FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 25. oktober 2001 [1]

I — Indledning

A — *Sagens faktiske omstændigheder*

1. Efter at Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber den 13. og 14. oktober 1983 — i henhold til artikel 14 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [2] — havde foretaget en række kontrolundersøgelser inden for polypropylensektoren, indledte den en undersøgelse vedrørende polyvinylchlorid (herefter »PVC«). I denne forbindelse foretog Kommissionen en række undersøgelser i de berørte virksomheders lokaler og fremsatte flere anmodninger om oplysninger til disse.

2. Den 24. marts 1988 indledte Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 på eget initiativ en procedure mod 14 PVC-producenter. Den 5. april 1988 tilsendte Kommissionen hver virksomhed en meddelelse af klagepunkter, jf. artikel 2, stk. 1, i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17 [3]. Samtlige virksomheder, der havde modtaget en meddelelse af klagepunkter, fremsendte bemærkninger i løbet af juni 1988. Med undtagelse af Shell International Chemical Company Ltd, som ikke havde anmodet herom, blev alle virksomhederne hørt i september 1988.

3. Den 1. december 1988 afgav Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål (herefter »Det Rådgivende Udvalg«) en udtalelse vedrørende Kommissionens udkast til beslutning.

4. Efter afslutningen af denne procedure vedtog Kommissionen beslutning 89/190/EØF af 21. december 1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.865, PVC) [4] (herefter »den første PVC-beslutning«). Ved denne beslutning pålagde Kommissionen følgende PVC-producenter bøde for overtrædelse af

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT 1959-1962, s. 81.
3 — EFT 1963-1964, s. 42.
4 — EFT 1989 L 74, s. 1.

EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1 EF): Atochem SA, BASF AG, DSM NV, Enichem SpA, Hoechst AG (herefter »Hoechst«), Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (herefter »ICI«), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS (herefter »Norsk Hydro«), Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay et Cie (herefter »Solvay«) og Wacker-Chemie GmbH.

5. Alle disse virksomheder med undtagelse af Solvay anlagde sag ved Fællesskabets retsinstanser med påstand om annullation af Kommissionens beslutning.

6. Ved kendelse af 19. juni 1990 i sagen Norsk Hydro mod Kommissionen [5] afviste Retten Norsk Hydros søgsmål.

7. De andre sager blev forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

8. Ved dom af 27. februar 1992 i sagen BASF m.fl. mod Kommissionen [6] fastslog Retten, at den første PVC-beslutning var en nullitet.

9. Kommissionen iværksatte appel, hvorefter Domstolen ved dom af 15. juni 1994 i sagen Kommissionen mod BASF m.fl. [7] ophævede Rettens dom og annullerede den første PVC-beslutning.

10. Som følge af denne dom vedtog Kommissionen den 27. juli 1994 en ny beslutning rettet til de producenter, der var omfattet af den første PVC-beslutning, med undtagelse af Solvay og Norsk Hydro (Kommissionens beslutning *94/599/EF* af 27.7.1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV/31.865 — PVC) (EFT L 239, s. 14, herefter »den anden PVC-beslutning«)). Ved denne beslutning pålagde Kommissionen virksomhederne bøder af samme størrelse, som de var blevet pålagt ved den første PVC-beslutning.

11. Den anden PVC-beslutning indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

BASF AG, DSM NV, Elf Atochem SA, Enichem SpA, Hoechst AG, Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc, Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedi-

5 — Sag T-106/89, ikke trykt i Samling af Afgørelser.

6 — Forenede sager T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, Sml. II, s. 315.

7 — Sag C-137/92 P, Sml. I, s. 2555.

son SpA, Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Co. Ltd og Wacker-Chemie GmbH har overtrådt EF-traktatens artikel 85 ved (sammen med Norsk Hydro [...] og Solvay [...]) at have deltaget i en aftale og samordnet praksis, der blev påbegyndt omkring august 1980, og hvorved de producenter, der leverer PVC i EF, deltog i regelmæssige møder med henblik på at fastsætte målpriser og målkvoter, planlægge samordnede initiativer til prisforhøjelser samt at føre tilsyn med nævnte hemmelige aftalers funktion.

Artikel 2

De i artikel 1 nævnte virksomheder, som stadig opererer i PVC-sektoren i EF (bortset fra Norsk Hydro [...] og Solvay [...] der allerede er underlagt et gyldigt påbud om at bringe overtrædelsen til ophør), skal omgående bringe nævnte overtrædelse til ophør (såfremt dette ikke allerede er sket) og skal for fremtiden, hvad angår deres PVC-aktiviteter, afstå fra enhver aftale eller samordnet praksis med samme eller lignende formål eller virkning, herunder enhver udveksling af sådanne oplysninger, der normalt betragtes som forretningshemmeligheder, og hvorved deltagerne direkte eller indirekte informeres om andre individuelle producenters produktion, leverancer, lagre, salgspriser, omkostninger eller investeringsplaner, eller hvorved de kan overvåge tilslutning til udtrykkelige eller stiltiende aftaler eller samordnet praksis vedrørende priser og markedsdeling i EF. Enhver udveksling af generelle oplysninger, som producenterne måtte deltage i vedrørende PVC-sektoren, skal ske på en sådan måde, at der ikke meddeles oplysninger, hvoraf individuelle producenters adfærd kan udledes, og navnlig skal virksomhederne afstå fra indbyrdes at udveksle enhver yderligere oplysning af relevans for konkurrencen, der ikke er omfattet af en sådan ordning.

Artikel 3

For den i artikel 1 fastslåede overtrædelse pålægges nedenstående virksomheder følgende bøder:

i) BASF AG: en bøde på 1 500 000 ECU

ii) DSM NV: en bøde på 600 000 ECU

iii) Elf Atochem SA: en bøde på 3 200 000 ECU

iv) Enichem SpA: en bøde på 2 500 000 ECU

v) Hoechst AG: en bøde på 1 500 000 ECU

vi) Hüls AG: en bøde på 2 200 000 ECU

vii) Imperial Chemical Industries PLC: en bøde på 2 500 000 ECU

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV: en bøde på 750 000 ECU

ix) Montedison SpA: en bøde på 1 750 000 ECU

x) Société artésienne de vinyle SA: en bøde på 400 000 ECU

xi) Shell International Chemical Company Ltd: en bøde på 850 000 ECU

xii) Wacker-Chemie GmbH: en bøde på 1 500 000 ECU.«

B — *Retsforhandlinger for Retten*

12. Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor mellem den 5. og den 14. oktober 1994 anlagde virksomhederne Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem (herefter »Elf Atochem«), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV og DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, ICI, Hüls AG og Enichem SpA sag ved Retten.

13. Hver virksomhed nedlagde påstand om hel eller delvis annullation af den anden PVC-beslutning eller subsidiært om annullation af eller nedsættelse af den pålagte bøde. Montedison SpA nedlagde tillige påstand om, at Kommissionen tilpligtes at

betale erstatning svarende til omkostningerne i forbindelse med sikkerhedsstillelsen samt alle øvrige omkostninger, der er en følge af den anden PVC-beslutning.

— i øvrigt frifundet Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber

— fordelt sagsomkostningerne.

C — *Rettens dom*

14. Ved dom af 20. april 1999 i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen [8] (herefter »den appellerede dom«) har Retten:

— forenet sagerne med henblik på dommen

— annulleret artikel 1 i den anden PVC-beslutning, for så vidt som det deri blev fastslået, at Société artésienne de vinyle SA havde deltaget i den påtalte overtrædelse efter første halvår 1981

— nedsat de bøder, der var pålagt Elf Atochem, Société artésienne de vinyle SA og ICI, til henholdsvis 2 600 000 EUR, 135 000 EUR og 1 550 000 EUR

8 — Forenede sager T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Sml. II, s. 931.

D — *Proceduren for Domstolen*

15. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 29. juni 1999 har Elf Atochem i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af den appellerede dom.

16. Elf Atochem har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, og Domstolen træffer endelig afgørelse i sagen.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

II — Analyse

18. Appellanten har fremført to anbringender, som skal undersøges i den rækkefølge, hvori de er anført i appelskriftet.

Det første anbringende

19. Elf Atochem kritiserer for det første, at Retten ikke tog stilling til et anbringende om, at den anden PVC-beslutning adskilte sig materielt fra den første PVC-beslutning, hvilket såvel appellanten selv som andre af sagsøgerne anførte en omfattende argumentation vedrørende, således som det fremgår af præmis 222 i den appellerede dom. Ifølge appellanten er denne mangel på begrundelse i sig selv tilstrækkelig til, at den appellerede dom skal ophæves.

20. I denne forbindelse skal det fremhæves, at Retten konstaterede i præmis 257 i den appellerede dom, at »beslutningen [...] kun indeholdt redaktionelle ændringer, der ikke berørte klagepunkterne«.

21. Retten besvarede således appellantens argument, og jeg skal i øvrigt undersøge nedenfor, om besvarelsen var begrundet.

22. Elf Atochem kan således ikke med føje gøre gældende, at Retten ikke tog stilling til dette spørgsmål.

23. Det følger heraf, at anbringendet om manglende begrundelse er uden grundlag og skal forkastes.

Det andet anbringende

24. Elf Atochem hævder, at Retten fejlagtigt fandt, at Kommissionen ikke var forpligtet til at indlede en ny administrativ procedure i henhold til forordning nr. 17 og forordning nr. 99/63, inden den vedtog den anden PVC-beslutning. Anbringendet omfatter fire led.

25. De to første led vedrører problemet om, hvorvidt det inden vedtagelsen af den anden PVC-beslutning var nødvendigt at træffe visse forberedende foranstaltninger, nemlig at høre virksomhederne og Det Rådgivende Udvalg. Disse spørgsmål afhænger således af, om de tidligere med

henblik på den første PVC-beslutning trufne forberedende foranstaltninger stadigvæk var gyldige, hvilket er genstand for anbringendets tredje led. Dette skal således undersøges først.

Det tredje led, hvorefter hele den første PVC-beslutning blev annulleret ved dommen i sagen Kommissionen mod BASF m.fl.

26. Elf Atochem har understreget, at den første PVC-beslutning blev annulleret ved denne dom på grund af en tilsidesættelse af såvel reglerne om stadfæstelse som af kollegialitetsprincippet. Den konstaterede ugyldighed rammer hele retsakten, eftersom Domstolen ikke begrænsede omfanget af annullationen til visse dele af retsakten. Den forudgående administrative procedure er imidlertid uløseligt knyttet til retsakten. Annullationen af retsakten indebar derfor ifølge appellanten nødvendigvis, at de i forordning nr. 17 og nr. 63 omhandlede forudgående administrative foranstaltninger skulle gennemføres på ny.

27. Appellanten har herved henvist til dommene i sagerne Transocean Marine Paint mod Kommissionen [9] og British Aerospace og Rover mod Kommissionen [10].

9 — Dom af 23.10.1974, sag 17/74, Sml. s. 1063.
10 — Dom af 4.2.1992, sag C-294/90, Sml. I, s. 493.

28. Som Retten med rette udtalte i præmis 184 i den appellerede dom, afhænger spørgsmålet om, hvilken virkning annullationen af en beslutning har for gyldigheden af de foranstaltninger, der gik forud for beslutningen, af, hvad der var grundlaget for annullationen, hvilket appellanten i øvrigt heller ikke bestrider.

29. Denne konklusion, som i øvrigt blot er udtryk for en konkret anvendelse af den almindelige regel om retskraft, bekræftes af såvel den retspraksis, som Retten har henvist til, som den, appellanten selv påberåber sig.

30. I de nævnte domme blev Kommissionens beslutning i modsætning til i denne sag annulleret på grund af proceduremangler, som berørte de foranstaltninger, der gik forud for den fase, hvor beslutningen blev endeligt vedtaget, og annullationen medførte derfor logisk en forpligtelse for den institution, der havde udstedt beslutningen, til at afhjælpe ugyldigheden af de pågældende forberedende foranstaltninger.

31. Således skyldtes den delvise annullation af den anfægtede beslutning i sagen Transocean Marine Paint mod Kommissionen, at Kommissionen ikke under den forberedende procedure havde underrettet virksomhederne om et forhold, som den senere lod indgå i den endelige beslutning, hvilket

gjorde det nødvendigt at gennemføre den forudgående procedure på ny.

32. Sagerne British Aerospace og Rover mod Kommissionen angik Kommissionens vedtagelse af en ny beslutning på statsstøtteområdet, selv om der verserede nogle retssager vedrørende gennemførelsen af tidligere beslutninger, og angik således ikke virkningerne af en annullationsdom. I modsætning til i den foreliggende sag forelå der nye faktiske omstændigheder, hvilket gjorde en ny procedure påkrævet.

33. Det følger heraf, at Retten med rette fandt, at det skulle vurderes i lyset af konklusionen og præmisserne i Domstolens dom, i hvilket omfang annullationen af den første PVC-beslutning påvirkede de forberedende foranstaltninger.

34. Annullationen fandt sted, fordi Kommissionen havde begået en procedurefejl, som udelukkende vedrørte de nærmere omstændigheder ved den endelige vedtagelse af beslutningen. Annullationen påvirkede således ikke de sagsbehandlingstrin, der gik forud for procedurefejlen, og som de pågældende regler ikke fandt anvendelse på.

35. Det påvirker ikke denne konklusion, at appellanten med kraft fremhæver, at annullationen, som appellanten understreger var fuldstændig, ikke alene skyldtes denne procedurefejl, men ligeledes og navnlig skyldtes en tilsidesættelse af kollegialitetsprincippet.

36. Ingen af disse to annullationsgrunde påvirker de foranstaltninger, der går forud for den endelige beslutning. Manglende stadfæstelse af ordlyden af beslutningen eller en tilsidesættelse af kollegialitetsprincippet, der opstår på tidspunktet for den endelige vedtagelse af beslutningen, har ifølge sagens natur ingen betydning for procedurens tidligere forløb og kan således ikke berøre gyldigheden af denne. Den omstændighed, at ugyldighedsgrundene påvirker beslutningen i sin helhed, er uden betydning i denne forbindelse, eftersom det ikke følger heraf, at ugyldigheden også omfatter andre foranstaltninger, som f.eks. de forberedende foranstaltninger.

37. Situationen svarede således til situationen i dommen i sagen Spanien mod Kommissionen [11], som Retten henviste til i præmis 184 i den appellerede dom, og hvori Domstolen fandt, at den procedure, der skulle til for at erstatte retsakten, kunne genoptages på netop det punkt, hvor ulovligheden indtrådte.

38. Retten begik således ingen retlig fejl ved at antage, at annullationen af den første PVC-beslutningen ikke påvirkede gyldigheden af de foranstaltninger, der gik forud for den annullerede beslutning.

11 — Dom af 12.11.1998, sag C-415/96, Sml. I, s. 6993.

39. Anbringendets tredje led skal følgelig forkastes.

Det første led, hvorefter der er sket tilsidesættelse af retten til kontradiktion i forbindelse med vedtagelsen af en ny beslutning

40. Elf Atochem er af den opfattelse, at Kommissionen burde have anvendt forordning nr. 17 og nr. 99/63 på ny med henblik på vedtagelsen af den anden PVC-beslutning, eftersom denne beslutning ikke alene blev vedtaget seks år efter den første PVC-beslutning, dvs. i en væsentligt anderledes økonomisk sammenhæng, hvilket i sig selv gjorde en fornyet høring af virksomhederne påkrævet, men eftersom beslutningen yderligere indholdsmæssigt omfattede flere nye forhold.

41. Den første forskel bestod ifølge appellanten i, at adressaterne for den anden PVC-beslutning ikke var de samme som adressaterne for den første PVC-beslutning. Begrundelsen og konklusionen i den anden PVC-beslutning nævnte udtrykkeligt virksomhederne Norsk Hydro og Solvay, som ikke var blevet dømt, idet Kommissionen angav i betragtning 59 til beslutningen, at »da Solvay ikke har indbragt beslutningen for Domstolen, og Norsk Hydros begæring blev afvist, er [den anden PVC-beslutning] fortsat gældende over for dem«. Dette viser tydeligt, at de to beslutninger begge havde virkninger, nemlig den første PVC-beslutning med hensyn til Norsk Hydro og Solvay og den anden PVC-beslutning med hensyn til de andre virksomheder. Det var imidlertid alene den første PVC-beslutning, der var genstand for en forudgående administrativ procedure.

42. Den anden forskel består i, at Kommissionen i den anden PVC-beslutning klart støttede sine klagepunkter på virksomhedernes fælles adfærd, som Norsk Hydro og Solvay deltog i, selv om disse to virksomheder ikke var adressater for denne beslutning. Disse to virksomheders adfærd blev således paradoksalt nok, selv om de ikke var omfattet af den anden PVC-beslutning, alligevel taget i betragtning af Kommissionen i forbindelse med vurderingen af alvoren af den overtrædelse, som de virksomheder, der var adressater for den anden PVC-beslutning, angiveligt skulle have begået. Den første og den anden PVC-beslutning tog således sigte på formodede aftaler og/eller kollektiv samordnet praksis, men de i 1994 anklagede deltagere adskilte sig fra de i 1988 anklagede deltagere.

43. Ligesom Kommissionen mener jeg, at denne argumentation hviler på en fejlagtig opfattelse af kommissionsbeslutningens retlige karakter. Som Retten med rette udtalte i præmis 167 i den appellerede dom, må beslutningen betragtes som en samling

individuelle beslutninger, selv om den er udformet som én enkelt beslutning. Annullationen berørte således alene de virksomheder, der anlagde sag og fik medhold, som Domstolen i øvrigt konstaterede i dommen i sagen Kommissionen mod Assidomän Kraft Products m.fl. [12].

44. Den oprindelige beslutning forblev således gyldig i forhold til Solvay og Norsk Hydro, og der var ingen grund til at anføre dem som adressater for den anden PVC-beslutning. Denne kunne kun adresseres til de virksomheder, som den første PVC-beslutning ikke længere fandt anvendelse på.

45. Den følger heraf, at den omstændighed, at den første og den anden PVC-beslutning havde forskellige adressater, på ingen måde indebærer, at der var en sådan forskel mellem beslutningerne, at virksomhederne burde være blevet hørt.

46. Det samme gælder påstanden om, at der i den anden PVC-beslutning blev taget hensyn til Solvays og Norsk Hydros adfærd, selv om disse virksomheder i modsætning til i den første PVC-beslutning ikke var adressater for denne beslutning.

47. Det fremgår af præmis 768-778 i den appellerede dom, at Retten, uden at dette er anfægtet af appellanten, fastslog, at Kommissionen ikke pålagde hver enkelt virksomhed et kollektivt ansvar, men et ansvar for de aktiviteter, som hver enkelt virksomhed havde deltaget i.

48. Det ansvar, som hver enkelt virksomhed blev pålagt, afhang således ikke af, hvilke overtrædelser de andre virksomheder havde begået. Det kan derfor ikke hævdes, at den anden PVC-beslutning i modsætning til den første PVC-beslutning tog hensyn til adfærd fra virksomheder, der ikke var adressater for beslutningen.

49. Endelig udgør Kommissionens bemærkninger vedrørende forældelse [13] heller ikke en forskel i forhold til den første PVC-beslutning, som virksomhederne burde være blevet hørt om.

50. Kommissionen fuldstændiggør med disse bemærkninger argumentationen vedrørende de eksisterende klagepunkter, som virksomhederne blev hørt om inden vedtagelsen af den første PVC-beslutning, men

12 — Dom af 14.9.1999, sag C-310/97 P, Sml. I, s. 5363.

13 — Jf. punkt 56-58 i beslutningen.

den tilføjer ikke nye klagepunkter. Den nye beslutning angik således alene adfærd, som virksomhederne havde haft mulighed for at kommentere.

51. Som det fremgår af Domstolens retspraksis [14], kan Kommissionen således godt senere fuldstændiggøre sin argumentation, uden at det derfor er nødvendigt at høre virksomhederne på ny.

52. Det følger imidlertid af appellantens argumentation, at det efter virksomhedens opfattelse på ingen måde er afgørende, om der foreligger nye klagepunkter, eller om beslutningerne er forskellige.

53. Appellanten er af den opfattelse, at hver enkelt af Kommissionens beslutninger indeholder egne klagepunkter. Kommissionen kan således ikke blot gentage klagepunkterne fra en tidligere beslutning, der er blevet annulleret.

54. Appellanten påberåber sig til støtte for denne argumentation artikel 4 i forordning nr. 99/63, hvorefter Kommissionen i sin endelige beslutning kun må tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke virksomhederne har haft lejlighed til at udtale sig.

55. Appellanten mener derfor, at alle Kommissionens beslutninger om overtrædelser skal ledsages af en egen forudgående procedure.

56. I denne forbindelse skal jeg minde om, at annullationen af beslutningen som ovenfor anført ikke påvirkede gyldigheden af de forberedende foranstaltninger, der blev gennemført inden stadfæstelsen af beslutningen.

57. Det følger heraf, at de berørte virksomheder i det foreliggende tilfælde er blevet hørt og har kunnet fremsætte deres synspunkter vedrørende de klagepunkter, som Kommissionen rettede mod dem.

58. Det i artikel 4 i forordning nr. 99/63 stillede krav, som appellanten påberåber sig, er således opfyldt, eftersom det ikke er gjort gældende, at Kommissionen tog nye klagepunkter op, som virksomhederne ikke fik mulighed for at udtale sig om.

14 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion francaise m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 15.

59. Det følger udelukkende af bestemmelsen, at alle beslutninger skal hvile på klagepunkter, som parterne har kunnet udtale sig om. Dette indebærer ikke, at en tidligere beslutning, der er blevet annulleret, ikke kan hvile på samme klagepunkter.

60. Et sådant krav fremgår ikke af forordningens ordlyd og kan heller ikke begrundes med hensyn til forordningens formål.

61. Forordningen har til formål at sikre retten til kontradiktion ved at forhindre, at virksomhederne kan blive overrasket af Kommissionen, idet virksomhederne derimod rettidigt skal have mulighed for at tage stilling til alle de mod dem rettede klagepunkter.

62. Dette formål er ikke til hinder for, at klagepunkterne allerede har været indeholdt i en tidligere beslutning, når denne som i den foreliggende sag er blevet annulleret, uden at dette påvirkede de forberedende foranstaltninger.

63. Elf Atochem gør subsidiært gældende, at selv om forordning nr. 17 og nr. 99/63 ikke skulle pålægge Kommissionen at foretage en ny høring af parterne, burde den under alle omstændigheder have gjort dette, eftersom retten til kontradiktion skal overholdes »minutiøst«.

64. Jeg er ikke enig i denne analyse.

65. Som anført ovenfor, er formålet med at høre virksomhederne, at disse skal have mulighed for at fremsætte deres synspunkter med hensyn til den adfærd, som bebrejdes dem. I denne sag er dette sket i forbindelse med den forberedende procedure, der gik forud for vedtagelsen af den første PVC-beslutning. Jeg kan ikke se, hvorledes det skulle kunne følge af retten til kontradiktion, at virksomhederne skal kunne udtale sig om de samme faktiske omstændigheder på ny.

66. Jeg skal i denne forbindelse minde om, at den anden PVC-beslutning udelukkende angik adfærd, som fandt sted mellem 1980 og 1983, og som virksomhederne har haft al mulig lejlighed til at udtale sig om.

67. Retten til kontradiktion blev således overholdt fuldt ud, uanset at der senere er sket en vis udvikling med hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder. Retten til kontradiktion indebærer ikke, at Kommissionen er forpligtet til at give virksomhederne lejlighed til at fremsætte deres synspunkter vedrørende andre aspekter af Kommissionens sagsbehandling, som f.eks. udøvelsen af dens skønsbeføjelse med hen-

syn til, hvorvidt beslutningen var hensigtsmæssig.

68. Som understreget af Kommissionen, ville appellantens krav om at udtale sig om forskellene mellem den første og den anden PVC-beslutning i praksis indebære en kontradiktorisk procedure vedrørende udkastet til beslutningen. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at et sådant krav er i strid med den i forordning nr. 17 oprettede ordning [15].

69. Med hensyn til appellantens argument vedrørende den omstændighed, at høringskonsulenten kunne have virket til appellantens fordel, ændrer dette ikke på det faktum, at høringskonsulenten blev hørt og forelagde en rapport i forbindelse med udarbejdelsen af den første PVC-beslutning. Når der ikke er pligt til at foretage en ny høring, er der heller ikke grund til atter at inddrage høringskonsulenten.

70. Jeg skal ligeledes tilføje her, at henvisningen til praksis i henhold til dommen i sagen Transocean Marine Paint mod Kommissionen heller ikke støtter appellantens opfattelse. Denne sag var væsentlig forskellig fra den foreliggende sag, eftersom der i den anfægtede beslutning indgik et nyt væsentligt forhold i forhold til den forudgående procedure, nemlig en ny betingelse for fritagelsen.

15 — Den ovenfor anførte dom i sagen Musique Diffusion francaise m.fl. mod Kommissionen, præmis 35.

71. Det følger af det anførte, at det første led af dette anbringende skal forkastes.

Det andet led, hvorefter der ikke er sket høring af Det Rådgivende Udvalg

72. Elf Atochem gør gældende, at det var en væsentlig formel gyldighedsbetingelse at høre Det Rådgivende Udvalg i henhold til artikel 10, stk. 3, og artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 17. Ved høringen af Det Rådgivende Udvalg får Kommissionen synspunkter fra medlemsstaternes repræsentanter, og høringen har således et andet formål end høringen af virksomhederne. Den omstændighed, at Kommissionen undlod det sidstnævnte, fritager den ikke fra det førstnævnte.

73. I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at annullationen af den første PVC-beslutning som ovenfor anført ikke påvirkede de forberedende foranstaltninger, der blev foretaget forud for vedtagelsen af den første PVC-beslutning, herunder høringen af Det Rådgivende Udvalg. Det følger heraf, at de relevante bestemmelser i forordning nr. 17 blev overholdt, idet udvalget blev hørt.

74. Det tredje led af anbringendet skal således forkastes.

Det fjerde led, hvorefter der er sket tilsidesættelse af retten til aktindsigt

75. Elf Atochem har anført, at Kommissionen ikke på eget initiativ gav virksomhederne indsigt i de sagsakter, som den havde til rådighed, og som både kunne være til fordel og til ulempe for virksomhederne, uanset at retten til aktindsigt blev udvidet mellem 1988 og 1994.

76. Elf Atochem har hævdet, at undersøgelsen af de dokumenter, som til sidst blev fremlagt som følge af en af Retten vedtaget foranstaltning som led i sagens tilrettelæggelse, afslørede en meget alvorlig tilsidesættelse af princippet om kontradiktion, eftersom visse dokumenter, som var til virksomhedens fordel, ikke var blevet fremlagt, og eftersom Kommissionen i visse af de andre dokumenter, som blev fremlagt, kort og godt strøg de afsnit, der kunne være til fordel for virksomheden.

77. Appellanten kritiserer Retten for at have gjort konstateringen af tilsidesættelsen af retten til kontradiktion betinget af, at det godtgøres, at den manglende fremlæggelse af de pågældende dokumenter har kunnet påvirke procedurens forløb og beslutningens indhold til skade for appellanten.

78. Elf Atochem er af den opfattelse, at Domstolen ikke har bekræftet, at retten til kontradiktion skal forstås så begrænset på området for traktatens artikel 85 og 86, men alene, at dette er tilfældet på området for statsstøtte [16]. På dette område skyldes denne løsning den specielle stilling, som medlemsstaterne indtager i forhold til Kommissionen og de berørte parter. Denne situation kan således ikke sammenlignes med de procedurer, der indledes med henblik på at konstatere, om en virksomhed har tilsidesat artikel 85.

79. Under alle omstændigheder foreligger der ifølge Elf Atochem en tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet, selv om Kommissionen ikke direkte benyttede de dokumenter, som ikke blev fremlagt.

80. Hvad skal man mene om denne argumentation?

81. Indledningsvis skal det konstateres, at i modsætning til det af appellanten anførte fremgår det af Domstolens praksis, at en beslutning ikke skal annulleres, blot fordi et dokument ikke er blevet fremlagt.

82. Det fremgår klart af præmis 80 i dommen i sagen Hercules Chemicals mod

16 — Dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 47 og 48.

Kommissionen [17], at Kommissionens beslutning alene skal annulleres, såfremt virksomheden kan godtgøre, at det pågældende dokument indeholdt elementer, der kunne benyttes i virksomhedens forsvar, og således at den manglende meddelelse gik ud over tilrettelæggelsen af virksomhedens forsvar.

83. Retten fandt således med rette, at beslutningen ikke skulle annulleres alene på grund af, at der var sket en uregelmæssighed med hensyn til aktindsigt.

84. Appellanten mener imidlertid, at Rettens undersøgelse af, om der var sket en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, hviler på et fejlagtigt grundlag.

85. Appellanten har gjort gældende, at Retten i stedet for at betragte spørgsmålet ud fra virksomhedens situation forud for beslutningen bedømte situationen efterfølgende. Med andre ord undersøgte Retten, i stedet for at undersøge, om virksomheden havde kunnet anvende de omtvistede dokumenter, om virksomheden havde kunnet påberåbe sig de pågældende dokumenter med den virkning, at beslutningen fik et andet indhold end det, den faktisk fik.

86. Det er rigtigt, at Retten konstaterede i præmis 1074 i den appellerede dom, at ingen af appellanterne havde godtgjort, »at den manglende indsigt i et dokument, som virksomheden burde have haft indsigt i, har påvirket proceduren og beslutningen til ugunst for virksomheden«.

87. Domstolen udtalte imidlertid udtrykkeligt i præmis 81 i dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, at »den pågældende virksomhed [...] ikke [skal] bevise, at Kommissionens beslutning, såfremt virksomheden havde haft adgang til svarene fra de øvrige producenter på meddelelsen om klagepunkter, ville have fået et andet indhold, men blot, at den havde kunnet anvende de pågældende dokumenter til sit forsvar«.

88. Har Retten dermed lagt et fejlagtigt kriterium til grund for sin analyse?

89. Det mener jeg ikke. Retten har i sin analyse af dokumenterne ligeledes anvendt ordvalget »påvirke sagsøgernes forsvarsmuligheder« (præmis 1035 i den appelle-

17 — Dom af 8.7.1999, sag C-51/92 P, Sml. I, s. 4235.

rede dom), »hvorledes deres ret til kontradiktion er blevet berørt« (præmis 1036), »påvirket virksomhedernes ret til kontradiktion« (præmis 1041), »indeholde noget som helst, som sagsøgerne kan benytte til deres forsvar« (præmis 1073).

90. Det i præmis 1074 anvendte udtryk, at den manglende indsigt »har påvirket proceduren«, henviser i øvrigt forudsætningsvis til virksomhedernes muligheder for at forsvare sig i løbet af denne.

91. Desuden fremgår det utvetydigt af Rettens overvejelser i forbindelse med undersøgelsen, at Retten undersøgte, om appellanten på nogen måde kunne anvende de pågældende dokumenter. Den begrænsede således ikke analysen til spørgsmålet, om den manglende meddelelse af de omtvistede dokumenter havde påvirket indholdet af den endelige beslutning.

92. Rettens undersøgelse viste, at de pågældende dokumenter langt fra at kunne give appellanten nogen støtte, men tværtimod enten ikke kunne påberåbes af virksomheden på grund af deres karakter eller genstand, eller på grund af deres indhold støttede Kommissionens konklusioner, eller i hvert fald ikke gav noget grundlag for at anfægte disse.

93. Jeg mener derfor, at Rettens analyse er i overensstemmelse med Domstolens praksis.

94. Selv om dette ikke havde været tilfældet, ville det påhvile appellanten at godtgøre, at der forelå dokumenter, hvis manglende meddelelse Retten fejlagtigt antog ikke påvirkede tilrettelæggelsen af virksomhedens forsvar.

95. Appellanten kan ikke blot abstrakt gøre gældende, at Retten har anvendt et fejlagtigt kriterium. Det skal yderligere godtgøres, at fejlen indebar, at virksomheden faktisk ville kunne påberåbe sig et dokument, som Retten derimod fandt ikke kunne få Kommissionen til at vedtage en anden beslutning.

96. Domstolens praksis kan i øvrigt ikke fortolkes således, at det er tilstrækkeligt for virksomheden at anføre, at den teoretisk set kunne have anvendt dokumentet til sit forsvar. For at undgå absurde konsekvenser, skal det påvises, at virksomheden kunne have påberåbt sig dokumentet med rimelig chance for at få medhold, selv om det ikke behøver være sikkert, at Kommissionen ville have ændret opfattelse.

97. I hvert fald afholder appellanten sig helt fra at påberåbe sig noget dokument, som den kunne have anvendt til sit forsvar, og med hensyn til hvilket Retten fejlagtigt skulle have antaget, at den manglende meddelelse ikke indebar en tilsidesættelse af retten til kontradiktion.

98. Uanset hvilket kriterium, der anvendes ved analysen, kommer man således frem til, at appellanten ikke har godtgjort, at uregelmæssigheden med hensyn til aktindsigt på nogen måde påvirkede dens muligheder for at varetage sit forsvar.

99. Det følger heraf, at anbringendets fjerde led og dermed anbringendet i dets helhed skal forkastes.

III — Forslag til afgørelse

100. Af ovennævnte grunde skal jeg herefter foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— Appellen forkastes.

— Appellanten pålægges at betale sagens omkostninger.