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

I mål T-36/91,

Imperial Chemical Industries plc, bolag bildat enligt engelsk rätt, London, företrätt av David Vaughan, QC, Gerald Barling, QC, och David Anderson, barrister, samtliga vid bar of England and Wales, befullmäktigade av Victor O. White, solicitor, och Richard J. Coles, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos Lambert H. Dupongs advokatbyrå, 14 A, rue des Bains,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Julian Currall, vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av Nicholas Forwood, QC, vid bar of England and Wales, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremlis, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

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

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 företaget Solvay 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:

— Solvay et Cie SA (nedan kallat "Solvay"), den främste producenten i gemenskapen och världen med en marknadsandel i gemenskapen om nära 60 procent (och nära 70 procent i gemenskapen utom Förenade konungariket och Irland),

— sökanden, den näst främste producenten i gemenskapen med en marknadsandel om över 90 procent i Förenade konungariket,

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

3 Solvay hade fabriker i Belgien, Frankrike, Tyskland, Italien, Spanien, Portugal och Österrike och 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. Sökanden hade två fabriker i Förenade konungariket efter det att en tredje hade stängts 1985.

4 De främsta kunderna i gemenskapen är glastillverkarna. Således används cirka 70 procent av de västeuropeiska företagens produktion i tillverkningen av plattglas och ihåligt glas. Huvuddelen av producenterna 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 "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 Solvay samt Förenade konungariket och Irland för sökanden). Denna uppdelning av marknaden hade skett år 1870 då Solvay i ett första led hade överlåtit patenträttigheterna till Brunner, Mond & Co., ett av de företag som sedermera konstituerat sökanden. För övrigt var Solvay en av de huvudsakliga aktieägarna i Brunner, Mond & Co. och därefter i sökanden 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 Under 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 13 april 1989 kommissionen på att alla de handlingar som kommissionen tagit i beslag som fotokopior i sökandens lokaler var konfidentiella. Kommissionen svarade i skrivelse av den 24 april 1989 att den var medveten om att handlingarna var

konfidentiella och att de delar som berörde verkliga affärshemligheter inte skulle avslöjas. Kommissionen kompletterade undersökningarna med att begära upplysningar. Sökanden inkom med de begärda uppgifterna i skrivelse av den 14 september 1989, i vilket den erinrade om att de översända handlingarna var konfidentiella. Vid motsvarande undersökningar och begäran om upplysningar från kommissionen underströk även Solvay i skrivelse av den 27 april och den 18 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 Solvay (till vilka bilagorna II.1—II.42 översänts) anklagats för,

— en tredje del (åtföljd av de bilagor som har löpnummer III), vilken avser en överträdelse av artikel 85 som Solvay och CFK anklagats för, samt en fjärde del (åtföljd av de bilagor som har löpnummer IV), vilken avser en överträdelse av artikel 86 i EEG-fördraget som Solvay anklagats för, ingår inte i det meddelande om anmärkningar som sänts till sökanden och skrivelsen av den 13 mars 1990 innehåller i detta avseende endast följande uppgift "De tredje och fjärde delarna av meddelandet om anmärkningar rör inte ICI",

— den femte delen rör en överträdelse av artikel 86 som sökanden, till vilken bilagorna V.1—V.123 översänts, anklagats för,

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

8 Kommissionen erinrade inledningsvis om att det var viktigt att sekretessen upprätthölls för de handlingar som erhållits med stöd av 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"). 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 för vart och ett av företagen de svar som det andra avgett i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 med preciseringen att "de uppgifter som skulle kunna utgöra affärshemligheter [även de] har tagits bort från svaren".

9 Den 14 maj 1990 begärde sökandens advokat per telefon att få tillgång till kommissionens akt i den mån som denna avsåg överträdelser som sökanden skulle ha begått. Denna begäran avslogs tydligen av J., en tjänsteman vid generaldirektoratet för konkurrens (GD IV) vid kommissionen.

10 Sökandens advokat upprepade genom skrivelse av den 23 maj 1990 sin begäran med hänvisning till J: s reaktion, vilken enligt advokaten inneburit att han förvägrats varje tillträde till akten, även beträffande icke sekretessbelagda handlingar. Enligt advokaten hade han även förvägrats att få en förteckning över de handlingar som fanns i akten. Kommissionen hade förklarat att den endast var beredd att acceptera förfrågningar som avsåg specifika handlingar. Denna restriktiva inställning innebar enligt advokaten att sökandens förberedelser av sitt försvar hotades.

11 I skrivelse av den 31 maj 1990, undertecknat av direktör R. vid GD IV beslutade kommissionen att inte ge sökanden tillträde till akten i dess helhet. Enligt kommissionen hade sökanden inte rätt att, i rent spekulativt syfte, undersöka de interna kommersiella handlingar som kom från andra företag och som inte framställts som bevis. Kommissionen tillade att den åter hade undersökt samtliga handlingar för att kontrollera om de var av sådan art att de rentvådde sökanden, men att den inte upptäckt någon sådan handling. Vidare erbjöd den sig att inleda en ny undersök-

ning av akten om sökanden visade "att det (fanns) goda skäl att göra detta" i något specifikt faktiskt eller rättsligt avseende.

12 Samma dag den 31 maj 1990 framställde sökanden "yttrande till försvar" ("defence"). I detta protesterade sökanden mot vägran att ge tillträde till akten samt bifogade flera nya handlingar som bevis.

13 Den 26 och 27 juni 1990 inledde kommissionen ett förhör rörande de överträdelser som sökanden och Solvay anklagades för. Endast sökanden deltog i detta. Vid detta tillfälle framställde sökanden nya synpunkter, "framställningen av sitt fall" ("article 85 presentation"), till vilken andra handlingar bifogades.

14 Vid förhöret lade den behöriga avdelningen vid kommissionen fram vissa handlingar (de handlingar som benämnts "X.1—X.11") som härrörde från sökanden och som, liksom de handlingar som tidigare lagts fram, enligt kommissionen visade den verkliga karaktären hos förhållandet mellan sökanden och Solvay och som vederlade sökandens försvar. Den berörda avdelningen vid kommissionen har förklarat att den på grund av det konfidentiella innehållet i handlingarna inte använt dessa mot Solvay. Avdelningen skall emellertid ha bestämt sig för att på det stadiet införa handlingarna i förfarandet, inte för att de tillförde några nya element i förhållande till de handlingar som tidigare lagts fram, utan för att besvara sökandens påstående att den skriftliga bevisningen var otillräcklig. Beträffande tillgången till akten förklarade förhörsledaren att detta var en svår fråga. Enligt honom kunde ingen ange exakt vad som omfattades av begreppet "akt" och att det var domstolens sak att vid tillfälle uttolka begreppet. Frågan borde således inte diskuteras vid förhöret.

15 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

Solvay sedan den 1 januari 1973 till början av år 1989 deltagit i ett samordnat förfarande för uppdelning av den västeuropeiska sodamarknaden genom att förbehålla den västeuropeiska kontinenten åt Solvay samt Förenade konungariket och Irland åt sökanden. Var och en av dessa ålades följaktligen böter om sju miljoner ecu.

16 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 Solvay 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. Den överträdelse som konstaterats i beslutet bestod huvudsakligen i att Solvay tillämpat långfristiga avtal, som innebar att kunderna täckte (nästan) hela sitt behov av soda hos Solvay, system för lojalitetsbonus för ytterligare mängd och för grupprabatter samt konkurrensklausuler eller "engelska klausuler" som föreskrev att kunderna skulle underrätta Solvay om konkurrerande anbud som de mottagit så att Solvay skulle kunna anpassa sina priser efter anbuden. I detta avseende påpekas i beslut 91/299 i punkt 31, bland annat att de tre stora belgiska glastillverkarna ända fram till januari 1978 alltid hade täckt sina behov av soda hos Solvay och att den belgiska regeringen ingripit i januari 1978 för att hindra dessa tre glastillverkare från att sluta ett avtal om köp av soda från USA med en amerikansk sodaproducent,

— beslut 91/300/EEG i ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i fördraget (IV/33.133-D: Sodakarbonat — ICI, EGT nr L 152, 1991, s. 40), genom vilket den i huvudsak slagit fast att sökanden hade missbrukat den dominerande ställning som sökanden hade i Förenade konungariket och ålagt denne böter om 10 miljoner ecu.

17 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.

18 Det beslut som talan i målet väckts emot delgavs sökanden genom rekommenderad skrivelse daterat den 1 mars 1991.

19 Det är klarlagt att beslutets text i den form det sänts till sökanden inte hade bestyrkts genom underskrifter av kommissionens ordförande och generalsekreterare, på det sätt som föreskrivs i artikel 12 första stycket 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 ändrad 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

20 Mot denna bakgrund har sökanden väckt den talan som registrerats av förstainstansrättens kansli den 14 maj 1991. Även Solvay har väckt talan mot beslutet (T-30/91).

21 Det skriftliga förfarandet inför förstainstansrätten har genomförts på ett korrekt sätt. Efter att ha ingett sin replik den 23 december 1991 inkom sökanden den 2 april 1992 med en "komplettering till repliken", i vilket den framställt en ny grund för att det ifrågasatta beslutet skall förklaras som nullitet. Med hänvisning till vad kommissionens företrädare anfört vid det muntliga förfarandet, vilket avslutats den 10 december 1991, i de mål i vilka förstainstansrätten den 27 februari

1992 meddelat domarna 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") och 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. I enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna förlängde ordföranden för den utvidgade första avdelningen fristen för att inkomma med duplik. I sin duplik yttrade sig kommissionen skriftligen sig över denna "komplettering till repliken".

22 Genom beslut av den 14 juli 1993 har första avdelningens ordförande förenat målet med T-30/91 såvitt avser det muntliga förfarandet.

23 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 på de giltiga språken, såsom texten då bestyrkts med ordförandens och generalsekreterarens underskrifter och bifogats protokollet.

24 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.

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

26 Efter detta beslut ingav kommissionen den 11 november 1994, bland annat, de franska och engelska språkversionerna av beslut 91/297, 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.

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

Parternas yrkanden

28 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— förklara att talan är tillåten,

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet i den mån som detta berör sökanden,

— ogiltigförklara åläggandet att upphöra med överträdelsen som anges i artikel 2 i beslutet i den mån som detta berör sökanden,

— upphäva eller nedsätta de böter som ålagts sökanden i artikel 3 i beslutet,

— i andra hand ålägga kommissionen att som utredningsåtgärd tillåta sökandens ombud att undersöka akterna,

— för det fall att inte heller andrahandsyrkandet vinner bifall, i egenskap av domstol undersöka akterna så att sökanden frias genom de ytterligare handlingar som kan förekomma,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

29 I kompletteringen till sin replik har sökanden gjort gällande att det ifrågasatta beslutet bör ogiltigförklaras eller att det, om förstainstansrätten finner det lämpligare, förklaras vara en nullitet.

30 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

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

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

31 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 pröva de framförda grunderna endast i fråga om ogiltigförklaring.

Yrkandena om ogiltigförklaring

32 Till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring har sökanden framfört ett antal grunder som kan indelas i två skilda grupper. I fråga om den första gruppen av grunder, vilka rör frågan om det administrativa förfarandet har genomförts på ett riktigt sätt, har sökanden, i kompletteringen av sin replik, för det första åberopat ett flertal överträdelser av väsentliga formföreskrifter som bestått i att det beslut som delgetts sökanden, i strid med artikel 12 i kommissionens arbetsordning, inte bestyrkts i rätt tid av kommissionens ordförande och generalsekreterare samt att ändringar gjorts i beslutet mellan det att det antagits och det att sökanden underrättats om det.

33 I sin ansökan har sökanden, med hänvisning till en grund som framförts av Solvay i ovan nämnda mål T-30/91 (Solvay mot kommissionen), för det andra anklagat kommissionen för att ha överträtt kollegialitetsprincipen, i det att behandlingen av förslaget till beslut, i strid med artikel 4 i kommissionens arbetsordning, inte skjutits upp trots att minst en av kommissionens medlemmar påkallat detta för att på ett meningsfullt sätt kunna undersöka akten, vilken han på ett först sent fått del av. Vidare har sökanden anklagat kommissionen för att ha översänt konfidentiella handlingar till Solvay och därmed ha kränkt skyddet för affärshemligheter. Slutligen har sökanden anfört tre grunder som avser kränkning av rätten till försvar. Den första består i att kommissionen skall ha vägrat att ge sökanden tillgång till hela akten. Den andra innebär att kommissionen skall ha dömt på förhand, ha brustit i objektivitet och rent allmänt ha underlåtit att respektera rätten till försvar vilket kommit till uttryck i tvivelaktiga strykningar som gjorts i de bilagor som har löpnummer II. Den tredje grunden innebär att sökandens rätt att bli hörd inte beaktats vilket framgår av att det i beslutet förekommer slutsatser som, enligt sökanden, inte grundas på bevis som översänts till sökanden.

34 Under den andra gruppen av grunder har sökanden åberopat flera grunder som riktats mot den slutsats och bedömning i fråga om fakta som kommissionen gjort i det ifrågasatta beslutet samt mot den juridiska bedömningen. Enligt sökanden har kommissionen felaktigt ansett att sökanden har innehaft en dominerande ställning och missbrukat denna. Slutligen har sökanden ifrågasatt legaliteten i åläggandet att upphöra med överträdelsen. Enligt sökanden motsvarar den en skyldighet att exportera och förstärker den orimliga karaktären hos de utdömda böterna.

35 Förstainstansrätten anser att den först bör pröva den grund som avser kränkning av rätten till försvar bestående i att kommissionen olagligen skulle ha vägrat ge sökanden tillgång till kommissionens akt.

Angående den grund som avser kränkning av rätten till försvar bestående i vägran att ge sökanden tillgång till kommissionens akt

Parternas argument

36 Kommissionen har i förklaringar i de tolfte och fjortonde rapporterna om konkurrenspolitiken fastställt ett förfarande för tillgång till akten i konkurrensmål. Sökanden har anklagat kommissionen för att i strid med dessa förklaringar ha avslagit en begäran, som sökanden framställt under det administrativa förfarandet, om att få undersöka kommissionens akt för att kontrollera om denna innehöll några handlingar som kunde användas i sökandens försvar. Kommissionen har enligt sökanden inte ens översänt en förteckning över vilka handlingar som fanns i akten, varför sökanden inte haft någon möjlighet att i stora drag underrätta sig om vilka kategorier handlingarna hörde till.

37 Sökanden har understrukit att den inte har några direkta bevis varken i fråga om vilka skäl Solvay och andra producenter haft för att inte exportera soda till Förenade konungariket eller i fråga om vilka priser och kostnader som andra producenter på den västeuropeiska kontinenten har haft. Dessa uppgifter har emellertid uppenbarligen varit relevanta för att bedöma dessa producenters strategier. Sökanden hävdar således att vissa handlingar kunnat ha betydelse för dess möjlighet att utöva sin rätt till försvar, nämligen

— de handlingar som visar de verkliga priser som Solvay och de andra producenterna begärt av sina huvudkunder,

— de handlingar som innehåller anbud om sodaleveranser från kunder i Förenade konungariket till producenter på kontinenten liksom svaren på dessa anbud,

— de handlingar i vilka Solvay och de andra leverantörerna på kontinenten övervägt möjligheten att inträda på marknaden i Förenade konungariket eller visat sina skäl för att inte inträda på denna.

Enligt sökanden är kommissionens påstående att akten inte innehöll några handlingar som kunde användas i sökandens försvar inte trovärdigt. Solvays advokater har visat sökanden på motsatsen. På samma sätt skall flera av dess egna handlingar ha varit av värde för Solvays försvar, till exempel de som rör det förfarande angående artikel 86 i fördraget som pågår mot Solvay. Sökanden måste således ha rätt att få tillgång till de handlingar som kastar tvivel över den anklagelse som riktats mot den. Denna rätt har enligt sökanden överträtts.

38 Sökanden har, i fråga om en grund riktad mot den bedömning av fakta som gjorts i det ifrågasatta beslutet, hävdat att akten, sedd i sin helhet, i målet ger en annan bild än den kommissionen beskrivit. Sökanden hänvisar bland annat till flera handlingar som kommissionen inte åberopat inom ramen för det förfarande som avser artikel 85 utan endast inom ramen för det förfarande angående artikel 86 i fördraget som pågår mot sökanden. Enligt sökanden visar dessa handlingar att sökanden under åren 1984—1989 vid upprepade tillfällen bedömt om en import från kontinenten var möjlig, att sökanden planerat åtgärder mot en eventuell import men att den, på grund av de höga transportkostnaderna och de begränsade marginalerna, ansett att ett inträde på den kontinentala marknaden inte skulle vara lönsamt och att det var osannolikt att producenter på kontinenten skulle ge sig in på marknaden i Förenade konungariket, dock att sökanden förblivit vaksam på sin sårbarhet i fråga om växelkurser och produktionskostnader på den västeuropeiska kontinenten (sidorna 75—77 i ansökan). Sökanden anser att det står klart att kommissionen haft tillgång till åtskilliga andra handlingar, antingen från Solvay eller från andra producenter på den västeuropeiska kontinenten, vilka stöder dessa bedömningar och vilka kommissionen inte kunnat använda.

39 Den uppdelning av handlingar i delar avseende artikel 85 och delar avseende artikel 86 i fördraget som skett i samband med meddelandet om anmärkningar har enligt sökanden haft till följd att de handlingar som hör till den sistnämnda kategorin inte översänts till andra än producenter som anklagats med stöd av artikel 86 även om de varit av relevans för tillämpningen av artikel 85 gentemot andra producenter. Sökanden har alltså inte kunnat använda någon av de handlingar som getts löpnummer IV och som bifogats den fjärde delen av meddelandet om anmärkningar, rörande den överträdelse av artikel 86 som Solvay anklagats för, trots att vissa av dessa skulle ha kunnat användas i sökandens försvar i fråga om den överträdelse av artikel 85 som sökanden anklagats för. Det motsvarande har gällt för Solvay i fråga om de handlingar som getts löpnummer V och som bifogats den femte delen av meddelandet om anmärkningar.

40 Inom ramen för en grund i vilken sökanden ifrågasätter det bötesbelopp som den ålagts har sökanden återigen anfört att den överträdelse av artikel 86 i fördraget som den anklagats för borde ha beaktats. Emellertid har sökanden påpekat att kommissionen trots en "mycket vid överlappning" av de påstådda överträdelserna har behandlat dessa som helt åtskilda.

41 I sin replik har sökanden anfört att i ett mål i vilket det påstås att Solvay och sökanden gjort sig skyldiga till ett samordnat förfarande är en handling som används mot Solvay eller som friar Solvay uppenbarligen också relevant i förhållande till sökanden och berör denna lika väl som den andra parten i det påstådda samordnade förfarandet. Vidare är enligt sökanden de handlingar som kommissionen använt för att fastställa en överträdelse av artikel 86 även relevanta för att avgöra om det förekommit något sådant avtal, beslut eller samordnat förfarande som avses i artikel 85 i fördraget.

42 Sökanden har inte förnekat att kommissionen undersökt alla de handlingar som den samlat in under sin utredning för att avgöra om de kunde anses tala till sökandens fördel. Emellertid kan kommissionen med hänsyn till att den redan agerar som utredare, anklagande myndighet, domare och jury inte även gripa in som försvarets rådgivare. Enligt sökanden var kommissionens erbjudande i sin skrivelse av den 31 maj 1990 att inleda en ny utredning helt meningslöst eftersom det var villkorat av att sökanden skulle visa "goda skäl" utan att ha tillgång till de relevanta

handlingarna. Ett system som innebär att det är kommissionens egna tjänstemän som avgör vilka handlingar som kan vara till hjälp för ett anklagat företag i ett konkurrensmål kan enligt sökanden inte uppfylla de anspråk som följer av respekten för rätten till försvar. Det är enligt sökanden inte troligt att en sådan utredning skulle ha utförts på ett så djupgående sätt och med samma omsorg om sökandens intressen som om sökanden själv utfört undersökningen.

43 Innan beslutet antagits har sökanden således inte haft tillgång till följande fem kategorier handlingar:

— handlingarna med löpnummer IV vilka bifogats den fjärde delen av meddelandet om anmärkningar och vilka rör de påståenden som riktats mot Solvay i fråga om artikel 86 i fördraget,

— den slutgiltiga texten i Solvays svar på meddelandet om anmärkningar liksom de handlingar som Solvay åberopat till stöd för detta svar,

— den tyske producenten CFK: s svar på meddelandet om anmärkningar,

— de svar som andra producenter avgett på de skrivelser som kommissionen sänt till dem med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 (med undantag för de svar som bifogats meddelandet om anmärkningar),

— de handlingar i akten som kommissionen beslagtagit i sin utredning hos Solvay och hos fyra andra sodaproducenter i gemenskapen utom de handlingar som bifogats meddelandet om anmärkningar.

44 Sökanden hävdar vidare att Solvay, före sin ansökan men efter det ifrågasatta beslutet, underrättat den om att kommissionens akter innehöll ett antal handlingar som skulle ha kunnat vara till stor användning för sökanden när den skulle svara på meddelandet om anmärkningar. Sökanden har härvid hänvisat till handlingar som den anser visa att Solvay vid flera tillfällen lämnat prisuppgifter för att få beställningar av soda från företag etablerade i Förenade konungariket och utfört en prisstudie efter ett motsvarande anbud från det i Förenade konungariket etablerade företaget Rockware (bilagorna 12 och 13 till Solvays ansökan i mål T-30/91 av vilka Solvay översänt kopior till sökanden). Vidare har sökanden, i bilaga 1 till sin replik, gett in handlingar som på strikt konfidentiell basis översänts av den tyske producenten Matthes & Weber efter det att sökanden väckt talan. Dessa handlingar visar enligt sökanden att denne producent lämnat prisuppgifter för att få beställningar av soda från företag verksamma i Förenade konungariket samt att transportkostnaden varit det främsta skälet till att de potentiella kunderna avslagit anbuden.

45 Enligt sökandens uppfattning strider dess inställning i målet inte mot den senaste rättsutvecklingen. Således har enligt sökanden domen av den 17 januari 1984, VBVB och VBBB mot kommissionen (43/82 och 63/82, Rec. s. 19), i vilken det förnekas att kommissionen har en skyldighet att redovisa sina akter för berörda parter, meddelats i ett mål i vilket det beslut av kommissionen som angripits hade meddelats innan den tolfte rapporten om konkurrenspolitiken hade antagits. Domen av den 3 juli 1991, Akzo mot kommissionen (C-62/86, Rec. s I-3359, nedan kallad "Akzo II"), genom vilken domstolen bekräftat den lösning som den funnit i det ovannämnda mål som rörde VBVB och VBBB mot kommissionen, rörde enligt sökanden en helt annan fråga än den som prövas i detta förfarande, nämligen frågan om tillgång till en handling som var intern och således skyddad från varje form av insyn även enligt tolfte rapporten om konkurrenspolitiken. För övrigt finns det enligt sökanden även rättsfall från domstolen som är gynnsammare för rätten till försvar. Sökanden har i detta avseende hänvisat till domen av den 29 oktober 1980, Van Landewyck m. fl. mot kommissionen (209/78—215/78 och 218/78, Rec. s. 3125), genom vilken kommissionen ålagts en längre gående skyldighet att lämna ut sådant som är nödvändigt för försvaret, domen av den 25 oktober 1983, AEG mot kommissionen (107/82, Rec. s. 3151), domen av den 27 juni 1991, Al-Jubail Fertilizer och Saudi Arabian Fertilizer mot rådet (C-49/88, Rec. s. I-3187), förslaget till avgörande från generaladvokaten Darmon i den sistnämnda domen, Rec. s. I-3205, samt domarna av den 17 oktober 1989, Dow Benelux mot

kommissionen (85/87, Rec. s. 3137), av den 18 oktober 1989, Orkem mot kommissionen (374/87, Rec. s. 3283) och Solvay mot kommissionen (27/88, Rec. s. 3355).

46 I den mån kommissionen gjort gällande att vissa handlingar skulle vara konfidentiella hävdar sökanden att principen om konfidentiell behandling av uppgifter om företag aldrig får tillämpas på bekostnad av rätten till försvar (domen av den 20 mars 1985, Timex mot rådet och kommissionen, 264/82, Rec. s. 849, punkterna 29 och 30). I varje fall kan den omständigheten att oberoende rådgivare ges tillgång till känsliga handlingar i akten inte anses kränka regeln om konfidentiell behandling. Vidare skulle även icke-konfidentiella sammanfattningar ha kunnat göras. De anspråk som följer av skyddet för affärshemligheter kan enligt sökanden aldrig motivera att som kommissionen gjort i detta fall allmänt vägra ge sökanden tillgång till akten. Sådana anspråk berättigar på sin höjd att tillgång vägras beträffande tydligt identifierade handlingar som verkligen är hemliga, av vilka sammanfattningar som inte är konfidentiella gjorts.

47 Sökanden har anmärkt mot att kommissionen tagit bort avsnitt som inte kunnat tjäna till stöd för dess ståndpunkt i de handlingar som kommit från sökanden och som bifogats meddelandet om anmärkningar, särskilt i bilagorna II.25 och II.34. En analys av de delar som sökanden haft tillgång till visar att kommissionen allmänt sett intagit en starkt selektiv attityd till handlingarna. Otvivelaktigt har kommissionen intagit samma attityd även till de handlingar som kommit från andra producenter. Enligt sökanden var de borttagna avsnitten av handlingarna i fråga i själva verket inte konfidentiella.

48 I den mån kommissionen av praktiska skäl ansett att det borde ha räckt att Solvay i sitt eget försvar använde de handlingar som talade till sökandens fördel samt översände dem till sökanden så att denne skulle kunna använda dem i sitt försvar hävdar sökanden att ett sådant samarbete skulle kunna förhindras av kommersiell rivalitet. Genom att utgå ifrån att konkurrenter alltid intar en samarbetsanda inför

kommissionen gör denna enligt sökanden ett farligt antagande som absolut inte är ägnat att säkerställa skyddet av de grundläggande rättigheterna. Således skulle sökanden oundvikligen hysa motvilja mot att redovisa vissa handlingar så länge den befann sig på sodamarknaden (vilket inte längre är fallet eftersom den avvecklat sin verksamhet på denna marknad). Före beslutet skall Solvay inte ha gett sökanden någon tillgång till de handlingar som bifogats dess ansökan i mål T-30/91 och som visar att Solvay lämnat prisuppgifter för att få beställningar från företag etablerade i Förenade konungariket.

49 Som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten har sökanden hävdat att den omständigheten att kommissionen inte ens översänt en förteckning över de handlingar som ingick i dess akt haft mycket allvarliga följder för sökandens möjlighet att försvara sig och att bli hörd. Enligt sökanden har denna underlåtelse hindrat sökanden från att avgöra vilka handlingar som kunde användas i dess försvar.

50 Kommissionen har gjort gällande att den översänt samtliga de handlingar på vilka den grundat sina anmärkningar samt det slutliga beslutet till sökanden. Sökandens påstående om motsatsen har enligt kommissionen ingen saklig grund. Även om kommissionen verkligen skulle ha grundat sig på en handling som inte översänts till sökanden skulle detta enligt kommissionen för övrigt inte nödvändigtvis medföra att förfarandet anses felaktigt i sin helhet utan endast leda till att handlingen i fråga skulle avlägsnas, vilket endast skulle ge upphov till frågan om de andra handlingar som kommissionen åberopat utgjort tillräcklig bevisning för de slutsatser som kommissionen dragit. Även om kommissionen verkligen skulle ha gjort ett urval bland handlingarna utgör detta enligt kommissionen inte ett fel i förfarandet eftersom sökanden inte anfört något som tyder på att kommissionens tjänstemän haft ont uppsåt (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, Hercules mot kommissionen, T-7/89, Rec. s. II-1711, punkt 55).

51 Sökanden har anmärkt mot att den inte tillåtits att undersöka de affärshandlingar som förekommit i akten för att bedöma om vissa av dem kunnat fria denne. I detta

avseende har kommissionen, med hänvisning till rättspraxis från domstolen och förstainstansrätten (de ovannämnda domarna VBVB och VBBB mot kommissionen, Akzo II och Hercules mot kommissionen), förnekat att det finns en principiell skyldighet att redovisa sina akter. Även om en sådan princip skulle kunna följa av de regler som kommissionen själv föreskrivit i sin tolfte rapport om konkurrenspolitiken skulle en eventuell kränkning av denna skyldighet, vilken vore av lägre rang än respekten för rätten till försvar, inte kunna utgöra ett åsidosättande av "väsentliga" formföreskrifter i den mening som förekommer i artikel 173.1 i EEG-fördraget och skulle inte kunna motivera att hela beslutet upphävs. För övrigt framgår det av förstainstansrättens dom av den 1 april 1993, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (T-65/89, Rec. s. II-389, punkt 35) att det berörda företaget måste visa verkliga tecken på att kommissionen verkligen avsiktligen har dolt denna handling för att dess klagomål om "otillräcklig tillgång till akten" skall vinna framgång.

52 Slutligen måste det stå klart att resultatet av det administrativa förfarandet hade kunnat bli annorlunda om sökanden fått tillgång till akten (ovannämnda dom i mål Hercules mot kommissionen, punkt 56). De handlingar som sökanden klagat på att den inte fått tillgång till har kommissionen i förevarande fall inte använt mot något av de berörda företagen. Därmed uppkommer inte i detta mål frågan om de handlingar som använts mot någon av dem som anklagats för att delta i en konkurrensbegränsande åtgärd måste översändas även till samtliga övriga parter så att var och en av parterna har tillgång till de handlingar som använts mot någon av de andra.

53 Kommissionen har tillagt att de kategorier av handlingar som sökanden anfört som exempel varken legat till grund för de anmärkningar som riktats mot denne eller innehållit någonting som varit sådant att det kunnat fria sökanden samt att de huvudsakligen berört områden som till sin karaktär utgör såväl yrkeshemligheter som affärshemligheter. Dessa handlingar har således inte kunnat redovisas utan att undergräva tredje mans skydd för sina berättigade affärshemligheter. Domstolen har vid upprepade tillfällen erinrat om vikten av konfidentiell behandling av varje uppgift som lämnats till kommissionen i enlighet med förordning nr 17 (domarna av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, 85/76, Rec. s. 461, punkt 14 och av den 7 november 1985, Adams mot kommissionen, 145/83,

Rec. s. 3539). I domen av den 24 juni 1986, Akzo mot kommissionen (53/85, Rec. s. 1965, punkt 28, nedan kallad "Akzo I") har domstolen förvägrat en tredje man som ansökt om upphörandeåläggande rätt att få handlingar som innehållit affärshemligheter översända till sig. Kommissionen anser emellertid att sökandens intresse av att få del av handlingar som kommissionen inte använt mot denne är ännu mindre än vad en sådan sökande kan ha av att ta del av handlingar som kommissionen verkligen använt i förfarandet. Mot vad sökanden anfört om domstolens dom i det ovannämnda målet Al-Jubail Fertilizers och Saudi Arabian Fertilizer mot rådet har kommissionen anfört att det målet, till skillnad från förevarande mål, rörde en situation i vilken institutionen i fråga verkligen hade grundat sitt beslut på uppgifter som inte översänts till det berörda företaget.

54 Enligt kommissionen är det nödvändigt att tillgripa en kompromiss mellan de berörda intressena genom att för tredje man endast avslöja det som är absolut nödvändigt för undersökningen. Detta kriterium skulle inte innebära någon skyldighet att ge insyn i handlingar som kommissionen inte grundat sitt beslut på. De berörda företagen skulle inte ha rätt att i rent spekulativt syfte undersöka sådana handlingar från sina konkurrenter som inte använts mot dem. I samband med detta har kommissionen också med hänvisning till sin skrivelse av den 31 maj 1990 (s. 3 femte stycket) understrukit att den omsorgsfullt undersökt de handlingar som anträffats hos andra producenter på nytt.

55 Mot vad sökanden anfört om handlingar från Solvay eller Matthes & Weber vilka denne utgått från vara av värde för dess svar på meddelandet om anmärkningar har kommissionen hävdat att handlingarna från Solvay vilka i detalj behandlats i mål T-30/91 inte på något sätt vederlagt uppfattningen att det förekommit samordnat förfarande mellan sökanden och Solvay. Handlingarna från Matthes & Weber innehåller enligt kommissionens uppfattning inte ens en tillstymmelse till bevis till stöd för sökandens argument att de höga transportkostnaderna varit huvudskälet till att de potentiella kunderna i Förenade konungariket avslagit de anbud som Matthes & Weber lämnat.

56 Att göra sådana icke-konfidentiella sammanfattningar som sökanden begärt vore i detta fall inte meningsfullt eftersom de uppgifter som sökanden begärt att få tillgång till täcks av sekretessen (konkurrenternas verkliga priser och kostnader, deras kunders namn samt beskrivningar av deras handelsstrategier). Sökanden har för övrigt i en skrivelse av den 14 september 1989 själv framhållit att de motsvarande uppgifter som den själv lämnat in till kommissionen är strängt konfidentiella. I fråga om tanken att uppgifterna endast skulle översändas till advokaterna anser kommissionen att det är svårt att förstå hur en så begränsad underrättelse skulle kunna bidra till ett företags försvar eftersom uppgifterna måste diskuteras med företagets affärsinriktade avdelningar för att deras betydelse skall kunna bedömas.

57 Kommissionen anför slutligen att man även måste göra praktiska överväganden. Om de handlingar som kom från Solvay verkligen hade visat att Solvay inte deltagit i det samordnade förfarande som detta företag och sökanden anklagats för, skulle Solvay knappast ha låtit bli att åberopa detta i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Solvay skulle dessutom ha haft ett stort intresse av att översända handlingarna till sökanden. I vilket fall som helst måste sökanden visa att den omständigheten att sökanden inte fått se handlingarna haft en verklig betydelse för sökanden. I detta avseende har den avgörande frågan för sökandens del varit varför denne inte själv sålde soda på den västeuropeiska kontinenten. Det är enligt kommissionen svårt att förstå hur andra producenter bättre än sökanden skulle kunna känna till vilka skäl denne haft för sin handlingslinje. Sökanden har, enligt kommissionen, själv under förfarandets gång förklarat att det inte varit av något intresse att få veta varför andra producenter än Solvay inte hade någon försäljning i Förenade konungariket.

58 Som svar på vissa skriftliga frågor som förstainstansrätten ställt har kommissionen förklarat att begreppet "tillgång till akten", vilket inte används i de författningar som berörs i målet, uttrycker den rätt som det berörda företaget har att höras om de anmärkningar som riktats mot det, vilket framgår av 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). Den huvudsakliga förutsättningen måste således vara att företaget får del av de anklagelser som riktas mot det liksom av de bevis som kommissionen anfört till stöd för sina anklagelser. Det

är en annan sak huruvida företaget fått del av andra handlingar, vilka inte använts som bevisning. I sitt ovannämnda mål Hercules mot kommissionen har förstainstansrätten bekräftat att kommissionen med reservation för sekretess kan vara skyldig att ge insyn i vissa andra handlingar. Detta resonemang är enligt kommissionen grundat på de förklaringar som kommissionen avgett i sin tolfte rapport om konkurrenspolitiken. Eftersom förfarandet i detta mål inletts i mars 1990, nära ett år efter det att den artonde rapporten om konkurrenspolitiken publicerats, är den regel som är tillämplig i detta fall inte den som kommissionen ålagt sig själv i sina förklaringar i den tolfte rapporten utan den motsvarande regel som föreskrivs i den artonde rapporten. Under dessa omständigheter har ingen kunnat räkna med att kommissionen skulle underlåta att beakta de förklaringar som den avgett senare och som särskilt behandlar handlingars tillgänglighet i förfaranden i vilka flera konkurrerande företag ingår.

59 Kommissionen har anfört att man inte kan utgå ifrån att det i varje förfarande avseende artikel 85 och 86 i fördraget finns en konkret akt som innehåller alla de handlingar som inkommit i målet och inte heller från att "tillgången till akten" innebär att en rätt att läsa akten och kopiera den i dess helhet (med reservation för undantag för konfidentiella handlingar). Det är snarare så att man kan angripa problemet med definitionen av begreppet "akt" på två sätt:

— Det första sättet, vilket kommissionen föredrar, innebär att man med "akt" menar de handlingar på vilka det beslut som skall antas grundas. Den avgörande frågan skulle då vara om företaget haft tillgång till hela akten varvid man utgår från att kommissionen har fört in alla handlingar, som möjliggör för företaget att utöva sin rätt att bli hörd, i akten. Enligt detta sätt att uppfatta saken skulle akten vid den avgörande tidpunkten bestå av meddelandet om anmärkningar, av de handlingar som kommissionen i meddelandet om anmärkningar stött sig på i sina anklagelser mot företaget samt av varje uppgift som kommissionen inte stött sig på men som uppenbarligen kan tala till det berörda företagets fördel. Allt annat som kommissionen kan ha fått fram under sina undersökningar men som inte faller under någon av dessa kategorier skulle inte ingå i akten, varför det inte skulle vara nödvändigt att veta om företaget har haft tillgång till det eller ej.

— Det andra sättet innebär att man anser att "akten" består av allt som kommissionen fått fram under sina undersökningar även om det inte använts till stöd för meddelandet om anmärkningar. Emellertid skulle det, i enlighet med artikel 20 i förordning nr 17 och med tillämpning av Hercules-fallet, ändå ha funnits handlingar som företaget inte skulle få tillgång till på grund av att kommissionen inte skulle vara beredd att lämna ut dem. Detta leder till att företaget i praktiken skulle få tillgång till samma handlingar som enligt det första sättet att se saken.

60 Kommissionen har vidare understrukit att det finns två alternativa metoder att ge tillgång till akten:

— Kommissionen skulle först kunna sända över meddelandet om anmärkningar och därefter fastställa de datum vid vilka företaget kunde studera de handlingar som gjorts tillgängliga. Därvid skulle det kunna vara av värde att tillsammans med meddelandet om anmärkningar ha tillgång till en förteckning över handlingarna så att de berörda skulle kunna få en uppfattning om vad de kan (och inte kan) få tillgång till. I sin ovannämnda dom BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 29, skall förstainstansrätten ha använt sig av denna metod med hänvisning till kommissionens tolfte rapport om konkurrenspolitiken.

— Det skulle även vara möjligt att sända handlingarna tillsammans med meddelandet om anmärkningar. I detta fall skulle företaget inte ha något behov av någon förteckning över handlingarna. Det skulle redan ha tillgång till allt det som den skulle kunna få tillgång till. Att i samband med meddelandet om anmärkningar förse företaget med en förteckning över handlingarna skulle alltså endast kunna vara en ersättning för att skicka handlingarna tillsammans med anmärkningarna.

61 Kommissionen har anfört att sökanden i förevarande mål genast haft tillgång till de uppgifter på vilka kommissionen grundat sin uppfattning eftersom kommissionen valt den metod som innebär att de relevanta bevishandlingarna sänds tillsammans med meddelandet om anmärkningar. Följaktligen måste sökanden anses ha haft "tillgång till akten". Vad däremot varken sökanden eller Solvay haft är en möjlighet

att undersöka samtliga de uppgifter som kommissionen samlat in, antingen av det skälet att uppgifterna inte var relevanta eller för att de var konfidentiella. Enligt kommissionen är för övrigt den enda möjliga grunden för att lämna ut en handling, utöver dem som bifogats meddelandet om anmärkningar, till sökanden att denne visar att handlingen skulle vara av betydelse för någon specifik fråga i målet och därigenom upplyser kommissionen om vad den skall söka efter. Slutligen skall sökanden aldrig ha begärt att få se de handlingar som beslagtagits hos Solvay och aldrig ha anfört några argument angående vilka följder det skulle ha för värderingen av de bevis som förts fram mot sökanden om Solvay missbrukat en eventuellt dominerande ställning på marknaden på kontinenten.

62 Kommissionen har tillagt att i detta fall har de handlingar som beslagtagits hos sökanden och andra företag uppgått till flera tiotal pärmar innehållande ungefär 200 sidor vardera. Handlingarna har klassificerats efter var de påträffats och inte efter huruvida de var av relevans enligt artikel 85 eller artikel 86. Det rör sig om följande akter:

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: Matthès & 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.

63 Kommissionen har bekräftat att den inte framställt någon förteckning över samtliga de handlingar som berör sökanden, vilket emellertid enligt kommissionen inte varit till någon olägenhet för denne. En sådan förteckning skulle nämligen ha

varit överflödig i detta fall. Praktiskt taget samtliga de handlingar som använts i förfarandet angående artikel 86 i fördraget hade nämligen kommit från sökanden, vilken uppenbarligen måste ha haft kopior för säkerhets skull.

64 Kommissionen har anfört att förteckningarna över handlingar i de fall de alls upprättats inte är detaljerade. Om en sådan förteckning skulle ha upprättats skulle den i detta fall enligt kommissionens uppfattning inte ha varit av något värde för sökanden. Den skulle på sin höjd ha innehållit ett antal rubriker eller sidnummer med en mycket kortfattad uppgift om vilken sorts handling som avses. Akterna 39 och 40 är för övrigt kända av sökanden eftersom de innehöll dess egna handlingar. Sökanden torde även ha känt till innehållet i övriga akter, åtminstone i den mån kommissionen stött sina anklagelser mot sökanden på de handlingar som ingått i dem och därför bifogat dem i meddelandet om anmärkningar. Återstående handlingar skall enligt kommissionen ha varit av sådan konfidentiell karaktär som avses i artikel 20 i förordning nr 17 samt ha varit föremål för en uttrycklig begäran om konfidentiell behandling från sökanden i skrivelse av den 13 april 1989 och från Solvay i skrivelse av den 27 april 1989. Sökanden skulle alltså inte ha kunnat studera handlingarna oavsett om en förteckning över handlingarna lämnats ut eller ej. Slutligen skulle det, sedan kommissionen i sin skrivelse av den 31 maj 1990 hade angett vilka företag den besökt, inte ha funnits något som hindrade sökanden att direkt kontakta de berörda företagen om sökanden ansåg att dessa innehade handlingar som kunde vara av värde.

Förstainstansrättens bedömning

Frågan om grunden kan prövas och om dess innebörd

65 Inledningsvis konstaterar förstainstansrätten att den grund som innebär att sökanden inte getts tillgång till akten bör delas in i tre delar. Sökanden hävdar nämligen

för det första att den inte kunnat studera de handlingar med löpnummer IV som bifogats den fjärde delen av det meddelande om anmärkningar som riktats till Solvay angående artikel 86 i fördraget trots att sambandet mellan de anmärkningar som framställts av kommissionen i fråga om artikel 86 och de som framställts i fråga om artikel 85 har inneburit att de handlingar som hör till förfarandet angående artikel 85 skulle kunna vara relevanta för sökandens försvar i detta fall eftersom de båda påstådda överträdelserna till stor del överlappar varandra i fråga om sina effekter (se särskilt punkterna 8.9, 8.10 och 14.3.7 i ansökan). För det andra hävdar sökanden att den inte haft tillgång till akter som innehåller andra handlingar som kommer från Solvay och som skulle ha kunnat vara av värde för dess försvar (se punkterna 2.8.3 och 2.8.7 i ansökan).

66 Sökanden hävdar slutligen att precis som Solvay har inte heller de andra sodaproducenterna exporterat soda till Förenade konungariket. De handlingar som kommer från dessa producenter skulle genom uppgifter om pris och kostnader kunna visa varför de avstått från detta. Dessa handlingar skulle alltså kunna vara av relevans för sökandens försvar mot den anmärkning som riktats mot denne och som innebär att sökanden skulle ha ingått i ett samordnat förfarande tillsammans med Solvay enligt vilket de skulle ha avstått från att exportera sina produkter till den västeuropeiska kontinenten respektive Förenade konungariket (se särskilt punkterna 2.8.3 och 2.8.7 i ansökan).

67 Inom ramen för var och en av dessa delar av grunden har sökanden framfört argumentet att kommissionen inte ens översänt en förteckning över de handlingar som utgör akten (se punkt 2.8.2 i ansökan).

68 Förstainstansrätten anser till skillnad från kommissionen att dessa uppgifter, vilka utvecklats och fördjupats i repliken och vid sammanträdet, uppfyller de krav på en kort framställning av de åberopade grunderna som ansökan skall innehålla enligt artikel 19.1 i EG-stadgan för domstolen och artikel 38.1 c i domstolens rättegångsregler vilka var tillämpliga när ansökan inkom.

Målet i sak

69 Förstainstansrätten erinrar 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 (rättens ovannämnda domar Cimenteries CBR m. fl. mot kommissionen, punkt 38, samt BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 30). Respekten för rätten till försvar utgör 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 redan 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 (ovan nämnda dom Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 9 och 11).

70 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 sina tre delar, 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

71 Förstainstansrätten konstaterar för det första att den anklagelse som framförts i meddelandet om anmärkningar kan sammanfattas på så sätt att sökanden och Solvay åtminstone sedan januari 1973 deltagit i ett samordnat förfarande genom att

de gemensamt fortsatt att följa ett tidigare avtal som angett deras respektive försäljningsområden för soda på så 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 Solvay 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 1949, fortsatt att tillämpas i form av ett samordnat förfarande. Av de skriftliga bevisen framgår nämligen att

— sökanden och Solvay 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 de handelsstrategier 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 skrivelse den 12 oktober 1972 har förhållandet upprätthållits på så sätt att ingen av parterna någonsin konkurrerat med den andre på dennes marknad i gemenskapen.

72 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 Solvay med syfte att hjälpa sökanden 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.

73 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 övervä-

ganden 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 Solvay eller någon annan producent i gemenskapen som skulle kunna konkurrera med sökanden i Förenade konungariket. Det har varit fråga om principen om den så kallade "hemmamarknaden" (home market). I meddelandet om anmärkningar hänvisas det i detta avseende till handlingar som berör andra producenter eller som kommer från sådana (s. 11 och 12, handlingarna II.18—II.24) 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 Solvay år 1982. Kommissionen har tillagt att även om det funnits vissa tecken på att Solvay 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 Solvay och Akzo.

74 Till stöd för sina anmärkningar bifogade kommissionen meddelandet om anmärkningar en uppsättning handlingar med löpnummer II. Av dessa handlingar var tre (II.35, II.36 och II.38) åtminstone delvis identiska med de handlingar med löpnummer IV som använts i förfarandet mot Solvay enligt artikel 86 (IV.28, IV.29 och IV.30). Ingen av övriga handlingar med löpnummer IV har översänts till sökanden.

75 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 Solvay har som ett resultat av sina respektive handelsstrategier inte ägnat sig åt någon handel med soda över engelska kanalen under hela den behandlade perioden, det vill säga under mer än sexton år.

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

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

— Regelbundna kontakter har förekommit mellan sökanden och Solvay för att samordna deras strategier på sodasektorn.

Det skall tilläggas att kommissionen för att slå fast att regeln om en "hemmamarknad" upprätthållits i punkt 29 i beslutet hänvisat till flera handlingar som beslagtagits hos flera olika producenter.

— Sökandens försvar

76 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 som 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, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85—C-129/85, Rec. s. I-1307, punkt 62—65).

77 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 skulle vara styrkt att det förekommit något samordnat förfarande. Detta försvar anfördes redan i svaret på meddelandet om anmärkningar (se "defence" av den 31 maj 1990, s. 19 och följande, ovan punkt 12). Samma försvar har sedan återkommit i det yttrande som getts in inför sammanträdet ("article 85 presentation" s. 3 och följande, ovan punkt 13) samt vid själva sammanträdet den 25 och 26 juni 1990 (s. 9 och följande i protokollet). Inför förstainstansrätten har försvaret också upprepats inom ramen för en grund riktad mot kommissionens bedömning av bevisningen i det ifrågasatta beslutet.

78 Följaktligen skall förstainstansrätten mot bakgrund av rättspraxis undersöka om detta sökandens försvar påverkats av att insyn inte getts i handlingar angående grundens tre delar. 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 en överträdelse av rätten till försvar har skett. 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.

79 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 att en överträdelse skett skulle kräva en annorlunda analys av verkan på handeln inom gemenskapen.

80 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 nr 17 trädde i kraft år 1962 måste sökandens och Solvays 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.

81 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 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 Solvay fortsatt att följa avtalen efter det att dessa formellt upphört, enligt kommissionen konstateras att avtalen fortsatt att vara verksamma.

82 I detta avseende skall det påpekas att EMI Records, 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.

83 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 Solvay 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 Solvay 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.

84 När det gäller de bevis som direkt avser de år under vilka det samordnade förfarandet enligt kommissionen pågått kan det konstateras att sökandens inköp för återförsäljning från Solvay skett mellan år 1983 och år 1989. Sökanden har emellertid bestritt att dessa avtal visar några olovliga kontakter med Solvay och detta mot bakgrund av att sökanden skulle ha gjort samma sorts köp hos andra producenter, bland annat Akzo, vilket inte ifrågasatts av kommissionen. Det är enligt sökanden således fråga om helt normala kommersiella transaktioner. 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 Solvay 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 lenght relationship") mellan sökanden och Solvay, vilket skulle kunna försvaga hypotesen om ett samordnat förfarande.

85 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 Solvay 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 samordning som är precisa och som stämmer överens sinsemellan (se ovannämnda dom Ahlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen, punkt 70—72).

86 De bevis som avser särskilt år 1973 och de år som följt närmast därefter har varit mycket svaga. Kommissionen har därför varit tvungen att, allt från tiden för meddelandet om anmärkningar, 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 betett 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 måste innebära att man dels beaktar att sökanden och Solvay hade starka ställningar på sin respektive geografiska marknad, dels beaktar de åtgärder för att binda kunderna som sökanden och Solvay anklagats för inom ramen för de förfaranden rörande artikel 86 i fördraget som pågår samt dessutom beaktar hur gemenskapens övriga sodaproducenter agerat på den kontinentala marknaden.

— Den första delen i den grund som innebär att insyn inte getts i de handlingar som bär löpnummer IV

87 Vad gäller den första delen av grunden anser förstainstansrätten att det av det ovanstående framgår att en del av de handlingar som bär löpnummer IV och som inte översänts till sökanden varit sådana att de kunnat stödja dennes försvar. De handlingar som avser Solvays påstådda åtgärder för att binda sina 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 som upprättats av kunderna, 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 79 och 81). Efter det administrativa förfarandet har sökanden i ett svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten nämligen hävdat att Solvays dominerande ställning på den kontinentala marknaden "uppenbarligen spelat en viktig roll för det ensidiga beslut" som sökanden fattat att inte driva "en aktiv marknadsföringsstrategi" på denna marknad.

88 Visserligen har kommissionen inte anklagat Solvay för att ha missbrukat sin dominerande ställning förrän från år 1983. Den har emellertid ansett att den dominerande ställningen varit en direkt fortsättning på den starka ställning som hade upprättats genom avtalen om marknadsuppdelning vilka ingåtts före år 1973. Vidare hänför sig beslut 91/299 uttryckligen till omständigheter som visar Solvays ekonomiska styrka och som härrör från tiden före år 1983, till exempel Solvays

avtalsförhållanden med de stora glastillverkarna i Belgien "fram till år 1978" eller den belgiska regeringens ingrepp till förmån för Solvay i januari 1978 (se ovan punkt 16).

89 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.

90 Det skall tilläggas att sökanden förvisso kände till dels den starka ställning som Solvay hade på marknaden på kontinenten — se förklaringen på sidan 10 i protokollet från sammanträdet "Solvay (is) by far the largest (producer) in the EEC" — "Solvay (är) med god marginal den störste (producenten) i gemenskapen" — dels att ett parallellt förfarande enligt artikel 86 inletts mot Solvay. I punkten 3 i sammanfattningen av anmärkningarna vilken förekommer i början på meddelandet om anmärkningar åberopas nämligen inledandet av förfarandet mot Solvay och den anmärkning som framförts mot det system med lojalitetsbonus och rabatter som denne tillämpade. Dessa omständigheter vederlägger emellertid inte uppfattningen att åtminstone vissa av de handlingar som har löpnummer IV skulle kunna vara till nytta för sökandens försvar.

91 I detta avseende har kommissionen med hänvisning till sin skrivelse av den 31 maj 1990 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 såväl att ge insyn i handlingarna som att tillhandahålla en förteckning över dem. 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.

92 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 96).

93 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 IV 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.

94 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 IV som endast använts mot Solvay. 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.

95 För att motsäga slutsatsen att rätten till försvar kränkts har kommissionen inledningsvis gjort gällande att Solvay borde ha kunnat överföra de handlingar som kom kommit från Solvay och som kunnat vara till nytta för försvaret av sökanden till denne. 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 Solvay hade en dominerande ställning, medan detta företag skulle ha haft allt intresse av att förneka att en sådan förelåg.

96 Det är följaktligen utan betydelse för kränkningen av rätten till försvar att sökanden och Solvay inlett ett visst utbyte av handlingar för första gången när sökanden översänt handlingar till Solvay (se punkt 12 i domen av den 29 juni 1995, Solvay mot kommissionen, T-30/91, REG s. II-1775) och särskilt från den tidpunkt då de båda företagen inte längre var konkurrenter på marknaden i fråga, det vill säga från slutet på 1991. Ett sådant, för övrigt osäkert, samarbete mellan företag kan inte i något fall innebära att kommissionens skyldighet att, vid undersökningen av en överträdelse av konkurrensrätten, själv garantera respekten för rätten till försvar för de berörda företagen upphör.

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

98 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 17 har företagen rätt till skydd för sina affärshemligheter (se domstolens ovannämnda dom Akzo I, punkt 28 samt dess dom 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.

99 Som kommissionen har uppgett i svar på en fråga från förstainstansrätten 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).

100 I förevarande fall kan kommissionen inte rättfärdiga att den beslutat att inte tillåta någon insyn genom att hävda att sökanden och Solvay 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 motsva-

rande delar. Kommissionen har för övrigt själv tolkat sökandens skrivelse på det sättet eftersom den i sin svarsskrivelse av den 24 april 1989 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.

101 Det skall tilläggas att kommissionen, inom ramen för tre skilda förfaranden mot sökanden och Solvay 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 har ansett det nödvändigt har den således inte alls betraktat handlingarna i fråga som fullständigt sekretessbelagda.

102 Följaktligen kan den omständigheten att kommissionen uteslutit handlingarna med löpnummer IV från förfarandet mot sökanden inte heller berättigas av behovet att skydda Solvays affärshemligheter. Kommissionen skulle, i enlighet med praxis vid 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.

103 Om skyddet av Solvays 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 IV. 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 Solvay 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 Solvays affärshemligheter.

104 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 Solvay som inte var tillgänglig och därmed kunna diskutera med detta företag om det var berett att avstå från sekretessen. Tvärtemot vad kommissionen ansett räcker det inte att sökanden känt till att Solvay varit föremål för en undersökning utförd av kommissionen.

105 Det följer av de föregående övervägandena att den konfidentiella behandling som eventuellt skulle förbehållas handlingarna och/eller förteckningen vilken 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 IV, antingen genom bifoga bilagor till meddelandet eller genom en förteckning.

106 Det skall vidare prövas om en sådan överträdelse är oberoende av på vilket sätt det berörda företaget förfarit under det administrativa förfarandet och om företaget varit tvunget att begära att kommissionen gav det tillgång till sin akt eller översände angivna handlingar till det. I detta sammanhang skall det påpekas att varken förordning nr 17 eller 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) 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 sökanden under det administrativa förfarandets gång begärt att få "tillgång till akten" och att få en förteckning. Vid förhöret prövades inte denna begäran eftersom förhörsledaren överlämnat till förstainstansrätten att besluta om den.

107 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.

108 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.

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

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

110 Till skillnad från omständigheterna vid prövningen av den första delen av grunden har förstainstansrätten inte kännedom om Solvays handlingar med undantag för dem som har löpnummer IV, vilka på grund av kommissionens avslag inte gjorts tillgängliga för sökanden. Emellertid har sökanden riktigt gjort gällande att ett samordnat förfarande mellan två företag inte längre kan anses visat om kommissionen upptäcker att ett av de två företagen handlat självständigt och utan samförstånd med sin påstådda partner. Om Solvay 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 Solvays handlingssätt ha kunnat vara av värde för sökandens försvar.

111 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" 2—4 (Solvay, Bryssel), 50—52 (Solvay, Spanien) och 59 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 Solvay 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 Solvay 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 har det visats att ytterligare en kränkning av rätten till försvar ägt rum.

112 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.

113 Det skall upprepas att det fel som skett under det administrativa förfarandet inte kan rättas till under förfarandet inför rätten, 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 Solvay som rentvådde de båda företagen skulle den nämligen eventuellt ha kunnat påverka kommissionens bedömningar. Följaktligen skall den andra delen av grunden bifallas.

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

114 Beträffande tillgången till de "akter" som innehåller handlingar från andra sodaproducenter på kontinenten (se ovan punkt 62) påpekar förstainstansrätten att det

är ostridigt mellan parterna att dessa producenter precis som Solvay inte bedrivit någon handel med soda över Engelska kanalen samt att kommissionen ändå inte har anklagat dem för att ha deltagit i något samordnat förfarande och detta trots att den, såväl i meddelandet om anmärkningar som i punkterna 28 och 29 i beslutet, ansett att det förekommit en princip om "hemmamarknad" vilken respekterats strikt av samtliga producenter fram till 70-talet. Kommissionen har i meddelandet om anmärkningar och i beslutet åberopat handlingar från "flera" tillverkare till stöd för detta.

115 Eftersom de övriga producenternas handlingssätt inte satts i fråga kan förstainstansrätten inte utesluta att dessa producenter begränsat sin försäljning till Västeuropa av ekonomiska skäl som varit självständiga, objektiva och lagliga. Med samma resonemang anser förstainstansrätten att det inte heller kan uteslutas att Solvays likadana handelsstrategi har bestämts av skäl av samma slag. I så fall skulle Solvays parallella och passiva förfarande kunna, så som i det ovannämnda rättsfallet Ahlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen, förklaras på annat sätt än genom en föregående samordning med sökanden. Anklagelsen om ett samordnat förfarande skulle inte heller kunna vidhållas i förhållande till sökanden. I ett sådant perspektiv skulle de handlingar som hänför sig till andra producenters handlingssätt även vara till nytta för sökandens försvar.

116 Det följer av dessa överväganden angående de första och andra delarna av grunden att kommissionen borde ha upprättat en förteckning över de handlingar som förekom i "akterna" över de andra producenter som nämnts i punkt 62. Ännu en gång kan det konstateras att kommissionen hade tillgång till dessa handlingar och att om kommissionen bestämt sig för att inte använda handlingarna för att fastställa överträdelsen så kräver jämlikheten i medel ändå att sökanden åtminstone har möjlighet att fatta motsvarande beslut om den skulle använda handlingarna i sitt försvar eller ej.

117 Det skall vidare erinras om att kommissionen som bevis har använt vissa handlingar som rör andra producenter eller som kommer från dessa. Under dessa omständigheter har sökanden åtminstone haft rätt att begära en förteckning över de

handlingar som förekom i akterna i fråga för att eventuellt kontrollera deras exakta innehåll och om de kunde vara av användning i försvaret. Sökanden hade särskilt rätt att få tillgång till akterna 31—38 och 53—58 från Akzo eftersom förhållandena mellan Solvay och Akzo prövats i punkt 29 i beslutet för att visa att den så kallade principen om "hemmamarknaden" upprätthållits, vilket var ett av kommissionens argument för att slå fast att överträdelsen ägt rum. Genom sin vägran att tillhandahålla en förteckning har kommissionen påverkat sökandens rätt till försvar. Man inte kan begära att sökanden, på grundval av handlingar som den i avsaknad av förteckning inte känner till, skall visa att företag som Akzo eller Matthes & Weber självständigt beslutat att inte exportera till Förenade konungariket. Av detta skäl och eftersom ett sådant självständigt besluts ekonomiska sammanhang kan överföras till Solvay, är möjligheten att sådana handlingar existerar tillräcklig för att anse att rätten till försvar kränkts. Det är således visat att en tredje överträdelse av rätten till försvar har ägt rum.

118 Följaktligen skall den grund som avser överträdelse av rätten till försvar godtas i alla sina tre delar och beslutet ogiltigförklaras i den mån det berör sökanden, utan att förstainstansrätten behöver pröva sökandens andrahandsyrkanden om att undersökningsåtgärder skulle få genomföras av dess egna rådgivare eller av förstainstansrätten. Det är inte heller nödvändigt att pröva de andra grunder som åberopats till stöd för yrkandena om ogiltigförklaring, särskilt den grund som avser bristande objektivitet visad genom vad som tagits bort i de handlingar som bifogats den andra delen av meddelandet om anmärkningar, den grund som innebär att vissa bevis som åberopats till stöd för vissa slutsatser i beslutet inte översänts till sökanden och den grund som avser oriktigt bestyrkande av det ifrågasatta beslutet vilket inte berör hela det administrativa förfarandet inför kommissionen (se angående denna sista punkt dom av den 29 juni 1995, Solvay mot kommissionen, T-32/91, REG s. II-1825).

Rättegångskostnader

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

tappande parten 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