FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 25 oktober 2001 [1]

I — Inledning

A — *Bakgrund till tvisten*

1. Efter att ha genomfört undersökningar av polypropylenbranschen den 13 och den 14 oktober 1983, i enlighet med artikel 14 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, [2] inledde Europeiska gemenskapernas kommission en utredning angående polyvinylklorid (nedan kallat PVC). Kommissionen genomförde därefter olika undersökningar i de berörda företagens lokaler samt begärde vid ett flertal tillfällen in upplysningar av dessa företag.

2. Den 24 mars 1988 inledde kommissionen på eget initiativ i enlighet med artikel 3.1 i förordning nr 17 ett förfarande riktat mot 14 tillverkare av PVC. Den 5 april 1988 tillställde kommissionen vart och ett av de berörda företagen ett meddelande om anmärkningar i enlighet med artikel 2.1 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17. [3] Samtliga mottagare av meddelandena om anmärkningar inkom med yttranden under juni 1988. Med undantag av Shell International Chemical Company Ltd, som inte begärt att få yttra sig, hördes de andra företagen under september 1988.

3. Den 1 december 1988 avgav rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor (nedan kallad rådgivande kommittén) sitt yttrande angående kommissionens utkast till beslut.

4. När förfarandet avslutats antog kommissionen beslut 89/190/EEG av den 21 december 1988 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.865 — PVC) [4] (nedan kallat det första PVC-beslutet). I detta beslut fastställde kommissionen påföljder för överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) för följande PVC-tillverkare: Atochem SA, BASF AG, DSM NV,

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

3 — EGT 127, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32.

4 — EGT L 74, 1989, s. 1.

Enichem SpA, Hoechst AG (nedan kallat Hoechst), Hüls AG, Imperial Chemical Industries plc (nedan kallat ICI), Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Montedison SpA, Norsk Hydro AS (nedan kallat Norsk Hydro), Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd, Solvay et Cie (nedan kallat Solvay) och Wacker-Chemie GmbH.

5. Samtliga företag, med undantag av Solvay, väckte talan om ogiltigförklaring av beslutet vid förstainstansrätten.

6. I beslut av den 19 juni 1990 i målet Norsk Hydro mot kommissionen,[5] avvisade förstainstansrätten detta företags talan.

7. De övriga målen förenades vad gällde det muntliga förfarandet och domen.

8. I dom av den 27 februari 1992 i målet BASF m.fl. mot kommissionen,[6] förklarade förstainstansrätten det första PVC-beslutet som nullitet.

9. Efter överklagande av kommissionen upphävde domstolen förstainstansrättens dom och ogiltigförklarade det första PVC-beslutet genom dom av den 15 juni 1994 i målet kommissionen mot BASF m.fl.[7]

10. Till följd av denna dom antog kommissionen den 27 juli 1994 ett nytt beslut riktat mot de tillverkare som berördes av det första PVC-beslutet, med undantag av Solvay och Norsk Hydro AS (kommissionens beslut 94/599/EG av den 27 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/31.865 — PVC) (EGT L 239, s. 14, nedan kallat det andra PVC-beslutet). I detta beslut fastställdes de böter som mottagarna av beslutet påfördes till samma belopp som hade påförts i det första PVC-beslutet.

11. Det andra PVC-beslutet innehåller följande bestämmelser:

"*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 — Mål T-106/89, Norsk Hydro mot kommissionen, inte publicerat i rättsfallssamlingen.

6 — De förenade målen 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, BASF m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-315; svensk specialutgåva, volym 12, s. 1).

7 — Mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl. (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15, s. 201).

son SpA, Société artésienne de vinyle SA, Shell International Chemical Company Ltd och Wacker-Chemie GmbH har under de perioder som anges i föreliggande beslut överträtt artikel 85 i fördraget genom att (tillsammans med Norsk Hydro... och Solvay...) delta i ett avtal och/eller samordnat förfarande med början omkring augusti 1980, varvid de producenter som levererade PVC till den gemensamma marknaden deltog i regelbundna möten för att fastställa 'riktpriser' och 'riktkvoter', planera samordnade initiativ i syfte att höja prisnivån samt övervaka genomförandet av denna otillåtna samverkan.

Artikel 2

De företag som anges i artikel 1 och som fortfarande är verksamma inom PVC-branschen, med undantag [av] Norsk Hydro... och Solvay..., vilka redan uppmanats att upphöra med överträdelsen, skall omedelbart upphöra med ovannämnda överträdelser (om detta inte redan skett) och... i framtiden avstå från varje avtal eller samordnat förfarande inom PVC-sektorn, som kan ha samma eller liknande syfte eller verkan, inbegripet utbyte av sådan information som normalt omfattas av skyddet för affärshemligheter, och varigenom deltagarna direkt eller indirekt informeras om andra producenters produktion, leveranser, lagernivåer, försäljningspriser, kostnader eller investeringsplaner, eller varigenom de kan övervaka att uttryckliga eller underförstådda avtal eller samordnade förfaranden avseende priser eller uppdelning av marknaden inom gemenskapen fullgörs. Allt allmänt informationsutbyte mellan producenterna inom PVC-branschen skall ske på sådant sätt att upplysningar som gör det möjligt att identifiera enskilda producenters beteende utesluts. Företagen skall i synnerhet avstå från andra former av informationsutbyte som kan inverka på konkurrensen och som inte omfattas av ett sådant system.

Artikel 3

De företag som anges i detta beslut åläggs, till följd av den i artikel 1 konstaterade överträdelsen, följande böter:

i) BASF AG: böter på 1 500 000 ecu.

ii) DSM NV: böter på 600 000 ecu.

iii) Elf Atochem SA: böter på 3 200 000 ecu.

iv) Enichem SpA: böter på 2 500 000 ecu.

v) Hoechst AG: böter på 1 500 000 ecu.

vi) Hüls AG: böter på 2 200 000 ecu.

vii) Imperial Chemical Industries plc: böter på 2 500 000 ecu.

viii) Limburgse Vinyl Maatschappij NV: böter på 750 000 ecu.

ix) Montedison SpA: böter på 1 750 000 ecu.

x) Société artésienne de vinyle SA: böter på 400 000 ecu.

xi) Shell International Chemical Company Ltd: böter på 850 000 ecu.

xii) Wacker-Chemie GmbH: böter på 1 500 000 ecu."

B — *Förfarandet vid förstainstansrätten*

12. Företagen Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA (nedan kallat Elf Atochem), BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV och DSM Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst, Société artésienne de vinyle SA, Montedison SpA, ICI, Hüls AG och Enichem SpA väckte talan vid förstainstansrätten genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli mellan den 5 och den 14 oktober 1994.

13. Samtliga yrkade att det andra PVC-beslutet skulle ogiltigförklaras helt eller delvis och i andra hand att de ålagda böterna skulle upphävas eller sättas ned. Montedison SpA yrkade även att förста-

instansrätten skulle förplikta kommissionen att utge skadestånd för kostnader som uppkommit till följd av ställandet av en bankgaranti och för andra kostnader som orsakats av det andra PVC-beslutet.

C — *Förstainstansrättens dom*

14. I dom av den 20 april 1999 i målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen [8] (nedan kallad den överklagade domen), beslutade förstainstansrätten att

— förena målen vad gäller domen,

— ogiltigförklara artikel 1 i det andra PVC-beslutet i den mån det där angavs att Société artésienne de vinyle SA deltog i den påtalade överträdelsen efter det första halvåret 1981,

— nedsätta de böter som Elf Atochem SA, Société artésienne de vinyle SA och ICI hade ålagts till 2 600 000 euro, 135 000 euro respektive 1 550 000 euro,

8 — De förenade målen 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 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. II-931).

— ogilla talan i övrigt,

— fatta beslut om rättegångskostnaderna.

D — *Förfarandet vid domstolen*

15. Elf Atochem har genom ansökan, som inkom till domstolens kansli den 29 juni 1999, överklagat förstainstansrättens dom med stöd av artikel 49 i EG-stadgan för domstolen.

16. Elf Atochem har yrkat att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen och slutligt avgöra tvisten,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

17. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— ogilla talan,

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

II — Bedömning

18. Klaganden har åberopat två grunder som i tur och ordning skall undersökas.

Den första grunden

19. Elf Atochem har först och främst kritiserat förstainstansrätten för att den inte tog ställning till en grund under vilken det anförts att det andra PVC-beslutet skilde sig från det första PVC-beslutet och som Elf Atochem själv och andra sökanden ingående utvecklade vid förstainstansrätten, såsom framgår av punkt 222 i den överklagade domen. Enligt klaganden utgör denna brist på motivering i sig skäl nog att upphäva den överklagade domen.

20. Det skall i det avseendet påpekas att förstainstansrätten, i punkt 257 i den överklagade domen, fastställde att "beslutet av år 1994... endast innehåller mindre ändringar av formuleringar som inte påverkar anmärkningarna".

21. Förstainstansrätten tog således ställning till klagandens argument och jag kommer i det följande att undersöka huruvida förstainstansrättens ställningstagande var välgrundat.

22. Elf Atochem har således felaktigt anklagat förstainstansrätten för att inte ta ställning.

23. Av detta följer att grunden som avser bristande motivering är obefogad och att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

Den andra grunden

24. Elf Atochem har gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt fastställde att kommissionen inte var skyldig att inleda ett nytt administrativt förfarande med stöd av förordningarna nr 17 och 99/63 innan den antog det andra PVC-beslutet. Klagandens grund kan delas in i fyra delgrunder.

25. De två första delgrunderna avser nödvändigheten av att avsluta de förberedande åtgärderna, det vill säga förhöret med företagen och samrådet med den rådgivande kommittén, innan det andra PVC-beslutet kunde antas. Denna bedömning är

således beroende av huruvida de åtgärder som vidtogs för att förbereda det första PVC-beslutet fortfarande är giltiga. Den frågan behandlas under den tredje delgrunden, som därför skall undersökas först.

Den tredje delgrunden: att det första PVC-beslutet ogiltigförklarades i dess helhet genom domen i det ovannämnda målet kommissionen mot BASF m.fl.

26. Elf Atochem har hävdat att genom denna dom ogiltigförklarades det första PVC-beslutet på grund av åsidosättande av såväl reglerna om bestyrkande som kollegialitetsprincipen. Ogiltigheten gällde hela rättsakten, eftersom domstolen inte begränsade räckvidden av ogiltigförklaringen till vissa delar av den. Det administrativa förfarandet utgör emellertid en del av rättsakten. Ogiltigförklaringen av rättsakten medförde därför en skyldighet att på nytt vidta de förberedande administrativa åtgärder som avses i förordningarna nr 17 och 99/63.

27. Klaganden har i det avseendet åberopat domarna i målen Transocean Marine Paint mot kommissionen [9] och British Aerospace och Rover mot kommissionen. [10]

28. För att fastställa följderna av att ett beslut ogiltigförklaras med avseende på de förberedande åtgärdernas giltighet måste, såsom förstainstansrätten med rätta har fastställt i punkt 184 i den överklagade domen, skälen för ogiltigförklaringen beaktas, vilket klaganden för övrigt inte har bestridit.

29. Detta påstående, vilket inte är något annat än en tillämpning i förevarande fall av den allmänna regeln om rättskraft, bekräftas både av den rättspraxis som förstainstansrätten har hänvisat till och av den som klaganden själv har hänvisat till.

30. I de domar som klaganden har hänvisat till ogiltigförklarades kommissionens beslut, till skillnad från i förevarande fall, på grund av ett formfel som hade inverkat på åtgärder som vidtagits före antagandet av den slutliga texten och följaktligen uppstod en skyldighet för beslutsfattaren att avhjälpa ogiltigheten som hade inverkat på de förberedande åtgärderna i fråga.

31. I domen i det ovannämnda målet Transocean Marine Paint mot kommissionen grundades den partiella ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet på att kommissionen, när den vidtog de förberedande åtgärderna, inte hade informerat företagen om ett villkor som sedermera togs upp i det slutliga beslutet, vilket

9 — Dom av den 23 oktober 1974 i mål 17/74, Transocean Marine Paint mot kommissionen (REG 1974, s. 1063; svensk specialutgåva, volym 2, s. 357).

10 — Dom av den 4 februari 1992 i mål C-294/90, British Aerospace och Rover mot kommissionen (REG 1992, s. I-493)

förklarade nödvändigheten av att inleda ett nytt administrativt förfarande.

32. I domen i det ovannämnda målet British Aerospace och Rover mot kommissionen var det frågan om att kommissionen hade antagit nya beslut om statligt stöd i tvister som rörde genomförande av tidigare beslut och inte verkningarna av en dom om ogiltigförklaring. I motsats till i förevarande fall hade nya omständigheter framkommit som gjorde det nödvändigt att inleda ett nytt förfarande.

33. Förstainstansrätten fastställde således med rätta att såväl domslutet i domstolens dom avseende det första PVC-beslutet som de domskäl som föranlett domslutet skulle beaktas vid bedömningen av huruvida ogiltigförklaringen påverkat de förberedande åtgärderna.

34. Ogiltigförklaringen i fråga berodde dock enbart på det förhållandet att kommissionen inte hade iakttagit det förfarande som särskilt föreskrivs för antagande av ett slutligt beslut. Ogiltigheten omfattade således inte de delar av förfarandet som föregick den bristfälliga delen av förfarandet på vilka ifrågavarande regler inte var tillämpliga.

35. Denna slutsats vederläggs inte av att klaganden enträget har vidhållit att ogiltigförklaringen, som enligt klaganden är fullständig, inte enbart berodde på fel i förfarandet utan även, eller i synnerhet, på att kollegialitetsprincipen hade åsidosatts.

36. Ingen av dessa ogiltighetsgrunder påverkar nämligen de åtgärder som föregick det slutliga beslutet. Varken underlåtenheten att bestyrka beslutet eller åsidosättandet av kollegialitetsprincipen som skedde vid tidpunkten för antagandet av det slutliga beslutet har, med hänsyn till deras karaktär, något samband med det tidigare förfarandet och kan således inte påverka dess giltighet. Det förhållandet att ovannämnda ogiltighetsgrunder påverkar beslutet i dess helhet är inte relevant i det avseendet, eftersom det inte går att sluta sig till att ogiltigheten därför även omfattar andra åtgärder, såsom de förberedande åtgärderna.

37. Situationen motsvarade således den som var för handen i domen i målet Spanien mot kommissionen, [11] som förstainstansrätten har åberopat i punkt 184 i den överklagade domen och vari domstolen fastställde att ett förfarande som syftar till att ersätta en ogiltigförklarad rättsakt kunde återupptas på exakt det stadium då rättsstridigheten hade uppstått.

38. Förstainstansrätten gjorde sig således inte skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att ogiltigheten av det första PVC-beslutet inte påverkade giltigheten av de åtgärder som vidtogs före det ogiltigförklarade beslutet.

11 — Dom av den 12 november 1998 i mål C-415/96, Spanien mot kommissionen (REG 1998, s. I-6993).

39. Talan kan således inte vinna bifall på den tredje delgrunden.

Den första delgrunden: åsidosättande av rätten att yttra sig i samband med antagandet av ett nytt beslut

40. Elf Atochem anser att kommissionen på nytt borde ha tillämpat förordningarna nr 17 och 99/63 i samband med antagandet av det andra PVC-beslutet dels på grund av att beslutet i fråga antogs sex år efter det första PVC-beslutet, det vill säga i ett helt annat ekonomiskt sammanhang, vilket motiverade ett nytt förhör med parterna, dels på grund av att beslutet innehåller nya uppgifter jämfört med det första PVC-beslutet.

41. En skillnad utgörs av att det andra PVC-beslutet inte riktar sig till samma företag som det första PVC-beslutet. Av övervägandena och själva beslutsdelen i det andra PVC-beslutet framgår nämligen att företagen Norsk Hydro och Solvay inte berörs av beslutet. Kommissionen har i punkt 59 i nämnda beslut fastställt följande: "[E]ftersom Solvay inte har väckt talan om ogiltigförklaring av [det första PVC-beslutet] vid domstolen och Norsk Hydros talan har avvisats, är [det första PVC-beslutet] giltigt för deras del." Detta klargör tydligt samexistensen av två beslut, nämligen det första PVC-beslutet, som var riktat mot Norsk Hydro, och Solvay och det andra PVC-beslutet, som var riktat mot de övriga företagen. Endast det första PVC-beslutet har dock föregåtts av ett administrativt förfarande.

42. En annan skillnad är att i det andra PVC-beslutet grundas kommissionens anmärkningar i betydande omfattning på företagens gemensamma handlande, vilket alltjämt inkluderar Norsk Hydro och Solvay, trots att beslutet i fråga inte är riktat mot dessa två företag. Kommissionen har således paradoxalt nog alltjämt tagit de nämnda företagens handlande i beaktande för att avgöra inverkan av den överträdelse som mottagarna av det andra PVC-beslutet anklagades för, trots att de förra är tredje män i förhållande till det andra PVC-beslutet. Det första och det andra PVC-beslutet avser således en påstådd konkurrensbegränsande samverkan och/eller samordnat förfarande, i vilket de deltagare som avsågs år 1994 skiljer sig från dem som avsågs år 1988.

43. Jag anser i likhet med kommissionen att detta resonemang bygger på en felaktig uppfattning av den rättsliga karaktären hos kommissionens beslut. Förstainstansrätten har nämligen med rätta, i punkt 167 i den överklagade domen, noterat att beslutet visserligen är utformat som ett enda beslut,

men att det i själva verket skall anses som ett flertal individuella beslut. Ogiltigförklaringen kunde därför inte omfatta andra företag än dem vars talan hade bifallits, vilket domstolen för övrigt fastslog i sin dom i målet kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. [12]

44. Beträffande Solvay och Norsk Hydro är det första beslutet däremot fortfarande giltigt och det fanns således ingen anledning att rikta det andra PVC-beslutet mot dem. Detta beslut kunde bara riktas mot de företag på vilka det första beslutet inte längre var tillämpligt.

45. Av detta följer att det förhållandet att det första och det andra PVC-beslutet har riktats mot olika mottagare inte på något sätt medför att det andra beslutet innehåller sådana ändringar i förhållande till det första beslutet som företagen borde ha fått yttra sig över.

46. Detsamma gäller påståendet att Solvays och Norsk Hydros ageranden beaktades i det andra PVC-beslutet, trots att det beslutet, i motsats till det första PVC-beslutet, inte riktar sig till dessa företag.

47. Det framgår nämligen av punkterna 768—778 i den överklagade domen att förstainstansrätten, vilket inte motsägs av klaganden, klargjorde att kommissionen inte tillskrev företagen ett kollektivt ansvar, utan höll dem ansvariga för de delar som vart och ett av företagen hade deltagit i.

48. Av detta följer att det ansvar som varje företag tillskrevs inte grundades på överträdelser som begåtts av de andra. Det går därför inte att påstå att agerande som företag som inte var mottagare av det andra PVC-beslutet hade gjort sig skyldiga till beaktades i det andra PVC-beslutet men inte i det första.

49. Kommissionens redogörelse för preskriptionstiden [13] utgör slutligen inte heller en sådan skillnad i förhållande till det första PVC-beslutet som företagen borde ha fått yttra sig över.

50. Med denna redogörelse kompletterade kommissionen nämligen bara, utan att ta upp några nya anmärkningar, den argumentation som den hade anfört till stöd för de befintliga anmärkningar som företagen beretts tillfälle att yttra sig över innan det

12 — Dom av den 14 september 1999 i mål C-310/97 P, kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (REG 1999, s. I-5363).

13 — Se punkterna 56—58 i beslutet.

första PVC-beslutet antogs. Det nya beslutet omfattar således endast ageranden som företagen redan beretts tillfälle att yttra sig över.

51. Kommissionen kan således komplettera sin argumentation vid ett senare tillfälle utan att det för den skull är nödvändigt att höra företagen på nytt, vilket framgår av domstolens rättspraxis. [14]

52. Det framgår emellertid av klagandens argument att frågan huruvida det förekommer nya anmärkningar, eller ens skillnader mellan de två besluten, inte på något sett är avgörande i dennes ögon.

53. Klaganden anser nämligen att varje beslut som kommissionen antar innehåller särskilda anmärkningar. Kommissionen kan därför inte bara upprepa de anmärkningar som tagits upp i ett tidigare beslut som ogiltigförklarats.

54. Till stöd för detta argument har klaganden åberopat artikel 4 i förordning nr 99/63, i vilken det föreskrivs att kommissionen, i sina beslut, endast skall ta upp sådana anmärkningar beträffande vilka parterna har haft tillfälle att yttra sig.

55. Klaganden anser således att varje beslut av kommissionen varigenom en överträdelse konstateras skall föregås av ett särskilt administrativt förfarande.

56. Mot bakgrund av vad som ovan anförts skall det påpekas att giltigheten av de förberedande åtgärder som hade avslutats före beslutets bestyrkande inte påverkades av att beslutet ogiltigförklarades.

57. Av detta följer att de berörda företagen i förevarande fall har hörts och beretts tillfälle att yttra sig över de anmärkningar som kommissionen åberopat mot dem.

58. Det villkor som uppställs i artikel 4 i förordning nr 99/63, som klaganden har åberopat, är följaktligen uppfyllt, eftersom det inte har gjorts gällande att kommissionen har tagit upp anmärkningar som företagen inte har fått yttra sig över.

14 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 15.

59. Av denna bestämmelse följer nämligen endast att ett beslut skall grundas på sådana anmärkningar som parterna har beretts tillfälle att yttra sig över. Det innebär inte att ett tidigare ogiltigförklarat beslut inte kan grundas på samma anmärkningar.

60. Ett sådant villkor följer inte av förordningens ordalydelse och kan inte heller motiveras av förordningens syfte.

61. Förordningen syftar nämligen till att säkerställa skyddet för rätten till försvar genom att förhindra att kommissionen överrumplar företagen och att företagen i stället ges tillfälle att i god tid ta ställning till samtliga anmärkningar som riktats mot dem.

62. Det förhållandet att nämnda anmärkningar redan tagits upp i ett tidigare beslut strider inte mot detta syfte när beslutet, såsom i förevarande fall, har ogiltigförklarats utan att detta haft någon inverkan på de förberedande åtgärderna.

63. Elf Atochem har emellertid i andra hand gjort gällande att om kommissionens skyldighet att höra parterna på nytt inte följer av förordningarna nr 17 och 99/63, följer den i vart fall av kraven på ett "rigoröst" iakttagande av rätten till försvar.

64. Jag delar inte denna uppfattning.

65. Det framgår av det ovan anförda att syftet med att höra företagen är att bereda dem tillfälle att ta ställning till det agerande som läggs dem till last. I förevarande fall gjordes detta inom ramen för de åtgärder som vidtogs för att förbereda det första PVC-beslutet. Det är således svårt att se på vilket sätt ett iakttagande av rätten till försvar fordrar att företagen bereds tillfälle att yttra sig över samma omständigheter ytterligare en gång.

66. Det skall i detta sammanhang påpekas att det andra PVC-beslutet endast avser ageranden mellan åren 1980 och 1984 och beträffande vilka företagen haft alla möjligheter att yttra sig.

67. Rätten att yttra sig har således iakttagits fullt ut, oavsett eventuella senare förändringar med avseende på de faktiska och rättsliga omständigheterna i målet. Kommissionen kan således inte anses vara skyldig att ge företagen möjlighet att lämna sina synpunkter på andra aspekter av kommissionens agerande, till exempel användningen av dess utrymme för sköns-

mässig bedömning vad gäller lämpligheten av att anta beslutet.

68. Som kommissionen har understrukit innebär dessutom klagandens krav på att få lämna synpunkter på skillnaderna mellan det första och det andra PVC-beslutet i praktiken ett krav på ett kontradiktoriskt förfarande med avseende på utkastet till beslut. Det framgår dock av rättspraxis att en sådan begäran strider mot det system som inrättats genom förordning nr 17. [15]

69. Det förhållandet att förhörsombudet enligt klagandens påstående hade kunnat agera till klagandens fördel ändrar inte det förhållandet att förhörsombudet i förevarande fall ingrep och upprättade en rapport i samband med förberedelsen av det första PVC-beslutet. Eftersom det inte förelåg någon skyldighet att genomföra ett nytt förhör, fanns det ingen anledning att på nytt låta förhörsombudet ingripa.

70. Det skall påpekas att hänvisningen till domen i det ovannämnda målet Transocean Marine Paint mot kommissionen inte heller här stöder klagandens påstående. Situationen i det målet skiljer sig nämligen avsevärt från den förevarande med hänsyn till att det omtvistade beslutet innehöll en väsentlig nyhet i förhållande till det administrativa förfarandet, närmare bestämt ett tillägg till ett villkor för undantag.

15 — Domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 35.

71. Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den första delgrunden.

Den andra delgrunden: underlåtenhet att samråda med den rådgivande kommittén

72. Elf Atochem har gjort gällande att den väsentliga formföreskriften avseende samråd med den rådgivande kommittén, som avses i artiklarna 10.3 och 15.3 i förordning nr 17, borde ha iakttagits för att beslutet inte skall bli ogiltigt. Samrådet med kommittén syftar till att inhämta medlemsstaternas företrädares synpunkter och tjänar således ett annat syfte än förhöret med företagen. Det förhållandet att kommissionen underlät att hålla det sistnämnda förhöret innebär inte att den befriades från skyldigheten att samråda med kommittén.

73. Det räcker att i detta avseende erinra om att, vilket klarlagts ovan, de förberedande åtgärder som vidtogs före det första PVC-beslutet, inklusive samrådet med den rådgivande kommittén, inte påverkades av att beslutet ogiltigförklarades. I och med att ett sådant samråd ägde rum, har de relevanta bestämmelserna i förordning nr 17 iakttagits i förevarande fall.

74. Talan skall således inte vinna bifall på den tredje delgrunden.

Den fjärde delgrunden: åsidosättande av rätten till tillgång till handlingarna i ärendet

75. Elf Atochem har gjort gällande att kommissionen, trots de utökade möjligheter till insyn i akten som infördes mellan åren 1988 och 1994, inte på eget initiativ erbjöd företagen att ta del av uppgifter som den förfogade över och som talade till företagens fördel respektive nackdel.

76. Klaganden har påstått att granskningen av de handlingar som slutligen gjordes tillgängliga genom en åtgärd för processledning som förstainstansrätten beslutade om påvisade mycket allvarliga kränkningar av principen om kontradiktoriskt förfarande, med hänsyn till att vissa handlingar som talade till klagandens fördel inte hade delgetts och att kommissionen helt enkelt hade dolt uppgifter som talade till klagandens fördel i handlingar som hade delgetts.

77. Klaganden har kritiserat förstainstansrätten för att den fastställde att en överträdelse av rätten till försvar förutsätter att det kan visas att den omständigheten att handlingarna i fråga inte lämnats ut har kunnat påverka förfarandets gång samt beslutets innehåll till nackdel för sökanden.

78. Klaganden anser nämligen att en sådan restriktiv tolkning av rätten till försvar aldrig har fastställts av domstolen inom ramen för artiklarna 85 och 86 i fördraget, utan bara i fråga om statligt stöd. [16] På det området förklaras denna lösning av att medlemsstaterna har en gynnad ställning i förhållande till kommissionen och berörda parter. Den situationen är således inte jämförbar med ett förfarande som syftar till att fastställa ett företags överträdelse av artikel 85 i fördraget.

79. Enligt Elf Atochem har principen om kontradiktoriskt förfarande i vilket fall som helst åsidosatts, även om kommissionen inte direkt har använt sig av de handlingar som inte lämnades ut.

80. Hur skall denna argumentation bedömas?

81. Det måste först och främst konstateras att det i motsats till klagandens påståenden framgår av domstolens rättspraxis att enbart den omständigheten att handlingar inte lämnas ut inte medför att beslutet skall ogiltigförklaras.

82. Det följer nämligen tydligt av punkt 80 i domen i målet Hercules Chemicals mot

16 — Dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen (REG 1990, s. I-959; svensk specialutgåva, volym 10, s. 369), punkterna 47 och 48.

kommissionen [17] att det inte finns någon anledning att ogiltigförklara kommissionens beslut såvida inte företaget kan styrka att handlingarna i fråga innehöll uppgifter av betydelse för dess försvar och att dess rätt till försvar påverkats av att det inte fick ta del av uppgifterna innan beslutet antogs.

83. Förstainstansrätten ansåg således på goda grunder att enbart den omständigheten att det förekom fel med avseende på tillgången till handlingarna i ärendet inte utgjorde skäl att ogiltigförklara beslutet.

84. Klaganden anser emellertid att den granskning av handlingarna som förstainstansrätten genomförde för att bedöma huruvida rätten till försvar hade åsidosatts i förevarande fall vilade på ett felaktigt antagande.

85. Klaganden har nämligen gjort gällande att förstainstansrätten, i stället för att utgå från företagets situation såsom den var före den aktuella händelsen, utgick från företagets situation såsom den var efter den aktuella händelsen. I stället för att bedöma huruvida företaget hade kunnat använda de omtvistade handlingarna undersökte förstainstansrätten med andra ord om beslutet skulle ha fått ett annat innehåll än vad det slutligen fick om företaget hade fått tillgång till handlingarna i fråga.

86. Det är riktigt att förstainstansrätten i punkt 1074 i den överklagade domen konstaterade att ingen av sökandena "styrker att förfarandets gång eller beslutet av år 1994 har kunnat påverkas till deras nackdel av underlåtenheten att lämna ut en handling som de borde ha haft kännedom om".

87. I punkt 81 i domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen fastställde domstolen dock uttryckligen att "[d]et berörda företaget inte [är] skyldigt att... bevisa att kommissionens beslut hade fått ett annat innehåll om företaget hade haft tillgång till övriga producenters svar på meddelandet om anmärkningar, utan företaget är endast skyldigt att bevisa att det kunde ha använt nämnda handlingar för sitt försvar".

88. Tillämpade förstainstansrätten således ett felaktigt bedömningskriterium?

89. Det tror jag inte. Förstainstansrätten använde även formuleringar som "påverka sökandenas möjligheter till försvar" (punkt 1035 i den överklagade domen),

17 — Dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1999, s. I-4235).

"på vilket sätt deras rätt till försvar har påverkats" (punkt 1036), "påverkat företagens möjlighet till försvar" (punkt 1041) och "innehålla något som kan vara användbart för sökandenas försvar" (punkt 1073) när den bedömde handlingarna.

90. Uttrycket "förfarandets gång" i punkt 1074 hänvisar för övrigt indirekt till företagens möjligheter att försvara sig inom ramen för detta förfarandet.

91. De redogörelser som förstainstansrätten gjorde inom ramen för denna undersökning vittnar onekligen om att den prövade om handlingarna hade kunnat vara till någon nytta för företagen. Förstainstansrätten begränsade således inte sin undersökning till frågan huruvida underlåtenheten att lämna ut de omtvistade handlingarna hade påverkat innehållet i det slutliga beslutet.

92. Förstainstansrättens redogörelse har i huvudsak visat att de aktuella handlingarna, som absolut inte hade kunnat hjälpa klaganden, inte hade kunnat åberopas på grund av antingen handlingarnas art eller syfte, eller deras innehåll, vilket stödde eller åtminstone inte motbevisade kommissionens slutsatser.

93. Jag anser följaktligen att förstainstansrättens bedömningsmetod var förenlig med ovannämnda rättspraxis från domstolen.

94. Även om det inte skulle vara på det viset ankommer det dessutom på klaganden att styrka förekomsten av handlingar som förstainstansrätten felaktigt bedömde inte skulle kunna påverka rätten till försvar om de inte lämnades ut.

95. Det räcker nämligen inte att klaganden lösryckt hävdar att förstainstansrätten tillämpade ett felaktigt bedömningskriterium. Det måste även styrkas att detta fel medförde att en handling, som enligt förstainstansrättens bedömning inte kunde ha påverkat kommissionens beslut tvärtom hade kunnat åberopas av företagen.

96. Domstolens rättspraxis kan för övrigt inte tolkas på så sätt att det räcker att företagen hävdar att de rent teoretiskt skulle ha kunnat använda den aktuella handlingen för sitt försvar. För att det inte skall få orimliga konsekvenser krävs det nämligen att företaget kan visa att det, om det hade använt handlingen för sitt försvar, hade haft en rimlig chans till framgång, även om det inte går att fastställa att kommissionen därigenom verkligen hade ändrat sin ståndpunkt.

97. Klaganden har i vart fall avhållit sig från att urskilja en enda handling som hade kunnat användas för dess försvar och beträffande vilken förstainstansrätten därför felaktigt ansåg att underlåtenheten att lämna ut den inte innebar en kränkning av företagets rätt till försvar.

98. Av detta följer att klaganden, oavsett vilka bedömningskriterier som används, inte har styrkt att de fel som förekommit när det gäller tillgången till handlingarna i ärendet på minsta sätt har påverkat dess möjlighet att försvara sig.

99. Talan kan således inte vinna bifall på den fjärde delgrunden och följaktligen inte på någon av klagandens grunder.

III — Förslag till avgörande

100. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall

— ogilla överklagandet,

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.