FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(första avdelningen i utökad sammansättning)
den 29 juni 1995 *

I mål T-30/91,

Solvay SA, tidigare Solvay et Cie SA, bolag bildat enligt belgisk rätt, Bryssel, företrätt av Lucien Simont, advokat vid Cour de cassation de Belgique, samt vid den muntliga förhandlingen av Paul-Alain Foriers och Guy Block, båda advokater i Bryssel, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Jacques Loesch, 11, rue Goethe,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Berend Jan Drijber, vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av Nicole Coutrelis, advokat i Paris, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremlis, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 91/297/EEG av den 19 december 1990 i ett förfarande angående tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.133-A: Sodakarbonat — Solvay, ICI, EGT nr L 152, 1991, s. 1),

meddelar

* Rättegångsspråk: franska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(första avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av J.L. Cruz Vilaça, ordförande samt D. P. M Barrington, A. Saggio, H. Kirschner och A. Kalogeropoulos, domare,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter muntligt förfarande den 6 och 7 december 1994,

följande

Dom

Bakgrund och förfarande

Den ekonomiska bakgrunden

1 Den produkt som behandlas i förfarandet, soda, används vid tillverkning av glas (kompakt soda) samt i den kemiska industrin och i metallindustrin (lätt soda). Det bör göras skillnad på naturlig soda (kompakt), vilken huvudsakligen produceras i USA och syntetisk soda (kompakt och lätt), vilken framställs i Europa enligt en metod som uppfanns av sökanden för över 100 år sedan, av det skälet att

produktionskostnaderna för naturlig soda är mycket lägre än för den syntetiska produkten.

2 Vid tidpunkten för de omständigheter som berörs i målet fanns det sex producenter av syntetisk soda i gemenskapen, nämligen följande:

— sökanden, den främste producenten i gemenskapen och världen med en marknadsandel om nära 60 procent i gemenskapen (och nära 70 procent i gemenskapen utom Förenade konungariket och Irland),

— Imperial Chemical Industries plc (nedan kallad "ICI"), den näst främste producenten i gemenskapen med en marknadsandel om över 90 procent i Förenade konungariket,

— de "små" producenterna Chemische Fabrik Kalk (nedan kallad "CFK") och Matthes & Weber (Tyskland), Akzo (Nederländerna) och Rhône-Poulenc (Frankrike) med ungefär 26 procent tillsammans.

3 Sökanden använde fabriker i Belgien, Frankrike, Tyskland, Italien, Spanien, Portugal och Österrike och hade försäljningsorganisationer i dessa länder samt i Schweiz, Nederländerna och Luxemburg. Solvay var dessutom den främste saltproducenten i gemenskapen och var följaktligen i en mycket fördelaktig situation vad gäller anskaffningen av den huvudsakliga råvaran för tillverkning av syntetisk soda. ICI hade två fabriker i Förenade konungariket efter det att en tredje hade stängts 1985.

4 De främsta kunderna i gemenskapen är glasproducenterna. Således används cirka 70 procent av de västeuropeiska företagens produktion i tillverkningen av plattglas och ihåligt glas. Huvuddelen av glasproducenterna använder sig av fabriker som är igång oavbrutet och har behov av en säker försörjning av soda. Oftast har de slutit

avtal på relativt lång tid med en stor leverantör för huvuddelen av sina behov och använder sig, som en försiktighetsåtgärd, av andra leverantörer som en "andra källa".

5 Vid tidpunkten för de omständigheter som berörs i målet kännetecknades gemenskapsmarknaden av en uppdelning efter nationsgränserna vilket var en följd av att producenterna allmänt sett hade en tendens att koncentrera sin försäljning till de medlemsstater där de hade produktionskapacitet. Detta var särskilt tydligt vad gäller sökanden och ICI, mellan vilka det inte förekom någon konkurrens eftersom båda begränsade sin försäljning i gemenskapen till sin egen traditionella "intressesfär" (den västeuropeiska kontinenten för sökanden samt Förenade konungariket och Irland för ICI). Denna uppdelning av marknaden hade skett 1870 då sökanden i ett första led hade överlåtit patenträttigheterna till Brunner, Mond & Co., ett av de företag som sedermera konstituerat ICI. För övrigt var Solvay en av de huvudsakliga aktieägarna i Brunner, Mond & Co. och därefter i ICI fram till det att andelarna såldes på sextiotalet. De avtal om uppdelning av marknaden som slutits successivt och senast 1945—1949 har enligt sökanden och Solvay blivit ogiltiga år 1962 och avskaffade formellt år 1972.

Administrativt förfarande

6 I början av år 1989 utförde kommissionen utan förvarning undersökningar hos de huvudsakliga sodaproducenterna i gemenskapen. Vid slutet av dessa undersökningar uppmärksammade sökanden genom skrivelse av den 27 april 1989 kommissionen på att alla de handlingar som kommissionen genom fotokopiering tagit i beslag i sökandens lokaler var konfidentiella. Kommissionen bekräftade i skrivelse av den 22 maj 1989 att artikel 20 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, 1962, s. 204, nedan kallad "förordning nr 17"), var tillämplig på de handlingar som den samlat in under ifrågavarande undersökningar. Kommissionen kompletterade undersökningarna genom att begära upplysningar. Sökanden inkom med de

begärda uppgifterna i skrivelse av den 18 september 1989, i vilket den erinrade om att de översända handlingarna var konfidentiella. Vid motsvarande undersökningar och begäran om upplysningar från kommissionen underströk även ICI i skrivelse av den 13 april och 14 september 1989 att handlingarna var konfidentiella.

7 Kommissionen översände därefter i skrivelse av den 13 mars 1990 ett meddelande om anmärkningar i flera delar:

— den första delen rörde de faktiska omständigheterna i förfarandet,

— den andra delen avsåg en överträdelse av artikel 85 i EEG-fördraget som sökanden och ICI (till vilka bilagorna II.1—II.42 översänts) anklagats för,

— den tredje delen avsåg en överträdelse av artikel 85 av EEG-fördraget som sökanden (till vilken bifogats bilagorna III.1—III.12 översänts) och CFK anklagats för,

— den fjärde delen avsåg en överträdelse av artikel 86 i EEG-fördraget som sökanden (till vilken bilagorna IV.1—IV.180 översänts) anklagats för,

— en femte del (till vilken bilagorna IV.1—IV.180 bifogats), vilken avsåg en överträdelse av artikel 86 som ICI anklagats för, ingår inte i det meddelande om anmärkningar som delgetts sökanden och skrivelsen av den 13 mars 1990 innehåller i detta avseende endast uppgiften "Den femte delen berör inte Solvay",

— den sjätte delen rörde frågan om böter som möjligen skulle dömas ut.

8 Kommissionen erinrade först om att det var viktigt att sekretessen upprätthölls för de handlingar som erhållits med stöd av förordning nr 17. Därefter angav den i skrivelsen av den 13 mars 1990 att den bevisning som fanns i bilagorna II.1—II.42 hade sänts till vart och ett av de berörda företagen, "[efter att] de uppgifter som skulle kunna utgöra affärshemligheter eller som var kommersiellt känsliga och som inte direkt rörde den påstådda överträdelsen hade tagits bort från handlingarna". Slutligen redovisade kommissionen de svar som vart och ett av företagen avgett i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 för det andra företaget med preciseringen att "de uppgifter som skulle kunna utgöra affärshemligheter [även de] hade tagits bort från svaren".

9 Den 28 maj 1990 inkom sökanden med sitt skriftliga yttrande över meddelandet om anmärkningar. I skrivelse av den 29 maj 1990 kallade kommissionen sökanden till förhör under tiden 25—27 juni samma år angående de överträdelser som sökanden och ICI anklagats för. I skrivelse av den 14 juni 1990 förklarade sökanden att den ej avsåg delta i förhöret vilket sedan ägde rum den 26 och 27 juni 1990. Endast ICI deltog i detta.

10 Sökanden protesterade i skrivelse till kommissionen av den 20 september 1990 mot att kommissionen under förhöret hade använt vissa handlingar eller delar av handlingar som inte förekommit i den akt som delgetts sökanden och samtidigt hade uteslutit vissa andra handlingar eller delar av handlingar som den kunde ha åberopat. Sökanden uppmanade mot den bakgrunden kommissionen att se till att sökandens rätt till försvar respekterades fullt ut.

11 Kommissionen svarade i skrivelse av den 1 oktober 1990 att det endast varit för att svara på ett argument som ICI fört fram vid förhöret som den hade åberopat ett tiotal handlingar som beslagtagits hos ICI vilka hade löpnummer "X.1 till X.11". På grund av en uttrycklig begäran från ICI hade dessa handlingar inte bifogats meddelandet om anmärkningar eftersom de delvis var konfidentiella. Kommissio-

nen utgick från att ICI under tiden översänt kopior av handlingarna till sökanden efter att ha tagit bort de konfidentiella delarna och gav därför sökanden tillfälle att inom två veckor inkomma med kompletterande yttrande i detta avseende.

12 I ett skrivelse av den 17 oktober 1990 preciserade sökanden att den inte menade de handlingar med löpnummer "X" som kommissionen hade lagt fram under förhörets gång och som endast hade ett mycket begränsat intresse för sökanden. De avsedda handlingarna var de som ICI hade använt vid förhöret och som ICI därefter hade översänt till sökanden. Det rörde sig om sex handlingar från ICI vilka enligt sökanden kunde rentvå denne. Vidare skulle två andra handlingar ha bifogats meddelandet om anmärkningar endast i form av godtyckligt censurerade versioner (II.25 och II.34). Sökanden har med hänvisning till vad ICI anfört vid förhöret kritiserat detta förfarande.

13 I ett svar av den 30 oktober 1990 förklarade kommissionen att handlingarna varken innehöll några nya uppgifter för sökanden eller några uppgifter som använts till stöd för de anmärkningar som riktats mot de berörda företagen. Kommissionen förklarade att den emellertid beaktade de argument som sökanden framfört i sitt skrivelse av den 17 oktober 1990.

14 Det framgår av akten att i det ovan redovisade förfarandet fattade kommissionsledamöternas kollegium vid sitt 1 040: e möte, vilket hölls den 17 och 19 december 1990, beslut 91/297/EEG om förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.133-A: sodakarbonat — Solvay, ICI, EGT nr L 152, 1991, s. 1, nedan kallat "beslutet"). I beslutet drogs i huvudsak slutsatsen att sökanden och ICI sedan den 1 januari 1973 till början av 1989 deltagit i ett samordnat förfarande för uppdelning av den västeuropeiska sodamarknaden genom att förbehålla den västeuropeiska kontinenten åt sökanden samt Förenade konungariket och Irland åt ICI. Var och en av dessa ålades följaktligen böter om sju miljoner ecu.

15 Vid samma möte antog kommissionen även

— beslut 91/299/EEG i ett förfarande angående tillämpning av artikel 86 i fördraget (IV/33.133-C: Sodakarbonat — Solvay, EGT nr L 152, 1991, s. 21) genom vilket den i huvudsak slagit fast att sökanden gjort sig skyldig till missbruk av den dominerande ställning som detta företag hade på marknaden på den västeuropeiska kontinenten och ålagt företaget böter om 20 miljoner ecu,

— beslut 91/300 i ett förfarande för tillämpning av artikel 86 fördraget (IV/33.133-D: Sodakarbonat — ICI, EGT nr L 152, 1991, s. 40), genom vilket den i huvudsak slagit fast att ICI hade missbrukat den dominerande ställning som sökanden hade i Förenade konungariket och ålagt denne böter om tio miljoner ecu. Den överträdelse som konstaterats i beslut 91/300 bestod i att ICI gentemot sina kunder hade använt sig av "meromsättningsrabatt", det vill säga uppmuntrat dem att köpa inte bara deras "vanliga" mängd utan även den ytterligare mängd ("top slice") som de kunnat köpa av en annan leverantör. Vidare hade ICI enligt beslutet utövat påtryckningar på sina kunder för att de skulle förplikta sig att täcka hela eller nästan hela sitt behov hos ICI i syfte att förhindra övriga leverantörer från att konkurrera och att på så sätt upprätthålla ett kvasimonopol på den brittiska marknaden. I beslut 91/300 hävdas i punkt 4 bland annat att ICI innehade ett kvasimonopol för sodaförsörjningen i Förenade konungariket ända fram till slutet på sjuttiotalet.

16 Förstainstansrätten har i målet tagit fasta på besluten 91/299 och 91/300 av den 19 december 1990. Förstainstansrätten har på eget initiativ fört in dessa beslut i förfarandet.

17 Det beslut som sökanden väckt talan mot i målet delgavs sökanden genom rekommenderad skrivelse daterat den 1 mars 1991.

18 Det är klarlagt att beslutets text i den form det delgetts sökanden inte hade bestyrkts genom underskrifter av kommissionens ordförande och generalsekreterare, på det sätt som föreskrivs i artikel 12.1 i kommissionens arbetsordning 63/41/EEG av den 9 januari 1963 (EGT nr 17, 1963, s. 181), provisoriskt hållet i kraft genom artikel 1 i kommissionens beslut 67/426/EEG av den 6 juli 1967 (EGT nr 147, 1967, s. 1), senast ändrat genom beslut 86/61/EEG, Euratom, EKSG av den 8 januari 1986 (EGT nr L 72, s. 34), och alltså i kraft (nedan kallat "arbetsordningen").

Rättsligt förfarande

19 Mot denna bakgrund har sökanden väckt den talan som registrerats av förstainstansrättens kansli den 2 maj 1991. Även ICI har väckt talan mot beslutet (T-36/91).

20 Det skriftliga förfarandet inför domstolen har genomförts på ett korrekt sätt. Efter att det skriftliga förfarandet hade avslutats inkom sökanden den 10 april 1992 med en "komplettering till ansökan", i vilket den framställde en ny grund för att det ifrågasatta beslutet skall förklaras vara en nullitet. Med hänvisning till två artiklar i *Wall Street Journal* av den 28 februari 1992 och i *Financial Times* av den 2 mars 1992, hävdade sökanden bland annat att kommissionen offentligt angett att det varit en praxis som följts i flera år att inte bestyrka akter som antagits av kommissionsledamöternas kollegium och att inget beslut hade bestyrkts på 25 år. Dessa förklaringar av kommissionen avsåg alltså mål som då pågick inför förstainstansrätten vilka rörde överklagande av kommissionens beslut att fastställa att en konkurrensbegränsning förekommit på området vinylpolyklorid och vilka gett upphov till förstainstansrättens dom av den 27 februari 1992, BASF m. fl. mot kommissionen (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 och T-104/89, Rec. s. II-315, nedan kallad "PVC-domen"). Kommissionen inkom med yttrande över kompletteringen till ansökan inom den frist som ordföranden för första avdelningen gett med stöd av artikel 48.2 i rättegångsreglerna.

21 Genom beslut av den 14 juli 1993 har första avdelningens ordförande förenat målet med T-36/91 såvitt avser det muntliga förfarandet.

22 I mars månad 1993 beslutade förstainstansrätten (första avdelningen) att som processledningsåtgärd ställa flera frågor till parterna bland annat rörande sökandens tillgång till kommissionens akt. Parterna besvarade dessa frågor under maj månad 1993. Sedan domstolen i dom av den 15 juni 1994, kommissionen mot BASF m. fl. (C-137/92 P, Rec. s. I-2555), hade avgjort det överklagande som ingetts mot förstainstansrättens PVC-dom beslutade förstainstansrätten (första avdelningen i utökad sammansättning) om ytterligare processledande åtgärder, genom vilka kommissionen särskilt uppmanades att inkomma med texten för sitt beslut 91/297/EEG på de giltiga språken, såsom texten då bestyrkts med ordförandens och generalsekreterarens underskrifter och bifogats protokollet.

23 Kommissionen svarade att det för den framstod som lämpligt att inte pröva denna grund så länge förstainstansrätten inte beslutat om talan kunde prövas i fråga om grunden att det ifrågasatta beslutet inte bestyrkts.

24 Under dessa omständigheter ålade förstainstansrätten (första avdelningen i utökad sammansättning), med stöd av artikel 65 i rättegångsreglerna, genom beslut av den 25 oktober 1994, kommissionen att förete den nämnda texten.

25 Efter detta beslut ingav kommissionen den 11 november 1994, bland annat, de franska och engelska språkversionerna av beslut 91/297/EEG, vars omslag var försett med en odaterad bestyrkandefras underskriven av kommissionens ordförande och dess generalsekreterare. Det står klart att denna fras inte anbringats förrän sex månader efter det att talan i målet väckts.

26 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet. Parterna har hållit anföranden och svarat på förstainstansrättens frågor vid sammanträde den 6 och 7 december 1994. Vid sammanträdets slut förklarade ordföranden det muntliga förfarandet avslutat.

Parternas yrkanden

27 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— i första hand ogiltigförklara det beslut mot vilket talan väckts,

— i andra hand ogiltigförklara det beslut mot vilket talan väckts i den del det innebär att sökanden åläggs böter om sju miljoner ecu,

— under alla omständigheter förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 I tillägget till sin ansökan har sökanden yrkat att förstainstansrätten skall förklara beslutet vara en nullitet eller åtminstone ogiltigt.

29 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan som ogrundad,

— avvisa talan i fråga om de grunder som framförts i kompletteringen som otillåten eller, i vart fall, ogilla den som ogrundad i denna del,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Efter det att domstolen avkunnat den ovan nämnda domen av den 15 juni 1994 har sökanden som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten förklarat att dess yrkanden inte längre syftade till en förklaring att beslutet var en nullitet, utan endast till en vanlig ogiltigförklaring av beslutet. Sökanden har även bett förstainstansrätten att endast pröva de framförda grunderna i fråga om ogiltigförklaring.

Yrkandena om ogiltigförklaring

31 Till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring har sökanden framfört ett antal grunder som kan indelas i skilda två grupper. I fråga om den första gruppen av grunder, vilka rör frågan om det administrativa förfarandet har genomförts på ett riktigt sätt, har sökanden åberopat ett flertal överträdelser av väsentliga formföreskrifter. I kompletteringen till sin ansökan har sökanden hävdat att det beslut som delgetts sökanden, i strid med artikel 12 i kommissionens arbetsordning varken skrivits under av kommissionens ordförande eller bestyrkts av denne och kommissionens generalsekreterare i rätt tid. Vidare skall någon sådan giltig delgivning som avses i artikel 191 i EEG-fördraget och i artikel 16 tredje stycket i arbetsordningen inte ha skett. Sökanden har dessutom hävdat att kommissionen har kränkt principen om att ändring inte får ske i efterhand i de rättsakter som antagits av gemenskapens institutioner genom att ändra beslutet efter det datum då det formellt antagits. I sin ansökan har sökanden anklagat kommissionen för att ha kränkt kollegialitetsprincipen. Sökanden har hävdat att kommissionen i strid med artikel 4 i arbetsordningen underlåtit att uppskjuta det ifrågasatta beslutet trots att åtminstone en av dess ledamöter begärt detta för att på ett meningsfullt sätt kunna sätta sig in i akten vilken först sent kommit denne ledamot till handa. Slutligen har

sökanden anfört att kommissionen kränkt rätten till försvar och artikel 6 i konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna dels genom att använda handlingar som inte översänts till sökanden, däribland särskilt bilagorna II.25 och II.34 till meddelandet om anmärkningar, vilka delvis censurerats, dels genom att inte ge insyn i vissa handlingar innehållande omständigheter av värde för försvaret.

32 Under den andra gruppen av grunder har sökanden hävdat att artiklarna 85 och 190 i EEG-fördraget, administrativa regler och regler angående bevisningen samt likabehandlingsprincipen överträtts på så sätt att beslutet grundats på felaktiga bedömningar av såväl fakta som rättsfrågor. Slutligen har sökanden hävdat att det ålagda bötestraffet varit oskäligt och att det inte stått i proportion till den påstådda överträdelsen samt att beslutet om böterna dessutom inte varit riktigt motiverat.

33 Förstainstansrätten anser att den först bör pröva den grund som avser kränkning av rätten till försvar bestående i att kommissionen skulle ha använt sig av handlingar som sökanden inte fått översända till sig samt ha vägrat ge sökanden tillgång till vissa handlingar som skulle kunna vara till nytta för dess försvar.

Den grund som avser kränkning av rätten till försvar bestående i att kommissionen skulle ha använt sig av handlingar som inte översänts till sökanden och i att kommissionen skulle ha vägrat att ge denne insyn i vissa handlingar innehållande uppgifter av värde för sökandens försvar

Parternas argument

34 Med hänvisning till de skrivelser av den 20 september och av den 17 oktober 1990 som den sänt till kommissionen under det administrativa förfarandet och som den

bifogat ansökan har sökanden gjort gällande att kommissionen vid antagandet av beslutet använt sig av handlingar som inte sänts över till sökanden. Ett antal handlingar som inte översänts och avsnitt som kommissionen tagit bort innehöll emellertid uppgifter som kunde vara av värde för sökandens försvar. Enligt skrivelsen av den 17 oktober 1990 (se ovan punkt 12) gällde detta bland annat sex handlingar som inte översänts till sökanden. Även om man antar att dessa handlingar skulle vara konfidentiella, vilket sökanden bestrider, anser sökanden att affärshemligheterna måste vika för de anspråk som följer av respekten för rätten till försvar.

35 I sin replik har sökanden tillagt dels att kommissionen stött sig på uppgifter som den endast underrättat ICI om, antingen som bilaga till meddelandet om anmärkningar eller vid det förhör som sökanden inte deltagit i, dels att kommissionen valt de handlingar i akten som stött dess uppfattning och hållit inne de uppgifter som talade emot dess uppfattning. Enligt sökanden har detta hindrat framförandet av sökandens försvar. Sökanden har således inte fått del av alla bilagor med löpnummer V till meddelandet om anmärkningar angående missbruk av dominerande ställning. Efter att ICI översänt vissa handlingar har emellertid sökanden kunnat konstatera att dessa bilagor innehöll ett antal handlingar som stödde dess uppfattning. En inledande undersökning skulle enligt sökanden visa att åtta av dessa handlingar rycker undan grunden för kommissionens påståenden (repliken s. 12 och fotnoterna 9, 33 och 43). Sökanden kritiserar den omständigheten att inget av företagen fått tillgång till de handlingar som beslagtagits hos det andra, vilket fått till följd att de båda för sitt försvar varit beroende av varandras goda vilja.

36 Sökanden har tillagt att handling II.34 vid en jämförelse med sin längre version såsom den återgetts i handling V.40 visar att kommissionen valt ut de handlingar som talar för dess uppfattning och på så sätt har "konstruerat" en akt.

37 I sin replik har sökanden medgett att den i sin skrivelse av den 17 oktober 1990 förklarat att handlingarna X.1—X.11 som kommissionen lagt fram under förhöret

i förfarandet mot ICI knappast var av intresse. Sökanden har emellertid tillagt att denna förklaring inte innebar att dessa handlingar saknade intresse och inte heller att sökanden avsagt sig rätten att åberopa den omständigheten att de inte sänts över av kommissionen.

38 Sökanden har gjort gällande att det i ett förfarande om tillämpning av artikel 85.1 i fördraget är viktigt att var och en av dem som anklagats för att delta i en konkurrensbegränsande åtgärd får del av samma handlingar. Det är inte kommissionens uppgift att avgöra om en handling skulle kunna vara till användning för försvaret av den ena eller andra parten. Det beslut som skall fattas i frågan om det föreligger en konkurrensbegränsande åtgärd eller ej kan nämligen inte skiljas från frågan om vilka som deltagit i åtgärden. Man kan inte anse att den ena deltagit och samtidigt anse att den andra inte deltagit. Kommissionen borde således, om den ansåg att vissa handlingar var konfidentiella, antingen ha avlägsnat dem eller ha sänt dem till samtliga de berörda parterna.

39 Inom ramen för en annan grund har sökanden hävdat att kommissionen inte kan göra gällande att det skulle vara möjligt att bedriva handel mellan Förenade konungariket och kontinenten och samtidigt anse att sökanden och ICI genom de handlingssätt som de dömts för enligt artikel 86 i fördraget skärmat av sina respektive marknader (s. 47 i ansökan där sökanden hänvisat till mål T-32/91 och T-37/91).

40 Enligt kommissionen framgår det av skriftväxlingen med sökanden under det administrativa förfarandet att den anmärkning som avser påståendet att kommissionen använt handlingar som inte översänts förlorat sitt syfte även ur sökandens synvinkel. I vilket fall som helst har det ifrågasatta beslutet, vilket är det enda som berörs i målet, inte grundats på någon handling som inte tidigare sänts till sökanden.

41 I fråga om påståendet att handlingar, som kunde stödja försvaret inte sänts till sökanden har kommissionen hävdat att de handlingar som sökanden under det

administrativa förfarandet hänvisat till i detta avseende och som beslagtagits hos ICI, inte lagts fram på begäran av det sistnämnda företaget. De bilagor till meddelandet om anmärkningar som har löpnummer V och ur vilka de handlingar som sökanden åberopat i detta avseende har tagits fram avser enligt kommissionen inte förevarande mål utan innehåller de handlingar som legat till grund för beslutet angående ICI: s missbruk av dominerande ställning. De handlingar som legat till grund för detta beslut bär löpnummer II och har sänts till sökanden och ICI i exakt samma form. Om ICI numera anser att vissa handlingar som beslagtagits hos detta företag inte längre är konfidentiella i förhållande till sökanden kan kommissionen inte anses ansvarig för denna förändrade inställning. Tvärtom utgör ICI: s och sökandens handlingssätt i denna fråga ett försök att missbruka de processuella regler som föreskrivs i förordning nr 17.

42 Kommissionen anser att i ett sådant sammanhang kan de handlingar som sökanden gett in under det rättsliga förfarandet på sin höjd anses utgöra bevisning åberopad inför förstainstansrätten till stöd för ansökan varför analysen av dem måste ske vid prövningen av sakfrågan. Eftersom det för övrigt är kommissionen som varit i försvarsställning inför förstainstansrätten är det kommissionen som kan åberopa skyddet för sin rätt till försvar. Respekten för dessa rättigheter måste innebära att de argument som sökanden grundat på handlingar som getts in först tillsammans med repliken skall förklaras vara otillåtna.

43 I svar på vissa skriftliga frågor som förstainstansrätten ställt har kommissionen förklarat att de handlingar som dess utredare erhållit i samband med undersökningar av sodaproducenter uppgår till nära 60 akter vilka indelats efter producent beroende på var handlingarna anträffats. Akterna 39—49 innehåller handlingar från ICI. Ett tiotal andra akter innehåller handlingar som getts in som svar när kommissionen begärt upplysningar. Eftersom det rört sig om ett stort antal producenter och komplicerade handlingar har kommissionen inte kunnat dela upp handlingarna i en kategori för "artikel 85" och en för "artikel 86".

44 Inom ramen för det ovan nämnda mål T-36/91 som i fråga om det muntliga förfarandet förenats med förevarande mål har kommissionen angett att den klassificerat de handlingar som beslagtagits under undersökningen enligt följande:

i) akt 1: interna handlingar, såsom förslag till beslut,

ii) akterna 2—14: Solvay, Bryssel,

iii) akterna 15—19: Rhône-Poulenc,

iv) akterna 20—23: CFK,

v) akterna 24—27: Deutsche Solvay Werke,

vi) akterna 28—30: Matthes & Weber,

vii) akterna 31—38: Akzo,

viii) akterna 39—49: ICI,

ix) akterna 50—52: Solvay, Spanien,

x) akterna 53—58: "Akzo II" (nytt besök)

xi) akt 59: besök hos spanska producenter samt nytt besök hos Solvay, Bryssel.

xii) Det finns ett tiotal andra akter som innehåller skriftväxling enligt artikel 11 i förordning nr 17.

45 Kommissionen har tillagt att erfarenheten visar att den övervägande delen handlingar när de väl blivit undersökta visar sig vara ointressanta för målets utredning. Vid en undersökning har nämligen kommissionens tjänstemän varken tid eller medel för att redan från början kunna göra ett noggrant urval bland de handlingar som de fått in eftersom den enda begränsningen är att handlingarna rör undersökningens syfte. De enda handlingar som är av intresse är de som legat till grund för anmärkningarna.

46 Kommissionen har påpekat att bilagorna till meddelandet om anmärkningar innehållit samtliga handlingar som legat till grund för anmärkningarna. Denna samling handlingar utgör enligt kommissionen "akten". Denna innehåller flera sektioner. Sektion V avser ett förfarande mot ICI enligt artikel 86 i fördraget som inte rör sökanden. Det är av detta skäl som sökanden inte fått någon kopia av de bilagor som hör till den femte delen av meddelandet om anmärkningar och som sökanden endast delvis fått tillgång till vissa av ICI: s interna handlingar som hör till andra

delen. Detta innebär emellertid enligt kommissionen inte att denna vägrat sökanden tillgång till akten. Tvärtom har den akt som sänts till sökanden som bilaga till meddelandet om anmärkningar obestridligen gjort det möjligt för sökanden att försvara sig på ett meningsfullt sätt mot de anmärkningar som framförts mot denne.

47 Kommissionen har vidare påpekat att sökanden inte på något annat ställe i sin ansökan hävdat att kommissionen borde ha gett den möjlighet att undersöka de handlingar som rör ICI. Sökanden har enligt kommissionen inte heller någonsin under det administrativa förfarandet begärt att få studera de handlingar som rör ICI, varken rent allmänt eller mer specifikt de handlingar som hör till den femte delen av meddelandet om anmärkningar. Slutligen har sökanden enligt kommissionen inte i sina yttranden förklarat sitt "passiva kommersiella handlingssätt" med att ICI eventuellt skulle ha en dominerande ställning.

48 Kommissionen anser mot denna bakgrund att den gett sökanden tillfälle att ta del av all den bevisning som förekommer i akten. Dessutom innehöll de bilagor som hörde till den andra delen av meddelandet om anmärkningar ytterligare uppgifter utöver de som fanns i de handlingar som använts mot sökanden. Man kan inte anklaga kommissionen för att ha gjort en selektiv och godtycklig gallring i fråga om handlingar som eventuellt skulle kunna vara till sökandens fördel eller som på något annat sätt skulle kunna vara till sökandens fördel. Sökanden har enligt kommissionen varken under det administrativa förfarandets gång eller under det skriftliga förfarandet inför förstainstansrätten visat någonting som ger anledning att misstänka någonting sådant (förstainstansrättens dom av den 1 april 1993, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, T-65/89, Rec. s. II-389, punkt 35). För övrigt har bestämmelserna i artikel 20.2 i förordning nr 17, samt ICI: s uttryckliga begäran om att sekretessen noga skulle upprätthållas för samtliga dess kommersiella handlingar, enligt kommissionen utgjort ett dubbelt hinder mot att ge sökanden tillgång till dessa uppgifter.

49 Vid sammanträdet har sökanden medgett att den under det administrativa förfarandet inte begärt att kommissionen skulle ge den tillgång till hela akten. Sökanden har förklarat att den visste att kommissionen skulle ha avslagit en sådan begäran, vilket kommissionen för övrigt gjort när ICI begärt tillgång till hela akten. Sökanden har

tillagt att det ankommer på kommissionen att på eget initiativ ge företagen tillgång till de handlingar som kommissionen har tillgång till.

Förstainstansrättens bedömning

Frågan om grunden kan prövas och om dess innebörd

50 I enlighet med artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler, vilken var tillämplig när talan väcktes skall förstainstansrätten inledningsvis pröva om ansökan innehåller en sammanfattning av de grunder som avser kränkning av rätten till försvar.

51 I detta avseende erinrar förstainstansrätten om att sökanden i ansökan hävdat att kommissionen dels mot sökanden använt handlingar som inte översänts till denne, dels inte översänt eller endast på ett ofullständigt sätt översänt handlingar som innehåller uppgifter till sökandens fördel. Sökanden har hänvisat till sin skrivelse av den 17 oktober 1990 (bilaga 9 till ansökan) i vilket sökanden anklagat kommissionen för att ha underlåtit att ge den tillgång till sex handlingar från ICI. Enligt skrivelsen har en av dessa handlingar, handling nummer 000320, även använts mot ICI i det förfarande som rör artikel 86 eftersom den handlingen motsvarar sidan 3 i handling V.9. Genom att ge in en fotokopia av handlingen med benämningen "Bilaga V.9" har sökanden, i och för sig på ett underförstått sätt, framfört anmärkningen att kommissionen inte beaktat att en av handlingarna med löpnummer V kunnat vara av användning i dess försvar.

52 De handlingar som avses i den nämnda skrivelsen av den 17 oktober 1990 och därefter i ansökan är handlingar från ICI som kommissionen fotokopierat men som inte bifogats något av meddelandena om anmärkningar. ICI har understrukit detta i punkt 8 i det yttrande ICI inkommit med vid förhöret (bilaga 5 till ICI: s

ansökan i mål T-36/91, s. 14—19) Sökanden har uttryckligen hänvisat till detta avsnitt (s. 1 i skrivelsen av den 17 oktober 1990). Följaktligen har även sökanden klagat inför förstainstansrätten på att kommissionen inte beaktat att vissa handlingar, som beslagtagits hos ICI men som därefter inte förts in i undersökningsakterna för de olika målen, varit av relevans för sökandens försvar.

53 Förstainstansrätten anser till skillnad från de tvivel som kommissionen uttryckt, att dessa uppgifter uppfyller kraven på en sammanfattning av grunderna för talan. Själva ansökan innehåller en sammanfattning av de viktigaste anmärkningarna som riktats mot kommissionen. Innebörden i dessa anmärkningar blir än klarare när de läses mot bakgrund av argumenten om en påstådd motsättning mellan det förfarande som avser artikel 85 och de förfaranden som avser artikel 86 i fördraget (se ovan punkt 39). Enligt ansökan har kommissionen genom att inte beakta denna motsättning även underlåtit att beakta det bevisvärde som handlingarna från ICI (de med löpnummer V samt vissa andra) hade för sökandens försvar. Därigenom har ramen för grunden angetts tillräckligt preciserat i ansökan även om man bortser från skrivelsen av den 17 oktober 1990, vilket bifogats ansökan. Skrivelsen innehåller ytterligare argument vilka emellertid inte är nödvändiga för sammanfattningen av grunderna. Följaktligen uppfyller ansökan de krav som ställs i artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler.

54 Det visar sig således mot bakgrund av ovanstående att grunden innehåller tre delar. Den första delen innebär att kommissionen har använt sig av ett visst antal handlingar som talar till sökandens nackdel (handlingarna X.1—X.11) vilka inte skall ha översänts till sökanden som bilaga till meddelandet om anmärkningar. Den andra delen innebär att sökanden inte getts insyn i de handlingar som har löpnummer V och som bifogats det meddelande om anmärkningar som sänts till ICI i fråga om artikel 86 i fördraget, trots att förhållandet mellan anklagelsen om överträdelse av artikel 86 och anklagelsen om överträdelse av artikel 85 medfört att de varit relevanta för sökandens försvar i målet. Den tredje delen innebär att sökanden inte getts insyn i handlingar som kommit från ICI och som kunde vara av användning

för dess försvar i den mån ett beslut angående en konkurrensbegränsning som båda parterna deltog i inte kunde vara oberoende av dessa handlingar.

Målet i sak

i) Den första delen av grunden vilken innebär att kommissionen använt sig av handlingar som varit till sökandens nackdel och som inte översänts till sökanden

55 I fråga om de handlingar som kommissionen lagt fram för första gången vid förhöret med ICI (handlingarna X.1—X.11) konstaterar förstainstansrätten att de använts för att bättre styrka anklagelsen om att sökanden och ICI bedrivit ett samordnat förfarande eftersom det gjorts klart att handlingarna X.8 och X.9 är de fullständiga versionerna av de delvis censurerade handlingarna II.12 och II.17. Dessa handlingar har emellertid enligt vad sökanden hävdat i sin skrivelse av den 17 oktober 1990 utan att bli motsagd av kommissionen på denna punkt inte översänts till sökanden av ICI under det administrativa förfarandet. Inte desto mindre har sökanden i samma skrivelse av den 17 oktober 1990 uttryckligen förklarat att dessa handlingar "föreföll vara av ett mindre intresse" vilket ändå inte enligt sökandens uppfattning inneburit att den avsett att frånsäga sig rätten att åberopa underlåtelsen att sända över handlingarna.

56 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att vissa av handlingarna uttryckligen rör förhållandet mellan sökanden, som nämns i dem, och ICI. I handling X.2 står det "They have not grasped our relationships and likely reaction from Solvay ... since the takeover of Stauffer." ("De har inte förstått våra förhållanden och hur Solvay troligen kommer att reagera ... efter övertagandet av Stauffer.") På samma sätt kommenterar handlingarna X.6 och X.7 "relationship" (förhållande) mellan ICI och sökanden. Handling X.10 innehåller en mening som åtminstone är tvetydig "Solvays reaction to any ICI initiative involving a US partner is uncertain and would need testing through the appropriate channels" ("Solvays reaktion på vilket initiativ som helst från ICI som rör en amerikansk partner är svår att förutsäga och

måste prövas på de lämpliga sätten.") Handling X.11 innehåller en "konfidentiell" rapport om ett möte som hållits mellan sökanden och ICI den 14 april 1987, under vilket vissa priser och nedläggningar av enheter diskuterats. Denna kortfattade analys av handlingarna visar att det rör sig om handlingar till sökandens nackdel som kan stödja ett påstående om ett samordnat förfarande mellan sökanden och ICI.

57 Följaktligen har förstainstansrätten att bedöma om kommissionens handlingssätt varit förenligt med respekten för sökandens rätt till försvar. Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att kommissionen i sin skrivelse av den 1 oktober 1990 antagit att ICI under tiden gett sökanden en censurerad kopia av handlingarna och därför gett sökanden en frist av två veckor att inkomma med eventuellt yttrande. Sökanden svarade den 17 oktober 1990 att den inte hade fått handlingarna men att dessa "föreföll vara av mindre intresse". Trots detta svar från sökanden måste det konstateras att handlingarna i fråga inte upphör att vara till nackdel för sökanden av det skälet att sökandens advokat i en tvetydig kommentar uttalat sig om hur stort intresse handlingarna i fråga "föreföll vara av". Följaktligen utesluter rätten inte att kommissionen i enlighet med artiklarna 2.3 och 4 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT nr 127, 1963, s. 2268) borde ha sänt ett tilläggsmeddelande om anmärkningar.

58 Även om användningen av handlingarna i fråga måste anses ha utgjort en kränkning av sökandens rätt till försvar så skulle emellertid ett sådant formfel i detta fall endast kunna leda till att handlingarna avvisades som bevisning. En sådan avvisning, vilken inte skulle ha inneburit att beslutet som helhet ogiltigförklarades, skulle vara av betydelse endast i den mån den berörda anmärkningen från kommissionen inte skulle kunna styrkas på annat sätt än genom hänvisning till handlingarna (domstolens dom av den 27 oktober 1983, AEG mot kommissionen, 107/82,

Rec. s. 3151, punkterna 24—30). Denna fråga rör således även andra grunder som har ett samband med frågan huruvida kommissionens bedömning av fakta varit välgrundad.

ii) De andra och tredje delarna av grunden vilka innebär att sökanden inte getts insyn dels i de handlingar som har löpnummer V, dels i andra handlingar från ICI

59 I fråga om insyn i de handlingar som har löpnummer V och andra handlingar som eventuellt skulle kunna vara av värde för försvaret erinrar förstainstansrätten inledningsvis om att aktens tillgänglighet i konkurrensmål har till syfte att ge dem som fått ett meddelande om anmärkningar möjlighet att underrätta sig om vad som förekommer i kommissionens akt så att de, på grundval av detta, kan uttala sig på ett meningsfullt sätt om de slutsatser som kommissionen dragit i meddelandet om anmärkningar. Tillgången till akten hör alltså till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar (förstainstansrättens dom av den 18 december 1992, Cimenteries CBR m. fl. mot kommissionen, T-10/92, T-11/92, T-12/92 och T-15/92, Rec. s. II-2667, punkt 38, samt ovannämnda dom BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, p. 30). Respekten för rätten till försvar utgör emellertid i varje förfarande som kan leda till straff en grundläggande gemenskapsrättslig princip som måste upprätthållas under alla omständigheter och detta även om det rör sig om ett förfarande av administrativ karaktär. En verklig respekt för denna allmänna princip förutsätter att det berörda företaget haft tillfälle att från det administrativa stadiet av förfarandet på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat (domstolens dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, 85/76, Rec. s. 461, punkterna 9 och 11).

60 Förstainstansrätten anser följaktligen att en kränkning av rätten till försvar måste prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall eftersom den i huvudsak är beroende av de anmärkningar som kommissionen anfört i meddelandet om anmärkningar och i beslutet för att fastställa den överträdelse som det berörda företaget anklagas för. För att få veta om grunden i fråga, som den angetts i sin andra och tredje del, har täckning skall en kortfattad prövning göras av de anmärkningar i sak som kommissionen anfört i meddelandet om anmärkningar och i det ifrågasatta beslutet.

— Om de anmärkningar och bevis som kommissionen anfört

61 Förstainstansrätten konstaterar för det första att den anklagelse som framförts i meddelandet om anmärkningar kan sammanfattas på så sätt att sökanden och ICI åtminstone sedan den 1 januari 1973 deltagit i ett samordnat förfarande genom att de gemensamt fortsatt att följa ett tidigare avtal som hade angett deras respektive försäljningsområden för soda på ett sådant sätt att de ömsesidigt avstått från att konkurrera med varandra. Kommissionen har bekräftat att den inte har några bevis för ett uttryckligt avtal mellan sökanden och ICI men anser att det finns starka bevis för en samordning av vilka man kan sluta sig till att den ursprungliga konkurrensbegränsningen, det vill säga ett avtal kallat "Page 1 000" som slutits år 1949, fortsatt att tillämpas i form av ett samordnat förfarande. De skriftliga bevisen visar nämligen att

— sökanden och ICI fortsatt ett fullständigt samarbetsförhållande som inneburit ett partnerskap snarare än konkurrens och som haft som syfte att samordna parternas globala strategier på sodaområdet och att undvika varje intressekonflikt dem emellan,

— basen för detta fortsatta förhållande har varit ett vidmakthållande av den handelsstrategi som satts i verket på företaget Brunner, Mond & Co: s tid, det vill säga ett ömsesidigt erkännande av exklusiva verksamhetsområden. Även om den tidigare konkurrensbegränsningen formellt avslutats genom en utväxling av skrivelser den 12 oktober 1972 har förhållandet upprätthållits på så sätt att ingen av parterna någonsin konkurrerat med den andre på dennes marknad i gemenskapen.

62 I meddelandet om anmärkningar har kommissionen även ansett att den omständigheten, att det förekommit avtal om "samproduktion" eller om "köp för återförsäljning" mellan sökanden och ICI med syfte att hjälpa ICI att uppfylla sina

leveransåtaganden under perioden 1983 till 1989, utgjort "ännu ett viktigt inslag i de nära handelsförbindelserna". Kommissionen har emellertid inte ansett att dessa avtal i sig utgjort några överträdelser.

63 Det skall tilläggas att kommissionen i sitt meddelande om anmärkningar understrukit att sodamarknaden i Västeuropa vid tidpunkten för de omständigheter som berörs i målet alltjämt kännetecknades av en uppdelning efter nationella överväganden där producenterna hade en benägenhet att koncentrera sin försäljning till de medlemsstater där de hade produktionskapacitet. Det har framför allt inte förekommit någon import från sökanden eller någon annan producent i gemenskapen som skulle kunna konkurrera med ICI i Förenade konungariket. Det har varit fråga om principen om den så kallade "hemmamarknaden" (home market). Förhållandena mellan sökanden och ICI bör således bedömas mot bakgrund av de handlingar som berör andra producenter eller som kommer från sådana och av vilka det framgår att samtliga sodaproducenter i gemenskapen under flera år accepterat denna princip, vilken för övrigt alltjämt varit i kraft mellan sökanden och ICI år 1982. Kommissionen har tillagt att även om det funnits vissa tecken på att sökanden och Akzo år 1982 slutit ett avtal om Akzo: s verksamhet på sodasektorn i Tyskland (bilaga II.21 till meddelandet om anmärkningar) har dessa tecken inte räckt till för att motivera att ett förfarande enligt artikel 85 i fördraget inleddes mot sökanden och Akzo.

64 Till stöd för sina anmärkningar bifogade kommissionen meddelandet om anmärkningar en uppsättning handlingar med löpnummer II. Av dessa handlingar var tre (II.33, II.34 och II.36) åtminstone delvis identiska med de handlingar med löpnummer V som använts i förfarandet mot Solvay enligt artikel 86 (V.32, V.40 och V.41). Ingen av övriga handlingar med löpnummer V har översänts till sökanden.

65 När det för det andra gäller anmärkningarna i det ifrågasatta beslutet skall det påpekas att enligt artikel 1 i beslutet har det samordnade förfarandet pågått från den 1 januari 1973 åtminstone till det att förfarandet inletts. I beslutet slås detta samordnade förfarande fast i punkt 58 genom att sju olika faktorer sammanställs.

Som framgår av det nämnda ledet i beslutet, såsom detta preciserats av kommissionen vid sammanträdet inför förstainstansrätten, kan dessa sju faktorer sammanfattas i följande fyra delar:

— Sökanden och ICI har som ett resultat av sina respektive handelsstrategier inte bedrivit någon handel med soda över engelska kanalen under hela den behandlade perioden, det vill säga mer än sexton år.

— Denna brist på konkurrens sammanfaller exakt med innehållet i de överenskommelser som tidigare slutits mellan sökanden och ICI, senast det så kallade "Page 1 000-avtalet" från 1949, vars formella upphävande inte på något sätt ändrat uppdelningen av marknaden.

— Sökanden och ICI har slutit och verkställt avtal om "köp för återförsäljning" bestående i leverans av soda från sökanden till ICI under perioden 1983—1989 vilket var en "avslöjande" omständighet (se fotnot 1 till punkt 58 i beslutet).

— Regelbundna kontakter har förekommit mellan sökanden och ICI för att samordna deras strategier inom sodasektorn.

— Sökandens försvar

66 Vid bedömningen av om sökandens möjligheter att försvara sig mot dessa anmärkningar har påverkats erinrar förstainstansrätten först om att ett samordnat förfarande kännetecknas av omständigheten, att det ersätter risken för konkurrens med ett samarbete mellan företagen, vilket minskar den osäkerhet som varje företag har beträffande sina konkurrenters hållning. Om denna osäkerhet inte minskats föreligger det inte något samordnat förfarande (se domstolens dom av den 31 mars

1993, Ahlström Osakeyhtiö m fl. mot kommissionen, C-89/85 m. fl., Rec. s. I-1307, punkt 62—65).

67 Förstainstansrätten erinrar om att sökanden till sitt försvar i huvudsak gjort gällande att dess beteende grundats på en självständig handelsstrategi och att det således inte styrkts att det förekommit något samordnat förfarande. Enligt sökanden skulle denne inte ha något intresse av att satsa på en expansion i Förenade konungariket vilket nämligen strategiskt sett skulle ha varit absurt för sökanden. Detta försvar förekommer redan i svaret på meddelandet om anmärkningar (se yttrandet av den 28 maj 1990, s. 5—15, se ovan punkt 9). Inför förstainstansrätten har försvaret upprepats inom ramen för de grunder som anförts mot kommissionens slutsatser i beslutet i fråga om fakta och i rättsligt avseende (se bland annat s. 30 i ansökan "Allt tyder på ... att ... företagen på kontinenten inte har något intresse av att påbörja verksamhet på den brittiska marknaden.").

68 Följaktligen skall förstainstansrätten mot bakgrund av rättspraxis undersöka om detta sökandens försvar påverkats av att insyn inte getts i handlingar angående de andra och tredje delarna av grunden i fråga. Det ankommer inte på förstainstansrätten att i detta sammanhang slutligt ta ställning till bevisvärdet hos samtliga de bevis som kommissionen åberopat till stöd för det ifrågasatta beslutet. Om det visas att den omständigheten att insyn i handlingarna i fråga inte getts har kunnat påverka förfarandets gång samt beslutets innehåll på ett för sökanden negativt sätt räcker detta för att fastställa att det skett en överträdelse av rätten till försvar. Huruvida någon sådan påverkan har skett kan således avgöras efter en provisorisk bedömning av bevisningen som ger vid handen att de icke uppvisade handlingarna kunnat ha en betydelse, i fråga om dessa bevis, som det inte bör bortses ifrån. Om man antar att rätten till försvar har kränkts så har det administrativa förfarandet och bedömningen av fakta i beslutet påverkats.

69 I detta avseende har kommissionen i svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten anfört att man särskilt måste hänföra sig till bevis som härrör från perioden

före 1973 vilka bifogats meddelandet om anmärkningar, nämligen de gamla avtalen om uppdelning av marknaden och bland dem särskilt det så kallade "Page 1 000-avtalet". Dessa bevis skulle nämligen kunna användas till stöd för påståendet om en senare överträdelse. Kommissionen har förklarat att den inte ifrågasatt perioden 1962—1973 främst därför att Förenade konungariket vid den tiden inte var medlem av gemenskapen och att varje konstaterande av att en överträdelse skett skulle kräva en annorlunda analys av verkan på handeln inom gemenskapen.

70 Följaktligen kan förstainstansrätten urskilja tre åtskilda perioder när den summariskt prövar bevisvärdet i de bevis som kommissionen använt vid anklagelserna mot sökanden. Fram till det att EEG-fördraget trädde i kraft och till det att förordning 17 trädde i kraft år 1962 måste sökandens och ICI: s beteende anses ha varit lagligt. För den följande perioden, vilken slutar den 31 december 1972, har de gamla avtalen om uppdelning av marknaden varken i fråga om sina syften och verkningar eller ens i fråga om den tvivelaktiga karaktären i uppsägningen av dem år 1972 formellt ifrågasatts av kommissionen enligt det kontradiktoriska förfarande som föreskrivits för detta ändamål i förordning 17. En sådan anmärkning skulle inte heller kunna förutsättas vara grundad eftersom det enligt vad kommissionen själv bekräftat vore nödvändigt med en särskild ekonomisk analys utöver den som gjorts i detta fall. Den tredje perioden motsvarar den tid då den överträdelse som slagits fast i beslutet skall ha pågått.

71 För att rättfärdiga åberopandet av gamla avtal som bevis för förekomsten av en senare överträdelse har kommissionen åberopat domen av den 15 juli 1976, EMI Records (51/75, Rec. s. 811, punkt 30), i vilken domstolen beträffande konkurrensbegränsningar som upphört att vara ikraft ansett att det för att artikel 85 skall vara tillämplig räcker att de fortsätter att ha verkningar. Kommissionen har tillagt att det i målet EMI Records rörde sig om ett avtal som var lagligt när det slöts, medan det i förevarande fall rör sig om avtal som varit olagliga ända från början. Följaktligen skall det, eftersom sökanden och ICI fortsatt att följa avtalen efter det att dessa formellt upphört, enligt kommissionen konstateras att avtalen fortsatt att vara verksamma.

72 I detta avseende skall det påpekas att EMI Records-målet, vilket överlämnats till domstolen med tillämpning av artikel 177 i fördraget, inte rörde ett sådant förfarande som det som kommissionen med tillämpning av förordning nr 17 inlett i förevarande mål och enligt vilket den utdömt en ekonomisk bestraffning. Vidare förekom det inte i EMI Records-målet någon period av tio år under vilken det handlingssätt som kommissionen i övrigt anmärkt emot inte ifrågasatts och för vilken period det skulle förutsättas att företaget inte begått någon överträdelse. Det rörde sig tvärtom om en tvist inför en nationell domstol mellan två innehavare av varumärken vilken berörde konkurrensreglerna men som inte rörde frågan om att döma ut böter. Följaktligen anser förstainstansrätten att de överväganden på basis av domen EMI Records som kommissionen åberopat inte kan tillämpas vid lösningen av det nu aktuella målet.

73 Den oskyldighetspresumtion som verkar till förmån för sökanden innebär i målet att förstainstansrätten utgår från att fram till och med den 31 december 1972 kan det inte göras gällande att sökanden gjort sig skyldig till någon överträdelse. Mot denna bakgrund skulle det bevismaterial från tiden före år 1962 som rör ett handlingssätt som vid den tiden var lagligt inte kunna visa mer än att sökanden och ICI från och med den 1 januari 1973 olagligen samordnat sina handlingssätt. Den motsatta uppfattningen, vilken kommissionen hävdat, innebär att man bortser från möjligheten att de båda företagen har avsett att respektera fördraget och avslutat sitt tidigare samarbete, vilket inte är uteslutet om man beaktar den formella uppsägningen av de tidigare avtalen som skett år 1972. I avsaknad av andra bevis skulle kommissionens uppfattning innebära att man förutsatte att sökanden och ICI från ett visst datum, som fastställts av kommissionen, har inlett en överträdelse av fördragets bestämmelser genom ett samordnat förfarande. Att slå fast en överträdelse på ett sådant sätt skulle vara oförenligt med respekten för oskyldighetspresumtionen.

74 När det gäller de bevis som direkt avser de år under vilka det samordnade förfarandet enligt kommissionen pågått kan det konstateras att ICI: s inköp för återförsäljning från sökanden skett mellan 1983 och 1989. Sökanden har emellertid bestritt att dessa avtal visar på några olovliga kontakter med ICI. Det har enligt sökanden rört sig om leveranser som varit både sällsynta och sporadiska och som koncentrerats till tiden mellan april 1985 och mars 1986. Det skall för övrigt erinras om

att kommissionen själv förklarat att dessa köp för återförsäljning inte i sig själva utgör några överträdelser (fotnot 1 till punkt 58 i beslutet). Det kan tilläggas att handlingarna vittnar om möten mellan sökanden och ICI mellan år 1985 och år 1988 (se punkt 30 i beslutet samt de handlingar som har löpnummer II.30—II.42). Det finns inte några handlingar som rör möten under den tid när överträdelsen enligt kommissionen skall ha påbörjats. Det är minst sagt diskutabelt att mot denna bakgrund anse att handlingar som är från en senare period skulle kunna bevisa att överträdelsen inletts nära tio år tidigare och detta desto mer som det i handling II.5 av den 10 september 1982 framhålls att det tillkommit en ny balans i förhållandet ("new arms length relationship") mellan sökanden och ICI, vilket skulle kunna försvaga hypotesen om ett samordnat förfarande.

75 Liksom i fallet Ahlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen, är det följaktligen för prövningen av om ett samordnat förfarande föreligger av särskild vikt att fastställa om sökanden och ICI passivt handlat parallellt. I detta avseende har domstolen slagit fast att ett parallellt handlingssätt inte kan anses som bevis för en samordning annat än om en sådan är den enda rimliga förklaringen till parallellismen. Domstolen har därav dragit slutsatsen att det — med beaktande av produkternas karaktär, av hur betydelsefulla och hur många företagen är samt av storleken på marknaden i fråga — skall prövas om parallellismen inte kan förklaras på annat sätt än att samordning skett, med andra ord om de olika leden i det parallella handlingssättet utgör påtagliga tecken på att samordning skett som är precisa och sinsemellan överensstämmande (se ovannämnda dom Ahlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen, punkt 70—72).

76 De bevis som avser särskilt år 1973 och de år som följt närmast därefter har varit mycket svaga. Kommissionen har därför varit tvungen att, från tiden för meddelandet om anmärkningar och framåt, genomföra en total och fördjupad ekonomisk prövning av exempelvis marknaden i fråga, av hur betydelsefulla de företag som förekommer på denna marknad är samt av hur dessa företag beter sig, för att rättsligt slå fast att det samordnade förfarande som sökanden anklagats för ägt rum. Förstainstansrätten anser emellertid att denna bedömning för att vara fullständig, objektiv och balanserad åtminstone måste innebära att man dels beaktar att

sökanden och ICI hade starka ställningar på sin respektive geografiska marknad, dels beaktar de lojalitetsskapande åtgärder gentemot sina kunder som sökanden och Solvay anklagats för inom ramen för de förfaranden rörande artikel 86 i fördraget som pågår.

— Den andra delen av den grund som innebär att insyn inte getts i de handlingar som har löpnummer V

77 Vad gäller den andra delen av grunden anser förstainstansrätten att det av det ovanstående framgår att en del av de handlingar som bär löpnummer V och som inte översänts till sökanden varit sådana att de kunnat stödja dennes försvar. De handlingar som avser de påstådda lojalitetsskapande åtgärderna gentemot ICI: s kunder har nämligen kunnat bidra till att förklara varför sökanden haft ett parallellt och passivt handlingssätt på ett annat sätt än genom ett olovligt samråd. I fråga om en marknad vars struktur, särskilt i fråga om produktionsställen och närliggande konsumtionsställen för soda, har utvecklats sedan 1800-talet och på vilken transportkostnaderna uppenbarligen spelar en viktig roll, skulle de handlingar som eventuellt vittnar om lojalitetsskapande åtgärder mot Solvays kunder i form av ett utvecklat rabattsystem kunna användas av sökanden för att vederlägga anklagelsen om ett samordnat förfarande. Dessa handlingar skulle nämligen eventuellt kunna visa att den passivitet som sökanden anklagats för grundats på självständiga beslut som denne fattat på grund av svårigheten att tränga in på en marknad som blockerades av ett företag med dominerande ställning. Denna analys förstärks av bedömningen att vissa av de bevis som kommissionen stött sig på eventuellt inte har något bevisvärde, eller åtminstone har ett lägre bevisvärde än vad kommissionen ansett (se ovan punkterna 69 och 71). Efter det administrativa förfarandet har sökanden i ett svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten nämligen hävdat att ytterligare en förklaring till att det inte gick att ta sig in på marknaden i Förenade konungariket kunde ligga i kommissionens anklagelse att ICI skärmat av den marknaden genom oegentliga åtgärder. Det skulle således röra sig om en omständighet som på ett avgörande sätt talade emot antagandet om ett avtal om uppdelning av marknader.

78 Visserligen har kommissionen inte anklagat ICI för att ha missbrukat sin dominerande ställning förrän från år 1983. Den har emellertid ansett att ICI: s dominerande ställning varit en direkt fortsättning på den starka ställning som hade upprättats genom avtalen om marknadsuppdelning vilka ingåtts före år 1973. Vidare hänför sig beslut 91/300 uttryckligen till omständigheter som visar ICI: s ekonomiska styrka och som härrör från tiden före år 1983, till exempel i punkt 4 i beslutet till att ICI var i monopolställning för sodaleveranser i Förenade konungariket ända fram till slutet på sjuttiotalet (se ovan punkt 15).

79 I den mån som kommissionen i svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten hävdat att det tvärtom är den omständigheten att vart och ett av de två dominerande företagen hållit sig utanför den andres marknad som säkerställt respektive företags dominerande ställning på "sin marknad" skall det påpekas att det inte i detta sammanhang är fråga om att ge något definitivt svar på denna sakfråga utan om att pröva om sökandens möjligheter till försvar har påverkats av omständigheterna vid översändandet av meddelandet om anmärkningar till sökanden och av de villkor under vilka kommissionen inlett förevarande mål.

80 Det skall tilläggas att sökanden förvisso kände till dels den starka ställning som ICI innehade i Förenade konungariket (se det skriftliga yttrandet av den 28 maj 1990, s. 8 och s.9 "... det är ICI: s industriella etablering som utgör dess styrka på de brittiska öarna ... Alla dessa omständigheter ... leder till ... en viss geografisk avskärmning"). Att sökanden känt till detta vederlägger emellertid inte uppfattningen att åtminstone vissa handlingar med löpnummer V kunde vara till användning för dess försvar.

81 I detta avseende har kommissionen påpekat att dess tjänstemän undersökt samtliga de handlingar som den haft i sin besittning och därefter undersökt dem om igen utan att emellertid kunna upptäcka några omständigheter av sådan karaktär att de friar sökanden. Detta har enligt kommissionen gjort det onödigt att ge insyn i handlingarna. Det skall emellertid understrykas att i det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i förordning nr 17 kan inte kommissionen ha rätten att ensam

avgöra vad som är till nytta för försvaret. När det som i förevarande fall rör sig om svåra och komplicerade ekonomiska bedömningar måste kommissionen ge företagets rådgivare en möjlighet att undersöka de handlingar som kan vara relevanta så att rådgivarna kan göra en bedömning av vilket bevisvärde handlingarna har för försvaret.

82 Detta gör sig särskilt starkt gällande i fråga om parallella beteenden som utgörs av en mängd handlingssätt som innan de undersökts framstår som neutrala eller handlingar som kan tolkas såväl till de berörda företagens fördel som till deras nackdel. Förstainstansrätten anser att det under sådana omständigheter måste undvikas att företagens rätt till försvar hotas av att kommissionens tjänstemän eventuellt begår ett misstag som innebär att de klassificerar en handling som "neutral" och därför inte lämnar ut den till företagen. Den motsatta uppfattning som kommissionen anfört skulle få till följd att misstaget inte skulle kunna upptäckas i tid före kommissionens beslut annat än i det exceptionella fall att de berörda företagen spontant inleder ett samarbete. Detta skulle leda till oacceptabla risker för rättskipningen (se nedan punkt 85).

83 Principen om jämlikhet i medel förutsätter i ett konkurrensmål att det berörda företaget har en kännedom om akten i målet som är likvärdig med den som kommissionen har. Med hänsyn till detta kan kommissionens uppfattning inte godtas. Kommissionen har, när den avgjort frågan om överträdelse, ensam haft tillgång till handlingarna med löpnummer V och har således ensam kunnat avgöra om den skulle använda handlingarna mot sökanden eller ej. Sökanden har däremot inte haft tillgång till handlingarna och har således inte kunnat fatta motsvarande beslut om den skulle använda dessa i sitt försvar eller ej. Förstainstansrätten kan inte tillåta ett sådant förhållande. I så fall skulle sökandens rätt till försvar under det administrativa förfarandet inskränkas alltför mycket i förhållande till kommissionens befogenheter, vilka skulle innefatta funktionerna att föra fram anmärkningarna och att slutligt besluta allt under det att kommissionen skulle ha en mer ingående kännedom om akten än vad försvaret skulle ha.

84 Följaktligen borde kommissionen i detta fall inte i meddelandet om anmärkningar ha gjort en uppdelning av bevismedlen i dels sådana som avser den påstådda

överträdelsen av artikel 85, dels sådana som avser den påstådda överträdelsen av artikel 86. Denna uppdelning har fullföljts vid den efterföljande undersökningen och vid behandlingen inför kommissionens ledamöter i kollegium och har lett till att flera olika beslut antagits. Detta handlingssätt har hindrat sökanden från att undersöka de handlingar med löpnummer V som endast använts mot ICI. Följaktligen har kommissionen, med reservation för nedan behandlade invändningar, från det att meddelandet om anmärkningar sänts ut, kränkt sökandens rätt till försvar genom att utesluta handlingar som den hade tillgång till och som eventuellt skulle kunna vara till nytta för sökandens försvar från förfarandet. Det skall tilläggas att en sådan kränkning är av objektiv karaktär och är oberoende av om kommissionens tjänstemän haft ärliga avsikter eller inte.

85 För att motsäga slutsatsen att rätten till försvar kränkts har kommissionen inledningsvis gjort gällande att ICI borde ha kunnat överföra de handlingar som kom från ICI till sökanden och som kunnat vara till nytta för dess eget försvar. En sådan uppfattning skulle emellertid inte ta hänsyn till att ett företags försvar inte kan göras beroende av den goda viljan hos ett annat företag vilket kan antas vara en konkurrent och mot vilket kommissionen riktat liknande anklagelser. Eftersom det är kommissionen som har ansvaret för att utredningen i ett konkurrensmål sker på ett riktigt sätt kan denna inte överlåta ansvaret åt företag vilka ofta har motsatta ekonomiska och processuella intressen. Sökanden skulle nämligen i detta fall ha kunnat försöka visa att ICI hade en dominerande ställning, medan detta företag skulle ha haft allt intresse av att förneka att en sådan förelåg.

86 Det är följaktligen utan betydelse för kränkningen av rätten till försvar att sökanden och ICI inlett ett visst utbyte av handlingar för första gången när sökanden mottagit vissa handlingar från ICI och därefter från den tidpunkt då de båda företagen inte längre var konkurrenter på marknaden i fråga, det vill säga från slutet på 1991. Kommissionen är skyldig att, vid undersökningen av en överträdelse av konkurrensrätten, själv garantera respekten för rätten till försvar för de berörda företagen. Att det förekommit ett för övrigt osäkert samarbete mellan företagen kan inte i något fall innebära att denna skyldighet upphör.

87 Kommissionen har vidare hänvisat till den sekretess som den varit tvungen att respektera för att skydda utomstående företags affärshemligheter, särskilt de som kommer från ICI som i skrivelse av den 13 april och den 14 september 1989 skall ha gjort gällande att alla de handlingar från ICI som kommissionen hade i sin besittning var av konfidentiell karaktär. Den har, för övrigt, tillagt att sökanden i skrivelse av den 27 april och 18 september hade begärt ett liknande skydd.

88 I detta avseende skall det först och främst påpekas att enligt en allmän princip som är tillämplig på det administrativa förfarandets gång och som kommer till uttryck i såväl artikel 214 i fördraget som i flera olika bestämmelser i förordning nr 17 har företagen rätt till skydd för sina affärshemligheter (se domstolens domar av den 24 juni 1986, Akzo Chemie mot kommissionen, 53/85, Rec. s. 1965, punkt 28 och av den 19 maj 1994, SEP mot kommissionen, C-36/92 P, Rec. s. I-1911, punkt 36). Förstainstansrätten anser emellertid att denna rätt måste ställas i relation till skyddet för rätten till försvar.

89 Som kommissionen har uppgett i svar på en fråga som förstainstansrätten ställt i det ovannämnda målet T-36/91 har den två möjligheter i ett sådant fall. Kommissionen kan antingen till meddelandet om anmärkningar bifoga samtliga de handlingar som den avser att använda för att bevisa de framförda anmärkningarna, inklusive uppgifter som "klart" kan anses vara av karaktär att tala till det berörda företagets fördel, eller sända en förteckning över de relevanta handlingarna till företaget och ge detta "tillgång till akten", det vill säga studera handlingarna i kommissionens lokaler (se även kommissionens artonde rapport om konkurrenspolitiken, publicerad år 1989, sidan 53).

90 I förevarande fall kan kommissionen inte rättfärdiga att den beslutat att inte tillåta någon insyn genom att hävda att sökanden och ICI själva i de ovannämnda skrivelserna begärt konfidentiell behandling av sina handlingar. Dessa skrivelser är nämligen avfattade i mycket allmänna ordalag vilka kan tolkas på så sätt att endast vissa känsliga uppgifter behövde skyddas, till exempel genom att ta bort

motsvarande delar. Kommissionen har för övrigt själv tolkat skrivelsen från ICI på det sättet eftersom den i sin svarsskrivelse av den 24 april 1989 (se mål T-36/91) uttryckligen förklarat att handlingarna, för det fall att de var av intresse för att fastställa att en överträdelse begåtts, måste sändas till de berörda företagen och att endast de uppgifter som rörde verkliga affärshemligheter då skulle tas bort.

91 Det skall tilläggas att kommissionen, inom ramen för tre skilda förfaranden mot sökanden och ICI rörande artiklarna 85 och 86 i fördraget, verkligen använt likadana handlingar, antingen i en fullständig version eller i en version med vissa uppgifter dolda, dels i de gemensamma bilagorna med löpnummer II, dels i de separata bilagorna med löpnummer IV och V. Det är detta som visar att till exempel bilagorna IV.19 och V.23, IV.24 och V.34, IV.29 och V.41, IV.28 och II.35, V.40 och II.34 liksom V.32 och II.33 delvis är identiska. När kommissionen ansett det nödvändigt har den således inte alls betraktat handlingarna i fråga som fullständigt sekretessbelagda.

92 Följaktligen kan den omständigheten att kommissionen uteslutit handlingarna med löpnummer V från förfarandet mot sökanden inte heller berättigas av behovet att skydda ICI: s affärshemligheter. Kommissionen skulle, i enlighet med praxis vid generaldirektoratet för konkurrens (GD IV) på detta område vilken till och med delvis följts i förevarande mål, ha kunnat skydda dessa hemligheter genom att ta bort de känsliga delarna i de handlingar som överförts till sökanden.

93 Om skyddet av ICI: s affärshemligheter eller andra känsliga uppgifter skulle visa sig svårt att upprätthålla genom att framställa icke-konfidentiella versioner av samtliga handlingar, skulle kommissionen ha kunnat använda den andra metoden, det vill säga översända en förteckning över de handlingar som hade löpnummer V. Om så hade skett skulle sökanden ha kunnat begära att få tillgång till specifika handlingar som förekom i kommissionens "akter". Innan den gav sökanden tillgång till

handlingar som eventuellt kunde innehålla affärshemligheter skulle kommissionen ha kunnat kontakta ICI för att bedöma vilka avsnitt som avsåg känsliga uppgifter och som alltså måste döljas för sökanden. Därefter skulle sökanden ha kunnat ha kunnat få tillgång till handlingarna vilka inte längre skulle innehålla några av ICI: s affärshemligheter.

94 Med tanke på syftet med en sådan förteckning måste de uppgifter som förekommer i den innehålla tillräckliga upplysningar för att sökanden, med kännedom om saken, skall kunna bedöma om de beskrivna handlingarna skulle kunna vara till nytta för dess försvar. I fråga om sekretessen skulle sökanden ha kunnat identifiera en särskild handling från ICI som inte var tillgänglig och därmed kunna diskutera med detta företag om det var berett att avstå från sekretessen.

95 Det följer av de föregående övervägandena att den konfidentiella behandling som eventuellt skulle förbehållas handlingarna och/eller den förteckning som skulle tillställas sökanden inte på något sätt berättigat att kommissionen helt vägrat insyn. Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att kommissionen har kränkt sökandens rätt till försvar genom att inte i samband med meddelandet om anmärkningar ge sökanden tillgång till handlingarna med löpnummer V, antingen genom att bifoga bilagor till meddelandet eller genom en förteckning.

96 Förstainstansrätten har vidare att undersöka om en sådan överträdelse är oberoende av hur det berörda företaget betett sig under det administrativa förfarandet och om företaget varit tvunget att begära att kommissionen gav det tillgång till sin akt eller översände vissa angivna handlingar till det. I detta sammanhang skall det påpekas att ingen av de båda ovan nämnda förordningarna nr 17 eller nr 99/63 av den 25 juli 1963 föreskriver att någon sådan begäran måste göras eller att företagets rätt till försvar förverkas om det inte gör en sådan begäran. I detta fall måste det i vilket fall som helst konstateras att den omständigheten att sökanden inte under det administrativa förfarandets gång inkommit med någon begäran under sammanträdet förklarats med att detta uppenbarligen skulle ha varit meningslöst vilket framgått av att ICI: s begäran avslagits. Under dessa särskilda förhållanden kan

den omständigheten att sökanden inte inkommit med någon sådan begäran inte innebära att det varit för sent att åberopa att sökandens rätt till försvar kränkts och att sökandens rätt att inkomma med en begäran därmed hade förfallit.

97 Förstainstansrättens bedömning motsägs inte av den ovannämnda domen AEG mot kommissionen. Domstolen slog i det målet fast att vissa handlingar som använts mot ett företag borde ha bifogats meddelandet om anmärkningar och att underlåtelsen att uppfylla denna skyldighet ledde till att handlingarna i fråga skulle avlägsnas. I målet AEG mot kommissionen var emellertid den grund som avsåg överträdelse av rätten till försvar inte av avgörande betydelse och ledde därmed inte till att förfarandet som helhet ansågs oriktigt. Följaktligen prövade domstolen, efter det att ifrågavarande handlingar uteslutits, om anklagelserna fortfarande kunde anses styrkta (punkt 30 i den ovannämnda domen). Förstainstansrätten konstaterar att till skillnad från vad som var fallet i målet AEG mot kommissionen har sökandens försvar i detta fall på ett avgörande sätt påverkats av att kommissionen olagligen vägrat lämna ut vissa handlingar, vilka inte direkt var till företagets nackdel men som ändå kunnat vara till nytta för dess försvar.

98 Det skall understrykas att en kränkning av rätten till försvar som skett under det administrativa förfarandet inte kan rättas till under förfarandet inför förstainstansrätten, vilket är begränsat till en rättslig prövning av de grunder som anförts och som således inte kan ersätta den fullständiga undersökning av målet som sker under det administrativa förfarandet. Om sökanden under det administrativa förfarandet hade kunnat åberopa handlingar som kunnat vederlägga anklagelserna skulle den nämligen eventuellt ha kunnat påverka de bedömningar som kommissionsledamöternas kollegium gjort. Detta är åtminstone fallet ifråga om vilket bevisvärde det passiva och parallella handlingssätt som sökanden anklagats för har vid bedömningen av när kränkningen börjat och därmed av hur länge den pågått. Förstainstansrätten kan följaktligen inte utesluta att kommissionen skulle ha hävdat en kortare och mindre allvarlig överträdelse och därför ha utdömt ett lägre bötesstraff.

99 Förstainstansrätten godtar således den andra delen av grunden och ogiltigförklarar beslutet såvitt det avser sökanden (se den ovannämnda domen Cimenteries CBR m. fl. mot kommissionen, punkt 47).

— Den tredje delen av den grund som innebär att sökanden inte getts insyn i andra handlingar som härrör från ICI

100 Till skillnad från omständigheterna vid prövningen av den andra delen av grunden har förstainstansrätten inte kännedom om ICI: s handlingar med undantag för dem som har löpnummer V, vilka, med undantag för vissa handlingar med löpnummer X, inte gjorts tillgängliga för sökanden. Emellertid har sökanden riktigt gjort gällande att det beslut som skall fattas ifråga om förekomsten av en konkurrensbegränsning inte kan skiljas från frågan om vilka som deltagit i konkurrensbegränsningen. Det kan nämligen inte längre anses visat att det förekommit ett samordnat förfarande mellan två företag om kommissionen upptäcker att ett av de två företagen handlat självständigt och utan samförstånd med sin påstådda partner. Om ICI i detta fall hade kunnat rentvå sig från anklagelserna skulle kommissionen inte heller ha kunnat vidhålla anklagelsen om ett samordnat förfarande mot sökanden. Följaktligen skulle de handlingar som avser ICI: s handlingssätt ha kunnat vara av värde för sökandens försvar.

101 Det bör upprepas att det inte ankommer på kommissionen att ensam avgöra om handlingar som beslagtagits vid utredningen av förevarande mål kan rentvå de berörda företagen. Principen om jämlikhet i medel och dennas speciella form i konkurrensmål, nämligen kommissionens och försvarets jämlikhet i tillgång på information, kräver att sökanden har haft möjlighet att bedöma bevisvärdet hos de av Solvays handlingar som kommissionen inte bifogat meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten kan inte tillåta att kommissionen när den avgör överträdelsen ensam har haft tillgång till de handlingar som ingår i "akterna" 39—49 (ICI) och därigenom ensam kunnat avgöra om den skulle använda dessa handlingar eller inte för att fastställa överträdelsen, medan sökanden inte haft tillgång till dem och således inte har kunnat fatta motsvarande beslut om den skulle använda dem i sitt försvar eller inte. Följaktligen borde kommissionen åtminstone ha upprättat en tillräckligt detaljerad förteckning så att sökanden gavs möjlighet att bedöma om den skulle begära att få tillgång till någon särskild handling från ICI som kunde vara till nytta för försvaret av de båda parterna i det påstådda samordnade förfarandet. Eftersom man inte kan kräva att sökanden visar bevisvärdet hos enskilda handlingar som eventuellt kunnat rentvå ICI och som i avsaknad av en förteckning varit okända för sökanden räcker möjligheten att sådana handlingar förekommit för att en överträdelse av rätten till försvar skall anses ha skett. Följaktligen är det visat att ytterligare en kränkning av rätten till försvar ägt rum.

102 Kommissionen har vid sammanträdet anfört att utarbetandet av en förteckning och ett eventuellt skydd för affärshemligheter inför "tillgången till akten" kan medföra en avsevärd administrativ börda för kommissionens tjänstemän. Förstainstansrätten förnekar inte detta. Emellertid kan rätten till försvar inte få begränsas av tekniska och juridiska svårigheter, vilka en effektiv myndighet kan och måste övervinna.

103 Det skall upprepas att det fel som skett under det administrativa förfarandet inte kan rättas till under förfarandet inför förstainstansrätten, vilket är begränsat till en rättslig prövning av de grunder som anförts och som således inte kan ersätta den fullständiga undersökning av målet som skall ske under det administrativa förfarandet. Om sökanden med stöd av en lämplig förteckning hade upptäckt handlingar från ICI som rentvådde de båda företagen skulle den nämligen eventuellt ha kunnat påverka kommissionens bedömningar. Följaktligen skall den tredje delen av grunden bifallas.

104 Den grund som avser överträdelse av rätten till försvar skall följaktligen godtas i alla sina tre delar och beslutet ogiltigförklaras i den mån det berör sökanden, utan att någon prövning behöver ske av den anmärkning som innebär att kommissionen grundat det ifrågasatta beslutet på handlingar som inte sänts till sökanden annat än i en delvis censurerad version såsom bland annat bilagorna II.25 och II.34 till meddelandet om anmärkningar. Det är inte heller nödvändigt att pröva de andra grunder som anförts till stöd för yrkandena om ogiltigförklaring, bland dem särskilt den grund som avser oriktigt bestyrkande av det ifrågasatta beslutet, vilken inte berör hela det administrativa förfarandet inför kommissionen (se angående denna sista punkt dom av denna dag Solvay mot kommissionen, T-32/91, REG s. II-1825).

Rättegångskostnader

105 Enligt artikel 87.2 första stycket i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om så har yrkats. Eftersom kommissionen är

tappande part skall den förpliktas att ersätta kostnaderna i målet. Det saknas därvid anledning att beakta att sökanden delvis återkallat sin talan, nämligen i fråga om yrkandena om att beslutet skulle anses som en nullitet.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(första avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

1) Kommissionens beslut 91/297/EEG av den 19 december 1990 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.133-A: Sodakarbonat — Solvay, ICI) ogiltigförklaras i den mån det berör sökanden.

2) Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 juni 1995.

H. Jung J.L. Cruz Vilaça

Justitiesekreterare Ordförande