CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 6 november 2008 [1]

Inhoud

I — Voorgeschiedenis, procesverloop en conclusies van partijen . . . . . I - 5850

II — Juridische analyse . . . . . I - 5852

A — Inleiding . . . . . I - 5852

B — Eerste middel in hogere voorziening: schending van de rechten van de verdediging voor zover rekwirante als leider van het kartel is gekwalificeerd . . I - 5853

1. Overwegingen van het Gerecht . . . . . I - 5853

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 5854

3. Beoordeling . . . . . I - 5856

C — Beroep tegen de litigieuze beschikking: beoordeling of er sprake is van schending van de rechten van de verdediging doordat rekwirante als leider van het kartel is gekwalificeerd . . . . . I - 5863

D — Tweede middel in hogere voorziening: schending van procedurele waarborgen doordat het FBI-rapport is gebruikt als bewijs van rekwirantes rol van leider van het kartel . . . . . I - 5865

1. Overwegingen van het Gerecht . . . . . I - 5865

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 5867

3. Beoordeling . . . . . I - 5870

a) Uitlegging van het bestreden arrest . . . . . I - 5870

b) Juistheid van de in het bestreden arrest gehanteerde beoordelingscriteria I - 5872

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

i) Ontbreken van een algemeen verbod voor de Commissie om bewijzen te gebruiken die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar ingeleide procedure . . . . . I - 5873

ii) Schending van bijzondere procedurele waarborgen . . . . . I - 5876

— Voorwaarden waaronder de Commissie gebruik mag maken van bewijzen die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar gevoerde procedure . . . . . I - 5877

— Criteria die het Gerecht heeft geformuleerd voor de modaliteiten die de Commissie in acht moet nemen teneinde de eerbiediging van de procedurerechten te waarborgen, en de toepassing van die criteria in het onderhavige geval . . . . . I - 5880

E — Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of de Commissie het FBI-rapport mocht gebruiken als bewijs van rekwirantes rol van leider van het kartel I - 5887

F — Middelen (derde, vierde en vijfde) in hogere voorziening betreffende de schriftelijke verklaring van Cerestar . . . . . I - 5887

G — Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of de Commissie de rol van leider van ADM binnen het kartel voldoende heeft aangetoond . . . . . I - 5889

H — Zesde middel in hogere voorziening: de niet-inaanmerkingneming van een verzachtende omstandigheid met betrekking tot het feit dat ADM haar deelneming aan het kartel reeds bij de eerste stappen van de Amerikaanse antitrustautoriteiten heeft beëindigd . . . . . I - 5890

1. Overwegingen van het Gerecht . . . . . I - 5890

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 5892

3. Beoordeling . . . . . I - 5892

I — Negende middel in hogere voorziening: de concrete weerslag van het kartel op de markt . . . . . I - 5895

1. Overwegingen van het Gerecht . . . . . I - 5895

2. Argumenten van partijen . . . . . I - 5895

3. Beoordeling . . . . . I - 5897

J — Zevende en achtste middel in hogere voorziening: schending van het vertrouwensbeginsel met betrekking tot de beoordeling van de medewerking van ADM tijdens de administratieve procedure . . . . . I - 5901

1. Middel betreffende de verklaringen die de vertegenwoordigers van de Commissie in de loop van de administratieve procedure hebben afgelegd . . I - 5902

2. Middel in hogere voorziening betreffende schending van de in deel B van de mededeling inzake medewerking gestelde voorwaarden . . . . . I - 5903

K — Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of rekwirante volgens deel B, sub e, van de mededeling inzake medewerking moest worden aangemerkt als de onderneming die de Commissie als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het kartel te bewijzen . . . . . I - 5904

L — Herberekening van het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete . . . I - 5909

M — Kosten . . . . . I - 5909

III — Conclusie . . . . . I - 5910

I — Voorgeschiedenis, procesverloop en conclusies van partijen

1. Bij beschikking 2002/742/EG van 5 december 2001 (hierna: „litigieuze beschikking") [2], heeft de Commissie na een procedure op grond van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 [3], in artikel 1 van deze beschikking vastgesteld dat Archer Daniels Midland Co. (hierna: „rekwirante" of „ADM") en andere ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), door deel te nemen aan een voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de sector citroenzuur.

2. In punt 158 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie aangegeven welke elementen in casu relevant waren voor de vaststelling van voornoemde inbreuk, te weten de verdeling van de markt en van de marktaandeelquota, het bevriezen/beperken/sluiten van productiecapaciteit, het in onderling overleg vaststellen van prijsverhogingen, het aanwijzen van de producent die op elke nationale markt „de aanzet moest geven" tot de prijsverhogingen, het laten circuleren van lijsten met geldende en toekomstige richtprijzen om de prijsverhogingen te coördineren, het uitwerken en toepassen van een rapportage- en controlesysteem om op de naleving van de mededingingbeperkende overeenkomsten toe te zien, het verdelen of toewijzen van klanten, het deelnemen aan geregelde bijeenkomsten en het onderhouden van andere contacten om de genoemde beperkende maatregelen af te spreken, toe te passen en/of aan te passen, indien nodig.

3. In artikel 3 van de litigieuze beschikking zijn geldboeten opgelegd aan de ondernemingen die aansprakelijk waren voor de

2 — Beschikking van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Comp/E-1/36.604 — Citroenzuur) (PB 2002, L 239, blz. 18).

3 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), zoals gewijzigd.

betrokken inbreuk. Voor de berekening van het bedrag van deze geldboeten heeft de Commissie, zonder dit evenwel uitdrukkelijk te vermelden, gebruikgemaakt van de methode die is uiteengezet in haar richtsnoeren van 1998 voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (hierna: „richtsnoeren") [4], en in voorkomend geval ook — ditmaal met uitdrukkelijke vermelding — haar mededeling van 1996 betreffende het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (hierna: „mededeling inzake medewerking") [5] toegepast.

4. Het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete is vastgesteld op 39,69 miljoen EUR.

5. Voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete heeft de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk inzonderheid rekening gehouden met het feit dat het kartel een concrete weerslag op de markt van citroenzuur in de EER heeft gehad. De Commissie heeft het basisbedrag van de voor ADM berekende geldboete, dat uit hoofde van de zwaarte en de duur van de inbreuk op 58,8 miljoen EUR was vastgesteld, verhoogd met 35 % wegens verzwarende omstandigheden, op grond dat ADM samen met een andere onderneming een leidinggevende rol in het kartel had gespeeld. Bovendien is ADM ten gunste van een andere onderneming, Cerestar Bioproducts BV (hierna: „Cerestar"), het voordeel ontzegd van deel B van de mededeling inzake medewerking, namelijk de „niet-oplegging" of een „zeer aanzienlijke vermindering" van de geldboete die haar zonder haar medewerking zou zijn opgelegd. De Commissie was namelijk van mening dat Cerestar — en niet ADM — als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is geweest om het bestaan van het kartel te bewijzen in de zin van deel B, sub b, van de mededeling inzake medewerking, en dat ADM als leider van het kartel evenmin voldeed aan de voorwaarde van deel B, sub e, van deze mededeling. Niettemin heeft de Commissie ADM een „belangrijke vermindering" (van 50 %) van de geldboete toegekend op grond van deel D van die mededeling.

6. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: „Gerecht") op 28 februari 2002, heeft ADM verzocht, enerzijds, artikel 1 van de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover daarbij is vastgesteld dat zij inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, door deel te nemen aan de beperking van de productiecapaciteit van de betrokken markt en aan de aanwijzing van een producent die op elk nationaal segment van de betrokken markt „de aanzet" tot de prijsverhogingen moest geven, en, anderzijds, artikel 3 van die beschikking nietig te verklaren voor zover dit artikel betrekking heeft op haar, of, subsidiair, ditzelfde artikel te wijzigen door de haar opgelegde geldboete in te trekken of te verminderen.

4 — PB 1998, C 9, blz. 3.
5 — PB 1996, C 207, blz. 4.

7. Bij arrest van 27 september 2006 (hierna: „bestreden arrest") [6] heeft het Gerecht het verzoek van rekwirante om gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 1 van de litigieuze beschikking toegewezen, maar het verzoek met betrekking tot de in artikel 3 van deze beschikking opgelegde geldboete afgewezen. Daarbij heeft het de Commissie in één tiende van de kosten van rekwirante verwezen en deze laatste in de rest van haar eigen kosten en in de kosten van de Commissie.

8. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 11 december 2006, heeft rekwirante hogere voorziening ingesteld tegen dit arrest. Zij verzoekt het Hof dit arrest te vernietigen voor zover haar beroep tegen de litigieuze beschikking daarbij is verworpen, en bovendien artikel 3 van deze beschikking nietig te verklaren voor zover dit artikel betrekking heeft op haar, dan wel ditzelfde artikel te wijzigen door de opgelegde geldboete in trekken of te verminderen, of, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor afdoening overeenkomstig de door het Hof vast te stellen rechtsbeginselen, en hoe dan ook de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedures bij het Gerecht en het Hof.

9. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante te verwijzen in de kosten.

6 — Archer Daniels Midland/Commissie (T-59/02, Jurispr. blz. II-3627).

10. De vertegenwoordigers van partijen zijn gehoord ter terechtzitting van 8 mei 2008.

II — Juridische analyse

A — *Inleiding*

11. Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert rekwirante negen middelen aan, die alle betrekking hebben op de vaststelling van het bedrag van de opgelegde boete.

12. Met de eerste vijf middelen in hogere voorziening kritiseert rekwirante de beoordeling door het Gerecht van haar argumenten tegen de verhoging met 35 % van het basisbedrag van de geldboete die de Commissie heeft toegepast wegens de verzwarende omstandigheid dat ADM de rol van leider in het citroenzuurkartel zou hebben gespeeld. Volgens het eerste van deze middelen heeft het Gerecht niet in zijn beoordeling betrokken dat rekwirantes rechten van de verdediging zijn geschonden doordat voormelde verzwarende omstandigheid dan wel de eraan ten grondslag liggende feiten haar niet tijdens de administratieve procedure zijn tegengeworpen. De volgende vier middelen hebben daarentegen — op verschillende gronden — betrekking op de beoordeling waarmee het Gerecht heeft uitgesloten dat de in de

litigieuze beschikking geformuleerde overwegingen op grond waarvan ADM de rol van leider is toegekend, zoals rekwirante heeft aangevoerd die kwalificatie niet konden rechtvaardigen.

B — *Eerste middel in hogere voorziening: schending van de rechten van de verdediging voor zover rekwirante als leider van het kartel is gekwalificeerd*

1. Overwegingen van het Gerecht

13. De laatste vier middelen in hogere voorziening betreffen de niet-erkenning van een verzachtende omstandigheid, de beoordeling van de concrete weerslag van het kartel op de markt, en de beoordeling van de medewerking die rekwirante tijdens de administratieve procedure aan de Commissie heeft verleend.

14. Ik wijs er maar meteen op dat enkele van deze middelen in hogere voorziening mij gegrond lijken en het bestreden arrest volgens mij dan ook op enkele punten dient te worden vernietigd. Voorts is mijns inziens de zaak in staat van wijzen, zodat het Hof deze middelen, overeenkomstig de vordering van rekwirante, zelf kan afdoen overeenkomstig artikel 61, lid 1, van het Statuut van het Hof van Justitie. Gelet op het grote aantal middelen in hogere voorziening, zal ik duidelijkheidshalve hier en daar het onderzoek van de middelen die ik gegrond acht aanvullen met het onderzoek van de desbetreffende middelen van het beroep in eerste aanleg die het Gerecht heeft verworpen in de delen van het bestreden arrest die volgens mij moeten worden vernietigd.

15. Rekwirante heeft voor het Gerecht betoogd dat de Commissie haar rechten van de verdediging heeft geschonden voor zover zij haar heeft verweten leider van kartel te zijn geweest, zonder haar dit tijdens de administratieve procedure te hebben meegedeeld, en voor zover de mededeling van punten van bezwaar geen melding maakte van de elementen (inzonderheid betreffende de rol van een aantal van haar vertegenwoordigers tijdens de kartelbijeenkomsten) die in de litigieuze beschikking in aanmerking zijn genomen ter staving van dit verwijt. Rekwirante heeft daarnaast gekritiseerd dat zij zich tijdens diezelfde procedure niet heeft kunnen uitspreken over het feit dat het rapport van het Federal Bureau of Investigation (FBI) van de Verenigde Staten over de verklaringen die een voormalig vertegenwoordiger van ADM op 11 en 12 oktober 1996 aan agenten van het FBI heeft afgelegd (hierna: „FBI- rapport"), als bewijs is gebruikt, en over de schriftelijke verklaring van 18 maart 1999 [7] die Cerestar aan de Commissie heeft doen toekomen (hierna: „schriftelijke verklaring van Cerestar").

7 — De litigieuze beschikking gewaagt van de verklaring van Cerestar van 25 maart 1999. Het gaat echter niet om twee verschillende verklaringen, maar om dezelfde. Zoals uit punt 371 van het bestreden arrest blijkt, was de verklaring van Cerestar gedateerd 18 maart 1999, maar is zij aan de Commissie meegedeeld op 25 maart 1999.

16. Het Gerecht heeft allereerst herinnerd aan het arrest van het Hof Musique diffusion française e.a./Commissie [8], volgens hetwelk de Commissie, wanneer zij in de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal onderzoeken of geldboeten moeten worden opgelegd aan de betrokken partijen en zij de voornaamste elementen gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een geldboete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid" is begaan, voldoet aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord, aangezien zij hun de nodige gegevens verstrekt om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de oplegging van een geldboete te verdedigen. [9]

17. Het Gerecht heeft deze grieven van rekwirante dan ook verworpen door te preciseren dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, had vermeld die steun konden bieden voor de geldboete die zij voornemens was op te leggen aan ADM, en door erop te wijzen dat „[d]e eerbiediging van de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen de Commissie niet verplicht in de mededeling van punten van bezwaar nauwkeuriger aan te geven op welke wijze zij in voorkomend geval elk van die gegevens voor de bepaling van de hoogte van de geldboete zou gebruiken". Onder verwijzing naar het arrest Michelin/Commissie [10], heeft het Gerecht in het bijzonder verklaard dat „de Commissie niet verplicht [was] aan te geven dat zij ADM als leider van het kartel kon beschouwen, en ook niet de omvang van de verhoging die zij eventueel om die reden op de geldboete betreffende ADM zou toepassen". Betreffende het feit dat het FBI-rapport en de schriftelijke verklaring van Cerestar van 18 maart 1999 als bewijs zijn gebruikt, heeft het eraan herinnerd dat „de Commissie die documenten bij de mededeling van punten van bezwaar [had] gevoegd, zodat partijen daarover opmerkingen [hadden] kunnen maken, ook met betrekking tot het gebruik daarvan als bewijs". [11]

2. Argumenten van partijen

18. Met het onderhavige middel in hogere voorziening verwijt rekwirante het Gerecht, in strijd met het beginsel van bescherming van de rechten van de verdediging te hebben geconcludeerd dat de Commissie niet gehouden is om de onderneming waartoe de mededeling van punten van bezwaar is gericht, in deze mededeling ervoor te waarschuwen dat zij eventueel als leider van het kartel zal worden gekwalificeerd, en dat zij deze onderneming niet op de hoogte hoeft te brengen van de feiten waarop deze kwalificatie zou berusten. Bovendien zou deze tweede conclusie ontoereikend zijn gemotiveerd.

19. Volgens rekwirante vormt de rol van leider van het kartel een van de voornaamste feitelijke elementen die de zwaarte van de door een onderneming gepleegde inbreuk bepalen en die in de mededeling van punten van bezwaar moeten worden vermeld [12], ook

8 — Arrest van 7 juni 1983 (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 21).

9 — Bestreden arrest, punt 434.

10 — Arrest van 9 november 1983 (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 20).

11 — Bestreden arrest, punten 436 en 438-439.

12 — Rekwirante beroept zich in dit verband op de arresten van het Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie (T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punten 316-317); LR AF 1998/Commissie (T-23/99, Jurispr. blz. II-1705, punten 203-205), en 8 juli 2004, Corus UK/Commissie (T-48/00, Jurispr. blz. II-2325, punt 153).

omdat de door de Commissie voor deze verzwarende omstandigheid toegepaste verhoging in de regel tussen 30 % en 50 % van het bedrag van de geldboete uitmaakt.

20. Bovendien moeten volgens verzoekster ook de feiten waarop de kwalificatie als leider van het kartel is gebaseerd, in de mededeling van punten van bezwaar worden opgenomen, of minstens redelijkerwijs uit de bij deze mededeling gevoegde documenten kunnen worden afgeleid. [13] In casu waren deze feiten niet in de mededeling van punten van bezwaar vermeld en ontbrak tevens de mogelijkheid om deze feiten uit de bij de mededeling gevoegde documenten af te leiden, aangezien: a) de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk had gepreciseerd dat zij bij de berekening van het bedrag van de geldboete en met name bij de beoordeling van de rol die elke onderneming had gespeeld, rekening had gehouden met de in diezelfde akte beschreven feiten; b) het wegens de complexiteit van de feiten moeilijk was om de leider van het kartel aan te wijzen, zoals in de litigieuze beschikking (punt 273) en in het bestreden arrest (punt 300) ook is erkend; c) de Commissie, door tijdens de administratieve procedure aan ADM mee te delen dat zij aanspraak kon maken op de toepassing van deel B van de mededeling inzake medewerking, de verwachting had gewekt dat zij ADM niet als leider van het kartel zou beschouwen; d) van een onderneming bij gebreke van specifieke waarschuwingen niet kan worden verwacht dat zij alle feiten die zijn vermeld in de diverse volumineuze documenten die bij een mededeling van punten van bezwaar zijn gevoegd, onderzoekt en met tegenbewijzen weerlegt, welke houding zou kunnen meebrengen dat de onderneming het voordeel van de toepassing van deel B van de mededeling inzake medewerking verliest, aangezien dit laatste onder meer impliceert dat de onderneming haar permanente en volledige medewerking verleent.

21. De Commissie is van mening dat de bezwaren van rekwirante ongegrond zijn. Deze zijn haars inziens gebaseerd op een kunstmatig onderscheid tussen de in een kartel gespeelde rol van leider en de gevolgen die deze rol heeft voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete. Rekwirante verliest uit het oog dat de rol van leider een invloed heeft op dat bedrag, maar niet op de vaststelling van de inbreuk. De Commissie hoeft in de mededeling van punten van bezwaar niet gedetailleerder melding te maken van „feiten die in werkelijkheid een voorafbeelding van het bedrag van de geldboete vormen". In casu volstond het volgens de Commissie dat zij — zoals zij ook heeft gedaan — bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening hield met de rol die elk van de betrokken ondernemingen heeft gespeeld.

22. De Commissie wijst erop dat het FBI-rapport en de schriftelijke verklaring van Cerestar deel uitmaakten van de acht documenten die bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd.

23. Zij voegt hieraan toe dat de rol die rekwirante in het kartel heeft gespeeld, in het hoofddeel van de mededeling van punten van bezwaar (bijvoorbeeld in de punten 63, 71, 84, 85, 93, 94 en 104 ervan) is beschreven. Bovendien heeft rekwirante in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk naar deze twee voornoemde documenten verwezen en heeft zij zich omstandig over haar rol in het kartel uitgelaten, waarbij zij heeft ontkend dat zij de leider van het kartel was of de aanzet daartoe heeft gegeven en zij zich ten bewijze daarvan zelf op het FBI-rapport heeft gebaseerd. Dit toont aan dat rekwirante in staat was om zich op basis van de inhoud van die mededeling te verdedigen.

13 — Arrest Gerecht van 10 maart 1992, Shell/Commissie (T-11/89, Jurispr. blz. II-757, punt 62).

3. Beoordeling

24. Hoewel er enkele geïsoleerde uitspraken zijn die anders zouden kunnen worden opgevat [14], volgt uit vaste rechtspraak dat ondernemingen tegen welke een procedure wegens schending van de mededingingsregels van het EG-Verdrag is ingeleid, het recht hebben om door de Commissie te worden gehoord, niet alleen met betrekking tot het bestaan van de verweten inbreuken, maar ook met betrekking tot de oplegging van een geldboete en de criteria voor de vaststelling daarvan.

25. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, heeft het Hof reeds geoordeeld dat de Commissie, wanneer zij in de mededeling van punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal onderzoeken of de betrokken ondernemingen geldboeten moeten worden opgelegd, en zij de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een geldboete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid" is begaan, voldoet aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord, aangezien zij hun aldus de nodige gegevens verstrekt om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de oplegging van een geldboete te verdedigen. [15]

26. Inzonderheid in het arrest Michelin/Commissie [16] is het Hof kennelijk gedeeltelijk afgeweken van het standpunt van advocaat-generaal Verloren Van Themaat, die had verklaard dat „[het hem] evident [leek], dat de Commissie niet reeds tijdens de administratieve procedure het boetebedrag *of de criteria voor de vaststelling ervan* kan aangeven, daar de mate van schuld of onachtzaamheid pas aan het einde van die administratieve procedure kan worden vastgesteld". [17] Met betrekking tot de criteria voor de vaststelling van de geldboete heeft het Hof in dat arrest immers gemeend te moeten preciseren dat „[de Commissie] in haar mededeling van punten van bezwaar […] uitdrukkelijk [had] verklaard dat zij voornemens was [de betrokken onderneming] een boete op te leggen en dat zij voor de hoogte daarvan de duur en de zwaarte van de inbreuk, *die zij als ernstig beschouwde*, in aanmerking zou nemen", en dat zij op die manier deze onderneming „in staat [had] gesteld, zich niet alleen tegen de vaststelling van de inbreuk maar ook tegen de oplegging van een boete te verdedigen". [18]

14 — Zie arrest van 15 oktober 2002 (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, zogenaamde „PVC II"-arrest, Jurispr. blz. I-8375, punt 91), waarin wordt verklaard dat „het kader […] van de uitoefening van de rechten van de verdediging, dat wordt uitgewerkt in de verordeningen nr. 17 en nr. 99/63 […] [,] zich *beperkt* tot zaken als de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden en tot de stukken waarmee de Commissie de door haar *gestelde inbreuk* op het mededingingsrecht heeft gestaafd". Cursivering van mij.

15 — Arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 8 (punt 21), en arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 428).

16 — Aangehaald in voetnoot 10 supra.

17 — Conclusie van 21 juni 1983 in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Michelin/Commissie, aangehaald in voetnoot 10 supra (punt 7). Cursivering van mij.

18 — Arrest Michelin/Commissie, aangehaald in voetnoot 10 supra (punt 20). Cursivering van mij.

27. Meer recentelijk heeft het Hof in het arrest Showa Denko/Commissie [19] in volstrekt duidelijke bewoordingen verklaard dat de ondernemingen die in een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG betrokken zijn, het recht hebben „om niet alleen te worden gehoord over het principe van de boete, maar ook over alle factoren waarmee de Commissie voornemens [is] rekening te houden in het kader van de vaststelling van de boeten".

28. De in de rechtspraak gebruikte formule die ik in punt 25 supra in herinnering heb gebracht, is evenwel eerder algemeen en uit deze formule kan niet worden afgeleid wat dient te worden verstaan onder de „voornaamste elementen gegevens, feitelijk en rechtens" die steun bieden voor de geldboete en die moeten worden opgenomen in de mededeling van punten van bezwaar, meer bepaald of de Commissie ermee kan volstaan dat zij in deze mededeling aangeeft dat zij bij haar beslissing over de *oplegging* en het *bedrag* van de geldboete rekening zal houden met de zwaarte, de duur en het subjectieve element van de betrokken inbreuk dan wel dient te specificeren hoe zij elk van deze aspecten beoordeelt.

29. Hoe dan ook kan worden uitgesloten dat de Commissie genoegen kan nemen met een louter abstracte verwijzing naar die drie aspecten van de zwaarte, de duur en het subjectieve element van de betrokken inbreuk. Zoals het Gerecht reeds de gelegenheid heeft gehad te verklaren, „[zou] [d]e verplichting om aan te geven hoe zwaar de inbreuk is en of zij opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid is gepleegd, […] worden uitgehold indien de loutere parafrasering van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 op zich volstond om eraan te voldoen". [20] Met betrekking tot de duur van de inbreuk heeft het Hof reeds aangegeven dat deze in de mededeling van punten van bezwaar moet worden gepreciseerd. [21]

30. Op basis van de rechtspraak kan daarentegen worden uitgesloten dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging impliceert dat in de mededeling van punten van bezwaar preciseringen moeten worden verstrekt over de wijze waarop de Commissie voornemens is elk van de „elementen gegevens, feitelijk en rechtens" te gebruiken voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete. Zolang de ondernemingen niet in staat zijn gesteld hun opmerkingen te maken over de jegens hen vastgestelde punten van bezwaar, zou het geven van aanwijzingen omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten er immers op neerkomen dat de Commissie op ongepaste wijze op haar beschikking vooruitloopt. [22]

31. Zo voor de gevallen tussen deze twee uitersten vaststaat dat uit de mededeling van punten van bezwaar zowel de duur van de inbreuk als de omstandigheid of deze opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid is begaan, moet kunnen worden afgeleid, moet evenwel nog worden uitgemaakt of de Commissie er zich toe kan beperken in de mededeling van punten van bezwaar de criteria voor de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk te vermelden die zij voornemens is te hanteren, dan wel de door haar bij de toepassing van die

19 — Arrest van 29 juni 2006 (C-289/04 P, Jurispr. blz. I-5859, punt 70).

20 — Arrest Corus UK/Commissie, aangehaald in voetnoot 12 supra (punt 145).

21 — Arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 8 supra (punt 15).

22 — Zie arresten Michelin/Commissie, aangehaald in voetnoot 10 supra (punt 19); Musique diffusion française e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 8 supra (punt 21), en Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 15 supra (punten 434 en 439), en arrest van 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 58).

criteria voorgenomen beoordelingen dient te specificeren. Inzonderheid is het de vraag, of de Commissie in casu in de mededeling van punten van bezwaar enkel hoefde aan te geven, zoals zij heeft gedaan, dat zij voor de vaststelling van het bedrag van de aan de betrokken onderneming opgelegde geldboete onder meer rekening zou houden met de rol die de onderneming bij de inbreuk had gespeeld (aanduiding van het criterium), of dat zij daarentegen reeds in deze mededeling moest aangeven dat zij [ADM] eventueel als leider van het kader zou aanmerken (beoordeling van de toepassing van het criterium).

32. De rechtspraak van het Hof bevat mijns inziens geen dienstige indicaties om die vraag te beantwoorden. Hetzelfde kan worden gezegd van de arresten van het Gerecht in de zaken HFB e.a./Commissie en LR AF 1998/Commissie, waarop rekwirante zich ter onderbouwing van de tweede oplossing beroept. [23] In deze arresten heeft het Gerecht weliswaar verklaard dat in de aan de verzoekende ondernemingen gerichte mededeling van punten van bezwaar onder meer naar de actieve rol [24] of naar de rol van kopstuk [25] van deze ondernemingen in het onderzochte kartel werd verwezen, en vervolgens geconstateerd dat „[de Commissie] [a]ldus in haar mededeling van punten van bezwaar de gegevens, feitelijk en rechtens, [had] vermeld op basis waarvan de aan verzoekster op te leggen geldboete zou worden berekend, zodat het recht van deze laatste om te worden gehoord, op dit punt in acht [was] genomen" [26], maar hieruit kan niet worden afgeleid dat het Gerecht deze verwijzing *noodzakelijk* achtte voor de eerbiediging van dit recht.

33. Erkend moet evenwel worden dat het Gerecht in het eveneens door rekwirante ingeroepen arrest Corus UK/Commissie [27] de verplichtingen van de Commissie betreffende de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar inderdaad strikter heeft uitgelegd, door te verklaren dat de vermelding van een bepaald criterium voor de zwaarte van de inbreuk zonder een voorlopige beoordeling op basis van dit criterium, niet volstond. Na te hebben gepreciseerd dat de Commissie „verplicht is in de mededeling van punten van bezwaar een korte voorlopige beoordeling te geven van de duur en de zwaarte van de verweten inbreuk en van de vraag of de inbreuk in de omstandigheden van het onderhavige geval opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid is gepleegd", heeft het Gerecht verklaard dat de mededeling van punten van bezwaar in de bij hem aanhangig gemaakte zaak „gebrekkig [was] aangezien de Commissie daarin geen voorlopige beoordeling [had] gegeven van de zwaarte van de gepleegde inbreuk", en zij dus niet had aangegeven of het volgens haar om een „zware" dan wel om een „zeer zware" inbreuk in de zin van de richtsnoeren ging. [28] Niettemin oordeelde het Gerecht dat dit verzuim niet tot vernietiging van het bestreden arrest leidde, aangezien niet was aangetoond dat de argumenten van verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar, bij gebreke van dit verzuim, aanzienlijk zouden hebben verschild van die welke zij in dit antwoord de facto heeft aangevoerd teneinde de zwaarte van de gepleegde inbreuk te minimaliseren. [29]

34. Ik vraag mij af of een enigszins andere benadering niet correcter zou zijn. Veeleer dan in de eerste plaats op abstracte wijze de omvang te bepalen van de verplichtingen die

23 — Aangehaald in voetnoot 12 supra.
24 — Arrest HFB e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 12 supra (punt 316).
25 — Arrest LR AF 1998/Commissie, aangehaald in voetnoot 12 supra (punt 204).
26 — Zie arresten HFB e.a./Commissie (punt 317) en LR AF 1998/Commissie (punt 205), aangehaald in voetnoot 12 supra.
27 — Aangehaald in voetnoot 12 supra.
28 — Ibidem (punten 146, 151 en 153).
29 — Ibidem (punten 154-159).

op de Commissie rusten met betrekking tot de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar, en vervolgens te verifiëren of de nietnakoming van die verplichtingen daadwerkelijk schending van de rechten van de verdediging oplevert, is het misschien meer aangewezen om de omvang van die verplichtingen af te leiden uit de noodzaak om deze rechten te eerbiedigen.

35. Voor zover, zoals herhaaldelijk in de rechtspraak is bevestigd en in punt 435 van het bestreden arrest in herinnering is geroepen, „[d]e rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen met betrekking tot de vaststelling van het bedrag van de geldboeten voor de Commissie worden […] gewaarborgd door de mogelijkheid die zij hebben om opmerkingen te maken over de duur, de zwaarte en de voorzienbaarheid van het mededingingsverstorende karakter van de inbreuk” [30], dienen op de Commissie — uitsluitend — die verplichtingen te rusten die waarborgen dat deze mogelijkheid ook daadwerkelijk bestaat.

36. Wanneer de Commissie dan ook, zoals zij in casu heeft gedaan, in de mededeling van punten van bezwaar aangeeft dat zij bij de vaststelling van de aan een onderneming op leggen geldboete voor de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening zal houden met de rol die deze onderneming bij de in deze mededeling beschreven collusieovereenkomsten heeft gespeeld, wordt de betrokken onderneming daarmee in staat gesteld opmerkingen te formuleren over de conclusies die uit de door de Commissie vermelde feiten moeten worden getrokken aangaande de door haar gespeelde rol en bijvoorbeeld aan te voeren dat deze feiten er niet op wijzen dat zij een actieve rol of zelfs de rol van leider heeft gespeeld.

37. Derhalve ben ik van oordeel dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te concluderen dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar niet hoefde aan te geven dat zij ADM als leider van het betrokken kartel zou kunnen aanmerken.

38. Wat het tweede onderdeel van het onderhavige middel betreft, volgens hetwelk in de mededeling van punten van bezwaar geen melding is gemaakt van de feiten die in de litigieuze beschikking zijn opgenomen ter onderbouwing van het standpunt dat ADM de leider van het kartel is geweest, ben ik evenwel van oordeel dat rekwirantes argumenten gedeeltelijk kunnen worden toegewezen.

39. De feiten waarnaar rekwirante in dit onderdeel van het middel verwijst betreffen de in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking uiteengezette omstandigheden die uit het FBI-rapport en uit de schriftelijke verklaring van Cerestar zijn overgenomen. Volgens het FBI-rapport had een vertegenwoordiger van ADM de werkwijze van de G-4/5-regeling bedacht, had deze op de bijeenkomst op 6 maart 1991 te Bazel, waar de citroenzuurovereenkomst werd opgesteld, een nogal actieve rol gespeeld, werd hij als „de wijze oude man” beschouwd en werd hij door een vertegenwoordiger van Jungbunzlauer „de prediker” genoemd (punt 265). Volgens

30 — Deze overweging, die terug te vinden is in tal van andere arresten van het Gerecht (arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 235; arresten HFB e.a./Commissie, punt 312, en LR AF 1998/Commissie, punt 200, aangehaald in voetnoot 12 supra; arresten van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, punt 140; 25 oktober 2005, Groupe Danone/Commissie, T-38/02, Jurispr. blz. II-4407, punt 51, en 15 maart 2006, BASF/Commissie, T-15/02, Jurispr. blz. II-497, punt 49), is door het Hof bevestigd in het arrest SGL Carbon/Commissie, aangehaald in voetnoot 22 supra (punt 57).

de schriftelijke verklaring van Cerestar speelde een andere vertegenwoordiger van ADM een leidende rol en zat deze de zogenoemde „Sherpa"-bijeenkomsten voor (de bijeenkomsten die plaatsvonden op technisch niveau, in tegenstelling tot de zogenoemde „Masters"-bijeenkomsten, die op een hoger niveau werden gehouden), waarbij hij zich gewoonlijk bezighield met het voorbereiden en opstellen van voorstellen voor de prijslijsten waarover overeenstemming moest worden bereikt (punt 266). De Commissie heeft deze omstandigheden aangemerkt als „voldoende aanvullende bewijzen om te concluderen dat ADM een leider van het kartel was", na te hebben geoordeeld dat „het feit dat een ronde van bilaterale bijeenkomsten tussen ADM en haar concurrenten [had] plaatsgevonden vlak voorafgaand aan de eerste kartelbijeenkomst, niet voldoende [was] om te concluderen dat ADM de aanzet heeft gegeven tot het kartel (punt 264)". Deze feitelijke omstandigheden lijken dus doorslaggevend te zijn geweest om rekwirante als leider van het kartel aan te merken.

40. Het verwijt dat het bestreden arrest ontoereikend is gemotiveerd met betrekking tot rekwirantes middel dat die omstandigheden niet in de mededeling van punten van bezwaar waren vermeld, kan als ongegrond worden beschouwd. Ofschoon het Gerecht niet duidelijk heeft aangegeven om welke redenen dit verzuim naar zijn oordeel geen schending van de rechten van de verdediging van ADM had opgeleverd, mag worden aangenomen dat deze redenen impliciet voortvloeien uit punt 439 van het bestreden arrest. Dit punt betreft stellig grotendeels een ander — verworpen — middel, waarmee rekwirante kritiseerde dat zij zich tijdens de administratieve procedure niet heeft kunnen uitspreken over het feit dat het FBI-rapport en de schriftelijke verklaring van Cerestar als bewijs zijn gebruikt. Dit punt reikt evenwel verder, zoals uit de bewoordingen „ook met betrekking tot het gebruik daarvan als bewijs" blijkt, aangezien het Gerecht daarmee lijkt te willen aangeven dat het feit dat de Commissie de twee voornoemde documenten bij de mededeling van punten van bezwaar had gevoegd, volstond om partijen in staat te stellen een standpunt in te nemen, niet alleen over het gebruik van die documenten als bewijs, maar ook over de daarin beschreven feitelijke omstandigheden.

41. Ik ben evenwel van mening dat het Gerecht, door aldus te oordelen dat de in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking in herinnering gebrachte feitelijke omstandigheden niet hoefden te worden uiteengezet in de mededeling van punten van bezwaar, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

42. Voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging is mijns inziens immers vereist dat zowel het feitenmateriaal als het betrokken bewijsmateriaal waarop de Commissie voornemens is haar beoordeling in de eindbeschikking te baseren, in de mededeling van punten van bezwaar minstens worden bekendgemaakt aan de onderneming waartoe deze mededeling is gericht. [31]

43. Volgens het Hof „[verlangt] de eerbiediging van de rechten van de verdediging […] dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld

31 — Zie in dit verband arrest van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151), volgens welk arrest de Commissie in de eindbeschikking noch bepaalde specifieke verwijten (zie punten 21 en 28), noch bepaalde documenten (zie punten 21 en 27) in aanmerking kon nemen, aangezien zij deze niet in de mededeling van punten van bezwaar had vermeld.

haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd". [32]

44. De verplichting voor de Commissie om de feiten en de desbetreffende bewijzen die zij voornemens is in de eindbeschikking te gebruiken, vooraf aan de ondernemingen mee te delen, welke verplichting aldus vaststaat met betrekking tot de vaststelling van de inbreuk, dient mijns inziens ook te gelden met betrekking tot de oplegging als zodanig en de *hoogte* van de geldboete. [33]

45. De onderhavige zaak wordt inzonderheid gekenmerkt door het feit dat de conclusie van de Commissie betreffende de rol van leider van ADM onbetwist berust op — in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking beschreven — feitelijke omstandigheden die niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn opgenomen, maar die zouden worden bewezen door documenten die, zoals de Commissie benadrukt, niet alleen bij die mededeling waren gevoegd, maar daarin ook werden genoemd, hoewel slechts als bewijs van de in deze laatste beschreven feiten.

46. Kan hieruit worden geconcludeerd dat het feit dat deze omstandigheden aan de dag zijn gekomen door voormelde documenten, waarvan in de mededeling van punten van bezwaar werd gepreciseerd dat zij als bewijs zouden worden gebruikt, ADM in staat heeft gesteld om een standpunt in te nemen over de juistheid en de relevantie van die omstandigheden?

47. Rekwirante verwijst naar het arrest van het Gerecht in de zaak Shell/Commissie [34], waaruit inzonderheid blijkt dat:

— documenten die bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd, doch hierin niet werden genoemd, in de beschikking slechts kunnen worden gebruikt tegen de onderneming tot welke zij gericht is voor zover deze uit de mededeling van de punten van bezwaar redelijkerwijs kon opmaken, welke conclusies de Commissie eruit wenste te trekken [35];

32 — Arrest van 25 januari 2007, Dalmine/Commissie (C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — In het arrest van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie (C-65/02 P en C-73/02 P, Jurispr. blz. I-6773, punt 92), heeft het Hof de in punt 43 van de onderhavige conclusie in herinnering gebrachte formule uit de rechtspraak overgenomen, evenwel in bewoordingen die de draagwijdte ervan lijken uit te breiden: „[het Gerecht] wijst [terecht] […] erop dat de daadwerkelijke eerbiediging van dat beginsel vereist dat de betrokken onderneming reeds tijdens de administratieve procedure in de gelegenheid is gesteld haar standpunt met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden en met betrekking tot de documenten *waarmee de Commissie haar stellingen staaft*, kenbaar te maken". Cursivering van mij.

34 — Aangehaald in voetnoot 13 supra.

35 — Ibidem, punt 56. Zie in dezelfde zin arresten 10 maart 1992, ICI/Commissie (T-13/89, Jurispr. blz. II-1021, punt 35); 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie (T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 323), en 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie (T-191/98 en T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 162).

— documenten die bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd en hierin ter ondersteuning van een bepaald verwijt werden genoemd, in de beschikking enkel ter ondersteuning van een ander verwijt tegen diezelfde onderneming kunnen worden gebruikt voor zover deze uit de mededelingen van punten van bezwaar en uit de inhoud van de documenten zeer waarschijnlijk kon opmaken, welke conclusies de Commissie eruit wenste te trekken [36].

48. Deze criteria lijken aannemelijk, aangezien zij tot een evenwicht leiden tussen de vereisten betreffende de rechten van de verdediging van de ondernemingen en de vereisten betreffende de doeltreffendheid van het administratief optreden van de Commissie. De documenten die bij de mededeling van punten van bezwaar worden gevoegd, kunnen overigens heel talrijk en volumineus zijn (wat vaak ook het geval is), zodat, zoals rekwirante terecht stelt, van de ondernemingen waartoe deze mededelingen zijn gericht niet kan worden verwacht dat zij elk element van deze mededelingen onderzoeken dat als zodanig als voor hen bezwarend kan worden uitgelegd, en dat zij de juistheid en de relevantie ervan betwisten.

49. Mijns inziens moet een criterium dat analoog is aan de in het arrest Shell/Commissie gehanteerde criteria ook kunnen worden toegepast in een geval als het onderhavige, waarin documenten die bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd en daarin werden genoemd, in de eindbeschikking zijn gebruikt als bewijs van andere feitelijke omstandigheden dan die welke in deze mededeling waren beschreven. Dat gebruik kan alleen worden toegestaan voor zover vaststaat dat de betrokken onderneming *uit de mededeling van punten van bezwaar* tegen de achtergrond van de inhoud van die documenten kon afleiden, welke *feitelijke* conclusies de Commissie voornemens was daaruit te trekken.

50. Derhalve heeft het Gerecht volgens mij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door — zonder dit op enigerlei wijze te verifiëren — te oordelen dat de Commissie op grond van het enkele feit dat het FBI-rapport en de schriftelijke verklaring van Cerestar bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd, de in de punten 265 en 266 van de eindbeschikking beschreven feitelijke omstandigheden in die beschikking aan ADM mocht tegenwerpen.

51. Deze onjuiste rechtsopvatting kan naar mijn mening niet worden verholpen door een wijziging van de motivering [37], die enkel aanvaardbaar is wanneer de rechtens onjuiste gronden kunnen worden vervangen door loutere rechtsgronden. [38] Deze verificatie om

36 — Arrest Shell/Commissie, aangehaald in voetnoot 13 supra (punt 62).

37 — Wanneer de motivering van een arrest van het Gerecht indruist tegen het gemeenschapsrecht, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, moet volgens de rechtspraak van het Hof de hogere voorziening worden afgewezen (zie onder meer arresten van 9 juni 1992, Lestelle/Commissie, C-30/91 P, Jurispr. blz. I-3755, punt 28; 15 december 1994, Finsider/Commissie, C-320/92 P, Jurispr. blz. I-5697, punt 37, en 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie, C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 58).

38 — Zie naast de in de vorige voetnoot aangehaalde rechtspraak meer expliciet de conclusie van advocaat-generaal Léger van 4 juli 1996 in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 november 1996, Ojha/Commissie (C-294/95 P, Jurispr. blz. I-5863, punt 179), alsook mijn conclusie van 11 januari 2007 in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 19 april 2007, Holcim Deutschland/Commissie (C-282/05 P, Jurispr. blz. I-2941, punt 123).

uit te maken of ADM uit de mededeling van punten van bezwaar en uit de inhoud van de twee betrokken documenten had kunnen afleiden of de Commissie voornemens was de bovenvermelde feitelijke omstandigheden tegen haar te gebruiken, impliceert een beoordeling van de feiten, die het Hof niet mag verrichten bij het onderzoek van een hogere voorziening. Het bestreden arrest moet mijns inziens dan ook worden vernietigd op het in het vorige punt genoemde onderdeel, zonder dat daartoe de in punt 20 supra, sub a tot en met c, vermelde argumenten van rekwirante, noch de in punt 23 supra beschreven argumenten van de Commissie hoeven te worden onderzocht, welke argumenten hoogstens relevant kunnen zijn in een andere context dan bedoelde verificatie.

C — *Beroep tegen de litigieuze beschikking: beoordeling of er sprake is van schending van de rechten van de verdediging doordat rekwirante als leider van het kartel is gekwalificeerd*

52. Bij het onderzoek van het hier relevante onderdeel van het middel van het beroep in eerste aanleg dat was ontleend aan schending van de rechten van de verdediging van rekwirante met betrekking tot de kwestie van het leiderschap van het kartel, moet, zoals gezegd, worden nagegaan of rekwirante uit de mededeling van de punten van bezwaar, rekening houdend met de inhoud van de documenten die bij deze mededeling waren gevoegd, redelijkerwijs kon afleiden dat de Commissie voornemens was, haar de in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking genoemde feiten tegen te werpen als elementen die op haar hoedanigheid van leider van het kartel wezen.

53. Deze vraag kan mijns inziens niet bevestigend worden beantwoord. Zoals rekwirante terecht onderstreept, gaf de mededeling van punten van bezwaar in punt 161 aan dat de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk rekening zou houden met de „feiten die hierboven zijn beschreven en beoordeeld", en, in punt 162, dat zij bij de vaststelling van de geldboete die aan elke onderneming moest worden opgelegd, onder meer rekening zou houden met de „hierboven beschreven" rol die elke onderneming heeft gehad bij de collusieovereenkomsten. De in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking genoemde feiten zijn noch in de punten 63, 71, 84, 85, 93, 94 en 104, waarop de Commissie zich in haar verweerschrift beroept, noch in de andere punten van de mededeling van punten van bezwaar beschreven. Anderzijds werd in punt 50 van de mededeling van punten van bezwaar weliswaar gepreciseerd dat de Commissie voornemens was, het FBI-rapport en de schriftelijke verklaring van Cerestar — samen met andere documenten — als bewijs te gebruiken, maar deze precisering werd verricht ter onderbouwing van de „in deel C [van diezelfde mededeling] uiteengezette feiten". [39]

54. Het door de Commissie benadrukte feit dat rekwirante in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar naar deze twee documenten heeft verwezen en zij zich zelfs op het FBI-rapport heeft gebaseerd om uit te sluiten dat zij een leidende rol heeft gespeeld of de aanzet tot het kartel heeft gegeven, impliceert geenszins dat rekwirante zich ervan bewust was of zich ervan bewust diende te zijn dat haar de in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking genoemde feiten zouden worden tegengeworpen.

39 — [Deze voetnoot is voor de Nederlandse vertaling irrelevant.]

55. Ik zie niet in hoe redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar, ook bezien tegen de achtergrond van de documenten die bij deze mededeling waren gevoegd, rekwirante in staat kon stellen om hieruit af te leiden dat haar deze omstandigheden zouden worden tegengeworpen.

56. Derhalve diende het middel van het beroep in eerste aanleg dat op schending van de rechten van de verdediging van rekwirante was gebaseerd, mijns inziens in de hierboven beschreven zin te worden toegewezen.

57. Bij de beoordeling of ADM een leidende rol in het citroenzuurkartel heeft gespeeld, mag dus geen rekening worden gehouden met de in de punten 265 en 266 van de litigieuze beschikking genoemde feiten, ofschoon die, zoals ik in punt 39 supra heb uiteengezet, niettemin doorslaggevend zijn geweest voor de toekenning van deze rol aan ADM. Ik voeg hier bovendien aan toe dat uit de litigieuze beschikking evenmin duidelijk blijkt of tot de elementen waarmee de Commissie de toekenning van die rol ook heeft onderbouwd, ook behoort de ronde van bilaterale bijeenkomsten tussen ADM en haar concurrenten die kort vóór de eerste kartelbijeenkomst had plaatsgevonden, waarvan sprake is in punt 263 van deze beschikking. In het daaropvolgende punt 264 heeft de Commissie geoordeeld dat deze bilaterale bijeenkomsten sterke aanwijzingen vormden dat ADM *de aanzet heeft gegeven tot het kartel,* ofschoon zij niet volstonden om dat te bewijzen. De Commissie voegde hieraan toe dat zij evenwel in het bezit was van „voldoende aanvullende bewijzen om te concluderen dat ADM een *leider* van het kartel was". [40]

40 — Cursivering van mij.

58. Zoals blijkt uit punt 2 van de richtsnoeren, betreffende de verzwarende omstandigheden, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen twee situaties, die waarin „de betrokken onderneming een leidinggevende rol speelde" en die waarin zij „tot de inbreuk heeft aangezet". Terwijl de rol van leider met name op de werking van de mededingingsregeling ziet, heeft de rol van aanstichter betrekking op het tijdstip van de totstandkoming of de uitbreiding van een mededingingsregeling. [41] Aanwijzingen betreffende de rol van aanstichter die een onderneming eventueel heeft gespeeld, kunnen dan ook niet het bewijs van haar rol van leider vormen. De betrokken bilaterale bijeenkomsten zijn dus irrelevant voor de kwalificatie van ADM als leider van het kartel.

59. De Commissie heeft noch voor het Gerecht noch voor het Hof andere relevante omstandigheden voor deze kwalificatie als leider ingeroepen die de gemeenschapsrechter in aanmerking zou kunnen nemen op grond dat hij ook inzake geldboeten volledige rechtsmacht heeft.

60. Nu derhalve niet kan worden geconcludeerd dat ADM de rol van leider van het kartel heeft gespeeld, dient bijgevolg de verhoging met 35 % van het basisbedrag van de geldboete

41 — Het Gerecht heeft zich in die zin uitgesproken in het arrest BASF/Commissie, aangehaald in voetnoot 30 supra (punt 316), en hieraan toegevoegd dat „bij het onderzoek van de rol die verzoekster in casu bij de inbreuken heeft gespeeld, een onderscheid [dient] te worden gemaakt tussen het begrip leider en het begrip aanstichter van een inbreuk, en twee afzonderlijke analyses [dienen] te worden gemaakt om na te gaan of verzoekster de ene of de andere rol heeft gespeeld".

die de Commissie rekwirante uit hoofde van verzwarende omstandigheden heeft opgelegd, ongedaan te worden gemaakt.

61. Ik zal thans de vier volgende middelen in hogere voorziening — die ook de kwestie van het leiderschap van het kartel betreffen — los van de in de vorige punten getrokken conclusies onderzoeken, gelet op het belang van een aantal vragen die door deze middelen aan de orde worden gesteld en voor het geval het Hof, anders dan ik voorstel, van oordeel zou zijn dat het hierboven onderzochte middel in hogere voorziening ongegrond is.

D — *Tweede middel in hogere voorziening: schending van procedurele waarborgen doordat het FBI-rapport is gebruikt als bewijs van rekwirantes rol van leider van het kartel*

1. Overwegingen van het Gerecht

62. Voor het Gerecht heeft rekwirante de Commissie verweten, het recht te hebben geschonden doordat zij haar conclusie betreffende de leidinggevende rol van ADM heeft gebaseerd op een aantal passages uit het FBI-rapport. Volgens rekwirante had de Commissie dit rapport niet mogen gebruiken als bewijs van het door rekwirante binnen het kartel uitgeoefende leiderschap. In dit verband heeft zij een aantal procedurele grieven aangevoerd en de betrouwbaarheid van dit document in twijfel getrokken. Aangaande het eerste aspect heeft rekwirante inzonderheid betoogd dat dit rapport door de autoriteiten van een derde land was opgesteld in het kader van een onderzoek waarvoor de door het gemeenschapsrecht geboden procedurele waarborgen niet golden; dat de in dit rapport opgenomen samenvatting van de verklaringen van een voormalig vertegenwoordiger van ADM niet was onderworpen aan onderzoek, goedkeuring of ondertekening door deze laatste of door zijn advocaat; dat zij voor de Commissie niet de gelegenheid had gehad om met betrekking tot de in dit document neergelegde verklaringen het haar door het gemeenschapsrecht verleende recht te doen gelden, zichzelf niet te belasten; dat de Amerikaanse antitrustautoriteiten uitdrukkelijk hadden verklaard dat de verklaringen van de voormalige vertegenwoordiger van ADM, behoudens andersluidend rechterlijk bevel, enkel zouden worden bekendgemaakt in het kader van door de autoriteiten van de Verenigde Staten ingeleide procedures. Met betrekking tot het tweede aspect heeft rekwirante verklaard dat het FBI-rapport naar zijn aard, gelet op innerlijke contradicties en wegens tegenstrijdigheden ervan met ander bewijsmateriaal, niet betrouwbaar was.

63. Het Gerecht heeft in het arrest zowel de grieven van procedurele aard verworpen — met de overwegingen in de punten 261 tot en met 270 van dat arrest — als de grieven betreffende de juistheid van de beoordeling door de Commissie van de inhoud van dat rapport.

64. Met het onderhavige middel in hogere voorziening wordt enkel opgekomen tegen de in de punten 261 tot en met 270 van het bestreden arrest neergelegde overwegingen.

65. Het Gerecht heeft daarin verklaard dat „[v]aststaat dat niets zich ertegen verzet dat de Commissie zich voor de vaststelling van een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG en de bepaling van een geldboete baseert op een document dat, zoals in casu het FBI-rapport, is opgesteld in het kader van een andere procedure dan die welke de Commissie zelf heeft gevoerd". [42]

66. Na eraan te hebben herinnerd dat sinds het arrest Orkem/Commissie [43] in de gemeenschapsrechtspraak wordt erkend dat een onderneming in het kader van artikel 11 van verordening nr. 17 niet door de Commissie kan worden gedwongen, haar deelneming aan een inbreuk toe te geven, heeft het Gerecht gepreciseerd dat de feiten van het onderhavige geval verschillen van de in dat arrest onderzochte zaak, waarin de Commissie ondernemingen om informatie had verzocht. [44]

67. Het Gerecht heeft evenwel verklaard dat „[w]anneer […], zoals in casu, de Commissie zich in het kader van haar vrije beoordeling van het haar ter beschikking staande bewijsmateriaal baseert op een verklaring die is afgelegd in een andere context dan de door de Commissie gevoerde procedure, en wanneer die verklaring potentieel informatie bevat die de betrokken onderneming had mogen weigeren aan de Commissie te verstrekken op grond van de rechtspraak Orkem/Commissie […], laatstgenoemde verplicht [is] de betrokken onderneming procedurele rechten te waarborgen die gelijk zijn aan de door die rechtspraak verleende rechten". [45]

68. Volgens het Gerecht „[betekent] [d]e inachtneming van die procedurele waarborgen in een context als die van het onderhavige geval dat de Commissie verplicht is ambtshalve te onderzoeken of er op het eerste gezicht ernstige twijfel bestaat met betrekking tot de eerbiediging van de procedurele rechten van de betrokken partijen in het kader van de procedure waarbij zij dergelijke verklaringen hebben verstrekt. Bij gebreke van die ernstige twijfel dienen de procedurele rechten van de betrokken partijen voldoende gewaarborgd te worden geacht, indien de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar duidelijk te kennen geeft, in voorkomend geval door de betrokken documenten bij die mededeling te voegen, dat zij voornemens is zich op de betrokken verklaringen te baseren. Op die manier stelt de Commissie de betrokken partijen in staat een standpunt te bepalen niet alleen over de inhoud van die verklaringen maar ook over eventuele onregelmatigheden of bijzondere omstandigheden rond de opstelling of de overlegging daarvan aan de Commissie." [46]

69. Het Gerecht heeft vervolgens die criteria op het onderhavige geval toegepast en in de eerste plaats opgemerkt dat „het FBI-rapport

42 — Bestreden arrest, punt 261.
43 — Arrest van 18 oktober 1989 (374/87, Jurispr. blz. 3283).
44 — Bestreden arrest, punten 262-263.
45 — Bestreden arrest, punt 264.
46 — Bestreden arrest, punt 265.

aan de Commissie is voorgelegd door een concurrent van ADM, Bayer, die ook deel van het kartel had uitgemaakt […], en dat ADM niet heeft aangevoerd dat dit document door Bayer of de Commissie onrechtmatig was verkregen". [47]

70. In de tweede plaats heeft het Gerecht vastgesteld dat „het FBI-rapport een document is dat door de bevoegde autoriteit van de Verenigde Staten is opgesteld ter zake van de vervolging van geheime kartels en dat voor de Amerikaanse gerechten is overgelegd tijdens het proces dat op hetzelfde kartel betrekking had", en dat „[er] [o]p het eerste gezicht niets [was] wat bij de Commissie ambtshalve twijfel had moeten oproepen met betrekking tot de bewijskracht ervan". [48]

71. In de derde plaats heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar haar voornemen kenbaar had gemaakt, zich op dat bij die mededeling gevoegde rapport te baseren, en ADM aldus de mogelijkheid heeft gegeven „haar standpunt te bepalen niet alleen met betrekking tot de inhoud van dat document, maar ook over eventuele onregelmatigheden of bijzondere omstandigheden rond de opstelling daarvan […], of de overlegging daarvan aan de Commissie, waardoor de Commissie zich volgens ADM niet op dat document kon baseren zonder de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde procedurele rechten te schenden". [49]

72. Het Gerecht heeft er voorts op gewezen dat ADM zich in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet tegen de inaanmerkingneming van dit document door de Commissie had verzet, doch zich juist zelf uitdrukkelijk op dat document heeft gebaseerd ter onderbouwing van haar argumenten. Het Gerecht heeft hieraan toegevoegd dat ADM niet eens beweerde dat zij op enig ander tijdstip van de administratieve procedure de Commissie erop had gewezen dat het FBI-rapport niet betrouwbaar was, of dat zij de Commissie had verzocht de voormalige vertegenwoordiger van ADM te vragen of de in dat rapport weergegeven woorden juist waren. [50]

73. Het Gerecht heeft dan ook geconcludeerd dat de Commissie „[i]n die situatie", door zich bij „de vrije beoordeling van de haar ter beschikking staande bewijzen" op het FBI-rapport te baseren, de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde procedurele rechten niet had geschonden. [51]

2. Argumenten van partijen

74. Onder verwijzing naar de arresten „Spaanse banken" [52] en Otto [53] stelt rekwirante dat in een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG informatie die — zelfs rechtmatig — door autoriteiten in het kader van andere procedures is verkregen en gebruikt,

47 — Bestreden arrest, punt 266.
48 — Bestreden arrest, punt 267.
49 — Bestreden arrest, punt 268.
50 — Bestreden arrest, punt 269.
51 — Bestreden arrest, punt 270.
52 — Arrest van 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Jurispr. blz. I-4785).
53 — Arrest van 10 november 1993 (C-60/92, Jurispr. blz. I-5683).

door de Commissie niet als bewijs mag worden gebruikt. Het FBI-rapport is opgesteld in een wettelijk kader dat volkomen verschilt van het kader waarin de Commissie optreedt en waarin andere procedurele waarborgen gelden dan de door het gemeenschapsrecht verleende waarborgen. Rekwirante wijst erop dat noch de voormalige vertegenwoordiger van ADM, noch zijn advocaat de gelegenheid hebben gehad om dit rapport te lezen, goed te keuren of te ondertekenen. Bovendien moet worden onderstreept dat dit rapport vertrouwelijk diende te blijven, zoals uit de eerste bladzijde ervan blijkt, en enkel in het kader van procedures in de Verenigde Staten mocht worden gebruikt, overeenkomstig het schriftelijke engagement dat de Amerikaanse antitrustautoriteiten in die zin hebben opgenomen in een brief van 13 juni 1997, die bij de stukken in het geding in eerste aanleg is gevoegd. [54]

75. Onder specifieke verwijzing naar het de betrokken onderneming gewaarborgde recht, te weigeren zichzelf te belasten, zoals dit is erkend in het arrest Orkem/Commissie [55], betoogt rekwirante dat dit recht volgens het arrest Otto [56] door de Commissie wordt geschonden, wanneer zij informatie die in het kader van andere procedures door de uitoefening van dwang is verkregen, als bewijs gebruikt, en zij deze informatie — gelet op dit recht — niet rechtstreeks via de uitoefening van haar eigen dwangmiddelen had kunnen verkrijgen. [57]

76. De door het Gerecht in punt 265 van het bestreden arrest geformuleerde criteria (zie punt 68 supra) zijn volgens rekwirante evenwel in strijd met voormelde regels die zij uit de gemeenschapsrechtspraak afleidt. Bovendien is de Commissie hoe dan ook gehouden tot inachtneming van de door het gemeenschapsrecht aan de ondernemingen verleende procedurele waarborgen, inzonderheid het recht om zichzelf niet te belasten, ook wanneer de betrokken onderneming niet daarom heeft verzocht, en zonder dat het ontbreken van ernstige twijfels betreffende de eerbiediging van de procedurele rechten in het kader van een „externe" procedure tot inzameling van informatie of het feit dat het document dat deze informatie bevat door de Commissie bij de mededeling van punten van bezwaar is gevoegd, op het tegendeel kunnen wijzen. Evenzeer irrelevant zijn andere omstandigheden, die het Gerecht evenwel bij zijn analyse van belang heeft geacht — volgens rekwirante overigens in strijd met de hierboven genoemde criteria — zoals het feit dat dit document eventueel rechtmatig is verkregen door een derde onderneming die het aan de Commissie heeft doen toekomen, dat het door de bevoegde Amerikaanse autoriteiten is opgesteld, of zoniet dat het bewijskracht had en het aan de rechterlijke instanties van de Verenigde Staten is overgelegd in het kader van een rechtszaak betreffende het citroenzuurkartel.

77. In het kader van dit middel stelt rekwirante eveneens dat het Gerecht, door in punt 229 van het bestreden arrest te oordelen dat de in het FBI-rapport opgenomen verklaringen tijdens een „ondervraging door de ‚grand jury'" zijn afgelegd, en in punt 267 van het bestreden arrest dat dit rapport „voor de Amerikaanse gerechten is overgelegd tijdens het proces dat op [het citroenzuurkartel] betrekking had", een ongeldig onderzoek van de feiten heeft verricht, gelet op de onnauw-

54 — Zie het verzoekschrift in hogere voorziening, punten 42 en 44 in fine.
55 — Aangehaald in voetnoot 43 supra.
56 — Aangehaald in voetnoot 53 supra.
57 — Zie het verzoekschrift in hogere voorziening, punten 41 en 43.

keurigheid van de in het dossier opgenomen stukken, waartegen bijgevolg kan worden opgekomen in hogere voorziening. Enerzijds blijkt uit het FBI-rapport immers dat de voormalige vertegenwoordiger van ADM niet door een „grand jury" is gehoord, maar door de officiers van justitie van de antitrustafdeling van het Amerikaanse ministerie van Justitie en door een FBI-agent. Anderzijds is er voor de Amerikaanse gerechten geen enkel proces over het citroenzuurkartel gehouden, aangezien alle bij dit kartel betrokken ondernemingen „plea agreements" (gerechtelijke schikkingen) hebben gesloten.

78. Rekwirante verwijt het Gerecht tevens „verdraaiing van de bewijzen" voor zover het heeft geconcludeerd dat de Commissie op het eerste gezicht geen ernstige twijfels kon hebben met betrekking tot de eerbiediging van de procedurele rechten. Volgens rekwirante pleiten bepaalde met het FBI-rapport verband houdende omstandigheden van de onderhavige zaak duidelijk voor de toepasselijkheid van de in het arrest Orkem/Commissie ontwikkelde rechtspraak, en had de Commissie daar ambtshalve rekening mee moeten houden.

79. Ten slotte laakt rekwirante het bestreden arrest voor zover daarin is bevestigd dat het feit dat ADM in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet heeft betwist dat het FBI-rapport toelaatbaar was als bewijs, „schending van grondrechten rechtvaardigt", en ADM hierdoor niet meer het recht heeft om dit bezwaar voor de gemeenschapsrechter op te werpen.

80. De Commissie stelt dat dit middel in hogere voorziening in alle opzichten ongegrond is.

81. Zij voert allereerst aan dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de in het arrest Orkem/Commissie verleende bescherming in casu aan de bijzondere omstandigheden van de zaak moet worden aangepast, rekening houdend met het feit dat de Commissie het FBI-rapport van een derde onderneming had ontvangen en het niet rechtstreeks aan ADM had gevraagd. In die omstandigheden stond het volgens Commissie aan de instelling om te verifiëren of haar gebruik van het document de procedurele rechten van rekwirante kon schenden. De beste manier daartoe bestond erin, zoals het Gerecht heeft geoordeeld, rekwirante de mogelijkheid te verlenen haar standpunt over het gebruik van het document kenbaar te maken. Dit heeft de Commissie nu juist gedaan, door het document in de mededeling van punten van bezwaar te vermelden en het bij die mededeling te voegen.

82. De gemachtigde van de Commissie heeft ter terechtzitting opgemerkt dat afstand kan worden gedaan van het in het arrest Orkem/Commissie erkende recht, daar het de onderneming vrijstaat, dit recht al dan niet te doen gelden, en dat ADM, hoewel haar daartoe de mogelijkheid is geboden, geen bezwaren tegen het gebruik van het FBI-rapport heeft opgeworpen tijdens de administratieve procedure voor de Commissie. De betrokken gemachtigde heeft hieraan toegevoegd dat de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd door de Amerikaanse autoriteiten die de verklaringen van de voormalige vertegenwoordiger van ADM hebben ingewonnen, en inzonderheid

dat ondernemingen in de Verenigde Staten, anders dan natuurlijke personen, niet het door het Fifth Amendment op de Amerikaanse grondwet gewaarborgde zwijgrecht hebben.

83. De Commissie benadrukt dat toewijzing van het middel van rekwirante betreffende de wijze waarop het Gerecht de in het arrest Orkem/Commissie geboden bescherming aan de omstandigheden van de onderhavige zaak heeft aangepast, tot het „absurde" resultaat zou leiden dat het gebruik van elk document dat belastende verklaringen voor een onderneming bevat en dat door een andere onderneming is overgelegd, automatisch is uitgesloten.

84. Voorts betoogt de Commissie dat, anders dan rekwirante stelt (zie punt 76 supra), alle door het Gerecht gebruikte beoordelingselementen relevant waren, aangezien deze noodzakelijk waren voor de aan het onderhavige geval aangepaste toepassing van de regel die in het arrest Orkem/Commissie is neergelegd.

85. Wat de beweerde verdraaiing van de bewijzen betreft, begrijpt de Commissie de betekenis van deze grief niet goed en ziet zij evenmin in hoe die grief — indien al gegrond — op onrechtmatigheid van het bestreden arrest zou wijzen. Voorts is volgens de Commissie het in punt 79 supra genoemde verwijt „absurd", aangezien er enkel sprake zou zijn geweest van schending van grondrechten indien rekwirante niet op de hoogte was gebracht van het voornemen van de Commissie om het FBI-rapport te gebruiken, en zij niet in staat was gesteld opmerkingen te maken over het gebruik van dit document. Zoals het Gerecht heeft geconstateerd, heeft de Commissie met de mededeling van punten van bezwaar rekwirante evenwel naar behoren van dit voornemen op de hoogte gebracht, en is haar dus de mogelijkheid geboden om het gebruik van het FBI-rapport te betwisten.

3. Beoordeling

a) Uitlegging van het bestreden arrest

86. Het in de punten 261 en 270 van het bestreden arrest geformuleerde betoog van het Gerecht is niet in al zijn onderdelen duidelijk.

87. Het uitgangspunt van dit betoog is echter wel duidelijk en komt in wezen op het volgende neer: in beginsel verzet niets zich ertegen dat de Commissie in een procedure betreffende een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG als bewijsmiddel een document gebruikt dat is opgesteld in het kader van een andere dan de door haar ingeleide procedure. [58]

58 — Bestreden arrest, punt 261.

88. Het tweede deel van dit betoog is in wezen gebaseerd op de volgende stelling: wanneer als bewijs een verklaring wordt gebruikt die is afgelegd in het kader van een andere dan de door de Commissie gevoerde procedure, dient deze laatste de betrokken onderneming „procedurele rechten te waarborgen die gelijk zijn aan" de rechten waarover deze onderneming krachtens het gemeenschapsrecht beschikt in het kader van de door de Commissie gevoerde procedure. [59] Ook al is deze stelling op zich duidelijk, dient zij toch te worden verduidelijkt tegen de achtergrond van de overwegingen van het Gerecht over de wijze waarop Commissie die verplichting moet nakomen.

89. In dit verband verklaart het Gerecht dat de Commissie in eerste instantie „verplicht is ambtshalve te onderzoeken of er op het eerste gezicht ernstige twijfel bestaat met betrekking tot de eerbiediging van de procedurele rechten van de betrokken partijen in het kader van de procedure waarbij zij dergelijke verklaringen hebben verstrekt". [60]

90. Deze verklaring, die duidelijk indruist tegen de premisse betreffende de noodzakelijke eerbiediging van rechten die gelijkwaardig zijn aan die welke door het gemeenschapsrecht worden verleend [61] en tegen de verwijzingen, verderop in het arrest, naar de eerbiediging van „de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde procedurele rechten" [62], lijkt evenwel te refereren aan de inachtneming van de procedurele rechten die in deze procedure door de betrokkene kunnen worden ingeroepen, dat wil in casu zeggen, de rechten waarin de Amerikaanse wetgeving voorziet met betrekking tot de door de antitrustautoriteiten van de Verenigde Staten verrichte onderzoeken. Daarop lijken ook vaag te doelen de verwijzingen van het Gerecht naar „eventuele onregelmatigheden" rond de opstelling of de overlegging van het FBI-rapport aan de Commissie [63], welke onregelmatigheden enkel kunnen worden beoordeeld op basis van het Amerikaanse recht, alsook de verwijzing naar vragen die tot het Amerikaanse recht behoren, zoals die betreffende de bevoegdheid van de autoriteit die het betrokken rapport heeft opgesteld, in het kader van wat lijkt te moeten worden opgevat als de toepassing op het onderhavige geval van voormeld eerste criterium inzake een prima-facie verificatie van het „ontbreken van ernstige twijfels betreffende de eerbiediging van de procedurele rechten" (zie punt 70 supra).

91. Hoewel het arrest ter zake dus mogelijkerwijs ontoereikend of tegenstrijdig gemotiveerd is, meen ik dat deze motivering hoe dan ook, ongeacht de ongelukkige formulering van een aantal passages ervan, redelijkerwijs kan worden uitgelegd als volgt:

a) de bruikbaarheid van verklaringen die in een „vreemde" procedure zijn afgelegd als bewijs in een door de Commissie gevoerde procedure, vooronderstelt, enerzijds, dat de in de vreemde wettelijke regeling voorziene procedurele waarborgen met betrekking tot de verkrijging

59 — Ibidem, punt 264.
60 — Ibidem, punt 265.
61 — Ibidem, punt 264.
62 — Ibidem, punten 268 en 270.
63 — Ibidem, punten 265 en 268.

van die verklaringen in acht zijn genomen, en, anderzijds, dat de vreemde autoriteiten deze verklaringen hebben afgenomen onder voorwaarden die verenigbaar zijn met de door het de gemeenschapsrecht verleende procedurele rechten;

b) voordat zij deze verklaringen als bewijs in haar eigen procedure gebruikt, dient de Commissie te verifiëren of er ernstige twijfels bestaan over *zowel* de eerbiediging — in het kader van de externe procedure — van door de buitenlandse regeling aan de betrokken partij verleende procedurele rechten, *als* over de verenigbaarheid van de in die procedure voor het afnemen van deze verklaringen gestelde voorwaarden met de door de gemeenschapsregeling verleende procedurele rechten.

92. Vervolgens merkt het Gerecht op dat de Commissie, bij gebreke van ernstige twijfels over de eerbiediging van de „procedurele rechten", in de mededeling van punten van bezwaar duidelijk te kennen moet geven dat zij voornemens is zich op in de externe procedure afgelegde verklaringen te baseren. [64]

93. In dit verband lijkt het Gerecht blijkens de letterlijke bewoordingen van punt 265 van het bestreden arrest te oordelen dat de nakoming van deze verplichting op zich volstaat om de bescherming van deze rechten te verzekeren. Deze conclusie is mijns inziens duidelijk onjuist. Het spreekt immers vanzelf dat indien de betrokken onderneming de mogelijkheid wordt geboden om het gebruik van het document dat die verklaringen bevat te betwisten op grond dat het haar procedurerechten schendt, dit nog niet uitsluit dat dit gebruik haar rechten kan schaden. Het is tevens vereist dat ingeval de onderneming daadwerkelijk bezwaren aanvoert, de Commissie deze in aanmerking neemt en de gegrondheid ervan met rechtens juiste argumenten beoordeelt.

94. Wat het Gerecht in feite blijkbaar wil zeggen is dat wanneer de betrokken onderneming zich niet ertegen verzet dat in de door de Commissie ingeleide procedure verklaringen die in een externe procedure zijn afgelegd als bewijs worden gebruikt, de Commissie ervan mag uitgaan dat dit gebruik geen schending van de procedurele rechten van die onderneming oplevert.

b) Juistheid van de in het bestreden arrest gehanteerde beoordelingscriteria

95. Thans zal ik tegen de achtergrond van de door partijen aangevoerde argumenten onderzoeken of de door het Gerecht in zijn betoog gehanteerde criteria in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. Het betreft de criteria die ik heb beschreven in punt 87 (ontbreken van een algemeen verbod voor de Commissie om bewijzen te gebruiken die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar ingeleide procedure), punt 91, sub a (vereiste dat dit gebruik gepaard

64 — Bestreden arrest, punt 265.

gaat met de eerbiediging van de procedurele rechten), en de punten 91, sub b, en 94 supra (voorwaarden waaraan de Commissie moet voldoen om de eerbiediging van deze rechten te verzekeren).

96. De vragen die daarmee aan de orde komen betreffen de bewijsvoering in procedures wegens inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG en de uitwisseling van bewijzen tussen verschillende procedures en zelfs verschillende rechtsstelsels. Aangezien dit ontegenzeglijk een gevoelige aangelegenheid is, is derhalve een grondig onderzoek vereist.

i) Ontbreken van een algemeen verbod voor de Commissie om bewijzen te gebruiken die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar ingeleide procedure

97. Rekwirante betwijfelt om te beginnen of de Commissie in haar procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG informatie die is verkregen in het kader van een andere dan de door haar ingeleide procedure, als bewijs mag gebruiken, en zij beroept zich in dit verband op voornoemde arresten „Spaanse banken" en Otto.

98. In het arrest „Spaanse banken" [65] heeft het Hof uit artikel 214 van het EG-Verdrag (thans artikel 287 EG, betreffende de geheimhoudingsplicht) en uit de bepalingen van verordening nr. 17 afgeleid dat de lidstaten in het kader van hun bevoegdheid om de nationale en communautaire mededingingsregels toe te passen, niet-bekendgemaakte informatie in de antwoorden op de krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 tot de ondernemingen gerichte verzoeken om informatie en de informatie in de verzoeken en aanmeldingen, bedoeld in de artikelen 2, 4 en 5 van deze verordening, niet als bewijsmiddel kunnen gebruiken. Rekwirantes beroep op dat arrest is evenwel weinig doeltreffend, voor zover dit betrekking heeft op het (als verboden beschouwd) gebruik als bewijsmiddel van informatie die de Commissie in een procedure krachtens verordening nr. 17 heeft verkregen *in een door de nationale mededingingsautoriteiten gevoerde procedure*, en er in de met dat arrest afgedane zaak geen sprake was van de overlegging van informatie als bewijsmiddel *in de door de Commissie gevoerde procedure*, waarover het in de onderhavige hogere voorziening gaat.

99. Wat het arrest Otto betreft [66], is het verbod voor de Commissie om in haar procedure bepaalde verklaringen te gebruiken die in het kader van een nationale civiele procedure zijn verkregen, daarin niet opgevat als een algemeen verbod op grond van scheiding van procedures, maar is dit verbod in dat arrest afgeleid uit de noodzaak tot eerbiediging van het recht van de onderneming om zichzelf niet te beschuldigen, zoals dit recht in het arrest Orkem/Commissie is erkend voor het geval die verklaringen belastend zijn.

65 — Aangehaald in voetnoot 52 supra (punt 55).

66 — Aangehaald in voetnoot 53 supra (punt 20).

100. Duidelijker indicaties ter onderbouwing van de door rekwirante verdedigde stelling kunnen eventueel worden afgeleid uit de arresten Dow Benelux/Commissie [67] en „PVC II" [68] (hierna: „PVC-arresten"), volgens welke informatie of documenten die de Commissie in een procedure krachtens verordening nr.17 heeft verkregen in de loop van volgens artikel 14 van deze verordening verrichtte onderzoeken, niet rechtstreeks als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt in het kader van een tweede, *door de Commissie krachtens diezelfde verordening gevoerde* procedure.

101. Argumenteerd zou kunnen worden dat voor zover in deze twee arresten is bevestigd dat het de Commissie verboden is om in een procedure wegens inbreuk op de mededingingsregels informatie als bewijsmiddel te gebruiken die zij in een andere procedure van hetzelfde type heeft verkregen, het de Commissie a fortiori verboden is om in een procedure informatie als bewijsmiddel te gebruiken die zij heeft verkregen van de publieke autoriteiten van een derde land in het kader van een procedure die deze autoriteiten hebben ingeleid wegens inbreuk op de mededingingsregels van dat land.

102. Dit a-fortiori-argument kan mijns inziens evenwel niet worden aanvaard.

103. In de PVC-arresten heeft het Hof verklaard dat volgens artikel 14 van verordening nr. 17 tijdens verificaties ingewonnen informatie slechts mag worden gebruikt voor het doel dat is vermeld in de verificatieopdracht of de verificatiebeschikking, en dat dit vereiste er niet alleen toe strekt, het in artikel 20 van deze verordening uitdrukkelijk genoemde zakengeheim veilig te stellen, maar ook de rechten van de verdediging van de ondernemingen te beschermen die artikel 14, lid 3, van diezelfde verordening moet waarborgen. Volgens het Hof „[zouden] [d]ie rechten ernstig worden aangetast indien de Commissie tegen ondernemingen bewijsmateriaal kon aanvoeren dat tijdens een verificatie is verkregen, maar dat geen verband houdt met het voorwerp en het doel van die verificatie".

104. Het in de PVC-arresten bevestigde verbod strekt dus tot de bescherming van waarborgen, zoals het zakengeheim en de rechten van de verdediging, die krachtens regels van het gemeenschapsrecht *inherent zijn aan het inwinnen van informatie door de Commissie in het door haar gevoerde onderzoek* en deze instelling en haar ambtenaren en gemachtigden bij het gebruik van die informatie binden. Aangezien dit de ratio van het verbod is [69], kan hieruit niet automatisch en *a fortiori* een algemeen verbod voor de Commissie worden afgeleid om in een externe *antitrust*procedure ingewonnen informatie als bewijsmiddel te gebruiken.

67 — Arrest van 17 oktober 1989 (85/87, Jurispr. blz. 3137, punten 17-19).

68 — Aangehaald in voetnoot 14 supra (punten 298-300 en 305).

69 — Diezelfde ratio ligt blijkens het arrest „Spaanse banken", aangehaald in voetnoot 52 supra (punten 36-38 en 47-50), overigens ten grondslag aan het verbod voor de nationale mededingingsautoriteiten om informatie als bewijsmiddel te gebruiken die de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr.17 heeft verkregen of die zij heeft ontvangen in verzoeken of aanmeldingen in de zin van de artikelen 2, 4 en 5 van deze verordening.

105. Dat het gemeenschapsrecht geen algemeen verbod bevat, in een door de Commissie wegens inbreuk op artikel 81 EG gevoerde procedure informatie te gebruiken die is ingewonnen in door andere autoriteiten gevoerde procedures, is bevestigd in het arrest Dalmine/Commissie van het Hof. [70]

106. In dat arrest heeft het Hof, zoals ook het Gerecht in eerste aanleg had gedaan [71], verklaard dat in een door de Commissie krachtens verordening nr. 17 gevoerde procedure voor de bewijsvoering een beroep mag worden gedaan op de processen-verbaal van verhoor van voormalige bestuurders van een in deze procedure betrokken onderneming, Dalmine, welke stukken door het openbaar ministerie van een lidstaat waren opgesteld in het kader van strafrechtelijke onderzoeken.

107. Voor het Gerecht had Dalmine de Commissie verweten dat zij de procedureregels zwaar had geschonden door verklaringen te gebruiken die waren afgelegd in het kader van een strafprocedure die niets te maken had met het onderzoek waarmee deze als instelling belast was, en had zij zich in dit verband op het arrest „Spaanse banken" beroepen. Het Gerecht heeft dit verwijt van Dalmine afgewezen met de verklaring dat deze rechtspraak betrekking had op het gebruik door de nationale autoriteiten van informatie die de Commissie op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 had verzameld en dat deze situatie uitdrukkelijk door artikel 20 van verordening nr. 17 werd geregeld. Vervolgens heeft het Gerecht verklaard „dat de vraag of de Commissie gerechtigd is om [deze] informatie aan een nationale autoriteit door te zenden en of het deze laatste kan worden verboden om deze informatie rechtstreeks als bewijs te gebruiken, naar gemeenschapsrecht dient te worden beantwoord", maar dat „[d]aarentegen […] de vraag of een nationale officier van justitie of de bevoegde mededingingsautoriteiten gerechtigd zijn informatie die krachtens het nationale strafrecht is verzameld, aan de Commissie door te sturen en of de Commissie deze informatie vervolgens kan gebruiken, in beginsel [dient] te worden beoordeeld volgens de nationale rechtsvoorschriften die de onderzoeken door deze nationale autoriteiten beheersen, en […] deze vraag in een contentieuze procedure door de nationale rechter [dient] te worden beoordeeld". Het Gerecht heeft echter opgemerkt dat niet was aangetoond dat Dalmine enige bevoegde Italiaanse rechterlijke instantie ooit had verzocht na te gaan of de betrokken processen-verbaal op gemeenschapsniveau mochten worden gebruikt en dat zij evenmin gegevens had verstrekt die erop wezen dat dit gebruik in strijd was met de toepasselijke bepalingen van Italiaans recht. Volgens het Gerecht konden de argumenten van Dalmine dan ook hooguit twijfel doen rijzen over de geloofwaardigheid van in die processen-verbaal opgenomen getuigenissen, maar niet over de toelaatbaarheid ervan als bewijsmiddel in de door de Commissie gevoerde procedure. [72]

108. In hogere voorziening heeft het Hof, in overeenstemming met de conclusie van advo-

70 — Aangehaald in voetnoot 32 supra.

71 — Arrest van 8 juli 2004, Dalmine/Commissie (T-50/00, Jurispr. blz. II-2395).

72 — Ibidem (punten 84-87 en 90).

caat-generaal Geelhoed ter zake [73], deze benadering van het Gerecht bevestigd in de volgende bewoordingen:

„62 Wat verder de toelaatbaarheid van deze processen-verbaal als bewijselementen betreft, dient te worden vastgesteld, zoals het Gerecht […] heeft gedaan, dat de vraag of een nationale officier van justitie of de bevoegde mededingingsautoriteiten gerechtigd zijn informatie die krachtens het nationale strafrecht is verzameld, aan de Commissie door te sturen, dient te worden beoordeeld volgens het nationale recht. Bovendien is de gemeenschapsrechter, zoals het Gerecht […] in herinnering heeft gebracht, niet bevoegd om de rechtmatigheid van een door een nationale autoriteit verrichte handeling aan het nationale recht te toetsen […].

63 Wat het gebruik van deze informatie door de Commissie betreft, heeft het Gerecht […] correct vastgesteld dat de argumenten van Dalmine hooguit konden afdoen aan ‚de geloofwaardigheid en dus aan de bewijskracht van de getuigenissen van haar directeuren, maar niet aan de ontvankelijkheid ervan in de onderhavige procedure'. […] [I]n het gemeenschapsrecht [primeert immers] het beginsel van de vrije bewijslevering [74] en is het enige relevante criterium ter beoordeling van aangevoerde bewijzen de geloofwaardigheid ervan. Aangezien de mededeling van de betrokken processen-verbaal niet door een Italiaanse rechter onrechtmatig is verklaard, kan dus niet worden geconcludeerd dat deze documenten ontoelaatbare bewijselementen waren die uit het dossier dienden te worden verwijderd."

109. Dit arrest sluit duidelijk uit dat het de Commissie algemeen verboden is om in een door haar krachtens verordening nr. 17 gevoerde procedure verklaringen die in een externe procedure zijn afgelegd, als bewijsmiddel te gebruiken. Het in punt 97 supra genoemde algemene argument van rekwirante kan volgens mij dan ook niet worden aanvaard.

ii) Schending van bijzondere procedurele waarborgen

110. Naast dit algemene argument laakt rekwirante met het onderhavige middel in hogere voorziening in elk geval dat het gebruik als bewijsmiddel van het FBI-rapport in strijd is met de bijzondere procedurewaarborgen waarover zij zowel met betrekking tot de procedure voor de Amerikaanse antitrustautoriteiten als in de procedure voor de Commissie beschikt.

73 — Conclusie van 12 september 2006 (punten 66 en 67).

74 — Sommige taalversies (waaronder de Engelse, de Duitse en de Portugese) van het arrest van het Hof Dalmine/Commissie bevatten in punt 63 een onjuiste vertaling: de uitdrukking „libera produzione delle prove" in de Italiaanse versie (die als procestaal rechtskracht heeft ingevolge artikel 31 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof), die overeenstemt met de in de Franse versie (de interne werktaal van het Hof) gebruikte uitdrukking „libre administration des preuves" is ten onrechte vertaald als „vrije bewijswaardering".

— Voorwaarden waaronder de Commissie gebruik mag maken van bewijzen die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar gevoerde procedure

111. Allereerst moet bij het onderzoek van dit specifieke argument van rekwirante worden geverifieerd of het gebruik door de Commissie van bewijzen die zijn overgelegd in het kader van een andere dan de door haar gevoerde procedure, aan beperkingen is onderworpen. Deze verificatie is noodzakelijk nu het Hof in het arrest Dalmine/Commissie (zie punt 108 supra) heeft verklaard dat in het gemeenschapsrecht het beginsel van de „vrije bewijslevering" geldt, hetgeen mijns inziens enkele belangrijke preciseringen vereist.

112. Het beginsel van de vrije bewijslevering in het gemeenschapsrecht kan niet aldus worden opgevat dat elk *element* van bewijsvoering steeds hoe dan ook mag worden gebruikt, en dat enkel de geloofwaardigheid ervan telt.

113. Op het gebied van de bewijsvoering mogen beginselen met een verschillende draagwijdte niet met elkaar worden verward. Ter onderbouwing van zijn verklaring, die het ook in het arrest Dalmine/Commissie [75] had geformuleerd, volgens welke het ter zake in het gemeenschapsrecht geldende beginsel de vrije bewijslevering betreft en het enige relevante criterium ter beoordeling van aangevoerde bewijzen de geloofwaardigheid ervan is, had het Gerecht de conclusie van rechter Vesterdorf, aangewezen als advocaat-generaal, in de zaak Rhône-Poulenc/Commissie [76] aangehaald, alsook het arrest Met-Trans en Sagpol. [77] De door het Gerecht in herinnering geroepen overwegingen van rechter Vesterdorf lijken mij evenwel betrekking te hebben op een ander beginsel, namelijk het beginsel van de vrije waardering van het bewijs door de rechter, met andere woorden de vrije overtuiging van de rechter met betrekking tot de inhoud van de bewijselementen en de draagwijdte die hij eraan dient te verlenen. [78] In de zaak die is afgedaan met het arrest Met-Trans en Sagpol was het Hof onder meer verzocht te preciseren welke bewijzen dienden te worden geleverd om een bepaalde, door een communautaire bepaling in aanmerking genomen omstandigheid genoegzaam aan te tonen en, inzonderheid, of er in dit verband documentair bewijs was vereist dat aan bepaalde eisen voldeed. [79] Door te verklaren dat dienaangaande uit de bewoordingen van deze bepaling volgde dat het bewijs van die omstandigheid niet slechts met bepaalde bewijsmiddelen kan worden geleverd en dat „bij gebreke van een communautaire regeling van het begrip bewijs, alle bewijsmiddelen die het procesrecht van de lidstaten in soortgelijke procedures kennen in beginsel ontvankelijk zijn", heeft het Hof duidelijk het beginsel van „vrije bewijslevering" bevestigd, op grond waarvan — om een

75 — Aangehaald in voetnoot 71 supra (punt 72).

76 — Conclusie van 10 juli 1991 in zaak T-1/89 bij arrest Gerecht van 24 oktober 1991, Rhône-Poulenc/Commissie (T-1/89, Jurispr. blz. II-867, inzonderheid blz. II-954).

77 — Arrest Hof van 23 maart 2000 (C-310/98 en C-406/98, Jurispr. blz. I-1797, punt 29).

78 — Tegenover de vrije overtuiging van de rechter staat in het algemeen, in enkele nationale rechtsordes, de regeling van het „wettelijke bewijs", waaraan de rechter gebonden is inzake de betekenis die hij aan de inhoud van het bewijs dient te geven.

79 — Meer bepaald diende te worden uitgemaakt welke eisen moeten worden gesteld aan het ten genoegen van de douaneautoriteiten te leveren bewijs van de plaats waar de overtreding tijdens het vervoer van een lading onder geleide van een TIR-carnet daadwerkelijk is begaan in de zin van artikel 454, lid 3, eerste alinea, van verordening (EEG) nr. 2454/93 van de Commissie van 2 juli 1993 (PB L 253, blz. 1), en of daarbij de verklaring van de houder van het carnet en de getuigenverklaring van de vrachtwagenchauffeur die het vervoer voor die houder heeft verricht, als bewijs kunnen volstaan, dan wel dit bewijs enkel kan worden geleverd door middel van documenten waaruit duidelijk blijkt dat de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaat hebben vastgesteld dat de overtreding op hun grondgebied is begaan.

bepaald feit aan te tonen — bewijsmiddelen *van welke aard ook* kunnen worden aangevoerd (bijvoorbeeld getuigenverklaringen, schriftelijke bewijzen, bekentenissen, enz.) en waarvoor de in de communautaire regelgeving uitdrukkelijk voorziene uitzonderingen gelden. [80]

114. Ofschoon derhalve in het gemeenschapsrecht een bepaald feit behoudens andersluidende bepalingen met *bewijsmiddelen* van welke aard ook kan worden aangetoond (vrije bewijslevering) en de vaststelling van de bewijskracht van een bewijselement aan de innige overtuiging van de rechter en niet aan een systeem van wettelijke bewijzen wordt overgelaten („vrije beoordeling van het bewijsmateriaal"), kan naar mijn mening evenwel niet worden gesteld dat elk overgelegd bewijselement mag worden gebruikt en door de Commissie of door de gemeenschapsrechter op zijn waarde moet worden beoordeeld. Zulks is bijvoorbeeld ondenkbaar voor een verklaring die door de optredende autoriteiten met geweld is afgedwongen. Naast dit schoolvoorbeeld volstaat het eraan te herinneren dat volgens de gemeenschapsrechtspraak door de Commissie niet als bewijs in een procedure krachtens verordening nr. 17 kunnen worden gebruikt:

— verklaringen of documenten die de Commissie in het kader van een eerdere procedure krachtens deze verordening heeft verkregen (zie punt 100 supra);

— documenten met betrekking waartoe de betrokken onderneming in de loop van de procedure niet haar recht om te worden gehoord heeft kunnen doen gelden [81];

— communicatie tussen advocaten en cliënten waarvan de vertrouwelijkheid wettelijk beschermd is [82];

— verklaringen die de bestuurders van een onderneming hebben afgelegd in antwoord op vragen die hun zijn gesteld in het kader van een getuigenverhoor vooruitlopend op een civielrechtelijke procedure, indien beantwoording daarvan erkenning van een inbreuk op de mededingingsregels inhoudt [83];

— processen-verbaal van verhoren in een nationale strafprocedure, wanneer de overlegging daarvan aan de Commissie door de bevoegde nationale rechter onrechtmatig is verklaard (zie de punten 107 en 108 supra).

80 — Naar deze problematiek is eveneens verwezen in het arrest van het Gerecht van 14 december 2005, General Electric/Commissie (T-210/01, Jurispr. blz. II-5575, punt 297), waar wordt gepreciseerd dat „in het gemeenschapsrecht het beginsel van de vrije bewijswaardering heerst" en wordt opgemerkt dat het „deugdelijk bewijs" dat de Commissie dient te leveren om aan te tonen dat de uit de fusie voortgekomen entiteit zich waarschijnlijk mededingingsverstorend zal gedragen, niet noodzakelijkerwijs uit economische onderzoeken moet bestaan, maar dat in bepaalde gevallen „de simpele economische en commerciële realiteiten van de zaak" dit bewijs kunnen vormen.

81 — Arrest AEG-Telefunken/Commissie, aangehaald in voetnoot 31 supra.

82 — Zie arrest Hof van 18 mei 1982, AM & S/Commissie (155/79, Jurispr. blz. 1575, punten 29-31), en arrest Gerecht van 17 september 2007, Akzo Nobel en Akcros/Commissie (T-125/03 en T-253/03, Jurispr. blz. II-3523).

83 — Arrest Otto, aangehaald in voetnoot 53 supra (punt 20).

115. Aan deze voorbeelden van ontoelaatbaar gebruik van een bewijsmiddel door de Commissie voegt het met de onderhavige hogere voorziening bestreden arrest een ander voorbeeld toe, namelijk de verklaringen die zijn afgelegd in het kader van een andere dan de door de Commissie gevoerde procedure, wanneer aan de betrokken partij noch de procedurerechten zijn gewaarborgd die zij in het kader van deze procedure kon doen gelden, noch de rechten waarop zij krachtens het gemeenschapsrecht aanspraak had kunnen maken ingeval deze verklaringen rechtstreeks aan de Commissie zouden zijn afgelegd.

116. Inzake de beperkingen van het gebruik als bewijsmiddel, in de door de Commissie gevoerde procedure, van verklaringen die in een andere procedure zijn afgelegd, lijken het bestreden arrest en de arresten Dalmine/Commissie [84] evenwel niet met elkaar te stroken. Volgens laatstgenoemde arresten bestaat er klaarblijkelijk enkel een probleem van toelaatbaarheid van dit gebruik, ingeval de overlegging aan de Commissie of het gebruik door deze laatste van processen-verbaal waarin deze verklaringen zijn opgenomen, onrechtmatig is krachtens de wettelijke regeling van de staat van de autoriteit ten overstaan waarvan deze verklaringen zijn afgelegd (en deze onrechtmatigheid door de bevoegde nationale rechter is vastgesteld). [85] Het bestreden arrest besteedt ruimer aandacht aan de niet-inachtneming van de in het kader van de externe procedure geldende procedurewaarborgen — waartoe volgens mij ook kunnen worden gerekend de beperkingen die de buitenlandse regeling, in het belang van de persoon die de verklaringen heeft afgelegd, aan de overlegging van deze verklaringen aan andere autoriteiten en aan het gebruik ervan door deze autoriteiten stelt — en aan de vraag of de in deze procedure voor de verkrijging van die verklaringen gestelde voorwaarden onverenigbaar zijn met de door de gemeenschapsregeling geboden procedurewaarborgen.

117. Dat in de arresten Dalmine/Commissie het middel betreffende de ontoelaatbaarheid wegens de niet-eerbiediging van laatstgenoemde waarborgen niet is toegewezen, is wellicht hieraan te wijten dat Dalmine de rechtmatigheid van het gebruik als bewijsmiddel van de betrokken processen-verbaal van de verhoren in de door de Commissie gevoerde procedure niet had betwist op grond van schending van *specifieke* procedurerechten (zoals het door het gemeenschapsrecht gewaarborgde recht om zichzelf niet te belasten), maar meer ten gronde had betoogd dat het gebruik als bewijsmiddel in deze procedure van uit een andere procedure stammende informatie beweerdelijk volkomen in strijd was met de rechten van de verdediging.

118. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de uitermate restrictieve opvatting van de beperkingen van het gebruik door de Commissie van bewijsmiddelen die in het kader van door een andere autoriteit gevoerde procedure zijn verkregen, waarvan de gemeenschapsrechters in de zaak Dalmine/Commissie blijk hebben gegeven, eventueel moet worden geacht enkel te gelden voor zaken waarin autoriteiten van de lidstaten van

84 — Aangehaald in de voetnoten 32 en 71 supra.

85 — In werkelijkheid betreffen de punten 62 en 63 van het arrest Dalmine/Commissie van het Hof (zie punt 108 supra) enkel de vraag van de rechtmatigheid van de *overlegging* van het document aan de Commissie en niet de vraag van de rechtmatigheid van het *gebruik* als bewijsmiddel van dit document door de Commissie. In zowel het arrest Dalmine/Commissie van het Gerecht (zie punt 107 supra) als de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed (aangehaald in voetnoot 73 supra, punten 71-73 en 76) wordt evenwel bij de omstandigheden die zich tegen het gebruik van het document door de Commissie verzetten, ook uitdrukkelijk het geval genoemd waarin de bevoegde nationale rechter had vastgesteld dat dit gebruik volgens de nationale wettelijke regeling onrechtmatig was, ongeacht de onrechtmatigheid van de overlegging ervan. Mijns inziens kan het arrest Dalmine/Commissie van het Hof niettemin conform de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed worden uitgelegd, voor zover het begrip „overlegging" als overlegging met het oog op het gebruik ervan dient te worden verstaan.

de Europese Gemeenschap zijn betrokken, en in wezen berust op de veronderstelling dat de rechten van de verdediging op gemeenschapsniveau en op het niveau van de lidstaten in wezen op gelijkwaardige wijze worden beschermd. [86] Deze veronderstelling geldt vanzelfsprekend niet wanneer in derde staten gevoerde procedures aan de orde zijn.

119. Voorts ben ik het hoe dan ook eens met de in het bestreden arrest gevolgde — en door de partijen in de onderhavige zaak niet betwiste — benadering dat voor het gebruik als bewijsmiddel in een door de Commissie gevoerde procedure van informatie die is ingewonnen in het kader van een procedure die door de autoriteit van een derde land is gevoerd, *zowel* de voor deze laatste procedure vastgestelde procedurewaarborgen *als* die welke waarin voor de door de Commissie gevoerde procedure is voorzien, in acht moeten worden genomen. Deze opvatting, die neerkomt op de cumulatieve toepassing van de wettelijke regeling van de staat van oorsprong van het bewijs en van de wettelijke regeling van de staat van ontvangst van het bewijs, is mijns inziens noodzakelijk aangezien wij ons hier bevinden op het gebied van het publiekrecht en het met name om sancties gaat, en de eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure waarin straffen kunnen worden opgelegd, inzonderheid geldboeten of dwangsommen, een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht vormt dat ook in acht moet worden genomen met betrekking tot een administratieve procedure. [87]

120. De eerbiediging van de procedurerechten in een zaak als die welke in casu aan de orde is, vooronderstelt dus dat de in de externe procedure opgestelde bewijzen aldaar zijn verkregen met inachtneming van de in de buitenlandse regeling voorgeschreven relevante bepalingen, dat de overlegging van het bewijs aan de Commissie en het gebruik ervan door deze laatste ingevolge die regeling toelaatbaar zijn, en dat dit gebruik niet in strijd is met de specifieke waarborgen die de betrokken onderneming krachtens het gemeenschapsrecht zou hebben genoten indien dit bewijs rechtstreeks in de door de Commissie gevoerde procedure was verkregen.

— Criteria die het Gerecht heeft geformuleerd voor de modaliteiten die de Commissie in acht moet nemen teneinde de eerbiediging van de procedurerechten te waarborgen, en de toepassing van die criteria in het onderhavige geval

121. Rekwirante kritiseert in het verzoekschrift in hogere voorziening de criteria die het Gerecht in punt 265 van het bestreden arrest heeft geformuleerd met betrekking tot de wijze waarop de Commissie deze rechten

86 — In dit verband dient erop te worden gewezen dat verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2002, L 1, blz. 1), die verordening nr. 17 heeft vervangen, in artikel 12, lid 1, uitdrukkelijk bepaalt dat „[v]oor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de bevoegdheid [hebben] elkaar alle gegevens, zowel van feitelijke als van juridische aard, met inbegrip van vertrouwelijke inlichtingen, mee te delen en deze als bewijsmiddel te gebruiken". De zestiende overweging van de considerans van verordening nr. 1/2003 preciseert dienaangaande dat „[w]anneer de uitgewisselde gegevens door de ontvangende autoriteit worden gebruikt om ondernemingen sancties op te leggen, er geen andere beperking op het gebruik van deze gegevens [mag] staan dan de verplichting ze te gebruiken voor het doel waarvoor ze werden verzameld, aangezien de aan de ondernemingen opgelegde sancties van dezelfde aard zijn in alle rechtssystemen", en hieraan toevoegt dat *„[d]e rechten van de verdediging die de ondernemingen in de verschillende rechtssystemen genieten, als voldoende gelijkwaardig [kunnen] worden aangemerkt*" (cursivering van mij).

87 — Zie onder meer arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 9), en 2 oktober 2003, ARBED/Commissie (C-176/99 P, Jurispr. blz. I-10687, punt 19).

dient te waarborgen. Deze rechten dienen immers hoe dan ook in acht te worden genomen en, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, kon de Commissie dus niet louter vaststellen dat er inzoverre geen ernstige twijfel bestond en dat de betrokken onderneming geen bezwaren had aangevoerd. Zij herinnert eraan dat het Gerecht volgens de rechtspraak de kwestie van de eerbiediging van de procedurele waarborgen ambtshalve dient op te werpen.

122. Het Gerecht heeft in wezen geoordeeld dat de Commissie de procedurerechten van de betrokken onderneming niet kan schenden door de in een externe procedure afgelegde verklaringen als bewijs te gebruiken, wanneer deze onderneming vooraf van het voornemen daartoe van de Commissie op de hoogte is gebracht en geen bezwaren daarover heeft opgeworpen en de Commissie op het eerste gezicht geen reden had om ernstige twijfels te hebben over de verenigbaarheid van dit gebruik met de eerbiediging van die rechten.

123. Volgens mij stelt rekwirante terecht dat die benadering niet in overeenstemming is met het recht. De procedurerechten dienen door de Commissie hoe dan ook te worden geëerbiedigd, dus ook ingeval de betrokken onderneming nalaat zich erop te beroepen in de loop van de administratieve procedure. Er is in het gemeenschapsrecht geen enkele regel die de onderneming op straffe van verval van recht de verplichting oplegt om rechtsvragen tijdens de administratieve procedure voor de Commissie op te werpen. Evenmin bestaat er een regel volgens welke het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en het beroep bij de gemeenschapsrechter gelijkluidend moeten zijn. De onderneming is zelfs niet verplicht om te antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar. De Commissie moet haar eindbeschikking conform het recht vaststellen, ongeacht of en op welke wijze de betrokken onderneming haar rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure daadwerkelijk heeft doen gelden.

124. Voorts wijs ik erop dat de Commissie op grond van de eerbiediging van de rechten van de verdediging de onderneming waaraan de mededeling van punten van bezwaar is gericht, *in elk geval* ervan op de hoogte dient te brengen dat zij voornemens is uit een externe procedure voortkomende verklaringen als bewijsmiddel voor haar beschikking te gebruiken, dus los van de omstandigheid of zij al dan niet ernstig betwijfelt of dit gebruik verenigbaar is met de eerbiediging van de procedurerechten.

125. Ook indien men met de Commissie van oordeel is dat afstand van procedurele rechten kan worden gedaan, kan het enkele feit dat bij de Commissie geen opmerkingen zijn ingediend over het — in de mededeling van punten van bezwaar aangekondigde — gebruik als bewijsmiddel van informatie uit een externe procedure, niet aldus worden uitgelegd dat de onderneming ervan afziet haar procedurerechten te doen gelden. Het dient louter te worden opgevat als de niet-uitoefening door de onderneming van haar recht, door de Commissie te worden gehoord met betrekking tot de rechtmatigheid van dit gebruik.

126. Het bestreden arrest lijkt mij op dit punt dan ook blijk te geven van een onjuiste rechtsopvattting.

127. Ook zo de door het Gerecht in punt 265 van het bestreden arrest geformuleerde criteria rechtmatig worden geacht, berust dit arrest overigens hoe dan ook op een onjuiste rechtsopvatting, omdat het Gerecht die criteria in casu onjuist heeft toegepast.

128. Enerzijds kon het Gerecht rekwirante niet zonder nader onderzoek verwijten — met verval van rechten als gevolg — dat zij er zich in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar niet tegen had verzet dat het FBI-rapport door de Commissie als bewijsmiddel zou worden gebruikt. In eerste aanleg heeft rekwirante zich ertegen verzet dat het rapport als bewijs van de in punt 265 van de litigieuze beschikking beschreven feitelijke omstandigheden zou worden gebruikt. Aangezien deze omstandigheden evenwel niet waren opgenomen in de mededeling van punten van bezwaar, die enkel melding maakte van omstandigheden die door rekwirante niet werden betwist, had het Gerecht, alvorens rekwirante dit verwijt te maken, moeten nagaan of deze laatste op basis van de mededeling van punten van bezwaar en tegen de achtergrond van de inhoud van het FBI-rapport dat in die mededeling werd vermeld en erbij was gevoegd, redelijkerwijs kon afleiden dat de Commissie voornemens was haar ook deze omstandigheden tegen te werpen (zie de punten 46 tot en met 50 supra), alsook of rekwirante er derhalve belang bij om in haar antwoord op die mededeling bezwaren tegen het gebruik van het FBI-rapport als bewijsmiddel aan te voeren. Het stilzwijgen van rekwirante met betrekking tot de eventuele gronden van niet-bruikbaarheid van dit document als bewijsmiddel kan enkel als berusting worden uitgelegd voor zover dit gebruik in de mededeling van punten van bezwaar was aangekondigd.

129. Anderzijds bestonden er in casu mijn inziens ernstige redenen om op het eerste gezicht te betwijfelen of gebruik van het FBI-rapport als bewijsmiddel verenigbaar was met de procedurerechten van rekwirante.

130. In dit verband ben ik het om te beginnen met rekwirante eens dat de elementen die het Gerecht in de punten 266 en 267 van het bestreden arrest (zie de punten 69 en 70 supra) in aanmerking heeft genomen weliswaar niet volkomen irrelevant zijn voor de kwestie van de eerbiediging van de procedurele waarborgen, maar niet wegnemen dat ernstig moet worden betwijfeld of het gebruik van dit rapport door de Commissie verenigbaar is met de procedurele waarborgen die rekwirante daadwerkelijk voor het Gerecht heeft ingeroepen en waarop zij zich thans ook voor het Hof beroept. Zoals ik al zei gaat het hier om het recht, zichzelf niet te beschuldigen, de verplichting voor de autoriteit die informatie verzamelt om de door haar opgestelde schriftelijke samenvatting van de verklaringen ter goedkeuring voor te leggen aan de verstrekker ervan, en de bescherming van de vertrouwelijkheid van de verklaringen die een voormalig vertegenwoordiger van ADM tegenover de Amerikaanse antitrustautoriteiten had afgelegd in het kader van de medewerking die ADM aan deze autoriteiten heeft verleend.

131. Inzonderheid wil ik stilstaan bij dit laatste aspect, dat bijzondere aandacht verdient, daar dit het delicate onderwerp betreft van de bilaterale betrekkingen tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten op het gebied van de medewerking tussen de mededingingsautoriteiten.

132. In het kader van haar bewering dat het FBI-rapport enkel in de procedure in de Verenigde Staten mocht worden gebruikt, heeft rekwirante er enerzijds op gewezen dat de eerste bladzijde van dit rapport aangaf dat de bekendmaking ervan aan derden verboden was, en anderzijds dat de Amerikaanse antitrustautoriteiten uitdrukkelijk met de advocaat van de voormalige vertegenwoordiger van ADM waren overeengekomen dat de door deze laatste verstrekte informatie enkel zou worden vrijgegeven voor gebruik in procedures die in de Verenigde Staten werden gevoerd. Een en ander blijkt inderdaad uit de aan het Gerecht overgelegde documenten.

133. Het is juist dat de Commissie waarschijnlijk niet beschikte over de brief waarin dit door de Amerikaanse autoriteiten gestelde verbod was opgenomen [88], en dat het FBI-rapport haar niet door deze autoriteiten is toegestuurd, maar door een andere onderneming die betrokken was in de door de Commissie gevoerde procedure.

134. De Commissie mocht naar mijn mening evenwel niet onwetend zijn van het feit dat het gebruik als bewijsmiddel van het FBI-rapport in de door haar gevoerde procedure indruiste tegen de in de Amerikaanse rechtsorde voorziene waarborgen betreffende de vertrouwelijkheid van de door de voormalige vertegenwoordiger van ADM verstrekte informatie, niet enkel omdat, zoals rekwirante onderstreept, op de eerste bladzijde van dit document was vermeld dat de bekendmaking ervan aan derden verboden was, maar vooral gelet op de regeling inzake de betrekkingen tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten op het gebied van de medewerking tussen hun respectieve mededingingsautoriteiten.

135. Op het tijdstip van de vaststelling van de litigieuze beschikking waren deze betrekkingen — zoals overigens ook nu nog — geregeld in een in 1991 gesloten bilaterale overeenkomst [89], vervolledigd bij een in 1998 gesloten tweede bilaterale overeenkomst. [90] Deze twee overeenkomsten voorzien in raadpleging, medewerking en coördinatie tussen de Commissie enerzijds en de Antitrust Division van het ministerie van Justitie en de Federal Trade Commission anderzijds, bij het verloop van de activiteiten die de toepassing van het mededingingsrecht dienen te verze-

88 — Door de Trial Attorney van de Antitrust Division van het ministerie van Justitie van de Verenigde Staten ondertekende brief van 13 juni 1997 (die door ADM bij haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht is gevoegd).

89 — Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika betreffende de toepassing van hun mededingingsregels en de interpretatieve briefwisseling van 31 mei en 31 juli 1995 betreffende deze overeenkomst (PB 1995, L 95, blz. 47). Deze overeenkomst is namens de Europese Gemeenschap en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal goedgekeurd bij besluit 95/145/EG, EGKS van de Raad en van de Commissie van 10 april 1995 (PB L 95, blz. 45, met rectificatie in PB L 131, blz. 38).

90 — Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en de regering van de Verenigde Staten van Amerika van 4 juni 1998 betreffende de toepassing van de beginselen van positieve internationale courtoisie bij de handhaving van hun mededingingsrecht (PB 1998, L 173, blz. 28). Deze overeenkomst is namens de Europese Gemeenschap en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal goedgekeurd bij besluit 98/386/EG, EGKS van de Raad en de Commissie van 29 mei 1998 (PB L 173, blz. 26).

keren. Geen enkele bepaling van deze overeenkomsten voorziet uitdrukkelijk in de uitwisseling van informatie tussen deze autoriteiten *ten bewijze* van inbreuken op het mededingingsrecht. In de overeenkomst van 1991 is met betrekking tot de uitwisseling van informatie tussen deze autoriteiten inzonderheid bepaald dat de verdragsluitende partij die in het bezit is van informatie, deze informatie niet aan de andere partij over hoeft te leggen indien haar interne wettelijke regeling bekendmaking ervan verbiedt, en dat elke verdragsluitende partij de vertrouwelijkheid van door de andere partij krachtens de overeenkomst verstrekte informatie zo veel mogelijk in acht neemt en zich zo veel mogelijk tegen bekendmaking van informatie van een derde verzet indien de verdragsluitende partij die de informatie heeft verstrekt, daarvoor geen toestemming heeft gegeven (artikel VIII). Evenzo wordt gepreciseerd dat de bepalingen van de overeenkomst in overeenstemming met de bestaande wettelijke regelingen van de verdragsluitende partijen en van hun lidstaten dienen te worden uitgelegd, in dier voege dat daarin geen wijzigingen hoeven te worden aangebracht (artikel IX). Voorts wordt in de interpretatieve briefwisseling betreffende deze overeenkomst namens de Europese Gemeenschap aangaande de artikelen VIII en IX van de overeenkomst verklaard dat de informatie waarvoor de geheimhoudingsplicht van artikel 20 van verordening nr. 17 geldt, enkel met uitdrukkelijke toestemming van de betrokken „bron" door de Commissie aan de Amerikaanse antitrustautoriteiten zal worden overgelegd. Ook de overeenkomst van 1998 bepaalt, in de artikelen IV, lid 2, sub c-iii, en V, dat toestemming moet worden verkregen van de informatiebron voordat de mededingingsautoriteiten van de andere verdragsluitende partij in kennis kunnen worden gesteld van vertrouwelijke informatie.

136. In wezen is het de Commissie en de Amerikaanse antitrustautoriteiten op basis van deze overeenkomsten dus niet toegestaan, informatie uit te wisselen die volgens de rechtsorde van de autoriteit die in het bezit is van die informatie, niet mag worden bekendgemaakt [91], omdat zij [„i]n het bijzonder [...] gebonden [blijven] door hun interne regels betreffende de bescherming van de vertrouwelijkheid van de informatie die door hen tijdens hun respectieve onderzoeken wordt verzameld" [92].

137. De uitwisseling van informatie tussen deze autoriteiten geschiedt dus „binnen de beperkingen van de bestaande bepalingen inzake vertrouwelijkheid" [93], en de betrokken autoriteiten kunnen enkel vertrouwelijke informatie uitwisselen indien de betrokken partij afstand doet van haar recht op vertrouwelijke behandeling. [94] Dat de mededingingsautoriteiten op basis van de huidige medewerkingsovereenkomsten geen vertrouwelijke informatie kunnen uitwisselen zonder de toestemming van de betrokken informatiebron, wordt overigens als een belangrijke beperking van de doeltreffendheid van de medewerking in de strijd tegen kartels

91 — In die zin Nazzini R., „Concurrent Proceedings in Competition Law", *Oxford University Press*, New York, 2004, blz. 75 en 76.

92 — Verslag van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement inzake de toepassing van de overeenkomsten tussen de Europese Gemeenschappen en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika en de Regering van Canada betreffende de toepassing van hun mededingingsregels (1 januari 2002 tot en met 31 december 2002), punt 1.1, raadpleegbaar via EUR-Lex onder nummer 52003DC0500.

93 — Ibidem, punt 1.2.2.

94 — Zie het verslag van 17 september 2002 van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de toepassing van de Overeenkomsten tussen de Europese Gemeenschappen en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika en de Regering van Canada betreffende de toepassing van hun mededingingsregels (1 januari 2001 tot en met 31 december 2001), punt 1.2.2, raadpleegbaar via EUR-Lex onder nummer 52002DC0505, waar de Commissie erop wijst dat in de zaak Fine Art Auction Houses „een van de betrokken bedrijven afstand [deed] van de geheimhoudingsplicht, waardoor beide instellingen van gedachten konden wisselen omtrent vertrouwelijke informatie".

beschouwd. Meerdere instellingen hopen dan ook een zogenaamde overeenkomst „van de tweede generatie" te kunnen sluiten, teneinde ook de uitwisseling van vertrouwelijke informatie mogelijk te maken. [95]

138. De beperkte uitwisseling van informatie tussen autoriteiten wegens de vertrouwelijkheid van die informatie is bovendien bijzonder van belang wanneer, zoals in casu, de informatie vrijwillig is verstrekt in het kader van de medewerking die een onderneming heeft verleend met het oog op een gunstige behandeling in het kader van haar bestraffing. Het ligt voor de hand dat ingeval deze informatie door een autoriteit die deze informatie in het kader van een verzoek om een gunstige behandeling heeft ontvangen, aan de mededingingsautoriteiten van andere landen zou worden meegedeeld, de ondernemingen, met name indien er geen enkele coördinatie tussen de door de betrokken autoriteiten vastgestelde clementieregelingen zou bestaan, uitermate zouden worden ontmoedigd om in het kader van deze regelingen hun medewerking te verlenen. [96]

139. Zoals het Competition Commitee van de Organisatie voor Economische Medewerking en Ontwikkeling (OESO) heeft verklaard, „mag de uitwisseling van informatie niet op lichtvaardige wijze de onderzoeken van hard core kartels schaden, en evenmin de doeltreffendheid van de clementieregelingen", en „daartoe hebben de meeste lidstaten [van de OESO] regelingen vastgesteld volgens welke van een rechtssubject verkregen informatie

95 — Aldus de Commissie zelf in haar verslag aan de Raad en het Europees Parlement van 4 oktober 2000 over de toepassing van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschappen en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika betreffende de toepassing van hun mededingingsregels (1 januari 1999 tot en met 31 december 1999), punt 2.2, raadpleegbaar via Eur-Lex onder nummer 52000DC0618. Zie ook het derde verslag van het Competition Committee van de OVSE van 2005 over de uitvoering van de aanbeveling van de Raad van de OVSE van 25 maart 1998 betreffende een doeltreffend optreden tegen hard core-kartels, punt 4, raadpleegbaar op de website van de OVSE (www.oecd.org). Ik herinner eraan dat thans — binnen bepaalde beperkingen — gegevens, *met inbegrip van vertrouwelijke informatie*, kunnen worden meegedeeld en als bewijsmiddel gebruikt krachtens artikel 12 van verordening nr. 1/2003 inzake de medewerking binnen het netwerk van de Commissie en van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten.

96 — Derhalve verbaast het niet wanneer in voetnoot 92 supra genoemde verslag (punt 1.2.2) staat dat de Commissie in drie Amerikaanse civielrechtelijke gedingen is tussengekomen teneinde de vertrouwelijkheid te beschermen van schriftelijke informatie die haar was toegezonden in het kader van haar clementiebeleid, waarbij zij dit niet deed ter ondersteuning van een van de partijen, maar „ter bescherming van dit beleid in zijn geheel". Bovendien zijn hieromtrent belangrijke aanwijzingen opgenomen in de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, in de versie van 2002 (PB C 45, blz. 3, punt 33), waarin de Commissie heeft gepreciseerd dat schriftelijke verklaringen die aan haar zijn verstrekt in het kader van deze mededeling, niet mogen worden openbaar gemaakt of voor een ander doel worden gebruikt dan voor de afdwinging van artikel 81 EG, terwijl zij in de versie van 2006 (PB C 298, blz. 17, punt 35) heeft gepreciseerd dat deze verklaringen alleen — onder bepaalde voorwaarden — aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten mogen worden doorgegeven. In beide versies van deze mededelingen (respectievelijk de punten 32 en 40) wordt erop gewezen dat openbaarmaking van die verklaringen afbreuk zou doen aan de bescherming van het doel van inspecties en onderzoeken in de zin van artikel 4, lid 2, van verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PB L 145, blz. 43).

niet mag worden uitgewisseld zonder zijn voorafgaande toestemming". [97]

140. Tegen de achtergrond van de bilaterale betrekkingen tussen de Europese Gemeenschap en de Verenigde Staten op dit gebied en gelet op de problemen die verband houden met de openbaarmaking van informatie die is verstrekt door ondernemingen die aanspraak maken op clementieregelingen, waarvan de Commissie niet onwetend kon zijn, ben ik van mening dat deze instelling, na het FBI-rapport te hebben ontvangen van een van de andere ondernemingen die in de door haar gevoerde procedure was betrokken, de passende voorzorgen had moeten nemen met betrekking tot het gebruik van dit document in deze procedure, teneinde te voorkomen dat zij eventuele waarborgen zou schenden die door de Amerikaanse wettelijke regeling met betrekking tot de openbaarmaking van de inhoud van dit document worden verleend.

141. Inzonderheid meen ik dat de Commissie het FBI-rapport niet rechtmatig als bewijsmiddel mocht gebruiken, zonder vooraf de onderneming die het haar had overgelegd, om verduidelijkingen te verzoeken over de wijze waarop deze in het bezit ervan was gekomen, en zonder vooraf aan de Amerikaanse antitrustautoriteiten te hebben gevraagd, teneinde haar verplichting tot loyale medewerking met deze autoriteiten krachtens de bestaande bilaterale overeenkomsten na te komen, of dit rapport naar Amerikaans recht als een vertrouwelijk document moest worden beschouwd, zoals behoudens tegenbewijs mocht worden aangenomen, zowel op basis van de eerste bladzijde ervan als gezien de — de Commissie niet onbekende — context waarin het tot stand was gekomen (en zoals blijkbaar uit de brief van 13 juni van 1997 van de Antitrust Division van het ministerie van Justitie van de Verenigde Staten volgt).

142. Dat het FBI-rapport niet door deze autoriteiten, maar door een derde onderneming is overgelegd, rechtvaardigt geenszins dat de Commissie heeft nagelaten dergelijke voorzorgsmaatregelen te treffen. De Commissie mocht op basis van deze omstandigheid niet ervan uitgaan dat dit document elke vertrouwelijkheid had verloren. Door artikel VIII van de bilaterale overeenkomst van 1991 te goeder trouw uit te leggen had de Commissie mijns inziens moeten voorkomen dat door haar gebruik van dit rapport als bewijsmiddel achteraf in de Verenigde Staten de vertrouwelijkheid ervan kon worden geschonden.

143. Door het feit dat dit rapport niet door de Amerikaanse antitrustautoriteiten aan de Commissie is overgelegd, verschilt de onderhavige zaak overigens wezenlijk van die welke aan de orde was in de arresten Dalmine/Commissie [98], waarin de Commissie de

97 — Document van oktober 2005 met als opschrift *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, raadpleegbaar op de Internetsite van de OESO (www.oecd.org). Vertaling van mij. In haar mededeling betreffende de medewerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PB 2004, C 101, blz. 43) heeft de Commissie in punt 40 bepaald dat, onder voorbehoud van bepaalde gevallen, „de informatie die vrijwillig is verstrekt door de aanvrager van clementie, alleen met de toestemming van de aanvrager [zal] worden toegezonden aan een ander lid van het netwerk overeenkomstig artikel 12 van [verordening nr.1/2003]".

98 — Aangehaald in de voetnoten 32 en 71 supra.

betrokken processen-verbaal van de verhoren rechtstreeks had ontvangen van de nationale autoriteit door wie deze waren opgesteld. In de zaak Dalmine/Commissie was de Commissie volgens het Hof gerechtigd deze processen-verbaal als bewijsmiddel te gebruiken, bij gebreke van een uitspraak van de nationale rechter waarbij de overlegging ervan aan de Commissie onrechtmatig werd verklaard. [99] Aangezien het FBI-rapport in casu evenwel niet rechtstreeks door de Amerikaanse antitrustautoriteiten is overgelegd, is het ontbreken van een soortgelijke uitspraak van een Amerikaanse rechter dan ook irrelevant. De Commissie had de Amerikaanse antitrustautoriteiten moeten raadplegen over de vraag of haar gebruik van dit document in overeenstemming was met het Amerikaanse recht, teneinde op dit punt minstens een voorafgaande uitspraak van de bevoegde nationale autoriteiten te verkrijgen, ook al betrof het geen rechterlijke uitspraak.

144. Derhalve ben ik om de hiervóór in de punten 121 en volgende uiteengezette redenen van mening dat, ingeval het eerste middel in hogere voorziening ongegrond zou worden geacht, het bestreden arrest moet worden vernietigd voor zover daarbij zijn afgewezen de op schending van de procedurewaarborgen gebaseerde middelen die rekwirante had aangevoerd tegen het feit dat de Commissie het FBI-rapport had gebruikt als bewijs dat ADM in het kartel de rol van leider zou hebben gespeeld.

99 — _Arrest Dalmine/Commissie, aangehaald in voetnoot 32 (punt 63).

E — *Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of de Commissie het FBI-rapport mocht gebruiken als bewijs van rekwirantes rol van leider van het kartel*

145. In punt 141 heb ik reeds aangegeven dat de Commissie het FBI-rapport niet rechtmatig als bewijs mocht gebruiken zonder vooraf van de onderneming die het haar had overgelegd en van de Amerikaanse antitrustautoriteiten de nodige verduidelijkingen te hebben verkregen over de rechtsregels die voor dit document golden op het gebied van de vertrouwelijkheid. Het middel van het beroep in eerste aanleg betreffende schending van de procedurewaarborgen moet op het onderdeel ervan dat is ontleend aan het feit dat het gebruik als bewijs van het rapport door de Commissie onverenigbaar was met de vertrouwelijke behandeling ervan dat zij aan deze autoriteiten had toegezegd, mijns inziens dan ook worden toegewezen.

F — *Middelen (derde, vierde en vijfde) in hogere voorziening betreffende de schriftelijke verklaring van Cerestar*

146. Met drie afzonderlijke middelen in hogere voorziening komt rekwirante op tegen de overwegingen op basis waarvan het Gerecht heeft geconcludeerd dat, anders dan rekwirante in eerste aanleg heeft betoogd, de Commissie de schriftelijke verklaring van Cerestar betreffende de rol van een voormalig tegenwoordig van ADM in het kartel niet kennelijk onjuist heeft beoordeeld.

147. In dit verband zij er allereerst aan herinnerd dat het Hof niet bevoegd is om de feiten vast te stellen noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken op basis waarvan het Gerecht deze feiten heeft vastgesteld. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen alsmede de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het namelijk alleen aan het Gerecht te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs. [100]

148. Met het eerste van deze middelen laakt rekwirante evenwel juist de verkeerde opvatting van een bewijselement, het FBI-rapport. Anders dan het Gerecht in punt 288 van het bestreden arrest heeft verklaard, bevestigt dit rapport geenszins de schriftelijke verklaring van Cerestar dat de voormalige vertegenwoordiger van ADM een leidende rol zou hebben gespeeld binnen het kartel, als voorzitter van de „Sherpa"-bijeenkomsten en door het voorbereiden en opstellen van voorstellen voor de prijslijsten waarover overeenstemming moest worden bereikt. Volgens dit rapport zou veeleer een andere vertegenwoordiger van ADM een bijzonder actieve rol binnen het kartel hebben gespeeld.

149. Dit middel kan volgens mij niet worden aanvaard. Om te beginnen is, zoals de Commissie opmerkt, in punt 288 van het bestreden arrest niet overwogen dat het FBI-rapport betreffende de zojuist genoemde kwestie de schriftelijke verklaring van Cerestar bevestigde, maar enkel dat deze twee documenten met elkaar strookten. Bovendien heeft het Gerecht deze vaststelling gedaan in het kader van het onderzoek van de geloofwaardigheid van de schriftelijke verklaring van Cerestar, die indruiste tegen de verklaring die de voormalige vertegenwoordiger van ADM in de loop van de administratieve procedure ten overstaan van de Commissie heeft afgelegd. Het Gerecht heeft evenwel meer geloof gehecht aan de schriftelijke verklaring van Cerestar, niet enkel omdat deze met het FBI-rapport strookte, maar ook omdat niet werd betwist dat Cerestar geen actieve rol binnen het kartel had gespeeld en omdat de verklaringen van de voormalige vertegenwoordiger van ADM ten overstaan van de Commissie „in tempore suspecto […] zijn afgelegd". [101] Rekwirante heeft echter geen bezwaar gemaakt tegen deze laatste overwegingen van het Gerecht.

150. Met het tweede van deze middelen stelt rekwirante ontoereikende motivering van het bestreden arrest, voor zover daarbij is verworpen haar argument dat de schriftelijke verklaring van Cerestar over de rol die de voormalige vertegenwoordiger van ADM bij de „Sherpa"-bijeenkomsten zou hebben gespeeld, volkomen ongeloofwaardig was, aangezien Cerestar niet in staat is gebleken om ook maar één van die bijeenkomsten te noemen, laat staan om bijzonderheden over de inhoud ervan te verstrekken.

100 — Arrest van 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punt 107 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

101 — Zie bestreden arrest, punten 288 en 290.

151. Ook dit middel moet volgens mij worden afgewezen. Het Gerecht heeft in punt 289 van het bestreden arrest in wezen immers verklaard dat het feit dat Cerestar niet in staat is geweest om over alle kartelbijeenkomsten bijzonderheden te verstrekken, haar niet heeft belet erop te wijzen dat deze bijeenkomsten werden georganiseerd en geleid door de voormalige vertegenwoordiger van ADM.

152. Ten slotte voert rekwirante met het derde van deze middelen aan dat het Gerecht in punt 290 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat zij met haar beroep niet kon opkomen tegen de juistheid van de schriftelijke verklaring van Cerestar, aangezien zij dit niet tijdens de administratieve procedure had gedaan. Ik ben het evenwel met de Commissie eens dat dit verwijt mank gaat door een duidelijk onjuiste lezing van het genoemde punt. Het Gerecht heeft daarin geen verval van rechten vastgesteld, maar enkel opgemerkt dat aan de schriftelijke verklaring van Cerestar „meer bewijskracht" moest worden toegekend dan aan de verklaring van de voormalige vertegenwoordiger van ADM, zodat uit de enkele onverenigbaarheid van deze twee verklaringen niet kon worden afgeleid dat de eerste onjuist was.

153. Derhalve moeten de middelen in hogere voorziening betreffende de schriftelijke verklaring van Cerestar mijns inziens worden verworpen.

G — *Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of de Commissie de rol van leider van ADM binnen het kartel voldoende heeft aangetoond*

154. Uit de overwegingen die ik met betrekking tot het gebruik door de Commissie van het FBI-rapport als bewijs van de aan ADM toegekende leidinggevende rol binnen het kartel heb geformuleerd, volgt dat, daar dit gebruik onrechtmatig was, de Commissie bij de beoordeling van de door ADM gespeelde rol geen rekening had mogen houden met de in punt 265 van de litigieuze beschikking beschreven feitelijke omstandigheden, aangezien deze enkel uit dit rapport bleken.

155. Derhalve moet voor het onderzoek van het beroep tegen de litigieuze beschikking dat ik het Hof voorstel te verrichten overeenkomstig krachtens artikel 61, lid 1, van het Statuut van het Hof, rekening houdend met de opmerkingen die ik heb geformuleerd in de punten 57 tot en met 59 supra, worden uitgemaakt of de toekenning aan ADM van de rol van leider van het kartel enkel kan worden gerechtvaardigd op basis van de omstandigheden die in punt 266 van de litigieuze beschikking zijn opgenomen en die zijn overgenomen uit de schriftelijke verklaring van Cerestar. Ik roep in herinnering dat het gaat om de „indruk" die Cerestar had, dat de voormalige vertegenwoordiger van ADM een leidinggevende rol speelde, en het feit dat deze de „Sherpa"-bijeenkomsten voorzat en zich gewoonlijk bezig hield „met het voorbereiden en opstellen van voorstellen voor de prijslijsten waarover overeenstemming moest worden bereikt".

156. Volgens mij mag geen bijzondere waarde worden gehecht aan deze „indruk" van Cerestar als zodanig, aangezien de kwali-

ficatie van een onderneming als leider van een kartel op concrete feiten moet zijn gebaseerd en niet op indrukken of oordelen van andere deelnemers aan het kartel. Met betrekking tot die concrete feiten ben ik van mening dat, ook al wijst de omstandigheid dat de voormalige vertegenwoordiger van ADM de „Sherpa"-bijeenkomsten heeft voorgezeten en argumenten en voorstellen heeft voorbereid erop dat rekwirante een actieve rol binnen het kartel heeft gespeeld, dit evenwel niet volstaat om zich over het leiderschap te kunnen uitspreken. Vaststaat immers dat de belangrijkste beslissingen binnen het kartel werden genomen op de „Masters"-bijeenkomsten van topbestuurders en dat deze bijeenkomsten, zoals Cerestar heeft bevestigd, in de regel werden voorgezeten door vertegenwoordigers van Hoffmann-La Roche en Jungbunzlauer, zonder dat deze laatste evenwel door de Commissie als leiders van het kartel zijn aangemerkt. Blijkens de schriftelijke verklaring van Cerestar bracht de voormalige vertegenwoordiger van ADM als voorzitter van de „Sherpa"-bijeenkomsten „regelmatig verslag uit van de akkoorden die op de ‚Masters'-bijeenkomsten waren gesloten". [102] Bovendien heeft de Commissie in punt 273 van de litigieuze beschikking verklaard dat „de andere leden van een kartel eveneens activiteiten uitoefenden die normaal met een leiderschapsfunctie worden geassocieerd, zoals het voorzitten van vergaderingen of het centraliseren van verzamelde inlichtingen en het verspreiden ervan".

157. Volgens mij moet dan ook worden geconcludeerd dat de leidende rol van ADM in het citroenzuurkartel onvoldoende is bewezen.

102 — Bijlage 15 bij het verzoekschrift in hogere voorziening, blz. 3.

158. Derhalve geef ik het Hof in overweging om — ook uit dien hoofde — de verhoging met 35 % van het basisbedrag van de geldboete die de Commissie rekwirante in de litigieuze beschikking heeft opgelegd, ongedaan te maken.

H — *Zesde middel in hogere voorziening: de niet-inaanmerkingneming van een verzachtende omstandigheid met betrekking tot het feit dat ADM haar deelneming aan het kartel reeds bij de eerste stappen van de Amerikaanse antitrustautoriteiten heeft beëindigd*

1. Overwegingen van het Gerecht

159. Rekwirante heeft de Commissie voor het Gerecht verweten dat zij haar niet in aanmerking heeft doen komen voor de verzachtende omstandigheid bedoeld in punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren, te weten „het feit dat de betrokken onderneming reeds bij de eerste stappen van de Commissie (met name de verificaties) de inbreuken heeft beëindigd". Met de verklaring dat zij haar deelneming aan het citroenzuurkartel onmiddellijk na de inval van het FBI in haar kantoren in de Verenigde Staten in juni 1995 had beëindigd [103], gaf rekwirante te kennen dat de

103 — In feite is het onzeker of ADM haar deelneming aan het citroenzuurkartel heeft beëindigd *als gevolg van* de inval van het FBI in haar lokalen in juni 1995. In de litigieuze beschikking is vastgesteld dat ADM tot mei 1995 aan het kartel heeft deelgenomen (zie punt 247 en artikel 1, tweede alinea) en ADM heeft in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar (punt 5.2) verklaard dat zij deze deelneming uit eigen beweging heeft beëindigd in mei 1995, „toen het kartel niet langer functioneerde en voordat de autoriteiten zijn tussengekomen". De litigieuze beschikking bevat evenwel meerdere indicaties dat de deelneming van ADM aan het kartel is beëindigd met de inval van het FBI in juni 1995 (zie de punten 128 en 193).

niet-inaanmerkingneming van voornoemde verzachtende omstandigheid door de Commissie in strijd was met het evenredigheidsbeginsel en met het beginsel van gelijke behandeling, aangezien de Commissie in een eerdere zaak met soortgelijke omstandigheden anders heeft beschikt.

160. Het Gerecht heeft deze middelen evenwel met een omstandige motivering in de punten 331 tot en met 346 van het bestreden arrest verworpen.

161. In de eerste plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat „de bepaling in punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren restrictief [moet] worden uitgelegd, zodat zij niet in strijd is met het nuttig effect van artikel 81, lid 1, EG." Een op een zuiver letterlijke lezing gebaseerde uitlegging van deze bepaling, die „de indruk [zou] kunnen wekken dat over het algemeen en zonder voorbehoud als een verzachtende omstandigheid is aan te merken het enkele feit dat een inbreukmaker alle inbreuken reeds bij de eerste stappen van de Commissie beëindigt", „zou echter afdoen aan het nuttig effect van de bepalingen die bedoeld zijn om een daadwerkelijke mededinging in stand te houden, omdat zij zowel de na schending van artikel 81 EG op te leggen sanctie als de afschrikkende werking daarvan zou afzwakken". Volgens het Gerecht „[kan] [d]e beëindiging van een inbreuk uitsluitend na een optreden van de Commissie […] niet worden gelijkgesteld met de verdiensten van het eigen initiatief van de inbreukmaker, maar is [zulks] enkel een passende en normale reactie op vorenbedoeld optreden", welke „omstandigheid er uitsluitend op [wijst] dat de inbreukmaker zich weer aan de regels houdt". „Bijgevolg moet die bepaling [van de richtsnoeren] aldus worden uitgelegd dat alleen de bijzondere omstandigheden van het concrete geval, waarin de hypothese van de stopzetting van de inbreuk reeds bij de eerste acties van de Commissie concrete vorm aanneemt, kunnen rechtvaardigen dat laatstgenoemde omstandigheid als verzachtende omstandigheid in aanmerking wordt genomen." [104]

162. In de tweede plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat „in de bijzondere context van het onderhavige geval" „het feit dat ADM de inbreuk na het eerste optreden van een mededingingsautoriteit [had] beëindigd, in casu geen verzachtende omstandigheid [kon] vormen", aangezien het ging om „een geheim kartel dat de vaststelling van prijzen en de verdeling van markten tot doel [had]", en „deze inbreuk zonder enige twijfel opzettelijk [was] gepleegd". [105]

163. Ten slotte heeft het Gerecht verklaard dat „uit het feit alleen dat de Commissie in het kader van haar vroegere beschikkingspraktijk een gedraging op een bepaalde wijze heeft beoordeeld, niet kan worden afgeleid dat zij verplicht is bij de vaststelling van een latere beschikking in dezelfde zin te oordelen" en dat de door rekwirante ingeroepen zaak zijn analyse hoe dan ook niet weer ter discussie kon stellen, voor zover dit geval enkel de beoordeling van de Commissie weergaf. [106]

104 — Bestreden arrest, punten 335-338.
105 — Bestreden arrest, punten 339-342.
106 — Bestreden arrest, punt 345.

2. Argumenten van partijen

164. Met het onderhavige middel in hogere voorziening verwijt rekwirante het Gerecht, in de hierboven genoemde overwegingen het beginsel te hebben geschonden volgens hetwelk de Commissie de regels dient te eerbiedigen die zij zichzelf heeft opgelegd, zoniet dient aan te geven waarom zij van die regels is afgeweken. Rekwirante voert in dit verband diverse argumenten aan waarmee zij in hoofdzaak:

— de uitlegging kritiseert die het Gerecht aan punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren heeft gegeven, aangezien deze uitlegging mank gaat door verwarring tussen de daadwerkelijke verplichting en de loutere mogelijkheid van de Commissie om het bedrag van de geldboete te verminderen ingeval de inbreuk bij haar eerste stappen wordt beëindigd;

— het Gerecht hoe dan ook verwijt, niet te hebben verklaard dat de Commissie niet had voldaan aan haar verplichting, te preciseren waarom zij in casu heeft gemeend geen gebruik te moeten maken van haar bevoegdheid te beoordelen of de beëindiging van de deelneming aan het kartel na de eerste tussenkomst van de Amerikaanse autoriteiten, een vermindering van het bedrag van de geldboete rechtvaardigde.

165. De Commissie is harerzijds van mening dat het Gerecht rekwirantes middelen grondig heeft onderzocht, de betrokken bepaling van de richtsnoeren juist heeft uitgelegd en de omstandigheden van het onderhavige geval correct heeft beoordeeld, zodat het op goede gronden heeft geconcludeerd dat de beëindiging van de deelneming van ADM aan het kartel na de inval van het FBI in haar kantoren geen verzachtende omstandigheid opleverde.

3. Beoordeling

166. Om te beginnen ben ik het eens met de zienswijze van het Gerecht dat de beëindiging van de deelneming van een onderneming aan een klaarblijkelijk onrechtmatig geheim kartel geen omstandigheid vormt die de ernst van de inbreuk beduidend verlicht en die dus met een vermindering van het bedrag van de geldboete moet worden beloond. [107]

167. Ik kan evenwel niet akkoord gaan [108] met de redenering waarmee het Gerecht rekwirantes middel betreffende schending van het

107 — In die zin ook de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak van 15 mei 2008 in zaak C-510/06 P, Archer Daniels Midland/Commissie (aanhangig bij het Hof, punt 232), betreffende het natriumgluconaatkartel.

108 — Anders dan advocaat-generaal Trstenjak in haar in de vorige voetnoot aangehaalde conclusie.

evenredigheidsbeginsel door de niet-inaanmerkingneming van de onderhavige verzachtende omstandigheid heeft verworpen. Met name ben ik van mening dat rekwirante het Gerecht terecht verwijt dat het punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren onjuist heeft uitgelegd.

168. Zoals in punt 335 van het bestreden arrest is erkend, volgt uit de letterlijke bewoordingen van deze bepaling dat het enkele feit dat een inbreukmaker bij de eerste stappen van de Commissie alle inbreuken beëindigt, als een verzachtende omstandigheid moet worden beschouwd. Niets in deze bepaling wijst erop dat een eventueel onderscheid of toepassing van het betrokken voordeel „enkel [in] bijzondere omstandigheden" mogelijk is. De Commissie heeft overigens pas in de nieuwe richtsnoeren van 2006 [109] punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren aangevuld met de precisering dat de verzachtende omstandigheid in de vorm van onmiddellijke beëindiging van de onrechtmatige activiteiten na het eerste optreden van de Commissie „niet voor geheime overeenkomsten of praktijken (met name kartels) [geldt]".

169. Derhalve heeft het Gerecht het beginsel in claris non fit interpretatio miskend door te oordelen dat het punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren eng diende uit te leggen en dat deze bepaling dus enkel in „bijzondere omstandigheden" kan worden toegepast, op grond dat „[w]anneer de beëindiging van een inbreuk reeds bij de eerste stappen van de Commissie als verzachtende omstandigheid wordt erkend, dat […] op ongerechtvaardigde wijze afbreuk [zou] doen aan het nuttig effect van artikel 81, lid 1, EG doordat zowel de sanctie als de afschrikkende werking van de sanctie wordt afgezwakt".

170. Die beoordeling lijkt mij bovenal geforceerd. Naast het feit dat artikel 81, lid 1, geen strafbepaling is, maar enkel een verbod bevat, zie ik niet in dat wanneer een dergelijke verzachtende omstandigheid in beginsel wordt erkend, zulks afbreuk kan doen aan het nuttig effect van dit artikel, of zelfs van artikel 83 EG en artikel 15 van verordening nr. 17, die in de oplegging van een geldboete voorzien, aangezien de hieruit voortvloeiende vermindering van de geldboete aan de omstandigheden van het concrete geval kan worden aangepast en uiteindelijk mogelijkerwijs heel gering zal zijn, zodat de afschrikkende werking van de geldboete blijft bestaan.

171. Opgemerkt zij dat de voortzetting van een inbreuk na de eerste stappen van de Commissie niet tot de in punt 2 van de richtsnoeren genoemde verzwarende omstandigheden behoort. Bijgevolg mag ervan worden uitgegaan dat de richtsnoeren een verschillende behandeling van deelnemers aan een verboden kartel beoogden naargelang hun reactie op het optreden van de Commissie — beëindiging dan wel voortzetting van de inbreuk — door een beloning (vermindering van de geldboete) in het eerste geval en een bestraffing (vermeerdering van de geldboete) in het tweede geval.

109 — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2). Zie punt 29, eerste streepje.

172. Overigens impliceert de door rekwirante bepleite letterlijke uitlegging van punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren niet de erkenning dat de Commissie zich ertoe heeft verbonden, de onmiddellijke beëindiging van een inbreuk bij haar eerste stappen *steeds* als verzachtende omstandigheid te erkennen. Rekwirante roept immers terecht in herinnering dat de Commissie volgens de rechtspraak kan afwijken van de richtsnoeren, voor zover zij de redenen vermeldt waarom zij dit doet en deze redenen verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. [110]

173. Ik meen dan ook dat punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren aldus kan worden uitgelegd dat beëindiging van de inbreuk bij het eerste optreden in beginsel — en dus niet alleen in bijzondere omstandigheden, zoals in het bestreden arrest is geoordeeld — met een vermindering van de geldboete wordt beloond.

174. Deze uitlegging impliceert evenwel niet dat het Gerecht de in deze bepaling bedoelde verzachtende omstandigheid noodzakelijkerwijs moet erkennen ten aanzien van rekwirante en derhalve het bedrag van de haar opgelegde geldboete dient te verminderen.

110 — Zie arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 15 supra (punt 209).

175. Aangezien het Gerecht krachtens artikel 229 EG en artikel 17 van verordening nr. 17 immers ook over volledige rechtsmacht beschikt met betrekking tot de geldboeten die op grond van deze verordening zijn opgelegd, is het behalve tot „eenvoudige toetsing van de rechtmatigheid van de sanctie, bevoegd om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de Commissie", en kan het dus de door de Commissie opgelegde boete intrekken, verlagen of verhogen, wanneer het over dit bedrag heeft te oordelen. [111] Zoals advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak JCB Service/Commissie reeds verklaarde [112], zijn de richtsnoeren bijgevolg niet bindend voor het Gerecht.

176. Het Gerecht had dan ook rekwirantes verzoek kunnen verwerpen op grond van de argumenten die het heeft uiteengezet in de punten 336, 340 en 341 van het bestreden arrest, die ik zonder meer verdedigbaar acht [113] en die zijn gebaseerd op de gedachte dat beëindiging van een kennelijk onrechtmatige inbreuk „een passende en normale reactie" is op het optreden van de Commissie. Dit diende evenwel te geschieden in het kader van een opportuniteitsbeoordeling, waarbij in het kader van de door gemeenschapswetgever aan de rechter toegekende beoordelingsvrijheid discretionaire beslissingen worden genomen.

111 — Arrest van 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie (C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punten 61 en 62). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 8 december 2005 in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 september 2006, Technische Unie/Commissie, (C-113/04, Jurispr. blz. I-8831, punt 132), en de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 16 november 2006 in de zaak die heeft geleid tot het reeds genoemde arrest Groupe Danone/Commissie (punten 45 en 48).

112 — Conclusie van 15 december 2005 in de zaak die heeft geleid tot het in voetnoot 100 supra aangehaalde arrest (punt 141).

113 — Behoudens, zoals ik supra heb aangegeven, de twee laatste regels van punt 336, betreffende de verlichting van de straf en de afschrikkende werking ervan.

177. Derhalve moet het onderhavige middel in hogere voorziening mijns inziens worden toegewezen, voor zover het Gerecht daarbij wordt verweten blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van de richtsnoeren. Het bestreden arrest dient op dit punt te worden vernietigd. Aangezien de zaak in staat van wijzen is, kan het door rekwirante in eerste aanleg aangevoerde middel opnieuw worden onderzocht en dient het volgens mij door het Hof te worden afgewezen in de uitoefening van de volledige rechtsmacht waarover ook het Hof beschikt wanneer het de zaak zelf afdoet in de zin van artikel 61, eerste alinea, van zijn Statuut. [114]

I — *Negende middel in hogere voorziening: de concrete weerslag van het kartel op de markt*

1. Overwegingen van het Gerecht

178. Voor het Gerecht heeft rekwirante met diverse middelen betoogd dat de Commissie onvoldoende had aangetoond dat, zoals in de litigieuze beschikking overeenkomstig punt 1 A, eerste alinea, van de richtsnoeren wordt verklaard [115], het vastgestelde kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad. Het verzoekschrift in hogere voorziening kritiseert ter zake enkel de beoordeling op basis waarvan het Gerecht in de punten 198 tot en met 203 van het bestreden arrest heeft verworpen rekwirantes argumenten volgens welke deze weerslag niet kon worden bewezen aangezien de Commissie de markt van het betrokken product niet vooraf heeft geanalyseerd. Rekwirante had aangevoerd dat deze analyse noodzakelijk was voor het onderzoek op basis waarvan de gevolgen van het kartel konden worden vastgesteld met het oog op de beoordeling van de ernst van de inbreuk, en dat in de litigieuze beschikking niet was geconcludeerd dat citroenzuur een relevante productmarkt vormde. [116]

179. Het Gerecht heeft dit argument in wezen op grond van de volgende overwegingen verworpen:

„198 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat de Commissie in de beschikking niet heeft geanalyseerd of de betrokken productmarkt moest worden beperkt tot citroenzuur dan wel of deze, zoals ADM stelt, ruimer moest worden opgevat, als een markt die de vervangingsproducten daarvan omvat. Onder de opschriften ‚het product' […] en ‚de markt voor citroenzuur' […], heeft de Commissie enkel de verschillende toepassingen van citroenzuur en het volume van de citroenzuurmarkt beschreven.

199 In het deskundigenrapport dat ADM tijdens de administratieve procedure aan de Commissie heeft voorgelegd, is

114 — Zie arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 218).

115 — Volgens deze bepaling „[dient] [b]ij de beoordeling van de zwaarte van een inbreuk […] rekening te worden gehouden" met, onder meer, „de concrete weerslag ervan op de markt wanneer die meetbaar is".

116 — Zie het verzoekschrift van het beroep in eerste aanleg, punt 7.2.3.

de betrokken productmarkt evenwel geanalyseerd en omschreven als een ruimere markt die vervangingsproducten, met name fosfaten en minerale zuren, omvat. Toch is de Commissie in de beschikking niet ingegaan op de argumenten van ADM over de noodzaak om een ruimere afbakening van de relevante productmarkt te gebruiken.

200 Dit neemt niet weg dat het betoog van ADM uitsluitend zou kunnen slagen indien zij aantoont dat de Commissie, indien zij de relevante productmarkt in overeenstemming met de zienswijze van ADM had omschreven, had moeten vaststellen dat de inbreuk geen invloed had gehad op de markt die was afgebakend als de markt voor citroenzuur en de vervangingsproducten daarvan. […]

201 Gezien de analyse van de ontwikkeling van de prijzen en de verkoopquota die de Commissie in de punten 213 en volgende van de beschikking heeft uitgevoerd, is ADM er echter niet in geslaagd om aan te tonen, of zelfs maar gegevens aan te voeren die tezamen een samenhangende bundel van aanwijzingen zouden vormen waaruit met redelijke waarschijnlijkheid blijkt dat de weerslag van het citroenzuurkartel op de ruimere markt die de vervangingsproducten van citroenzuur omvat, inexistent of althans te verwaarlozen was geweest. Hoewel het deskundigenrapport stelt dat de markt ruimer moest worden afgebakend, wordt zelfs in dat rapport het beweerdelijk ontbreken van invloed van het kartel op de prijsontwikkeling enkel voor de citroenzuurmarkt geanalyseerd."

2. Argumenten van partijen

180. Rekwirante voert in het verzoekschrift in hogere voorziening aan dat aangezien het Gerecht in punt 198 van het bestreden arrest terecht heeft vastgesteld dat de Commissie de markt van het betrokken producten niet had bepaald, het niet kon concluderen dat de Commissie had aangetoond dat het kartel gevolgen op de markt heeft gehad. Rekwirante stelt dat de bepaling van de relevante markt onontbeerlijk is om de effecten van een kartel te kunnen verifiëren, waarbij zij inzonderheid benadrukt dat prijsafspraken geen effect kunnen sorteren indien de consument zijn vraag kan richten op vervangingsproducten en dat een algemene verhoging van de prijzen of van de vraag naar deze laatste producten tot een verhoging van de prijs van het product kan leiden, ongeacht het bestaan van een kartel. Daar volgens het Gerecht rekwirante diende aan te tonen dat indien de markt van het product was afgebakend zoals zij dit verlangde, de Commissie zou hebben moeten vaststellen dat de inbreuk geen weerslag op deze markt had gehad, heeft het Gerecht de bewijslast betreffende de gevolgen van het kartel ten onrechte bij rekwirante gelegd, ofschoon deze bij de Commissie berust. Het Gerecht heeft dus inbreuk gemaakt op het beginsel dat de Commissie de zichzelf opgelegde regels, zoals die welke in de richtsnoeren zijn neergelegd, moet eerbiedigen. Aangezien de gevolgen van het kartel op de markt dus niet zijn bewezen, moet het bedrag van de geldboete derhalve worden verminderd.

181. Onder verwijzing naar het feit dat het Gerecht niet heeft verklaard dat de markt in de litigieuze beschikking niet is afgebakend, sluit de Commissie uit dat het Gerecht een kennelijke beoordelingsfout betreffende de bewijslast heeft gemaakt en stelt zij dat rekwirante met het onderhavige middel in werkelijkheid het Hof ertoe probeert over te halen, een feitelijk element te onderzoeken dat zij niet heeft kunnen bewijzen in de loop van het geding in eerste aanleg. Ter terechtzitting heeft haar vertegenwoordiger hieraan toegevoegd dat de markt van het relevante product in casu hoe dan ook niet hoefde te worden geanalyseerd.

3. Beoordeling

182. Vooraf dient erop te worden gewezen dat rekwirante met afbakening van de markt van het relevante product de welbekende verrichting bedoelt waarbij alle producten of diensten worden aangeduid die op grond van hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen [117], waartoe de Commissie overgaat bij de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG en bij de controle op concentraties met een communautaire dimensie. Het betreft een verrichting aan de hand waarvan — samen met de afbakening van de relevante geografische markt — kan worden vastgesteld welke mededingingsdruk ingevolge een bepaalde marktgedraging of een concentratie op de betrokken ondernemingen rust en waarmee bijgevolg hun marktmacht kan worden beoordeeld.

183. Zoals de Commissie in haar bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht preciseert [118], „[verschilt] het begrip relevante markt van andere marktbegrippen die vaak in ander verband worden gebruikt. Aldus gebruiken ondernemingen vaak het begrip ‚markt' om te verwijzen naar het gebied waar zij hun producten afzetten of om in het algemeen te verwijzen naar de bedrijfstak of sector waartoe zij behoren." Tevens kan in algemene zin naar de markt van een product (bijvoorbeeld citroenzuur) worden verwezen als de plaats waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten, ongeacht of er voor het product vervangingsproducten bestaan waarvan vraag en aanbod een invloed kunnen hebben op vraag en aanbod van het product in kwestie. Hierna zal ik, wanneer ik het over de relevante productmarkt heb, het in het vorige punt beschreven begrip hanteren, in tegenstelling tot het begrip productmarkt in meer algemene zin.

184. Met dit middel heeft rekwirante het Gerecht verzocht zich uit te spreken over de vraag of voor de beoordeling van de gevolgen van een door artikel 81 EG verboden kartel met het oog op de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk noodzakelijkerwijs de relevante productmarkt moet worden afgebakend, of dat deze beoordeling kan worden verricht enkel met betrekking tot het kartelproduct, ongeacht het bestaan van andere producten, die vanuit het oogpunt van de consument dit product eventueel kunnen vervangen.

117 — Voor alle bedoelde gevallen, arrest Michelin/Commissie, aangehaald in voetnoot 10 supra (punt 37).

118 — PB 1997, C 372, blz. 5 (punt 3).

185. In het onderhavige middel in hogere voorziening wordt ervan uitgegaan dat het Gerecht heeft vastgesteld dat de relevante productmarkt niet was omschreven in de litigieuze beschikking en dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat deze omschrijving in casu niet noodzakelijk was om de weerslag van het kartel op de markt te kunnen beoordelen.

186. Ofschoon de overwegingen van het Gerecht op dit punt niet bijzonder duidelijk zijn en de Commissie verklaart dat zij het Gerecht niet heeft verweten de betrokken markt niet te hebben afgebakend, blijkt mijns inziens uit de punten 198 en 199 van het bestreden arrest voldoende duidelijk dat de Commissie enkel het product citroenzuur in aanmerking heeft genomen, zonder de vervangbaarheid ervan door andere producten te hebben geverifieerd. De opmerking van het Gerecht dat de litigieuze beschikking de „markt voor citroenzuur" betrof, betekent niet dat het heeft erkend dat de Commissie de relevante productmarkt daadwerkelijk had omschreven.

187. Bovendien heeft de Commissie in haar in eerste aanleg ingediende dupliek verklaard dat de litigieuze beschikking „duidelijk preciseerde dat de in aanmerking te nemen markt de markt voor citroenzuur was" [119], en heeft zij in haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht gepreciseerd dat zij met deze opmerking niet wilde aangeven, een „*omstandige en gedetailleerde* analyse van de relevante productmarkt te hebben verricht" [120], zoals bedoeld in haar mededeling aangehaald in punt 183 supra, aangezien het in casu niet noodzakelijk was om alle mogelijke vervangingsproducten van citroenzuur te onderzoeken. Voorts heeft de Commissie in voornoemd antwoord verklaard dat zij in de litigieuze beschikking „enkel de producten heeft beschreven *waarop het kartel betrekking had*, alsook het aanbod van en de vraag naar deze producten" [121], waarbij zij dus uitsloot dat zij *enige* analyse van de relevante productmarkt had verricht.

188. Ik ben dan ook van mening dat rekwirante terecht stelt dat het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie de relevante productmarkt niet heeft bepaald, maar enkel het *product* citroenzuur en de betrokken markt in algemene zin in aanmerking heeft genomen.

189. Indien evenwel rekwirantes stelling dat de relevante productmarkt altijd moet worden bepaald om met het oog op de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk de concrete weerslag van een kartel te kunnen vaststellen, gegrond zou worden geacht, stelt zij in het verzoekschrift in hogere voorziening terecht dat in het door het Gerecht in de punten 200 en 201 van het bestreden arrest ontwikkelde betoog de bewijslast ten onrechte bij rekwirante is gelegd, terwijl deze last op de Commissie rustte. Zo de Commissie de relevante productmarkt diende te omschrijven en zij dit niet heeft gedaan, aangezien zij zich enkel voor het product citroenzuur heeft geïnteresseerd zonder rekening te houden met de vervangbaarheid van

119 — Dupliek, punt 25.

120 — Zie het antwoord op de eerste vraag, blz. 2. Niet-officiële vertaling (cursivering van mij).

121 — Ibidem, blz. 3. Niet-officiële vertaling (cursivering van mij).

dit product door andere producten, kon het Gerecht niet anders dan dit verzuim van de Commissie vaststellen, en mocht het van rekwirante niet verlangen dat zij aantoonde dat het kartel geen weerslag heeft gehad op de — volgens het voorstel van deze laatste omschreven — relevante markt.

190. Het onderhavige middel in hogere voorziening betreft dus een rechtsvraag en is niet gericht tegen de door Gerecht verrichte beoordeling van de feiten. Dit middel is dus ontvankelijk.

191. Wat de gegrondheid ervan betreft, schaar ik me in wezen achter de beoordeling van het Gerecht.

192. Het feit dat het Gerecht rekwirantes middel heeft onderzocht als werd daarmee beoogd, een *onjuiste* afbakening van de relevante productmarkt te doen vaststellen [122], terwijl dit middel in feite tegen het *verzuim* van afbakening van deze markt was gericht, heeft volgens mij geen enkel gevolg. Het Gerecht is ervan uitgegaan dat de omstandigheid dat de Commissie niet heeft geverifieerd of citroenzuur door andere producten kan worden vervangen, ertoe heeft geleid dat zij de facto een tot citroenzuur beperkte relevante markt in aanmerking heeft genomen, terwijl rekwirante deze markt ruimer opvatte. Het door rekwirante voor het Gerecht aangevoerde middel had daarentegen als uitgangspunt dat de Commissie citroenzuur enkel als de productmarkt in algemene zin heeft beschouwd. Deze verschillende uitgangspunten hebben evenwel geen praktisch belang, aangezien rekwirante voornamelijk laakt dat de Commissie wegens de niet-afbakening van de relevante productmarkt, niet heeft geverifieerd welke gevolgen het kartel heeft gehad op de markt die volgens haar de relevante productmarkt was, namelijk de markt waartoe niet enkel citroenzuur, maar ook andere producten behoren.

193. Evenals de Commissie acht ik ongegrond rekwirantes stelling dat de relevante productmarkt altijd moet worden afgebakend om in het kader van de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk de concrete weerslag van een kartel te kunnen vaststellen.

194. Om te beginnen zij er aan herinnerd dat niet elke beoordeling die de Commissie op grond van de mededingingsregels van het EG-Verdrag dient te verrichten, impliceert dat eerst een relevante markt wordt afgebakend.

122 — Zie bestreden arrest, punten 194 en 203, waarin respectievelijk wordt gewaagd van „fouten […] bij de afbakening van de relevante markt" en een „onjuiste afbakening van de betrokken productmarkt".

195. De afbakening van de relevante markt is bijvoorbeeld — zoals bekend — onontbeerlijk om een machtspositie in de zin van artikel 82 EG te kunnen vaststellen. [123]

196. Met betrekking tot artikel 81 EG heeft het Hof reeds verklaard dat „de afbakening van de relevante markt voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 81, lid 1, EG] enkel tot doel heeft, vast te stellen of de betrokken overeenkomst de handel tussen de lidstaten kan schaden en ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt belemmerd, beperkt of vervalst". [124] Voorts is er in de rechtspraak van het Gerecht aan herinnerd dat de verplichting van de Commissie om in een beschikking krachtens artikel 81 EG de relevante markt af te bakenen, niet absoluut is, maar enkel geldt *„wanneer zonder een dergelijke afbakening* niet kan worden uitgemaakt of [het betrokken kartel] de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst". [125]

197. De relevante markt dient ook te worden afgebakend teneinde te verifiëren of in een bepaald geval is voldaan aan de in artikel 81, lid 3, sub b, EG neergelegde voorwaarden waaronder lid 1 van dit artikel buiten toepassing kan worden verklaard [126], terwijl zulks niet nodig is om vast te stellen of de drie andere voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG zijn vervuld. [127]

198. Ook voor de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk met het oog op de toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17 lijkt te moeten worden nagegaan of het niet noodzakelijk is om in verband met de specifiek te verrichten beoordeling vooraf de relevante markt af te bakenen.

199. Wat de beoordeling van de concrete weerslag van een kartel betreft, hoeft de Commissie voor het onderzoek of het kartel een dergelijke weerslag heeft gehad volgens mij niet in elk geval eerst de relevante markt af te bakenen.

200. In casu heeft de Commissie vastgesteld dat het kartel gevolgen heeft gehad voor de prijzen van citroenzuur. De middelen waarmee rekwirante voor het Gerecht tegen deze vaststelling is opgekomen, zijn door dit laatste afgewezen in de overwegingen die zijn

123 — Zie, voor de overvloedige rechtspraak ter zake, onder meer arrest van 31 mei 1979, Hugin/Commissie (22/78, Jurispr. blz. 1869, punt 5); arrest Michelin/Commissie, aangehaald in voetnoot 10 supra (punt 37), en arrest van 13 december 2007, United Pan-Europe Communications e.a. (C-250/06, Jurispr. blz. I-11135, punt 21).

124 — Beschikking van 16 februari 2006, Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, punt 31).

125 — Arrest van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 206). Cursivering van mij. Zie ook arresten van 6 juli 2000, Volkswagen/Commissie (T-62/98, Jurispr. blz. II-2707, punt 230), en 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie (T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punt 132).

126 — Zie in die zin de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, aangehaald in voetnoot 118 supra (punt 11), alsook arrest CMA CGM e.a./Commissie, aangehaald in de vorige voetnoot (punt 226).

127 — Arrest CMA CGM e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 125 supra (punt 226).

uiteengezet in de punten 152 tot en met 168 en 180 tot en met 193 van het bestreden arrest. Deze punten zijn niet betwist in het verzoekschrift in hogere voorziening. Bedoelde gevolgen moeten dan ook worden geacht definitief vast te staan.

201. Zelfs indien zou worden aangenomen dat in casu ook andere producten dan citroenzuur tot de relevante productmarkt behoren, heeft het kartel ten minste gevolgen gehad op een segment van deze hypothetische ruimere markt, te weten juist het segment van citroenzuur. Aangezien deze gevolgen vaststaan, heeft de Commissie mijns inziens voldaan aan haar verplichting om te bewijzen dat het kartel een concrete weerslag op de markt heeft gehad. Dienaangaande stond het aan rekwirante om aan te tonen dat de desbetreffende gevolgen onbelangrijk waren, door bijvoorbeeld erop te wijzen en aan te tonen dat deze gevolgen werden geneutraliseerd door tegenovergestelde gevolgen die het kartel in andere delen van die ruimere markt had. Zoals het Gerecht in punt 201 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, heeft rekwirante evenwel geen enkel gegeven aangevoerd waaruit had kunnen worden opgemaakt dat ingeval de Commissie ook de vervangingsproducten voor citroenzuur in aanmerking had genomen, zij had moeten concluderen dat de weerslag van het kartel op die ruimere markt inexistent of te verwaarlozen was geweest.

202. Bijgevolg kan mijns inziens het onderhavige middel in hogere voorziening niet worden toegewezen.

J — *Zevende en achtste middel in hogere voorziening: schending van het vertrouwensbeginsel met betrekking tot de beoordeling van de medewerking van ADM tijdens de administratieve procedure*

203. Voor het Gerecht heeft rekwirante de litigieuze beschikking gekritiseerd, voor zover haar daarbij het voordeel is geweigerd van de toepassing van deel B van de mededeling inzake medewerking, te weten de „[n]iet-oplegging of zeer aanzienlijke vermindering van de geldboete". Voor zover deze weigering was gebaseerd op de omstandigheid dat ADM niet had voldaan aan de voorwaarde van deel punt B, sub b, van deze mededeling, zou zij om twee redenen in strijd zijn met het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen. In de eerste plaats betoogde rekwirante dat, anders dan in de litigieuze beschikking is vastgesteld, zij en niet Cerestar als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang is geweest om het bestaan van het kartel te bewijzen in de zin van voormeld deel B, sub b. Het bestaan van het kartel kon volgens ADM immers niet worden bewezen aan de hand van de bewijselementen die Cerestar tijdens de bijeenkomst met de diensten van de Commissie van 29 oktober 1998 heeft verstrekt, in tegenstelling tot de bewijzen die ADM aan de Commissie heeft overgelegd op de bijeenkomst van 11 december 1998. In de tweede plaats gaf rekwirante te kennen dat tijdens de verschillende bijeenkomsten met de diensten van de Commissie en in de briefwisseling met deze diensten in de loop van de administratieve procedure hoe dan ook is bevestigd dat zij als eerste met Commissie heeft meegewerkt in de zin van deel B van die mededeling.

204. Het Gerecht heeft beide voormelde middelen evenwel verworpen. Het eerste is

als irrelevant aangemerkt, daar vaststond dat ADM niet had voldaan aan de voorwaarde van deel B, sub e, van de mededeling inzake medewerking, aangezien was vastgesteld dat zij een leidinggevende rol binnen het kartel had gespeeld, terwijl cumulatief moet zijn voldaan aan de voorwaarden die in deel B, sub a tot en met e, worden gesteld. [128] Het tweede middel is ongegrond verklaard omdat het Gerecht, na de door rekwirante afgelegde verklaringen te hebben onderzocht, heeft geoordeeld dat de Commissie tijdens de administratieve procedure geen enkele nauwkeurige toezegging had gedaan dat zij die vermindering zou verlenen en zij een dergelijke toezegging bovendien niet had kunnen doen, aangezien de Commissie enkel op basis van de beoordeling van alle informatie die de ondernemingen tijdens de administratieve procedure hebben verstrekt, kan beslissen of een van hen voor deze vermindering in aanmerking kan komen. [129]

1. Middel betreffende de verklaringen die de vertegenwoordigers van de Commissie in de loop van de administratieve procedure hebben afgelegd

205. Met dit middel voert rekwirante aan dat aangezien in de punten 391 en 392 en het bestreden arrest is vastgesteld dat „de Commissie de betrokken partijen inderdaad ertoe heeft proberen te bewegen zo volledig mogelijk met haar samen te werken door die medewerking met behulp van verwijzingen naar deel B van de mededeling inzake medewerking voor hen zo aantrekkelijk mogelijk te maken" en dat zij „ADM [heeft] laten weten dat zij in beginsel ‚in aanmerking kwam' voor een zeer aanzienlijke vermindering van de geldboete ingevolge [dat] deel", het Gerecht had moeten concluderen dat rekwirante nauwkeurige toezeggingen waren gedaan, die bij haar het gewettigd vertrouwen hadden gewekt dat haar het betrokken voordeel zou worden toegekend.

206. Bovendien heeft, aldus rekwirante, het Gerecht ten onrechte verklaard dat dergelijke toezeggingen niet konden worden gedaan, omdat de Commissie de medewerking van de ondernemingen pas na de beëindiging van de administratieve procedure beoordeelt. Uit de mededeling inzake medewerking blijkt dat het gewettigd vertrouwen ontstaat op het tijdstip waarop het bewijsmateriaal aan de Commissie wordt overgelegd.

207. Volgens de Commissie geven de overwegingen van het Gerecht geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting. Zij benadrukt inzonderheid dat, ook al roept de mededeling inzake medewerking een gewettigd vertrouwen in het leven, een onderneming bij de overlegging van bewijs aan de Commissie niet erop mag vertrouwen dat de Commissie haar uit hoofde van deel B van deze mededeling een vermindering van de geldboete zal verlenen. De Commissie heeft immers het recht om pas nadat zij alle bewijzen heeft verkregen en onderzocht, te beoordelen of deze onderneming aan de in dat deel cumulatief gestelde voorwaarden voldoet.

208. Ik merk in de eerste plaats op dat de vraag of met de verklaringen die de vertegen-

128 — Zie bestreden arrest, punten 375-379.
129 — Zie bestreden arrest, punten 384-395.

woordigers van de Commissie tijdens de administratieve procedure hebben afgelegd, nauwkeurige toezeggingen aan rekwirante zijn gedaan betreffende de toepassing in haar voordeel van deel B van de mededeling inzake medewerking, tot de beoordeling van de feiten door het Gerecht behoort, welke niet in aanmerking komt voor toetsing in het kader van een hogere voorziening, behoudens verdraaiing van de feiten of van het bewijsmateriaal. Rekwirante heeft in het verzoekschrift in hogere voorziening evenwel geen enkel argument in laatstgenoemde zin aangevoerd.

209. Ik meen overigens dat de conclusies van het Gerecht niet in strijd zijn met de vaststellingen die het heeft gedaan in de punten 391 en 392 van het bestreden arrest (zie punt 205 supra), waaruit niet kan worden afgeleid dat aan rekwirante nauwkeurige toezeggingen zijn gedaan dat haar de vermindering van deel B van de mededeling inzake medewerking zou worden verleend. Uit deze vaststellingen blijkt enkel dat de vertegenwoordigers van de Commissie ten aanzien van ADM de toekenning van die vermindering hebben vermeld als een mogelijkheid „op grond van" dit deel, wat betekent dat aan de daarin gestelde voorwaarden moest zijn voldaan.

210. Bovendien heeft het Gerecht volkomen terecht in wezen geoordeeld dat rekwirante bij haar medewerking aan het onderzoek van de Commissie, hoe dan ook niet erop mocht vertrouwen dat haar het voormelde voordeel zou worden toegekend. Rekwirante diende er zich immers reeds op dat tijdstip bewust van te zijn dat, zoals in punt E, nr. 2, van de mededeling inzake medewerking uitdrukkelijk is bepaald [130], de Commissie pas bij de vaststelling van de eindbeschikking beoordeelt of aan de voorwaarden van deel B van deze mededeling is voldaan.

211. Derhalve moet het onderhavige middel worden afgewezen.

2. Middel in hogere voorziening betreffende schending van de in deel B van de mededeling inzake medewerking gestelde voorwaarden

212. Met dit middel stelt rekwirante in wezen dat de ongegrondverklaring van het middel van haar beroep in eerste aanleg inzake schending van deel B, sub b, van de mededeling inzake medewerking, en dus van het vertrouwensbeginsel, faalt wegens de onjuiste vaststelling dat ADM niet aan de voorwaarden van voornoemd deel B, sub e, heeft voldaan. Deze onjuiste conclusie vloeit volgens haar voort uit de onjuiste rechtsopvatting waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven bij het onderzoek van de middelen waarmee rekwirante was opgekomen tegen de vaststelling van de Commissie dat zij de rol van leider in het kartel had gespeeld.

130 — Volgens deze bepaling „[beoordeelt de Commissie] [p]as wanneer zij haar eindbeschikking vaststelt, of aan de in deel B, C of D gestelde voorwaarden is voldaan, en dus of de geldboete moet worden verminderd of zelfs geen geldboete behoeft te worden opgelegd".

213. Volgens de Commissie herhaalt rekwirante met dit middel louter de grieven die zij in het kader van de andere middelen in hogere voorziening heeft geformuleerd tegen de overwegingen waarmee het Gerecht de toekenning aan ADM van de rol van leider in het kartel in de litigieuze beschikking heeft bevestigd. De Commissie meent dan ook dat dit middel moet worden afgewezen, aangezien deze grieven, zoals zij bij de beantwoording ervan heeft uiteengezet, ongegrond zijn.

214. Daar ik na het onderzoek van de middelen betreffende de beweerde rol van leider van ADM in het citroenzuurkartel van oordeel ben dat — zowel om procedureredenen als om materieelrechtelijke redenen — niet kan worden geconcludeerd dat rekwirante die rol daadwerkelijk heeft gespeeld, kan ik enkel concluderen dat ook dit middel in hogere voorziening wordt toegewezen. Aangezien het Gerecht dus niet mocht vaststellen dat rekwirante de leider van het kartel was en derhalve niet voldeed aan de voorwaarden van deel B, sub e, van de mededeling inzake medewerking, had het Gerecht moeten onderzoeken of het middel inzake de onjuiste toepassing door de Commissie van deel B, sub e, van die mededeling, gegrond was.

215. Het bestreden arrest dient bijgevolg te worden vernietigd voor zover dit middel ongegrond is verklaard. Ik zal thans dit middel onderzoeken en daarbij ervan uitgaan dat, aangezien de zaak in staat van wijzen is, het Hof ook dit middel kan afdoen overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van zijn Statuut.

K — *Beroep tegen de litigieuze beschikking: de vraag of rekwirante volgens deel B, sub e, van de mededeling inzake medewerking moest worden aangemerkt als de onderneming die de Commissie als eerste materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het kartel te bewijzen*

216. Rekwirante heeft voor het Gerecht aangevoerd dat zij de eerste onderneming is geweest die de Commissie materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het citroenazuurkartel te bewijzen. Deze bewijzen zouden op de bijeenkomst van haar vertegenwoordigers en vertegenwoordigers van de Commissie van 11 december 1998 zijn verstrekt via rechtstreekse getuigenissen, bewijsstukken uit de periode van het kartel en documenten waarin de context van de uitvoering van het kartel werd beschreven. Omgekeerd kan het materiaal dat door Cerestar is verstrekt tijdens de bijeenkomst die op 29 oktober 1998 tussen vertegenwoordigers van deze laatste en vertegenwoordigers van de Commissie heeft plaatsgevonden, anders dan in de litigieuze beschikking is vastgesteld, niet als van doorslaggevend belang worden beschouwd om het bestaan van het kartel te bewijzen.

217. In dit verband heeft rekwirante de volgende argumenten aangevoerd [131]:

— Cerestar heeft geen informatie over het kartel verstrekt betreffende de

131 — Zie het verzoekschrift van het beroep in eerste aanleg, punt 9.2.1.

periode die aan haar deelneming voorafging;

— de informatie die Cerestar heeft verstrekt met betrekking tot de data van de bijeenkomsten van het kartel en de personen die daaraan hebben deelgenomen, waren nauwkeurig noch concludent, en zijn nadien, na grondiger verificatie, gedeeltelijk ingetrokken door Cerestar zelf;

— Cerestar heeft vage en weinig concludente informatie verstrekt over de agenda van deze bijeenkomsten en zij heeft geen enkel nauwkeurig gegeven overgelegd betreffende de afgesproken prijzen en volumes;

— Cerestar heeft de Commissie klaarblijkelijk geen rechtstreekse getuigenissen kunnen bezorgen;

— Cerestar heeft het zelf noodzakelijk geacht, de op de bijeenkomst van 29 oktober 1998 afgelegde mondelinge verklaringen door aanvullende informatie te preciseren en te verduidelijken, doch zulks pas na de bijeenkomst van ADM en de vertegenwoordigers van de Commissie van 11 december 1998;

— Cerestar heeft van de Commissie een omstandig, op 3 maart 1999 gedateerd verzoek om inlichtingen ontvangen dat op de verklaringen van ADM was gebaseerd.

218. De Commissie heeft hierop gerepliceerd dat de onvolledigheid van de door een onderneming verstrekte inlichtingen er volgens deel B, sub b, van de mededeling inzake medewerking niet aan in de weg staat dat deze inlichtingen als van doorslaggevend belang worden beschouwd om het bestaan van het kartel te bewijzen. Deze bepaling verlangt niet dat bewijzen worden verstrekt over de juiste duur van het kartel of de voortdurende deelneming van alle leden.

219. Vooraf wijs ik erop dat rekwirante niet heeft betwist dat materiaal dat van doorslaggevend belang is de zin van deze bepaling, ook mondeling kan worden verstrekt, en dat zij niet heeft geklaagd over de onzekerheid rond de inhoud van de mondelinge verklaringen die de vertegenwoordigers van Cerestar tijdens de bijeenkomst van 29 oktober 1998 hebben afgelegd. De inhoud van deze verklaringen blijkt uit een „notitie voor het dossier" van 6 november 1998 die is opgesteld door een van de vertegenwoordigers van de Commissie die op deze bijeenkomst aanwezig waren en die bij de stukken van het geding in eerste aanleg is gevoegd op uitdrukkelijk verzoek van het Gerecht. Bovendien is rekwirante niet — althans niet voldoende duidelijk en omstandig — opgekomen tegen de vaststelling in limine van punt 306 van de litigieuze beschikking, dat de door Cerestar op deze bijeenkomst verstrekte informatie overeenstemt met de informatie die in de schriftelijke verklaring van Cerestar is opgenomen.

220. Voor het onderzoek van dit in eerste aanleg aangevoerde middel hoeft dus enkel aan de hand van rekwirantes argumenten te worden geverifieerd of deze informatie zoals die uit voornoemde „notitie voor het dossier" en uit de schriftelijke verklaring van Cerestar blijkt, moet worden aangemerkt als materiaal dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het citroenzuurkartel te bewijzen.

221. Dienaangaande zij er allereerst op gewezen dat, zoals in de rechtspraak van het Gerecht reeds is uitgemaakt, het begrip „materiaal […] dat van doorslaggevend belang is om het bestaan van de aangebrachte mededingingsregeling te bewijzen" in de zin van deel B, sub b, van de mededeling inzake medewerking niet doelt op bewijzen die op zichzelf volstaan om het bestaan van de mededingingsregeling aan te tonen. [132] Het verstrekte materiaal mag evenwel niet eenvoudigweg een oriëntatiebron voor het onderzoek door de Commissie zijn, maar moet rechtstreeks kunnen worden gebruikt als bewijs van de inbreuk. [133]

222. De betrokken bepaling eist geenszins dat bewijselementen betreffende alle in de beschikking van de Commissie vastgestelde feiten worden verstrekt. [134] De verstrekte bewijselementen hoeven dus niet noodzakelijkerwijs betrekking te hebben op de volledige periode van het bestaan van het kartel. Deze bepaling verlangt evenmin dat de bewijselementen in de vorm van rechtstreekse getuigenissen van de hoofdrolspelers van de onrechtmatige activiteiten worden verstrekt. Derhalve zijn het eerste en het vierde argument vermeld in punt 217 ongegrond en dienen deze argumenten te worden verworpen.

223. Het enkele feit dat Cerestar na de bijeenkomst van 29 oktober 1998 bijkomende informatie heeft willen overleggen of dat de Commissie haar een verzoek om informatie heeft doen toekomen, is irrelevant voor de vaststelling dat de op deze bijeenkomst verstrekte elementen van doorslaggevend belang waren om het bestaan van het kartel te bewijzen. Bijgevolg moeten ook het vijfde en het zesde in punt 217 genoemde argument worden afgewezen.

224. Betreffende het gebrek aan nauwkeurigheid van de informatie die Cerestar op 29 oktober 1998 over de data van de kartelbijeenkomsten en de deelnemers aan die bijeenkomsten heeft verstrekt, wijs ik erop dat de door rekwirante aangevoerde omstandigheden — namelijk dat in die informatie acht bijeenkomsten slechts als „mogelijke" bijeenkomsten van het kartel werden genoemd, dat de identiteit van de deelnemers aan de kartelbijeenkomsten enkel met betrekking tot drie daadwerkelijk gehouden kartel-

132 — Zie arresten Tokai Carbon e.a./Commissie (punt 362), en BASF/Commissie (punt 492), aangehaald in voetnoot 30 supra, alsook arrest Gerecht van 15 maart 2006, Daiichi Pharmaceutical/Commissie (T-26/02, Jurispr. blz. II-713, punt 156), waarin telkens is gepreciseerd dat het in deel B, sub a, van de mededeling inzake medewerking gebruikte bijvoeglijk naamwoord „voldoende" daarentegen niet wordt gebruikt in deel B, sub b, van deze mededeling; zie ook arrest Gerecht van 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 692).

133 — Zie arrest BASF/Commissie, aangehaald in voetnoot 30 supra (punt 493), en arrest Daiichi Pharmaceutical/Commissie, aangehaald in de vorige voetnoot (punt 157).

134 — In die zin arrest Daiichi Pharmaceutical/Commissie, aangehaald in voetnoot 132 supra (punt 162).

bijeenkomsten is meegedeeld en dat zes van de in die informatie genoemde bijeenkomsten volgens de vaststellingen van de Commissie niet hebben plaatsgevonden — niet uitsluiten dat Cerestar de Commissie met deze informatie hoe dan ook materiaal van doorslaggevend belang heeft verstrekt. Zoals uit rekwirantes eigen verklaringen blijkt, heeft Cerestar met deze informatie — die waar nodig met de passende en begrijpelijke terughoudendheid moet worden bezien, gelet op de tijd die was verstreken en op het beweerde ontbreken van duidelijke documentatie — een zeker aantal in de litigieuze beschikking vastgestelde bijeenkomsten van het kartel geïdentificeerd, alsook de deelnemers aan die bijeenkomsten. [135]

225. Ten slotte sluit naar mijn oordeel de omstandigheid dat de informatie die Cerestar op 29 oktober 1998 over de inhoud van deze kartelbijeenkomsten heeft verstrekt, vaag en weinig concludent was, en dat zij geen enkele nauwkeurige informatie betreffende de afgesproken prijzen en quota heeft overgelegd, niet uit dat Cerestar op die datum informatie heeft verstrekt die doorslaggevend was om het bestaan van het kartel te bewijzen.

226. Ook al was deze informatie niet zo volledig dat daarin voor elke vastgestelde kartelbijeenkomst waarop zij betrekking had de datum, de plaats, de deelnemers, de inhoud en het verloop van de besprekingen werden opgegeven, toch bevatte zij voor elk van die bijeenkomsten specifieke bijzonderheden waardoor deze informatie rechtstreeks kon worden gebruikt als bewijs van de feiten die de inbreuk vormden, welke feiten nadien volledig konden worden bewezen door deze informatie samen te voegen met de bewijselementen die de Commissie vervolgens uit andere bronnen heeft verkregen.

227. Zo vermeldde bijvoorbeeld de door Cerestar over de kartelbijeenkomst van 19 mei 1992 te Jeruzalem verstrekte informatie weliswaar niet de inhoud van de besprekingen, maar enkel de waarschijnlijke datum, de plaats en de deelnemers, doch de Commissie heeft dankzij de door andere ondernemingen verstrekte informatie kunnen vaststellen dat op deze bijeenkomst een compensatieregeling voor de verkoop tussen de kartelleden werd besproken voor de gevallen waarin de afgesproken marktaandelen werd overschreden. [136] Die informatie van andere ondernemingen werd weer bevestigd door de informatie van Cerestar van 29 oktober 1998, waarin dit compensatiestelsel, ook al ontbraken verwijzingen naar specifieke kartelbijeenkomsten, in algemene termen was beschreven en waarin gedetailleerde cijfers werden verstrekt over de individuele transacties van Cerestar in het kader van die compensatieregeling.

228. Met betrekking tot de bijeenkomst van 2 november 1994 te Brussel [137] refereert de door Cerestar verstrekte informatie bovendien ook aan de inhoud van de besprekingen,

135 — Het betreft meer bepaald de bijeenkomsten van 19 mei 1992 te Jeruzalem (zie punt 103 van de litigieuze beschikking en blz. 5 van de schriftelijke verklaring van Cerestar, die de volgende dag als de vermoedelijke datum van de bijeenkomst aangeeft, dus met een minimaal tijdsverschil); van 1 juni 1993 in Ierland (zie punt 113 en blz. 6 van de schriftelijke verklaring van Cerestar), en van 27 oktober 1993 te Brugge (zie punt 118 van de litigieuze beschikking en blz. 6 van de schriftelijke verklaring van Cerestar).

136 — Zie punt 103 van de litigieuze beschikking.

137 — Zie punt 122 van de litigieuze beschikking en de bladzijden 7 en 8 van de schriftelijke verklaring van Cerestar.

en met name naar het op deze bijeenkomst afgesproken initiatief om de concurrerende Chinese producenten via de eigen vertegenwoordigers met een eventuele klacht wegens antidumpingpraktijken te bedreigen.

229. Dat de Commissie voor het bewijs van de feiten die de inbreuk hebben opgeleverd, waaronder de verschillende vastgestelde kartelbijeenkomsten, het door Cerestar op 29 oktober 1998 verstrekte bewijsmateriaal heeft moeten combineren met het materiaal dat vervolgens door de andere ondernemingen van het kartel of door Cerestar zelf is overgelegd, sluit niet uit dat het eerstgenoemde bewijsmateriaal „van doorslaggevend belang" was, daar het daadwerkelijk rechtstreeks als bewijs kon worden gebruikt en het dus niet louter een oriëntatiebron voor de opsporingen van de Commissie is geweest.

230. Het is bovendien juist dat de door Cerestar op 29 oktober 1998 verstrekte informatie geen nauwkeurige gegevens betreffende de afgesproken prijzen bevatte en met betrekking tot de quota enkel naar het aan Cerestar toegewezen quotum van 5 % van de wereldwijde omzet van de kartelleden verwees.

231. Niettemin konden op basis van deze informatie de kartelleden worden geïdentificeerd en kon bij benadering de periode van 1991 tot en met 1995 als duur van de inbreuk worden vastgesteld. Deze informatie onthulde eveneens een zeker aantal kartelbijeenkomsten, alsook de plaatsen van die bijeenkomsten en de desbetreffende deelnemers eraan. Zij bevatte een omstandig relaas van de omstandigheden waarin Cerestar zich bij het kartel had aangesloten, alsook een algemene — maar daarom nog niet vage — beschrijving van de werkingsmechanismen van het kartel, onder verwijzing naar zowel de verschillende soorten bijeenkomsten („Masters" en „Sherpa") als de diverse thema's waarop de overeenkomsten betrekking hadden (inzonderheid de prijzen, de toewijzing van marktaandelen en de uitwisseling van informatie over de verkochte volumes). Mijns inziens kan er geen twijfel over bestaan dat Cerestar met deze inlichtingen — zij het zonder cijfers over de afgesproken prijzen en quota — materiaal heeft verstrekt dat van doorslaggevend belang was om het bestaan van het kartel te bewijzen [138], en dat dit de taak van de Commissie om de feiten van de vastgestelde inbreuk te reconstrueren en te bewijzen, aanzienlijk heeft verlicht. De vraag of deze bijdrage, gelet op de beperkte nauwkeurigheid ervan, diende te worden gecompenseerd met een zo grote vermindering van de geldboete als die welke de Commissie aan Cerestar heeft verleend (90 %), is een andere kwestie waarop hier uiteraard niet moet worden ingegaan.

232. Derhalve tonen de argumenten van rekwirante volgens mij niet aan dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat het door Cerestar op de bijeenkomst van 29 oktober 1998 verstrekte materiaal beslissend was om het bestaan van het citroenzuurkartel te bewijzen.

138 — Zie voor een analoge conclusie in soortgelijke omstandigheden arrest BASF/Commissie, aangehaald in voetnoot 30 supra (punt 568), alsook arresten Gerecht van 27 september 2006, Roquette Frères/Commissie (T-322/01, Jurispr. blz. II-3137, punten 238-244, inzonderheid punt 242), en Archer Daniels Midland/Commissie (en T-329/01, Jurispr. blz. II-3255, punten 320-324, inzonderheid punt 323).

233. Het door rekwirante ter zake in het kader van haar beroep tegen de litigieuze beschikking geformuleerde middel moet mijns inziens dan ook worden afgewezen.

L — *Herberekening van het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete*

234. Op basis van de voorgaande overwegingen en conclusies ben ik van oordeel dat het Hof, wanneer het de zaak overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van zijn Statuut zelf afdoet, het bedrag van de aan rekwirante in de litigieuze beschikking opgelegde geldboete als volgt opnieuw moet berekenen: de vermeerdering van 35 % die op het door de Commissie berekende basisbedrag van de geldboete is toegepast wegens de verzwarende omstandigheid van de rol van leider van het kartel, moet ongedaan worden gemaakt, en vervolgens dient op dit basisbedrag, te weten 58,8 miljoen EUR, de vermindering van 50 % te worden toegepast die de Commissie krachtens deel D van de mededeling inzake medewerking heeft verleend.

235. De aan rekwirante op te leggen geldboete bedraagt dan 29,4 miljoen EUR.

M — *Kosten*

236. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet. Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van ditzelfde Reglement, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 69, lid 3, van het Reglement kan het Hof evenwel de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

237. Aangezien in casu beide partijen gedeeltelijk in het ongelijk zijn gesteld, acht ik het aangewezen dat elke partij met betrekking tot de onderhavige procedure in hogere voorziening haar eigen kosten draagt.

238. Gelet op de omstandigheid dat het bestreden arrest gedeeltelijk moet worden vernietigd en de conclusies waarmee rekwirante tegen de litigieuze beschikking is opgekomen, gedeeltelijk moeten worden toegewezen, acht ik het bovendien billijk, rekwirantes conclusies dienaangaande in haar verzoekschrift in hogere voorziening gedeeltelijk toe te wijzen en de in het bestreden arrest vastgestelde verdeling van de kosten te wijzigen. Ik stel dan ook voor de Commissie niet in slechts een tiende, maar in een vierde van rekwirantes kosten in de procedure voor het Gerecht te verwijzen, en rekwirante te verwijzen in de overige kosten van die procedure.

III — Conclusie

239. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

1) het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 27 september 2006 in zaak T-59/02, Archer Daniels Midland/Commissie, te vernietigen, voor zover daarbij is afgewezen rekwirantes middel betreffende schending van de rechten van de verdediging doordat in de mededeling van de punten van bezwaar niet de feitelijke omstandigheden waren vermeld waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om haar in beschikking 2002/742/EG van 5 december 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (Comp/E-1/36.604 — Citroenzuur) als leider van het kartel aan te merken, of, subsidiair, voormeld arrest te vernietigen voor zover daarbij zijn afgewezen de door rekwirante aan schending van de procedurewaarborgen ontleende middelen waarmee zij is opgekomen tegen het feit dat de Commissie het FBI-rapport heeft gebruikt als bewijs dat zij de rol van leider in het kartel zou hebben gespeeld;

2) voormeld arrest te vernietigen voor zover daarbij is afgewezen rekwirantes middel betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel door de niet-inaanmerkingneming van de verzachtende omstandigheid van punt 3, derde streepje, van de richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd;

3) voormeld arrest te vernietigen voor zover daarbij ongegrond is verklaard rekwirantes middel betreffende de onjuiste toepassing door de Commissie van deel B, sub b, van haar mededeling van 1996 betreffende het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen;

4) het bedrag van de aan rekwirante op te leggen geldboete vast te stellen op 29,4 miljoen EUR;

5) de hogere voorziening af te wijzen voor het overige;

6) de Commissie te verwijzen in een vierde van rekwirantes kosten in de procedure voor het Gerecht en in haar eigen kosten in de onderhavige procedure in hogere voorziening;

7) rekwirante te verwijzen in drie vierde van haar eigen kosten en in alle kosten van de Commissie in de procedure voor het Gerecht, alsook in haar eigen kosten in de onderhavige procedure in hogere voorziening.