CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO

van 25 oktober 2001 [1]

I — Inleiding

A — *De feiten van het geschil*

1. Naar aanleiding van verificaties bij ondernemingen uit de polypropyleensector op 13 en 14 oktober 1983, die waren verricht krachtens artikel 14 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [2], begon de Commissie van de Europese Gemeenschappen een onderzoek met betrekking tot polyvinylchloride (hierna: „PVC"). In dat verband verrichtte zij verschillende verificaties bij de betrokken ondernemingen en verzocht zij hun herhaalde malen om inlichtingen.

2. Op 24 maart 1988 besloot zij op grond van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 ambtshalve een procedure in te leiden tegen veertien PVC-producenten. Op 5 april 1988 zond zij ieder van hen een mededeling van punten van bezwaar als bedoeld in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17. [3] Alle adressaten van de mededeling van de punten van bezwaar maakten in de loop van juni 1988 hun standpunt kenbaar. In de loop van september 1988 werden allen gehoord, met uitzondering van Shell International Chemical Company Ltd, die daar niet om had gevraagd.

3. Op 1 december 1988 bracht het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities (hierna: „Adviescomité") advies uit over de ontwerpbeschikking van de Commissie.

4. Aan het einde van de procedure gaf de Commissie beschikking 89/190/EEG van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.865, PVC) [4] (hierna: „beschikking PVC I"). Bij deze beschikking legde zij wegens schending van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) een geldboete op aan de navolgende PVC-producenten: Atochem SA, BASF AG,

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB 1962, 13, blz. 204.
3 — PB 1963, 127, blz. 2268.
4 — PB 1989, L 74, blz. 1.

DSM NV, Enichem SpA, Hoechst AG (hierna: „Hoechst"), Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (hierna: „ICI"), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS, Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay & Cie (hierna: „Solvay") en Wacker-Chemie GmbH.

5. Met uitzondering van Solvay stelden al deze ondernemingen bij de gemeenschapsrechter een beroep tot nietigverklaring van die beschikking in.

6. Bij beschikking van 19 juni 1990, Norsk Hydro/Commissie [5], verklaarde het Gerecht het beroep van Norsk Hydro niet-ontvankelijk.

7. De overige zaken werden gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

8. Bij arrest van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie [6], verklaarde het Gerecht de beschikking PVC I non-existent.

9. Op hogere voorziening van de Commissie vernietigde het Hof bij arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. [7], het arrest van het Gerecht en verklaarde het de beschikking PVC I nietig.

10. Daarop gaf de Commissie op 27 juli 1994 een nieuwe beschikking tegen de producenten tot wie de beschikking PVC I was gericht, met uitzondering evenwel van Solvay en Norsk Hydro AS [beschikking 94/599/EG van de Commissie van 27 juli 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/31.865 — PVC) (PB L 239, blz. 14; hierna: „beschikking PVC II")]. Bij deze beschikking werden aan de ondernemingen tot welke zij was gericht boeten opgelegd van dezelfde hoogte als in de beschikking PVC I het geval was geweest.

11. De beschikking PVC II bepaalt:

„*Artikel 1*

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

5 — T-106/89, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

6 — T-79/89, T-84/89-T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315.

7 — C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555.

Montedison SpA, Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical [Company] Ltd en Wacker-Chemie GmbH hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag door (tezamen met Norsk Hydro [...] en Solvay [...]) gedurende de in deze beschikking aangegeven periodes deel te nemen aan een rond augustus 1980 tot stand gekomen overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen krachtens welke de producenten die in de Gemeenschap PVC verkopen geregelde bijeenkomsten bijwoonden met het doel richtprijzen en richtquota vast te stellen, gezamenlijke initiatieven te plannen om het prijsniveau te verhogen en toezicht te houden op de toepassing van de genoemde heimelijke afspraken.

Artikel 2

De in artikel 1 genoemde ondernemingen die nog steeds actief zijn in de PVC-sector in de Gemeenschap (behalve Norsk Hydro en Solvay, tot wie reeds een geldige aanmaning tot beëindiging is gericht), moeten de genoemde inbreuken onverwijld beëindigen (voorzover zij dit niet reeds hebben gedaan) en zich voortaan met betrekking tot hun PVC-activiteiten onthouden van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kunnen hebben, met inbegrip van enigerlei uitwisseling van informatie van het type dat normaal onder het zakengeheim valt en waardoor de deelnemers rechtstreeks of zijdelings in kennis worden gesteld van de productie, leveranties, voorraden, verkoopprijzen, kosten of investeringsplannen van andere individuele producenten of op grond waarvan zij de naleving van elke uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot prijzen of het verdelen van de markten in de Gemeenschap zouden kunnen controleren. Elke regeling voor de uitwisseling van algemene informatie betreffende de PVC-sector, waaraan de producenten deelnemen, dient op zodanige wijze te worden toegepast dat elke informatie waaruit het gedrag van individuele producenten kan worden afgeleid, uitgesloten is; de ondernemingen onthouden zich meer in het bijzonder van de onderlinge uitwisseling van enigerlei aanvullende informatie die voor de mededinging relevant is en niet onder een dergelijke regeling valt.

Artikel 3

Aan de in deze beschikking genoemde ondernemingen worden wegens de in artikel 1 vastgestelde inbreuken de volgende geldboeten opgelegd:

i) BASF AG: een boete van 1 500 000 ECU;

ii) DSM NV: een boete van 600 000 ECU;

iii) Elf Atochem SA: een boete van 3 200 000 ECU;

iv) Enichem SpA: een boete van 2 500 000 ECU;

v) Hoechst AG: een boete van 1 500 000 ECU;

vi) Hüls AG: een boete van 2 200 000 ECU;

vii) Imperial Chemical Industries plc: een boete van 2 500 000 ECU;

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV: een boete van 750 000 ECU;

ix) Montedison SpA: een boete van 1 750 000 ECU;

x) Société artésienne de vinyle SA: een boete van 400 000 ECU;

xi) Shell International Chemical Company Ltd: een boete van 850 000 ECU;

xii) Wacker-Chemie GmbH: een boete van 1 500 000 ECU."

B — *Het procesverloop voor het Gerecht*

12. Bij verschillende verzoekschriften, die tussen 5 en 14 oktober 1994 ter griffie van het Gerecht werden neergelegd, stelden Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA (hierna: „Elf Atochem"), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV en DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, Hüls AG en Enichem SpA beroepen in bij het Gerecht.

13. Alle vorderden zij gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking PVC II, subsidiair nietigverklaring van de opgelegde boete dan wel verlaging van het bedrag. Montedison SpA vorderde voorts

veroordeling van de Commissie tot betaling van schadevergoeding wegens de kosten verbonden aan het stellen van een waarborg en alle overige als gevolg van de beschikking PVC II ontstane kosten.

C — *Het arrest van het Gerecht*

14. Bij arrest van 20 april 1999, Limburgse Vinylmaatschappij e.a./Commissie [8] (hierna: „bestreden arrest"), heeft het Gerecht:

— de zaken gevoegd voor het arrest;

— artikel 1 van de beschikking PVC II nietig verklaard voorzover daarin werd aangenomen dat de Société artésienne de vinyle SA na het eerste halfjaar van 1981 aan de ten laste gelegde inbreuk had deelgenomen;

— de aan Elf Atochem, Société artésienne de vinyle SA en ICI opgelegde geldboeten verlaagd tot respectievelijk 2 600 000 euro, 135 000 euro en 1 550 000 euro;

— de beroepen verworpen voor het overige;

— de kostenveroordeling uitgesproken.

D — *Het procesverloop voor het Hof*

15. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 juni 1999, heeft Elf Atochem hogere voorziening ingesteld krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG.

16. Zij vordert dat het Hof:

— het bestreden arrest vernietigt en de zaak afdoet;

— de Commissie verwijst in de kosten.

17. De Commissie vordert dat het Hof:

— de hogere voorziening afwijst;

8 — T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931.

— rekwirante verwijst in de kosten.

II — Analyse

18. Rekwirante formuleert twee middelen die ik achtereenvolgens zal bespreken.

Het eerste middel

19. In de eerste plaats verwijt Elf Atochem het Gerecht dat het zich niet heeft uitgesproken over haar middel, dat de beschikking PVC II in belangrijke mate afwijkt van de beschikking PVC I. Dit middel is door haarzelf en andere verzoeksters voor het Gerecht uitvoerig toegelicht, zoals zou blijken uit punt 222 van het bestreden arrest. Dit motiveringsgebrek is volgens rekwirante op zichzelf voldoende om het bestreden arrest te vernietigen.

20. Het Gerecht heeft in punt 257 van het bestreden arrest geoordeeld dat „de beschikking [...] slechts redactionele wijzigingen bevat die de punten van bezwaar onverlet laten".

21. Het is dus wel degelijk ingegaan op het betoog van rekwirante; de juistheid van haar standpunt zal ik hieronder nog nader onderzoeken.

22. Elf Atochem verwijt het Gerecht derhalve ten onrechte, niet op haar middel te hebben beslist.

23. Bijgevolg is het middel inzake een motiveringsgebrek ongegrond en moet worden afgewezen.

Het tweede middel

24. Elf Atochem stelt dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld, dat de Commissie niet gehouden was om overeenkomstig de verordeningen nrs. 17 en 99/63 een nieuwe administratieve procedure in te leiden voor de vaststelling van de beschikking PVC II. Dit middel bestaat uit vier onderdelen.

25. De eerste twee onderdelen hebben betrekking op de noodzaak van voorbereidende handelingen, namelijk het horen van de ondernemingen en het Adviescomité, alvorens beschikking PVC II vast te stellen. De beoordeling van deze onderdelen hangt

dus af van de vraag, of de vroegere handelingen ter voorbereiding van de beschikking PVC I hun geldigheid hebben behouden, hetgeen het onderwerp is van het derde middelonderdeel. Bijgevolg dient eerst dit onderdeel te worden onderzocht.

Het derde onderdeel, volgens hetwelk het arrest Commissie/BASF e.a. de volledige nietigverklaring van de beschikking PVC I inhield

26. Elf Atochem betoogt dat het Hof de beschikking PVC I nietig verklaard heeft wegens schending van zowel de authentisatievereisten als het collegialiteitsbeginsel. De geconstateerde nietigheid is volgens rekwirante op de gehele handeling van toepassing, aangezien het Hof de nietigverklaring niet tot bepaalde onderdelen hiervan heeft beperkt. De voorafgegane administratieve procedure vormt een onderdeel van de handeling. Bijgevolg leidt de nietigverklaring van de handeling ertoe, dat de administratieve handelingen bedoeld in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 opnieuw moeten plaatsvinden.

27. In dit opzicht verwijst rekwirante naar de arresten Transocean Marine Paint/Commissie [9] en British Aerospace en Rover/Commissie. [10]

28. Om de gevolgen van de nietigverklaring van een beschikking voor de geldigheid van de voorafgaande handelingen te bepalen, moet, zoals het Gerecht in punt 184 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, te rade worden gegaan bij de gronden van de nietigverklaring, hetgeen rekwirante overigens niet heeft betwist.

29. Deze vaststelling, die bovendien enkel de toepassing van de algemene regel van het gezag van gewijsde op het onderhavige geval vormt, wordt zowel door de rechtspraak die het Gerecht heeft aangehaald, als die waarnaar rekwirante zelf verwijst, bevestigd.

30. In de door rekwirante aangehaalde precedenten vond de nietigheid van de beschikking van de Commissie, anders dan in het onderhavige geval, haar oorsprong namelijk in een vormgebrek in de handelingen die aan de uiteindelijke vaststelling van de beschikking vooraf waren gegaan. Dit leidde bijgevolg noodzakelijkerwijs tot de verplichting voor de beschikkinggever om de met betrekking tot de voorbereidende handelingen bestaande ongeldigheid te verhelpen.

31. In de zaak Transocean Marine Paint/Commissie, reeds aangehaald, berustte de gedeeltelijke nietigheid van de bestreden beschikking op het feit dat de Commissie tijdens de voorbereidende procedure de ondernemingen niet op de hoogte had gebracht van een later in haar eindbeschikking opgenomen voorwaarde, waardoor de

9 — Arrest van 23 oktober 1974 (17/74, Jurispr. blz. 1063).
10 — Arrest van 4 februari 1992 (C-294/90, Jurispr. blz. I-493).

voorafgaande procedure moest worden overgedaan.

32. In het arrest British Aerospace en Rover/Commissie, reeds aangehaald, ging het om de vaststelling van een nieuwe steunbeschikking door de Commissie in de context van geschillen met betrekking tot de uitvoering van eerdere beschikkingen, en niet om de gevolgen van een nietigverklaringsarrest. Anders dan in het onderhavige geval waren er nieuwe feiten die een nieuwe procedure noodzakelijk konden maken.

33. Hieruit volgt dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld, dat de gevolgen van de nietigverklaring van de beschikking PVC I voor de voorbereidende handelingen aan de hand van het dictum en de rechtsoverwegingen van het arrest van het Hof met betrekking tot deze beschikking bepaald moesten worden.

34. Deze nietigverklaring berustte uitsluitend op de schending door de Commissie van de procedurevoorschriften die de definitieve vaststelling van de beschikking betroffen. De nietigheid kon zich bijgevolg niet uitstrekken tot de procedurefasen vóór de fase waarin de procedurefout was vastgesteld; voor die fasen waren de genoemde voorschriften ook niet gegeven.

35. De nadruk waarmee rekwirante betoogt, dat de — volgens haar volledige — nietigverklaring van de beschikking niet alleen berust op een vormverzuim, maar ook, en zelfs in hoofdzaak, op een schending van het collegialiteitsbeginsel, doet hieraan niet af.

36. Geen van deze twee nietigheidsgronden raakt namelijk de handelingen die vóór de vaststelling van de eindbeschikking zijn verricht. Het ontbreken van authentisatie van de beschikking of een schending van het collegialiteitsbeginsel op het moment van de definitieve vaststelling van de beschikking houden beide naar hun aard geen verband met het eerdere verloop van de procedure en kunnen bijgevolg de geldigheid daarvan niet aantasten. Het feit dat deze nietigheidsgronden de gehele beschikking raken, is in dit opzicht niet relevant, omdat dit niet betekent dat de nietigheid zich ook uitstrekt tot andere handelingen, zoals de voorbereidende handelingen.

37. De situatie is dus eender als in het door het Gerecht in punt 184 van het bestreden arrest genoemde arrest Spanje/Commissie [11], waarin het Hof heeft verklaard dat de procedure ter vervanging van de nietig verklaarde beschikking kon worden hervat op het punt waarop de onwettigheid zich had voorgedaan.

38. Bijgevolg heeft het Gerecht niet het recht geschonden door te oordelen dat de nietigheid van de beschikking PVC I zich niet uitstrekt tot de handelingen die vooraf zijn gegaan aan de nietig verklaarde beschikking.

11 — Arrest van 12 november 1998 (C-415/96, Jurispr. blz. I-6993).

39. Het derde middelonderdeel moet derhalve worden afgewezen.

Het eerste onderdeel: schending van het recht om te worden gehoord in verband met de vaststelling van een nieuwe beschikking

40. Volgens Elf Atochem had de Commissie vóór de vaststelling van de beschikking PVC II opnieuw de verordeningen nr. 17 en nr. 99/63 moeten toepassen, aangezien deze beschikking niet alleen zes jaar na de beschikking PVC I is gegeven, dat wil zeggen in een wezenlijk andere economische context die het horen van de partijen zou hebben gerechtvaardigd, maar ook inhoudelijk nieuwe elementen bevat in vergelijking met de beschikking PVC I.

41. In de eerste plaats zouden de adressaten van de beschikking PVC II niet dezelfde zijn als die van de beschikking PVC I. In de motivering en het dispositief van de beschikking PVC II zijn Norsk Hydro en Solvay namelijk anders behandeld en straffeloos gebleven, waarover de Commissie in punt 59 van deze beschikking heeft opgemerkt: „Aangezien Solvay het Hof van Justitie niet heeft verzocht om vernietiging van de beschikking [beschikking PVC I] en het verzoek van Norsk Hydro niet-ontvankelijk is verklaard, blijft ten aanzien van deze ondernemingen beschikking [PVC I] geldig." Dit zou ondubbelzinnig aantonen, dat er sprake is van twee naast elkaar staande beschikkingen, namelijk de beschikking PVC I tegen Norsk Hydro en Solvay en de beschikking PVC II tegen de andere ondernemingen. Enkel aan de beschikking PVC I zou een administratieve procedure zijn voorafgegaan.

42. Een tweede verschil zou zijn gelegen in het feit dat de Commissie in de beschikking PVC II haar punten van bezwaar duidelijk heeft gebaseerd op de collectieve gedragingen van ondernemingen, waartoe zij onverminderd Norsk Hydro en Solvay heeft gerekend, terwijl deze twee ondernemingen geen adressaat van deze beschikking zijn. Aldus blijft de Commissie de gedragingen van deze ondernemingen, die buiten de beschikking PVC II staan, vreemd genoeg onverminderd in aanmerking nemen voor de bepaling van de ernst van de aan de adressaten van de beschikking PVC II verweten inbreuk. De beschikkingen PVC I en PVC II hebben bijgevolg betrekking op overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarvan de in 1994 vervolgde deelnemers niet dezelfde zijn als in 1988.

43. Evenals de Commissie ben ik van mening, dat deze opvatting op een verkeerd begrip van de juridische aard van de beschikking van de Commissie berust. Zoals het Gerecht in punt 167 van het bestreden arrest terecht heeft verklaard, is de beschikking weliswaar in de vorm van één enkele beschikking gegeven, maar moet zij in feite worden aangemerkt als een

bundel individuele beschikkingen. De nietigverklaring kon bijgevolg enkel betrekking hebben op de ondernemingen die met succes beroep hadden ingesteld, zoals het Hof overigens in zijn arrest Commissie/ AssiDomän Kraft Products e.a. [12] heeft verklaard.

44. Voor Solvay en Norsk Hydro bleef de oorspronkelijke beschikking gelden en daarom behoefde de beschikking PVC II niet tot deze ondernemingen te worden gericht. Zij kon enkel worden gericht tot die ondernemingen waarvoor de beschikking PVC I niet meer gold.

45. Het feit dat de beschikkingen PVC I en PVC II niet dezelfde adressaten hebben, houdt bijgevolg niet in dat er tussen de tweede en de eerste beschikking sprake is van een verschil waarover de ondernemingen hadden moeten worden gehoord.

46. Dit geldt evenzeer voor de bewering dat in de beschikking PVC II de gedragingen van Solvay en Norsk Hydro in aanmerking zijn genomen, terwijl deze ondernemingen, in tegenstelling tot de beschikking PVC I, geen adressaat van de beschikking zijn.

47. In de punten 768 tot en met 778 van het bestreden arrest heeft het Gerecht namelijk — onweersproken door rekwirante — verklaard dat de Commissie niet elke onderneming voor het geheel aansprakelijk heeft gesteld, maar enkel voor die gedragingen waaraan ze had deelgenomen.

48. De afzonderlijke ondernemingen zijn dus niet verantwoordelijk gesteld voor door andere ondernemingen gepleegde inbreuken. Bijgevolg kan niet worden gesteld dat de beschikking PVC II in tegenstelling tot de beschikking PVC I gedragingen van ondernemingen in aanmerking heeft genomen die geen adressaat van de beschikking zijn.

49. Ten slotte betekenen de opmerkingen van de Commissie over de verjaring [13] evenmin een verschil ten opzichte van de beschikking PVC I, waarover de ondernemingen hadden moeten worden gehoord.

50. Die opmerkingen dienden als aanvulling op de motivering van de bestaande punten van bezwaar, waarover de ondernemingen vóór de vaststelling van de beschikking PVC I zijn gehoord; een nieuwe grief bevatten ze echter niet. De

12 — Arrest van 14 september 1999 (C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363).

13 — Zie punten 56 tot en met 58 van de beschikking.

nieuwe beschikking heeft derhalve enkel betrekking op de gedragingen waarover de ondernemingen zich hebben kunnen uitspreken.

51. De Commissie mag dus — conform de rechtspraak van het Hof[14] — haar motivering later aanvullen zonder dat de ondernemingen opnieuw moeten worden gehoord.

52. Uit de argumentatie van rekwirante volgt echter dat voor haar niet het bestaan van nieuwe punten van bezwaar, of zelfs van eenvoudige verschillen tussen de twee beschikkingen, het beslissende punt is.

53. Volgens haar bevat elke beschikking van de Commissie namelijk haar eigen punten van bezwaar. De Commissie zou dan ook niet eenvoudigweg de punten van bezwaar van een vroegere, nietig verklaarde beschikking kunnen overnemen.

54. Zij citeert in dit verband artikel 4 van verordening nr. 99/63, dat bepaalt dat de Commissie in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking neemt waarover de betrokken partijen zich hebben kunnen uitspreken.

55. Bijgevolg is zij van mening, dat elke beschikking van de Commissie waarin een inbreuk wordt vastgesteld, moet zijn voorafgegaan door haar eigen voorprocedure.

56. Zoals wij hierboven hebben gezien, is de geldigheid van de voorbereidende handelingen die vóór de authentisatie van de beschikking hebben plaatsgevonden, niet aangetast door de nietigverklaring van deze beschikking.

57. Hieruit volgt dat de betrokken ondernemingen in het onderhavige geval gehoord zijn en zich over de door de Commissie tegen hen aangevoerde punten van bezwaar hebben kunnen uitspreken.

58. Bijgevolg is aan de door rekwirante aangevoerde voorwaarde van artikel 4 van verordening nr. 99/63 voldaan. Er is immers niet gesteld dat de Commissie punten van bezwaar in aanmerking heeft genomen, waarover de ondernemingen zich niet hebben kunnen uitspreken.

14 — Arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80 tot en met 103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 15).

59. Uit deze bepaling volgt enkel, dat elke beschikking dient te zijn gebaseerd op punten van bezwaar waarover de betrokken ondernemingen zich hebben kunnen uitspreken. Dit betekent niet dat een vroegere, nietig verklaarde beschikking niet op dezelfde punten van bezwaar gebaseerd kan zijn.

60. Niet alleen kan een dergelijke voorwaarde niet uit de tekst van de verordening worden afgeleid, evenmin vindt zij steun in het doel van de verordening.

61. De verordening beoogt immers de bescherming van de rechten van de verdediging door de ondernemingen van verrassingen van de kant van de Commissie te vrijwaren en hun de mogelijkheid te bieden zich tijdig uit te spreken over alle tegen hen geuite verwijten.

62. Aan dit doel wordt geen afbreuk gedaan doordat deze verwijten reeds in een vroegere beschikking voorkwamen, wanneer deze, zoals in het onderhavige geval, nietig is verklaard zonder dat de voorbereidende handelingen door de nietigverklaring zijn geraakt.

63. Elf Atochem voert evenwel subsidiair aan dat, voorzover de verplichting van de Commissie om de partijen opnieuw te horen niet uit de verordeningen nr. 17 en nr. 99/63 volgt, deze in elk geval voort zou vloeien uit de vereisten die een nauwgezette inachtneming van de rechten van de verdediging meebrengt.

64. Ik deel deze zienswijze niet.

65. Zoals ik heb uiteengezet, heeft het horen van de ondernemingen tot doel, hen in staat te stellen hun standpunt met betrekking tot de gedragingen die hen ten laste worden gelegd kenbaar te maken. In het onderhavige geval is dit gebeurd in het kader van de voorbereidende procedure van de beschikking PVC I. Ik zie dan ook niet, in hoeverre de rechten van de verdediging zouden hebben vereist dat de ondernemingen zich opnieuw over dezelfde feiten konden uitspreken.

66. De beschikking PVC II, het zij nogmaals gezegd, heeft uitsluitend betrekking op de gedragingen die tussen 1980 en 1984 hebben plaatsgevonden en waarover de ondernemingen alle gelegenheid hebben gehad zich uit te spreken.

67. Bijgevolg is het recht om te worden gehoord, niettegenstaande eventuele latere feitelijke en juridische ontwikkelingen, volledig in acht genomen. Het recht om te worden gehoord kan namelijk niet in die zin worden opgevat, dat het de Commissie verplicht om de ondernemingen in staat te stellen hun standpunt over andere aspecten van haar optreden kenbaar te maken, zoals de uitoefening van haar discretionaire

beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de opportuniteit van een beschikking.

68. Voorts komt, zoals de Commissie benadrukt, de door rekwirante gevorderde mogelijkheid commentaar te leveren op de verschillen tussen de beschikkingen PVC I en PVC II in feite neer op een contradictoir onderzoek van de ontwerpbeschikking. Volgens de rechtspraak is een dergelijke eis echter in strijd met het door verordening nr. 17 beoogde stelsel. [15]

69. Het argument van rekwirante met betrekking tot de rol die de raadadviseur-auditeur in haar voordeel had kunnen spelen, doet niet af aan het feit dat de raadadviseur-auditeur in het onderhavige geval is ingeschakeld en in het kader van de voorbereiding van beschikking PVC I een rapport heeft opgesteld. Bij gebreke van een verplichting tot het houden van een nieuwe hoorzitting was er geen noodzaak de raadadviseur-auditeur opnieuw in te schakelen.

70. Ook in dit opzicht faalt het door rekwirante gedane beroep op het arrest Transocean Marine Paint/Commissie. Die zaak verschilt fundamenteel van de onderhavige, aangezien de bestreden beschikking ten opzichte van de voorafgaande procedure een wezenlijk nieuw element bevatte, namelijk de toevoeging van een voorwaarde voor een vrijstelling.

15 — Arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 35.

71. Uit het voorgaande volgt derhalve dat het eerste onderdeel van dit middel moet worden afgewezen.

Het tweede middelonderdeel: niet-raadpleging van het Adviescomité

72. Elf Atochem stelt dat, op straffe van nietigheid, het wezenlijke vormvoorschrift van de raadpleging van het Adviescomité krachtens artikel 10, lid 3, en artikel 15, lid 3, van verordening nr. 17 in acht had moeten worden genomen. De raadpleging van het Adviescomité dient ertoe de standpunten van de vertegenwoordigers van de lidstaten te horen, en heeft bijgevolg een ander doel dan het horen van de ondernemingen. Dat de Commissie de ondernemingen niet heeft gehoord, houdt volgens rekwirante niet in dat zij ook het Adviescomité niet hoefde te horen.

73. Hierover wil ik slechts opmerken dat, zoals wij hebben gezien, de voorbereidende handelingen die aan de beschikking PVC I voorafgingen, hieronder begrepen de raadpleging van het Adviescomité, niet zijn aangetast door de nietigverklaring van de beschikking. Aangezien deze raadpleging dus heeft plaatsgevonden, zijn de relevante voorschriften van verordening nr. 17 in acht genomen.

74. Bijgevolg moet het derde onderdeel van dit middel worden afgewezen.

Het vierde middelonderdeel: schending van het recht op toegang tot het dossier

75. Elf Atochem betoogt dat de Commissie de ondernemingen niet uit zichzelf toegang heeft verleend tot het belastende en ontlastende bewijsmateriaal dat zij in haar bezit had, ondanks de verruiming van de voorwaarden voor de toegang tot het dossier tussen 1988 en 1994.

76. Rekwirante stelt dat uit de documenten die uiteindelijk door het Gerecht in het kader van een maatregel tot organisatie van de procesgang voor de ondernemingen toegankelijk zijn gemaakt, zeer ernstige schendingen van het beginsel van hoor en wederhoor zijn gebleken, aangezien bepaalde voor haar gunstige documenten niet zijn overgelegd en in andere, wel overgelegde documenten passages die in haar voordeel waren, door de Commissie eenvoudigweg onleesbaar waren gemaakt.

77. Rekwirante verwijt het Gerecht dat het een schending van de rechten van de verdediging afhankelijk heeft gesteld van het bewijs, dat de niet-overlegging van de betrokken stukken het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking ten nadele van rekwirante heeft kunnen beïnvloeden.

78. Volgens haar heeft het Hof een dergelijke beperkte uitlegging van de rechten van de verdediging nooit aanvaard in het kader van artikel 85 en artikel 86 EG-Verdrag, maar enkel met betrekking tot staatssteun. [16] Op dat gebied is een dergelijke aanpak begrijpelijk gezien de geprivilegieerde positie van de lidstaten ten opzichte van de Commissie en de betrokken partijen. De context is volgens rekwirante bijgevolg niet te vergelijken met die van procedures waarin het om vaststelling van een inbreuk op artikel 85 door een onderneming gaat.

79. Hoe dan ook is volgens Elf Atochem het beginsel van hoor en wederhoor geschonden, ook al heeft de Commissie de niet-overgelegde documenten niet rechtstreeks in aanmerking genomen.

80. Wat moet van deze argumentatie worden gedacht?

81. In de eerste plaats leidt, anders dan rekwirante meent, niet-overlegging van documenten volgens de rechtspraak van het Hof niet als zodanig reeds tot nietigverklaring van de beschikking.

82. Zoals namelijk ondubbelzinnig uit punt 80 van het arrest Hercules Chemic-

16 — Arrest van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punten 47 en 48).

als/Commissie [17] blijkt, bestaat er geen grond voor nietigverklaring van de Commissiebeschikking, wanneer de onderneming niet aantoont dat de betrokken documenten nuttig hadden kunnen zijn voor haar verdediging en dat bijgevolg de onmogelijkheid om vóór de vaststelling van de beschikking kennis ervan te nemen, de rechten van haar verdediging heeft geschaad.

83. Bijgevolg heeft het Gerecht terecht geoordeeld, dat het enkele bestaan van een onregelmatigheid met betrekking tot de toegang tot het dossier de nietigverklaring van de beschikking niet rechtvaardigt.

84. Rekwirante is evenwel van mening, dat het uitgangspunt van het Gerecht bij zijn onderzoek van de documenten teneinde te bepalen of in het onderhavige geval de rechten van de verdediging waren geschonden, onjuist was.

85. Volgens haar heeft het Gerecht namelijk niet voor een beoordeling vanuit het perspectief ex ante van de onderneming gekozen, maar voor een beoordeling ex post. Met andere woorden, in plaats van te onderzoeken of de onderneming de betrokken documenten had kunnen gebruiken, heeft het onderzocht of het gebruik van deze documenten door de onderneming tot een inhoudelijk andere beschikking had kunnen leiden.

86. Het is juist dat het Gerecht in punt 1074 van het bestreden arrest heeft verklaard, dat geen enkele verzoekster „aannemelijk heeft weten te maken dat het verloop van de procedure en de beschikking van 1994 te haren nadele kunnen zijn beïnvloed door het niet openleggen van een document waarvan zij kennis had moeten kunnen nemen".

87. In punt 81 van het arrest Hercules Chemicals/Commissie heeft het Hof ondubbelzinnig beslist: „De betrokken onderneming behoeft immers niet aan te tonen, dat, indien zij toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar had gehad, de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid, doch enkel dat zij die stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken."

88. Heeft het Gerecht bijgevolg een onjuiste maatstaf gehanteerd?

89. Ik meen van niet. Zo heeft het Gerecht bij het onderzoek van de documenten ook de navolgende formuleringen gebruikt: „de verdedigingsmogelijkheden van verzoeks-

17 — Arrest van 8 juli 1999 (C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235).

ters nadelig [...] beïnvloeden" (punt 1035 van het bestreden arrest), „hoe hun rechten van verdediging zijn aangetast" (punt 1036), „de verdedigingsmogelijkheden van de ondernemingen [...] aangetast." (punt 1041), „gegevens bevatten die voor verzoeksters' verdediging van nut kunnen zijn" (punt 1073).

90. Bovendien heeft de uitdrukking „verloop van de procedure" in punt 1074 impliciet betrekking op de mogelijkheden van de ondernemingen om zich tijdens de procedure te verdedigen.

91. Voorts blijkt uit de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot dit onderzoek ondubbelzinnig dat het is nagegaan of de betrokken documenten voor rekwirante ook maar van enig nut hadden kunnen zijn. Het heeft zijn onderzoek dus niet beperkt tot de vraag, of de niet-overlegging van de betrokken documenten de inhoud van de eindbeschikking heeft beïnvloed.

92. Uit de overwegingen van het Gerecht blijkt namelijk, kort samengevat, dat de betrokken documenten niet alleen geen argumenten voor rekwirante opleverden, maar hetzij naar hun aard of voorwerp ook niet door haar hadden kunnen worden aangevoerd, hetzij door hun inhoud de vaststellingen van de Commissie hadden bevestigd of in elk geval niet het minste tegenargument hadden kunnen aandragen.

93. Bijgevolg ben ik van mening, dat het Gerecht zich bij zijn beoordelingsmethode aan de aangehaalde rechtspraak van het Hof heeft gehouden.

94. En zelfs indien dit niet het geval was geweest, had rekwirante nochtans moeten aantonen dat er documenten waren geweest waarvan het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de niet-overlegging de rechten van de verdediging niet had geschaad.

95. Rekwirante kan zich namelijk niet ertoe beperken slechts in abstracto te stellen dat het Gerecht een onjuist criterium heeft gehanteerd. Zij moet ook aantonen, dat deze fout tot gevolg heeft gehad dat een document, waarvan het Gerecht aangenomen heeft dat het de Commissie niet tot de vaststelling van een andere beschikking had kunnen brengen, door de ondernemingen had kunnen worden aangevoerd.

96. Voorts kan de rechtspraak van het Hof niet in die zin worden opgevat, dat de onderneming kan volstaan met de bewering dat ze het betrokken document, in theorie, voor haar verdediging had kunnen gebruiken. Teneinde onzinnige uitkomsten te vermijden, moet namelijk komen vast te staan dat het gebruik van dit document, ook al kan men er niet zeker van zijn dat het de Commissie tot een ander standpunt zou hebben gebracht, een aannemelijke kans op succes zou hebben gehad.

97. In elk geval heeft rekwirante er bewust van afgezien om ook maar enig document te noemen dat ze voor haar verdediging had kunnen gebruiken en ten aanzien waarvan het Gerecht bijgevolg ten onrechte zou hebben geoordeeld dat de niet-overlegging de rechten van de verdediging niet had geschaad.

98. Hieruit volgt dat rekwirante, ongeacht het beoordelingscriterium waarvan uitgegaan wordt, niet heeft aangetoond dat de onregelmatigheid in verband met de toegang tot het dossier ook maar enig gevolg voor haar verdedigingsmogelijkheden heeft gehad.

99. Bijgevolg moet het vierde onderdeel van dit middel en dus het gehele middel worden afgewezen.

III — Conclusie

100. Ik geef het Hof daarom in overweging:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— rekwirante te verwijzen in de kosten.