikke anset disse aftaler for i sig selv at udgøre særskilte overtrædelser.

63 Det tilføjes, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter har understreget, at det vesteuropæiske sodamarked på tidspunktet for de faktiske omstændigheder stadig var karakteriseret ved en opdeling efter nationale hensyn, idet producenterne havde tilbøjelighed til at koncentrere deres afsætning i de medlemsstater, hvor de havde produktionsanlæg. Der var navnlig ikke import fra sagsøgeren eller nogen anden producent i Fællesskabet, der kunne konkurrere med ICI i Det Forenede Kongerige. Der var tale om det såkaldte »hjemmemarkedsprincip« (home market). Forbindelserne mellem sagsøgeren og ICI må således vurderes i lyset af de dokumenter, der vedrører et vist antal andre producenter eller hidrører fra dem, hvoraf fremgår, at alle sodaproducenterne i Fællesskabet i en lang årrække har accepteret dette princip, som i øvrigt blev overholdt mellem sagsøgeren og ICI så sent som i 1982. Kommissionen tilføjer, at skønt der er visse forhold, der tyder på, at sagsøgeren og AKZO i 1982 indgik en aftale om AKZO's virksomhed på det tyske sodamarked (bilag II.21 til meddelelsen af klagepunkter), er dette aldrig blevet anset for at være tilstrækkeligt til at begrunde indledningen af en procedure i henhold til traktatens artikel 85 mod sagsøgeren og AKZO.

64 Til støtte for sine klagepunkter har Kommissionen bilagt meddelelsen af klagepunkter til sagsøgeren en række dokumenter med journalnr. II. Kun tre af disse dokumenter (II.33, II.34 og II.36) er — i det mindste delvist — identiske med de dokumenter med journalnr. V, der anvendes i proceduren mod ICI i henhold til artikel 86 (V.32, V.40 og V.41). Ingen af de øvrige dokumenter med journalnr. V er blevet meddelt sagsøgeren.

65 Hvad angår klagepunkterne i den anfægtede beslutning bemærkes, at den samordnede praksis ifølge beslutningens artikel 1 har varet fra den 1. januar 1973 og i hvert fald, indtil proceduren blev indledt. For at godtgøre, at der foreligger samordnet praksis, støtter beslutningen sig i sin 58. betragtning i det væsentligste på syv

sammenfaldende faktorer. Således som det også fremgår af nævnte passage i beslutningen som præciseret af Kommissionen for Retten under retsmødet, kan disse faktorer sammenfattes i følgende fire dele:

— sagsøgeren og ICI's manglende sodahandel over Kanalen i hele den omhandlede periode, dvs. mere end seksten år, hvilket var resultatet af hver producents politik

— det nøje sammenfald mellem denne manglende konkurrence og ordvalget i de tidligere aftaler mellem sagsøgeren og ICI, senest den såkaldte »Page 1 000«-aftale fra 1949, hvis formelle ophævelse ikke havde medført nogen ændring i den anvendte praksis om markedsopdeling

— indgåelsen af aftaler om og iværksættelsen af »PFR-ordninger« om sagsøgerens levering af soda til ICI i perioden fra 1983 til 1989, at betragte som »tegn« (se note 1 til beslutningens 58. betragtning)

— hyppige kontakter mellem sagsøgeren og ICI med henblik på at koordinere deres strategi for sodasektoren.

— Sagsøgerens mulighed for kontradiktion

66 For at efterprøve, om der er blevet gjort indgreb i sagsøgerens muligheder for at forsvare sig mod disse klagepunkter, bemærkes indledningsvis, at en samordnet praksis karakteriseres af den omstændighed, at konkurrencens risici erstattes af et samarbejde mellem virksomhederne, hvilket formindsker den enkelte virksomheds usikkerhed med hensyn til konkurrenternes fremtidige holdninger. Hvis denne usikkerhed ikke formindskes, foreligger der ikke en samordnet praksis (se Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85,

C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307, præmis 62-65).

67 Det bemærkes, at sagsøgeren til sit forsvar i det væsentlige har gjort gældende, at selskabets adfærd kan forklares ved en selvstændig forretningspolitik og følgelig, at det ikke er bevist, at der foreligger samordnet praksis. Sagsøgeren har nemlig ikke haft interesse i at investere i en ekspansionspolitik i Det Forenede Kongerige, eftersom dette strategisk set ville være meningsløst. Disse indsigelser findes allerede i besvarelsen af meddelelsen af klagepunkter (se de skriftlige bemærkninger af 28.5.1990, s. 5-15, jf. præmis 9). De er blevet gentaget for Retten inden for rammerne af de anbringender, der vedrører Kommissionens faktiske bemærkninger og retlige vurderinger i den anfægtede beslutning (se bl.a. stævningens s. 30: »Alt lader tro ... at ... de kontinentale virksomheder ikke har interesse i at tiltvinge sig adgang på det britiske marked.«).

68 Det må følgelig i lyset af Domstolens retspraksis om begrebet samordnet praksis undersøges, om sagsøgerens mulighed for at forsvare sig er blevet påvirket af den manglende meddelelse af de dokumenter, der nævnes i det omhandlede anbringendes andet og tredje led. Det tilkommer ikke i denne sammenhæng Retten endeligt at tage stilling til bevisværdien af alle de af Kommissionen anførte beviser til støtte for den anfægtede beslutning. Det er tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger tilsidesættelse af retten til kontradiktion, at den manglende meddelelse af de omhandlede dokumenter har kunnet påvirke procedurens forløb og beslutningens indhold til skade for sagsøgeren. Muligheden for en sådan påvirkning kan således godtgøres gennem en foreløbig undersøgelse af visse beviser, som sandsynliggør, at de ikke meddelte dokumenter med hensyn hertil har kunnet have en betydning, som ikke burde være blevet overset. Såfremt retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, er den administrative procedure og beslutningens vurdering af de faktiske forhold behæftet med mangler.

69 Kommissionen har i denne sammenhæng som svar på Rettens skriftlige spørgsmål tilkendegivet, at man navnlig må henholde sig til de beviser, der er vedlagt

meddelelsen af klagepunkter fra tiden før 1973, dvs. de tidligere aftaler om markedsopdeling, navnlig den såkaldte »Page 1 000«-aftale; disse beviser kan anvendes til støtte for påstanden om en senere overtrædelse. Kommissionen har forklaret, at den ikke har inddraget perioden fra 1962 til 1973, dels fordi Det Forenede Kongerige ikke var medlem af Fællesskabet i denne periode, og dels fordi enhver påvisning af en overtrædelse ville kræve en særskilt analyse af virkningerne på samhandelen mellem medlemsstaterne.

70 Det følger heraf, at man må sondre mellem tre adskilte perioder, når man skal give en kortfattet vurdering af værdien af de beviser, som Kommissionen har anvendt med henblik på at drage sagsøgeren til ansvar. Sagsøgerens og ICI's adfærd må anses for lovlig indtil det tidspunkt, hvor EØF-traktaten og forordning nr. 17 var trådt i kraft i 1962. Hvad angår den følgende periode, som afsluttes den 31. december 1972, har Kommissionen ikke formelt under anvendelse af den kontradiktoriske procedure, som foreskrives i forordning nr. 17, inddraget de tidligere aftaler om markedsopdeling under sagen, hverken på grundlag af deres indhold eller virkninger eller på grundlag af, at ophævelsen af aftalerne i 1972 var af tvivlsom karakter. At inddrage denne periode ville som udgangspunkt da heller ikke være berettiget, eftersom det efter Kommissionens egne oplysninger ville have nødvendiggjort en speciel økonomisk analyse som supplement til den, som er blevet foretaget under sagen. Den tredje periode svarer til varigheden af den overtrædelse, som er fastslået i beslutningen.

71 For at begrunde anvendelsen af tidligere aftaler som bevis for en senere overtrædelse påberåber Kommissionen sig dom af 15. juli 1976, EMI Records (sag 51/75, Sml. s. 811, præmis 30), hvori Domstolen har kendt for ret, at for at artikel 85 kan finde anvendelse, er det tilstrækkeligt, at aftaler, der ikke længere er i kraft, stadig har virkninger. Kommissionen tilføjer, at det i sagen EMI Records drejede sig om en aftale, som var lovlig, da den blev indgået, mens det i denne sag drejer sig om aftaler, der fra begyndelsen har været ulovlige. Følgelig må det antages, at disse aftaler har virkninger, eftersom sagsøgeren og ICI efter deres markedsopdelingsaftalers formelle ophør er fortsat med at handle i overensstemmelse med de nu ophævede aftaler.

72 Det bemærkes imidlertid i denne forbindelse, at sagen EMI Records, som var forelagt Domstolen i medfør af traktatens artikel 177, ikke vedrører en procedure som den, der er omhandlet i nærværende sag, som er indledt af Kommissionen i medfør af forordning nr. 17, og i medfør af hvilken der pålægges en bøde. Desuden er sagen EMI Records ikke karakteriseret ved en periode på ti år, hvorunder de handlemåder, som i øvrigt er genstand for sagen, ikke inddrages, og i hvilken periode formodningen om uskyld altså taler til fordel for den berørte virksomhed. Det drejede sig tværtimod om en tvist for en national domstol mellem to indehavere af varemærker vedrørende omfanget af deres rettigheder med hensyn til konkurrencereglerne, og der var ikke tale om at pålægge en bøde. Retten finder følgelig, at de betragtninger, som Kommissionen bygger på dommen EMI Records, ikke kan finde anvendelse ved løsningen af nærværende tvist.

73 I dette tilfælde må Retten på grund af den uskyldsformodning, som taler til fordel for sagsøgeren, tage som udgangspunkt, at sagsøgeren indtil den 31. december 1972 ikke havde begået nogen overtrædelse. Under disse omstændigheder kan beviselementer, der ligger forud for 1962, og som henviser til en adfærd, der var lovlig på det pågældende tidspunkt, ikke tages som udtryk for, at sagsøgeren og ICI fra den 1. januar 1973 har indgået ulovlige aftaler. Det af Kommissionen forfægtede modsatte synspunkt overser muligheden af, at de to virksomheder har villet overholde traktaten og har givet afkald på deres tidligere samarbejde, en mulighed, som ikke kan udelukkes, hvis man tager den »formelle« ophævelse i 1972 af de tidligere aftaler i betragtning. I mangel af andre beviser går Kommissionens synspunkt ud på, at sagsøgeren og ICI fra en dato, som Kommissionen har fastlagt, har overtrådt traktatens bestemmelser ved at iværksætte en samordnet praksis. En sådan måde at påvise en overtrædelse på er uforenelig med overholdelsen af princippet om den formodede uskyld.

74 Hvad angår de beviser, som direkte vedrører de år, hvor den samordnede praksis — ifølge Kommissionen — har fundet sted, bemærkes, at ICI's køb med henblik på videresalg (purchase for resale, herefter benævnt »PFR«) hos sagsøgeren finder sted mellem 1983 og 1989. Imidlertid bestrider sagsøgeren, at disse kontrakter er belæg for ulovlige aftaler med ICI. Ifølge sagsøgeren drejede det sig om på én gang fåtallige og spredte leverancer, som alle ligger mellem april 1985 og marts 1986.

I øvrigt bemærkes, at Kommissionen har erklæret, at disse PFR-ordninger ikke i sig selv udgør særskilte overtrædelser (note 1 til beslutningens 58. betragtning). Det tilføjes, at dokumenterne vidner om forbindelser mellem sagsøgeren og ICI mellem 1985 og 1988 (se beslutningens 30. betragtning og dokumenterne med journalnr. II.30 til II.42). Der foreligger ikke dokumenter om møder i den periode, hvor overtrædelsen — ifølge Kommissionen — tog sin begyndelse. Det er ikke mindst tvivlsomt, om dokumenter fra en senere periode i en sådan situation kan være bevis for, at overtrædelsen allerede er påbegyndt næsten ti år tidligere, og det så meget desto mere som dokument II.5 af 10. september 1982 lægger vægt på en ny ligevægt i forholdet mellem sagsøgeren og ICI (»new arms length relationship«), hvilket kan afsvække hypotesen om en samordnet praksis.

75 Som i sagen Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen er en parallel og tilbageholdende adfærd hos sagsøgeren og ICI følgelig af særlig betydning som bevis for en eventuel samordnet praksis. Domstolen har i denne sammenhæng kendt for ret, at parallel adfærd kun kan betragtes som bevis på samordning, såfremt samordningen er den eneste plausible forklaring. Domstolen drager heraf den slutning, at det skal undersøges, om den af Kommissionen påståede parallelle adfærd i betragtning af produkternes art, virksomhedernes størrelse og antal og omfanget af det relevante marked ikke kan forklares ved andet end samordning, med andre ord, om de enkelte led i den parallelle adfærd udgør en stærk samling faste, nøjagtige og samstemmende beviser for forudgående samordning (se den nævnte dom i sagen Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, præmis 70, 71 og 72).

76 På grund af svagheden ved dokumentbeviserne vedrørende navnlig året 1973 og de umiddelbart følgende år har Kommissionen for at føre tilstrækkeligt retligt bevis for den påståede samordnede praksis således allerede på tidspunktet for meddelelsen af klagepunkter måttet udarbejde en omfattende og tilbundsgående økonomisk vurdering, navnlig af det relevante marked samt af størrelsen af og adfærden hos dette markeds virksomheder. Retten finder, at denne vurdering for at være fuldstændig, objektiv og afbalanceret i det mindste burde have taget højde for dels

sagsøgerens og ICI's stærke positioner på deres respektive geografiske markeder, og dels deres måde at binde kunderne til sig på, som er genstand for de procedurer, der er indledt i henhold til traktatens artikel 86.

— Andet led i anbringendet om den manglende meddelelse til sagsøgeren af dokumenter med journalnr. V

77 Med hensyn til andet led i anbringendet finder Retten, at det fremgår af det foregående, at en del af de dokumenter med journalnr. V, som ikke er blevet meddelt sagsøgeren, kunne støtte dennes indsigelser. Disse dokumenter, der henviser til ICI's påståede loyalitetsbinding af sine kunder, kan nemlig muligvis medvirke til at forklare sagsøgerens parallelle og tilbageholdende adfærd med andet end en ulovlig aftale. Inden for et marked, hvis strukturer, navnlig etableringen af produktionsanlæg nær ved de steder, hvor kundernes sodaforbrug finder sted, har udviklet sig siden forrige århundrede, og hvor transportomkostningerne øjensynlig spiller en vigtig rolle, kan dokumenter, der vidner om ICI's eventuelle loyalitetsbinding af sine kunder gennem et udviklet rabatsystem, være sagsøgeren til nytte med henblik på afsvække påstanden om en samordnet praksis. Disse dokumenter kunne nemlig eventuelt godtgøre, at sagsøgerens tilbageholdende adfærd skyldtes dennes selvstændige afgørelser som følge af, at det var vanskeligt at trænge ind på et marked, hvortil adgangen var spærret af en virksomhed, der indtog en dominerende stilling. Denne analyse bestyrkes af den betragtning, at visse af de beviser, som Kommissionen støtter sig på, muligvis ikke har nogen beviskraft eller i det mindste en langt svagere beviskraft end den, Kommissionen tillægger dem (se præmis 69 og 71). Som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten, dvs. efter den administrative procedure, har sagsøgeren nemlig udtalt, at for så vidt angår Kommissionens klage over, at ICI ved misbrug af sin dominerende stilling har lukket det britiske marked, er dette en yderligere forklaring på, at det var vanskeligt for sagsøgeren at trænge ind på dette marked. Dette er således en afgørende faktor, der taler mod påstanden om, at der foreligger en aftale om markedsopdeling.

78 Ganske vist gør Kommissionen gældende, at ICI først har misbrugt en dominerende stilling fra 1983. Kommissionen går imidlertid ud fra, at ICI's dominerende stilling lå i direkte forlængelse af den stærke position, som var blevet skabt ved markedsopdelingsaftalerne før 1973; desuden henviser beslutning 91/300 udtrykkeligt til forhold fra perioden før 1983, som viser ICI's økonomiske styrke, som f.eks. — beslutningens fjerde betragtning — at ICI indtil slutningen af 1970'erne havde monopol på sodaforsyningen til Det Forenede Kongerige (se præmis 15).

79 For så vidt som Kommissionen som svar på et skriftligt spørgsmål fra Retten fastholder, at det tværtimod er det forhold, at hver af de to dominerende virksomheder har holdt sig væk fra den andens marked, som betinger den enkeltes dominerende stilling på »sit eget marked«, bemærkes atter, at det ikke i denne sammenhæng drejer sig om endeligt at afgøre dette spørgsmål vedrørende sagens realitet, men om at efterprøve, om sagsøgerens mulighed for at forsvare sig er blevet påvirket af de betingelser, hvorunder meddelelsen af klagepunkter er blevet fremsendt til sagsøgeren, og af den måde, hvorpå Kommissionen efterfølgende har tilrettelagt sagen.

80 Det tilføjes, at sagsøgeren ganske vist var fuldt ud vidende om ICI's stærke position i Det Forenede Kongerige (se de skriftlige bemærkninger af 28.5.1990, s. 8 og 9: »... det er ICI's industrielle etablering i Det Forenede Kongerige, som er selskabets styrke på de britiske øer ... Alle disse faktorer ... fører til ... en vis geografisk afskærmning«). Imidlertid afsvækker denne viden ikke konstateringen af, at i det mindste visse af dokumenterne med journalnr. V kan tjene til sagsøgerens forsvar.

81 Kommissionen bemærker i denne sammenhæng, at dens tjenestemænd flere gange har undersøgt alle dokumenter i Kommissionens besiddelse, uden dog at have fundet noget, der kan diskulpere sagsøgeren, hvilket gjorde det unødvendigt at fremsende dem. I denne henseende må det understreges, at det ikke inden for rammerne af den kontradiktoriske procedure i medfør af forordning nr. 17 tilkommer Kommissionen alene at afgøre, hvilke dokumenter der kan bruges til forsvar.

Når det som i dette tilfælde nemlig drejer sig om at foretage komplicerede og vanskelige økonomiske vurderinger, skal Kommissionen give den pågældende virksomheds advokater mulighed for at efterse de dokumenter, der kan være relevante, med henblik på at vurdere deres bevisværdi for forsvaret.

82 I særdeleshed er dette tilfældet, når det drejer sig om parallel adfærd for en række handlemåder, der som udgangspunkt er neutrale, hvor dokumenterne kan fortolkes som talende både for og imod de pågældende virksomheder. Retten finder, at det under sådanne omstændigheder må undgås, at en mulig fejl begået af Kommissionens tjenestemænd, når de kvalificerer et givet dokument som »neutralt«, hvorefter det — fordi det er overflødigt — ikke fremsendes til virksomhederne, kan være til hinder for disse virksomheders ret til kontradiktion. Det af Kommissionen forfægtede modsatte synspunkt har til følge, at en sådan fejl kun opdages i tide før Kommissionens beslutning i det usædvanlige tilfælde, hvor de berørte virksomheder frivilligt samarbejder, hvilket skaber uacceptable retsplejemæssige risici (se præmis 85).

83 Under hensyntagen til det almindelige princip om processuel ligestilling af parterne, som forudsætter, at den berørte virksomhed under en konkurrencesag har samme kendskab som Kommissionen til de sagsakter, som anvendes under proceduren, kan Kommissionens synspunkt ikke tiltrædes. Retten finder det utilstedeligt, at kun Kommissionen, der tog stilling til overtrædelsen, var i besiddelse af dokumenterne med journalnr. V og således alene kunne beslutte, hvorvidt de skulle anvendes mod sagsøgeren, mens denne ikke har haft adgang til dem og således ikke har kunnet tage tilsvarende stilling til, hvorvidt de skulle anvendes til forsvar. Under denne forudsætning er sagsøgerens ret til kontradiktion under den administrative procedure blevet alt for indskrænket i forhold til Kommissionens beføjelser, som indebærer såvel den myndighedsfunktion at meddele klagepunkterne som den at træffe afgørelse, og dette med et dybere kendskab til sagens akter end sagsøgeren.

84 Følgelig kan Kommissionen ikke i dette tilfælde foretage en adskillelse af beviserne i meddelelsen af klagepunkter mellem dem, som vedrører overtrædelsen af artikel

85, på den ene side, og dem, som vedrører overtrædelsen af artikel 86, på den anden side, en adskillelse, som er opretholdt under den senere tilrettelæggelse af sagen og under kommissærkollegiets forhandlinger, hvilket har haft til følge, at der er blevet vedtaget en række særskilte beslutninger. Denne fremgangsmåde har forhindret sagsøgeren i at undersøge dokumenterne med journalnr. V, som kun har været brugt mod ICI. Heraf følger, at Kommissionen — under forbehold af de indsigelser, som vil blive undersøgt i det følgende — allerede i meddelelsen af klagepunkterne har tilsidesat sagsøgerens ret til kontradiktion ved at udelukke dokumenter fra proceduren, som var i Kommissionens besiddelse, og som eventuelt kunne tjene til sagsøgerens forsvar. Det tilføjes, at en sådan tilsidesættelse af retten til kontradiktion er ganske objektiv og ikke afhænger af god eller ond tro hos Kommissionens tjenestemænd.

85 For at anfægte, at der er sket tilsidesættelse af retten til kontradiktion, gør Kommissionen for det første gældende, at ICI havde kunnet overgive sagsøgeren de dokumenter, som hidrørte fra dette firma, og som tjente til dets forsvar. Under en sådan synsvinkel overses det imidlertid, at en virksomheds mulighed for at fremkomme med indsigelser ikke kan afhænge af velviljen hos en anden virksomhed, som må antages at være dennes konkurrent, og mod hvilken Kommissionen har rettet tilsvarende klager. Kommissionen har ansvaret for, at en konkurrencesag tilrettelægges korrekt, og kan ikke uddelegere dette ansvar til virksomheder, hvis økonomiske og processuelle interesser ofte står over for hinanden. I nærværende tilfælde kunne sagsøgeren således forsøge at påvise ICI's dominerende stilling, mens denne virksomhed havde al interesse i at afkræfte dette.

86 Følgelig er det irrelevant med hensyn til spørgsmålet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion, at sagsøgeren og ICI har udvekslet visse dokumenter, først under den administrative procedure, da sagsøgeren rent faktisk modtog visse dokumenter fra ICI, og dernæst fra det tidspunkt, hvor de to selskaber ikke længere konkurrerede på det relevante marked, dvs. slutningen af 1991. Et sådant samarbejde mellem virksomheder, som i øvrigt er ganske tilfældigt, kan på ingen måde ophæve Kommissionens pligt til at sikre overholdelsen af de berørte virksomheders ret til kontradiktion under tilrettelæggelsen af en sag om en overtrædelse af konkurrenceretten.

87 Kommissionen henviser desuden til den tavshedspligt, som den må overholde for at beskytte udenforstående virksomheders forretningshemmeligheder, navnlig for så vidt angår ICI, som i sine skrivelser af 13. april og 14. september 1989 har påberåbt sig, at alle dokumenter i Kommissionens besiddelse, som hidrørte fra ICI, var fortrolige. Kommissionen tilføjer, at sagsøgeren i øvrigt ved skrivelser af 27. april og 18. september 1989 har gjort krav på en lignende beskyttelse.

88 I denne henseende bemærkes indledningsvis, at efter et almindeligt princip, som finder anvendelse under den administrative procedure, og som traktatens artikel 214 samt forskellige bestemmelser i forordning nr. 17 er udtryk for, har virksomhederne ret til beskyttelse af deres forretningshemmeligheder (se Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 28, og af 19.5.1994, sag C-36/92 P, SEP mod Kommissionen, Sml. I, s. 1911, præmis 36). Retten finder imidlertid, at denne ret må afvejes i forhold til sikkerheden for retten til kontradiktion.

89 Som Kommissionen har anført som svar på et af Retten stillet spørgsmål under den nævnte sag T-36/91, har den i et sådant tilfælde to muligheder. Den kan enten vedlægge meddelelsen af klagepunkter alle de dokumenter, som den har til hensigt at anvende for at godtgøre de anførte klagepunkter, herunder de dele, som »klart« må betragtes som diskulperende for den pågældende virksomhed, eller sende denne en fortegnelse over de relevante dokumenter og give virksomheden adgang til »sagens akter«, dvs. til at undersøge dokumenterne hos Kommissionen selv (se ligeledes Kommissionens Attende Beretning om Konkurrencepolitikken 1989, s. 53).

90 I dette tilfælde kan Kommissionen ikke begrunde sit fuldstændige afslag på at ville udsende dokumenterne med, at sagsøgeren og ICI i de nævnte skrivelser har anmodet om, at deres dokumenter behandles fortroligt. Disse skrivelser er nemlig formuleret i meget generelle vendinger, som kan fortolkes således, at der kun skal iagttages fortrolighed om visse ømtålelige oplysninger heri, f.eks. ved at udelade de

tilsvarende passager. Kommissionen har i øvrigt fortolket ICI's skrivelse således, eftersom den i sin besvarelse af 24. april 1989 (se sag T-36/91) udtrykkeligt har erklæret, at disse dokumenter skulle meddeles de pågældende virksomheder, såfremt de var af interesse som bevis for en overtrædelse, og at kun de dele, der var virkelige forretningshemmeligheder, kunne udelades.

91 Det tilføjes, at Kommissionen rent faktisk har anvendt de samme dokumenter, dels i deres fuldstændige udgave, dels i en delvis hemmeligholdt udgave, inden for rammerne af de tre adskilte procedurer i henhold til traktatens artikel 85 og 86 mod sagsøgeren og ICI, på den ene side i de fælles bilag med journalnr. II og på den anden side i de adskilte bilag med journalnumrene IV og V. Dette fremgår f.eks. af det delvise sammenfald mellem bilagene IV.19 og V.23, IV.24 og V.34, IV.29 og V.41, IV.28 og II.35, V.40 og II.34 samt V.32 og II.33. Kommissionen har således, når den fandt det nødvendigt, på ingen måde taget de omhandlede dokumenters påståede almindelige fortrolighed i betragtning.

92 Følgelig kan det forhold, at Kommissionen har udeladt dokumenterne med journalnr. V fra proceduren mod sagsøgeren heller ikke begrundes med det nødvendige i at beskytte ICI's forretningshemmeligheder. Kommissionen har skullet beskytte disse hemmeligheder ved at udelade ømtålelige dele af de kopier af dokumenterne, som blev fremsendt til sagsøgeren, i overensstemmelse med almindelige praksis på området hos Generaldirektoratet for Konkurrence (GD IV), som oven i købet er blevet delvis efterlevet under de foreliggende sager.

93 Såfremt beskyttelsen af ICI's forretningshemmeligheder eller af andre ømtålelige oplysninger under udarbejdelsen af alle de omhandlede dokumenter havde vist sig vanskelig, kunne Kommissionen anvende den anden metode, dvs. fremsende sagsøgeren en fortegnelse over dokumenterne med journalnr. V. I så fald havde sagsøgeren kunnet anmode om aktindsigt i specifikke dokumenter i Kommissionens »sagsakter«. Før Kommissionen gav sagsøgeren adgang til dokumenter, som

muligvis kunne indeholde forretningshemmeligheder, kunne den henvende sig til ICI for at vurdere, hvilke passager der vedrørte omtålelige oplysninger, og som følgelig måtte holdes skjult for sagsøgeren. Dernæst kunne denne have fået adgang til dokumenterne uden ICI's forretningshemmeligheder.

94 Formålet med en sådan fortegnelse indebærer, at dens angivelser skal give sagsøgeren tilstrækkeligt præcise oplysninger, så at denne med kendskab til sagen kan afgøre, om de opregnede dokumenter er relevante for sagsøgerens forsvar. Hvad angår spørgsmålene om fortroligheden, må sagsøgeren kunne udpege netop det dokument fra ICI, der påstås ikke at være tilgængeligt, for at kunne diskutere direkte med denne om, hvorvidt man er indstillet på at afstå fra at kræve dokumentet behandlet fortroligt.

95 Det fremgår heraf, at den fortrolige behandling, som de dokumenter og/eller den fortegnelse, som sagsøgeren bør have, eventuelt skal undergives, ikke på nogen måde kan begrunde Kommissionens fuldstændige afslag på fremsendelse. Det må således fastslås, at Kommissionen har tilsidesat sagsøgerens ret til kontradiktion ved ikke sammen med fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter at have meddelt dokumenterne med journalnr. V, enten i form af bilag til meddelelsen eller i form af en fortegnelse.

96 Det må dernæst undersøges, om en sådan tilsidesættelse af retten til kontradiktion er uden forbindelse med den berørte virksomheds adfærd under den administrative procedure, og hvorvidt virksomheden var forpligtet til at anmode Kommissionen om indsigt i dennes sagsakter eller om at fremsende bestemte dokumenter til virksomheden. I denne sammenhæng bemærkes, at hverken den nævnte forordning nr. 17 eller forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 indeholder bestemmelser om en forudgående indgivelse af en sådan anmodning, eller om, at retten til kontradiktion fortabes i mangel heraf. I dette tilfælde må det under alle omstændigheder fastslås, at det forhold, at sagsøgeren ikke under den administrative procedure er fremkommet med en sådan anmodning, under retsmødet er blevet forklaret med det åbenbart nytteløse heri, som det fremgår af det afslag, der blev givet på ICI's anmod-

ning. Under disse specielle omstændigheder kan sagsøgerens undladelse ikke føre til fortabelse af retten til kontradiktion med den begrundelse, at overtrædelsen er gjort for sent gældende.

97 Rettens bemærkninger er ikke i modstrid med den nævnte dom i sagen AEG mod Kommissionen. I denne dom kendte Domstolen for ret, at visse belastende dokumenter anvendt mod en virksomhed burde vedlægges meddelelsen af klagepunkter, og at tilsidesættelsen af denne forpligtelse havde til følge, at de omhandlede dokumenter måtte udelades. I sagen AEG mod Kommissionen var anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion imidlertid ifølge den nævnte dom af begrænset rækkevidde og medførte derfor ikke, at proceduren i sin helhed var retsstridig. Følgelig undersøgte Domstolen, hvorvidt klagepunkterne efter udelukkelsen af de omhandlede dokumenter alligevel kunne betragtes som beviste (dommens præmis 30). I modsætning til i sagen AEG mod Kommissionen må det i denne sag fastslås, at sagsøgerens generelle mulighed for at forsvare sig er blevet påvirket ved den retsstridige manglende meddelelse af visse dokumenter, som netop ikke var belastende, men som kunne anvendes til sagsøgerens forsvar.

98 Det understreges, at tilsidesættelsen af retten til kontradiktion under den administrative procedure ej heller kan afhjælpes under forhandlingerne for Retten, som begrænser sig til en retlig kontrol udelukkende af de fremførte anbringender, og som derfor ikke træder i stedet for en fuldstændig tilrettelæggelse af sagen inden for rammerne af en administrativ procedure. Hvis sagsøgeren nemlig under den administrative procedure havde kunnet henvise til eventuelt diskulperende dokumenter, havde virksomheden muligvis kunnet påvirke kommissærkollegiets vurderinger, i det mindste hvad angår beviskraften af den parallelle og tilbageholdende adfærd, som bebrejdes sagsøgeren i begyndelsen af perioden og følgelig under overtrædelsens varighed. Retten kan derfor ikke udelukke, at Kommissionen ville have fastslået, at overtrædelsen var mindre langvarig og mindre alvorlig, og følgelig have fastsat en mindre bøde.

99 Følgelig må andet led i anbringendet tages til følge, og den anfægtede beslutning annulleres i det omfang, den vedrører sagsøgeren (se nævnte dom i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, præmis 47).

— Tredje led af anbringendet om den manglende meddelelse til sagsøgeren af andre dokumenter fra ICI

100 I modsætning til, hvad der gjaldt ved undersøgelsen af andet led i anbringendet, har Retten ikke kendskab til andre dokumenter fra ICI end dem med journalnr. V, som ikke er blevet stillet til rådighed for sagsøgeren, dog med undtagelse af dokumenterne med journalnr. X. Sagsøgeren gør imidlertid med rette gældende, at beslutningen om, hvorvidt der foreligger en aftale, ikke kan adskilles i forhold til de virksomheder, der påstås at være parter i aftalen. En samordnet praksis mellem to virksomheder er nemlig ikke mere bevist, dersom Kommissionen må fastslå, at en af parterne har handlet selvstændigt uden hemmelig aftale med sin påståede partner. Såfremt ICI havde kunnet opnå frifindelse, ville Kommissionen i dette tilfælde heller ikke over for sagsøgeren kunne opretholde klagepunktet om en samordnet praksis. Følgelig er dokumenter vedrørende ICI's adfærd ligeledes nyttige for sagsøgerens forsvar.

101 Det må atter bemærkes, at det ikke tilkommer Kommissionen alene at afgøre, om de dokumenter, der er fundet under tilrettelæggelsen af de foreliggende sager, kan diskulpere de berørte virksomheder. Princippet om den processuelle ligestilling af parterne og dette princips betydning i konkurrencesager, nemlig at Kommissionen og den, der skal forsvare sig, må have adgang til samme mængde oplysninger, kræver, at sagsøgeren kan vurdere beviskraften af de dokumenter, der hidrører fra ICI, som Kommissionen ikke havde vedlagt meddelelsen af klagepunkter. Retten finder det utilstedeligt, at da Kommissionen traf afgørelse om overtrædelsen, var kun den i besiddelse af dokumenterne i »sagsmapperne« 39-49 (ICI), og den kunne således alene beslutte sig til, hvorvidt de skulle anvendes med henblik på at bevise overtrædelsen, mens sagsøgeren ikke havde adgang til disse dokumenter og følgelig ikke kunne tage den tilsvarende beslutning om, hvorvidt de skulle anvendes under forsvaret. Følgelig burde Kommissionen i det mindste have fremskaffet en fortegnelse, der var tilstrækkeligt detaljeret til, at sagsøgeren kunne vurdere det hensigtsmæssige i at anmode om indsigt i særlige dokumenter fra ICI, der kunne tjene til forsvar for de to partnere i den påståede samordnede praksis. Eftersom man ikke kan kræve, at sagsøgeren skal påvise beviskraften i de særlige dokumenter, som eventuelt kunne diskulpere ICI — dokumenter, som i mangel af en fortegnelse er sagsøgeren ubekendte — er det tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, at sådanne dokumenter muligvis eksisterer. Det følger heraf, at også den anden tilsidesættelse af retten til kontradiktion er bevist.

102 Retten er klar over, at udarbejdelsen af fortegnelser og den eventuelle beskyttelse af forretningshemmeligheden, der må gå forud for »adgang til sagens akter«, medfører en betragtelig administrativ byrde for Kommissionens tjenestegrene, hvilket denne har gjort gældende under retsmødet. Imidlertid kan hensynet til overholdelsen af princippet om retten til kontradiktion ikke strande på tekniske og retlige vanskeligheder, som en effektiv administration må og skal kunne overvinde.

103 Det bemærkes atter, at manglen ved den administrative procedure ikke kan afhjælpes under forhandlingerne for Retten, som indskrænker sig til en retlig kontrol alene inden for rammerne af de anførte anbringender, og som derfor ikke kan træde i stedet for en fuldstændig tilrettelæggelse af sagen inden for rammerne af den administrative procedure. Såfremt sagsøgeren nemlig ved hjælp af en passende fortegnelse havde fundet frem til dokumenter fra ICI, der var diskulperende for de to virksomheder, havde sagsøgeren eventuelt kunnet påvirke Kommissionens vurderinger under den administrative procedure. Det tredje led i anbringendet må således tages til følge.

104 I overensstemmelse hermed må anbringendet om en tilsidesættelse af retten til kontradiktion tages til følge i sit andet og tredje led, og den anfægtede beslutning annulleres i det omfang, den vedrører sagsøgeren, uden at det er nødvendigt at undersøge det klagepunkt, hvorefter Kommissionen havde begrundet den anfægtede beslutning med dokumenter, som kun var blevet overgivet sagsøgeren i en delvist forkortet udgave. Det er ej heller nødvendigt at tage stilling til de andre anbringender til støtte for påstanden om annullation, navnlig anbringendet om den uretmæssige stadfæstelse af den anfægtede beslutning, som ikke vedrører hele den administrative procedure for Kommissionen (se i denne sammenhæng dom af dags dato, sag T-32/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1825).

Sagens omkostninger

105 I henhold til artikel 87, stk. 2, i procesreglementet pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har

i det væsentlige tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger, uden at det findes fornødent at tage i betragtning, at sagsøgeren delvist har hævet sagen for så vidt angår påstanden om, at beslutningen var en nullitet.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Udvidede Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning 91/297/EØF af 19. december 1990 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.133-A: Soda — Solvay, ICI) annulleres i det omfang, den vedrører sagsøgeren.**

2) **Kommissionen betaler sagens omkostninger.**

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. juni 1995.

H. Jung J.L. Cruz Vilaça

Justitssekretær Præsident