ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)
29 juni 1995 *

In zaak T-30/91,

Solvay SA, voorheen Solvay et C^ie SA, vennootschap naar Belgisch recht, gevestigd te Brussel, vertegenwoordigd door L. Simont, advocaat bij het Belgische Hof van Cassatie, en ter terechtzitting door P.-A. Foriers en G. Block, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door N. Coutrelis, advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende de nietigverklaring van beschikking 91/297/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay, ICI) (PB 1991, L 152, blz. 1),

wijst

* Procestaal: Frans.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, D. P. M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner en A. Kalogeropoulos, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 6 en 7 december 1994,

het navolgende

Arrest

De feiten en het procesverloop

De economische context

1 Het produkt waarop de procedure betrekking heeft, natriumcarbonaat, wordt gebruikt bij de vervaardiging van glas (zwaar natriumcarbonaat), alsmede in de chemische en de metaalverwerkende industrie (licht natriumcarbonaat). Er moet worden onderscheiden tussen natuurlijk (zwaar) natriumcarbonaat, dat voornamelijk in de Verenigde Staten wordt toegepast, en synthetisch (zwaar en licht) natriumcarbonaat, dat in Europa wordt vervaardigd volgens een procédé dat meer dan

honderd jaar geleden door verzoekster is uitgevonden. De produktiekosten van natuurlijk natriumcarbonaat zijn veel lager dan die van het synthetische produkt.

2 Ten tijde van de feiten waren de zes producenten van synthetisch natriumcarbonaat in de Gemeenschap:

— verzoekster, de grootste producent zowel op wereldvlak als in de Gemeenschap, met een marktaandeel in de Gemeenschap van bijna 60 % (en zelfs 70 % in de Gemeenschap zonder het Verenigd Koninkrijk en Ierland);

— Imperial Chemical Industries plc (hierna: „ICI"), de op een na grootste producent in de Gemeenschap, die meer dan 90 % van de markt in het Verenigd Koninkrijk in handen heeft;

— de „kleine" producenten Chemische Fabrik Kalk (hierna: „CFK") en Matthes & Weber (Duitsland), AKZO (Nederland) en Rhône-Poulenc (Frankrijk), met te zamen ongeveer 26 %.

3 Verzoekster exploiteerde fabrieken in België, Frankrijk, Duitsland, Italië, Spanje, Portugal en Oostenrijk, en had verkooporganisaties in die landen alsook in Zwitserland, Nederland en Luxemburg. Voorts verkeerde zij als grootste zoutproducent in de Gemeenschap in een bijzonder gunstige positie wat de aanvoer van de voornaamste grondstof van natriumcarbonaat betreft. ICI bezat twee fabrieken in het Verenigd Koninkrijk, nadat een derde in 1985 was gesloten.

4 Aan de vraagzijde waren de glasfabrikanten de belangrijkste afnemers in de Gemeenschap. Zo werd ongeveer 70 % van de produktie van de ondernemingen in West-Europa gebruikt voor de fabricage van vlakglas en holglas. De meeste glasfabrieken waren continubedrijven en moesten daarom op een gewaarborgde

bevoorrading met natriumcarbonaat kunnen rekenen; in de meeste gevallen hadden zij voor het grootste deel van hun behoeften met één grote leverancier een overeenkomst voor een betrekkelijk lange termijn gesloten, terwijl een andere leverancier uit voorzorg als „nevenbevoorradingsbron" diende.

5 Ten tijde van de feiten was de communautaire markt langs nationale lijnen opgedeeld en vertoonden de fabrikanten de neiging, hun verkoopstrategie in de Gemeenschap vooral op die Lid-Staten te richten waar zij produktie-installaties bezaten. Met name was er geen concurrentie tussen verzoekster en ICI, die beide hun verkopen in de Gemeenschap beperkten tot hun traditionele „invloedssferen" (continentaal West-Europa voor verzoekster en het Verenigd Koninkrijk en Ierland voor ICI). Deze verdeling van de markt gaat terug tot 1870, toen verzoekster voor het eerst licenties verleende aan Brunner, Mond & Co., een van de ondernemingen die later ICI hebben gevormd. Overigens was verzoekster een van de grootste aandeelhouders van Brunner, Mond & Co., en later van ICI, tot de verkoop van haar aandelen in de jaren zestig. De overeenkomsten tot verdeling van de markt die vervolgens werden gesloten, laatstelijk in 1945-1949, zijn volgens verzoekster en ICI vervallen in 1962 en formeel beëindigd in 1972.

De administratieve procedure

6 Begin 1989 verrichtte de Commissie onaangekondigde verificaties bij de voornaamste natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap. Naar aanleiding van deze verificaties vestigde verzoekster bij brief van 27 april 1989 de aandacht van de Commissie erop, dat de in kopie in haar kantoren in beslag genomen documenten een vertrouwelijk karakter hadden. Bij brief van 22 mei 1989 bevestigde de Commissie, dat artikel 20 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), van toepassing was op de tijdens de betrokken verificaties verzamelde documenten. Deze verificaties werden aangevuld door verzoeken om inlichtingen. Verzoekster verschafte de gevraagde inlichtingen

bij brief van 18 september 1989, waarin zij nogmaals wees op het vertrouwelijk karakter van de overgelegde documenten. Ook ICI wees bij gelegenheid van deze verificaties en verzoeken om inlichtingen bij brieven van 13 april en 14 september 1989 op het vertrouwelijk karakter van haar documenten.

7 Vervolgens zond de Commissie verzoekster bij brief van 13 maart 1990 een mededeling van de punten van bezwaar, bestaande uit verschillende onderdelen:

— het eerste onderdeel betreft de feiten van de procedure;

— het tweede onderdeel betreft een schending van artikel 85 EEG-Verdrag, die wordt verweten aan verzoekster en aan ICI (de adressaten van de desbetreffende bijlagen II.1-II.42);

— het derde onderdeel betreft een schending van artikel 85 EEG-Verdrag, die wordt verweten aan verzoekster (de adressaat van de desbetreffende bijlagen III.1-III.12) en aan CFK;

— het vierde onderdeel betreft een schending van artikel 86 EEG-Verdrag, die wordt verweten aan verzoekster (de adressaat van de desbetreffende bijlagen IV.1-IV.180);

— een vijfde onderdeel (vergezeld van bijlagen met nummer V), dat betrekking heeft op een schending van artikel 86, die wordt verweten aan ICI, maakt geen deel uit van de aan verzoekster gerichte mededeling van de punten van bezwaar; dienaangaande vermeldt de brief van 13 maart 1990 enkel: „Deel V heeft geen betrekking op Solvay";

— het zesde onderdeel betreft de eventueel op te leggen geldboetes.

8 Na te hebben gewezen op het belang van handhaving van de vertrouwelijkheid van de stukken die waren verkregen krachtens verordening nr. 17, verklaarde de Commissie in deze brief van 13 maart 1990, dat de in de bijlagen II.1-II.42 vervatte bewijsmiddelen aan elk van de betrokken ondernemingen waren gezonden, maar dat „de inlichtingen die zakengeheimen zouden kunnen bevatten of commercieel gevoelig zouden kunnen liggen, en die niet rechtstreeks betrekking hebben op de vermoede inbreuk, [waren] geschrapt uit de stukken". Ten slotte maakte de Commissie aan beide ondernemingen de krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 door de andere onderneming gegeven antwoorden bekend, waarbij zij preciseerde, dat „de inlichtingen die zakengeheimen konden bevatten, [eveneens waren] geschrapt uit deze antwoorden".

9 Op 28 mei 1990 maakte verzoekster schriftelijk haar standpunt over de mededeling van de punten van bezwaar kenbaar. Bij brief van 29 mei 1990 verzocht de Commissie verzoekster, deel te nemen aan de hoorzitting betreffende de aan verzoekster en ICI verweten inbreuk, op 25 tot en met 27 juni daaraanvolgend. Bij brief van 14 juni 1990 deelde verzoekster mee, dat zij aan deze hoorzitting niet zou deelnemen. Deze had plaats op 26 en 27 juni 1990. Alleen ICI nam eraan deel.

10 Bij brief aan de Commissie van 20 september 1990 maakte verzoekster bezwaar tegen het feit, dat de Commissie tijdens de hoorzitting bepaalde stukken of onderdelen van stukken had gebruikt die niet in het aan haar overgelegde dossier voorkwamen, nog afgezien van andere stukken of onderdelen van stukken waarop zij zich had kunnen beroepen; in dit verband verzocht verzoekster de Commissie ervoor zorg te dragen, dat de rechten van de verdediging ten volle zouden worden geëerbiedigd.

11 De Commissie antwoordde bij brief van 1 oktober 1990, dat zij enkel om te antwoorden op een door ICI tijdens de hoorzitting ingebracht argument, tijdens deze zitting een tiental bij ICI in beslag genomen stukken met de nummers „X.1 tot en met X.11" had overgelegd. Op uitdrukkelijk verzoek van ICI waren die stukken niet bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegd, omdat zij voor een deel vertrouwelijk waren. Ervan uitgaande, dat ICI verzoekster inmiddels afschriften

van deze stukken had doen toekomen na er de vertrouwelijke passages te hebben uitgehaald, stelde de Commissie verzoekster in de gelegenheid daarover binnen twee weken nadere opmerkingen te maken.

12 In een brief van 17 oktober 1990 preciseerde verzoekster, dat haar vorige brief geen betrekking had op de stukken met nummer „X" die de Commissie tijdens de hoorzitting had overgelegd, daar deze voor haar van weinig belang waren. Het ging haar om de stukken die ICI tijdens de hoorzitting ter verdediging had aangevoerd en die haar inmiddels door ICI waren toegezonden. Het betrof zes documenten afkomstig van ICI, die verzoekster naar eigen zeggen disculpeerden. Voorts waren twee andere stukken enkel in een op willekeurige wijze geschoonde versie bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegd (II.25 en II.34). Verzoekster kritiseerde deze gang van zaken en verwees in dit verband naar de door ICI tijdens de hoorzitting gemaakte opmerkingen.

13 Op 30 oktober 1990 antwoordde de Commissie, dat de stukken geen nieuwe informatie voor verzoekster bevatten, noch gegevens die de bezwaren tegen de betrokken ondernemingen konden staven. Zij verklaarde, dat zij niettemin rekening zou houden met de door verzoekster in haar brief van 17 oktober 1990 naar voren gebrachte argumenten.

14 Blijkens de stukken stelde het college van Commissieleden na bovenstaande procedure, tijdens zijn op 17 en 19 december 1990 gehouden 1 040e vergadering, beschikking 91/297/EEG vast inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay, ICI) (PB 1991, L 152, blz. 1, hierna: „beschikking"). In deze beschikking wordt in hoofdzaak geconstateerd, dat verzoekster en ICI van 1 januari 1973 tot begin 1989 hebben deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging ter verdeling van de Westeuropese markt voor natriumcarbonaat, door continentaal West-Europa voor verzoekster en het Verenigd Koninkrijk en Ierland voor ICI te reserveren; op grond daarvan wordt in de beschikking aan deze beide ondernemingen een geldboete opgelegd van 7 miljoen ECU.

15 Tijdens dezelfde vergadering stelde de Commissie voorts de volgende beschikkingen vast:

— beschikking 91/299/EEG inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay) (PB 1991, L 152, blz. 21), waarin zij in hoofdzaak vaststelde, dat verzoekster misbruik had gemaakt van haar machtspositie op de natriumcarbonaatmarkt in continentaal West-Europa en haar een geldboete van 20 miljoen ECU oplegde;

— beschikking 91/300/EEG inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-D: Natriumcarbonaat — ICI) (PB 1991, L 152, blz. 40), waarin zij in hoofdzaak vaststelde, dat ICI misbruik had gemaakt van haar machtspositie in het Verenigd Koninkrijk en haar een geldboete van 10 miljoen ECU oplegde; de belangrijkste elementen van de in beschikking 91/300 geconstateerde inbreuk bestonden in het feit dat ICI ten opzichte van haar klanten gebruik had gemaakt van „top slice"-kortingen, dat wil zeggen hen ertoe had getracht te bewegen, niet alleen hun „normale" hoeveelheid af te nemen, maar tevens de marginale hoeveelheden of „top slice", die zij anders wellicht bij een tweede leverancier zouden kopen. Voorts verweet zij ICI, dat deze herhaaldelijk druk op de klant had uitgeoefend om zich ertoe te verbinden zich voor (nagenoeg) zijn totale behoefte bij haar te bevoorraden, teneinde de concurrentie van andere leveranciers tot een minimum te beperken en een bijna volledig monopolie op de Britse markt te behouden. In dit verband wordt in paragraaf 4 van beschikking 91/300 onder meer gesteld, dat ICI tot het eind van de jaren zeventig een monopolie had voor de voorziening van het Verenigd Koninkrijk van natriumcarbonaat.

16 Het Gerecht heeft in het kader van de onderhavige zaak akte genomen van de beschikkingen 91/299 en 91/300 van 19 december 1990. Het heeft deze ambtshalve in het dossier van de onderhavige procedure opgenomen.

17 De in het onderhavige beroep aangevochten beschikking werd verzoekster bij aangetekende brief van 1 maart 1991 betekend.

18 Vaststaat, dat de tekst van de aan verzoekster betekende beschikking niet vooraf was geauthentiseerd door plaatsing van de handtekening van de voorzitter en de uitvoerend secretaris van de Commissie, onder de voorwaarden bedoeld in artikel 12, eerste alinea, van het destijds geldende reglement van orde 63/41/EEG van de Commissie van 9 januari 1963 (PB 1963, blz. 181), voorlopig gehandhaafd bij artikel 1 van besluit 67/426/EEG van de Commissie van 6 juli 1967 (PB 1967, 147, blz. 1), laatstelijk gewijzigd bij beschikking 86/61/EEG, Euratom, EGKS van de Commissie van 8 januari 1986 (PB 1986, L 72, blz. 34) (hierna: „reglement van orde").

Procedure in rechte

19 In deze omstandigheden heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld, dat op 2 mei 1991 ter griffie van het Gerecht is ingeschreven. Ook ICI heeft tegen de beschikking beroep ingesteld (zaak T-36/91).

20 De schriftelijke behandeling voor het Gerecht heeft een normaal verloop gehad. Na de sluiting van de schriftelijke behandeling heeft verzoekster op 10 april 1992 een „aanvullend verzoekschrift" ingediend, waarin zij een nieuw middel voordraagt, ten betoge dat de bestreden beschikking non-existent moet worden verklaard; onder verwijzing naar twee artikelen, verschenen in de *Wall Street Journal* van 28 februari 1992 en in de *Financial Times* van 2 maart 1992, stelt zij onder meer, dat de Commissie openlijk heeft verklaard, dat het ontbreken van authentisatie van door het college van Commissieleden gegeven beschikkingen een sinds jaren gevolgde praktijk was en dat in geen 25 jaar een beschikking was geauthentiseerd. Deze uitlatingen van de Commissie hadden betrekking op destijds bij het Gerecht aanhangige zaken, waarin verschillende beroepen waren ingesteld tegen een andere beschikking van de Commissie, waarin deze een kartel op het gebied van polyvinylchloride had vastgesteld, en die hebben geleid tot het arrest van het Gerecht van 27 februari 1992 (gevoegde zaken T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, BASF e. a., Jurispr. 1992, blz. II-315; hierna: „PVC-arrest"). Binnen de haar door de president van de Eerste kamer krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering toegestane termijn heeft de Commissie over het aanvullend verzoekschrift schriftelijke opmerkingen ingediend.

21 Bij beschikking van 14 juli 1993 heeft de president van de Eerste kamer de onderhavige zaak voor de mondelinge behandeling gevoegd met zaak T-36/91.

22 In maart 1993 heeft het Gerecht (Eerste kamer) besloten, partijen — bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang — enkele vragen te stellen, onder meer betreffende de toegang van verzoekster tot het dossier van de Commissie. Partijen hebben deze vragen in mei 1993 beantwoord. Nadat het Hof zich in de tegen het PVC-arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorziening had uitgesproken bij arrest van 15 juni 1994 (zaak C-137/92 P, BASF e. a., Jurispr. 1994, blz. I-2555), heeft het Gerecht (Eerste kamer — uitgebreid) nog andere maatregelen tot organisatie van de procesgang bevolen, en met name de Commissie verzocht, onder meer de tekst van haar beschikking 91/297 over te leggen, zoals deze indertijd in de talen waarin zij authentiek is, was geauthentiseerd door de handtekening van de voorzitter en de secretaris-generaal en bij de notulen was gevoegd.

23 De Commissie antwoordde, dat het haar, zolang het Gerecht zich niet had uitgesproken over de ontvankelijkheid van het middel ontleend aan het ontbreken van authentisatie van de aangevochten beschikking, niet juist leek, op de gegrondheid van dit middel in te gaan.

24 In die omstandigheden heeft het Gerecht (Eerste kamer — uitgebreid) de Commissie bij beschikking van 25 oktober 1994 krachtens artikel 65 van het Reglement voor de procesvoering gelast, bovengenoemde tekst over te leggen.

25 Ingevolge deze beschikking heeft de Commissie op 11 november 1994 onder meer de Franse en de Engelse tekst van beschikking 91/297 overgelegd, waarvan het voorblad een ongedateerde authentisatieformule bevat, ondertekend door de voorzitter en de uitvoerend secretaris van de Commissie. Vaststaat, dat deze formule eerst meer dan zes maanden na de instelling van het onderhavige beroep is aangebracht.

26 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten, tot de mondelinge behandeling over te gaan. Partijen zijn ter terechtzitting van 6 en 7 december 1994 in hun pleidooien en hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord. Na de terechtzitting heeft de president de mondelinge behandeling gesloten.

Conclusies van partijen

27 Verzoekster concludeert, dat het het Gerecht behage:

— primair, de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover verzoekster daarin een geldboete van 7 miljoen ECU wordt opgelegd;

— in elk geval, de Commissie in de kosten te verwijzen.

28 In haar aanvullend verzoekschrift concludeert verzoekster, dat het het Gerecht behage, de beschikking non-existent, althans nietig te verklaren.

29 De Commissie concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— de in het aanvullend verzoekschrift opgeworpen middelen niet-ontvankelijk althans ongegrond te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

30 Vastgesteld zij, dat verzoekster, na de uitspraak van het arrest van het Hof van 15 juni 1994 (BASF, reeds aangehaald), in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft verklaard, dat zij met haar conclusies niet langer een verklaring van non-existentie van de beschikking beoogt te verkrijgen, maar slechts de nietigverklaring ervan. Zij heeft het Gerecht tevens verzocht, de tot staving van deze conclusies voorgedragen middelen slechts in het licht van nietigverklaring te onderzoeken.

De conclusies tot nietigverklaring van de beschikking

31 Tot staving van haar conclusies tot nietigverklaring draagt verzoekster een reeks middelen voor, die in twee groepen zijn te onderscheiden. Met de eerste groep middelen, betreffende de regelmatigheid van de administratieve procedure, beroept verzoekster zich op meerdere schendingen van wezenlijke vormvoorschriften. In haar aanvullend verzoekschrift stelt zij, dat, anders dan artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie voorschrijft, de betekende beschikking niet is ondertekend door de voorzitter van de Commissie, noch tijdig door hem en de secretaris-generaal is geauthentiseerd. Bovendien heeft er geen geldige betekening plaatsgevonden in de zin van artikel 191 EEG-Verdrag en artikel 16, derde alinea, van het reglement van orde. Verzoekster verwijt de Commissie voorts, het beginsel van onaantastbaarheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen te hebben geschonden door de beschikking na haar officiële datum van vaststelling te wijzigen. In haar verzoekschrift verwijt verzoekster de Commissie, het collegialiteitsbeginsel te hebben geschonden. Zij beklemtoont dat, anders dan artikel 4 van het reglement van orde van de Commissie voorschrijft, de bespreking van de ontwerpbeschikking niet is uitgesteld, ofschoon ten minste één van de leden om uitstel had verzocht teneinde het dossier, dat hem te laat ter beschikking was gesteld, behoorlijk te kunnen bestuderen. Ten slotte beroept verzoekster zich op schending van de rechten van de verdediging en artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, voor zover de Commissie enerzijds gebruik zou hebben gemaakt van niet dan wel onvolledig overgelegde documenten — in het bijzonder de bijlagen II.25 en II.34 bij de mededeling van de punten van bezwaar, die gedeeltelijk waren geschoond — en anderzijds haar de toegang zou hebben geweigerd tot bepaalde stukken die voor haar verdediging dienstige gegevens bevatten.

32 Met de tweede groep middelen beroept verzoekster zich op schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag en van de bepalingen betreffende de bewijslevering en de bewijslast, alsook van het gelijkheidsbeginsel, voor zover de beschikking zou zijn gebaseerd op onjuiste feitelijke vaststellingen en juridische beoordelingen. Ten slotte beklemtoont zij, dat de opgelegde geldboete buitensporig is, daar het hoge bedrag niet in verhouding staat tot de ernst van de gestelde inbreuk, terwijl de oplegging ervan bovendien niet naar behoren met redenen is omkleed.

33 Het Gerecht acht het gewenst, eerst het middel te onderzoeken dat verzoekster ontleent aan schending van de rechten van de verdediging, voor zover de Commissie gebruik zou hebben gemaakt van niet aan verzoekster overgelegde stukken en haar de toegang zou hebben geweigerd tot bepaalde stukken die voor haar verdediging dienstige gegevens bevatten.

Het middel ontleend aan schending van de rechten van de verdediging wegens het vermeende gebruik door de Commissie van niet aan verzoekster overgelegde stukken en de weigering haar toegang te verlenen tot bepaalde stukken die voor haar verdediging dienstige gegevens bevatten

Argumenten van partijen

34 Onder verwijzing naar de brieven van 20 september en 17 oktober 1990 die zij tijdens de administratieve procedure aan de Commissie heeft gericht en die zij bij

haar verzoekschrift heeft gevoegd, betoogt verzoekster, dat de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking gebruik heeft gemaakt van niet aan verzoekster overgelegde stukken. Tal van niet-overgelegde stukken of passages die door de Commissie zijn geschoond, bevatten evenwel gegevens die voor haar verdediging dienstig zijn. Volgens de brief van 17 oktober 1990 (zie hiervoor, r. o. 12) betreft het onder meer zes niet aan haar overgelegde stukken. Gesteld al, dat deze stukken vertrouwelijk zijn — hetgeen zij bestrijdt —, had het zakengeheim haars inziens moeten wijken voor de vereisten in verband met de eerbiediging van de rechten van de verdediging.

35 In repliek voegt verzoekster hieraan toe, dat de Commissie zich heeft gebaseerd op gegevens die zij enkel aan ICI had meegedeeld, hetzij als bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar, hetzij tijdens de hoorzitting waaraan zij niet heeft deelgenomen. Voorts heeft zij de stukken die voor haar standpunt gunstig waren, uit het dossier gelicht, en de stukken die ongunstige gegevens bevatten voor zich gehouden, hetgeen verzoekster volgens haar zeggen bij de opstelling van haar verdediging heeft belemmerd. Zo is haar geen van de stukken van de mededeling van de punten van bezwaar met het nummer V meegedeeld, betreffende het aan ICI verweten misbruik van machtspositie. De overlegging door ICI van bepaalde stukken in het onderhavige geding bevestigt echter, dat die bijlagen tal van documenten bevatten die verzoeksters standpunt ondersteunen. Blijkens een eerste onderzoek wordt door acht van die documenten de basis onder de beweringen van de Commissie uitgehaald (repliek blz. 12 en voetnoten 9, 33 en 43). Verzoekster kritiseert het feit, dat geen van beide ondernemingen toegang heeft gehad tot de bij de andere onderneming verkregen stukken, hetgeen tot gevolg heeft gehad dat beide voor de onderbouwing van hun verweer afhankelijk zijn geweest van de goede wil van de ander.

36 Bovendien, aldus verzoekster, blijkt uit de vergelijking van document II.34 met zijn langere versie neergelegd in document V.40, dat de Commissie de voor haar standpunt gunstige delen van documenten eruit heeft gelicht en zo een dossier heeft „geconstrueerd".

37 Ten aanzien van de documenten X.1 tot en met X.11, die de Commissie heeft overgelegd tijdens de hoorzitting in de procedure tegen ICI, erkent verzoekster

in repliek, dat zij in haar brief van 17 oktober 1990 heeft verklaard, dat deze van weinig belang waren. Zij stelt nu evenwel, dat dit niet betekent, dat die stukken zonder belang waren, noch dat zij ervan heeft afgezien zich op de niet-overlegging ervan te beroepen.

38 Volgens verzoekster is in een procedure krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag van belang, dat aan elk van de partijen bij een gestelde mededingingsafspraak dezelfde stukken worden meegedeeld. Het is niet aan de Commissie om te beoordelen, of een stuk voor de verdediging van de ene of de andere partij al dan niet van belang is. De beslissing of er een afspraak tussen twee ondernemingen bestaat, zou namelijk ten opzichte van de ondernemingen die bij deze afspraak partij heten te zijn, ondeelbaar zijn. Het is niet voorstelbaar, dat een van beide bij de afspraak partij is en de andere niet. Indien de Commissie derhalve in casu bepaalde stukken vertrouwelijk achtte, had zij deze hetzij buiten beschouwing moeten laten, hetzij aan beide betrokken partijen moeten meedelen.

39 In het kader van een ander middel voert verzoekster in haar verzoekschrift aan, dat de Commissie niet enerzijds kan stellen dat de handel tussen het Verenigd Koninkrijk en het vasteland mogelijk was, en anderzijds vaststellen dat verzoekster en ICI met de door haar krachtens artikel 86 van het Verdrag veroordeelde praktijken hun markten hadden afgeschermd (blz. 47 van het verzoekschrift, alwaar verzoekster verwijst naar de zaken T-32/91 en T-37/91).

40 Volgens de Commissie blijkt uit haar briefwisseling met verzoekster tijdens de administratieve procedure, dat het bezwaar van het vermeende gebruik van niet-overgelegde stukken in de ogen van verzoekster zelf zonder voorwerp is geraakt. In elk geval is de bestreden beschikking niet gebaseerd op enig stuk dat niet tevoren aan verzoekster is overgelegd.

41 Met betrekking tot de stelling dat voor de verdediging gunstige stukken niet zijn overgelegd, merkt de Commissie op, dat de door verzoekster in dit verband tijdens

de administratieve procedure genoemde stukken — die bij ICI in beslag waren genomen — niet op verzoek van ICI zijn overgelegd. De bijlagen bij de mededeling van de punten van bezwaar met V-nummering, waaraan de door verzoekster in dit verband ingeroepen documenten zijn ontleend, hebben geen betrekking op de onderhavige zaak, maar bevatten documenten die de grondslag vormen voor de beschikking betreffende het misbruik van machtspositie door ICI. De documenten waarop de onderhavige beschikking berust, zijn de bijlagen met II-nummering; deze zijn op volstrekt gelijke wijze aan verzoekster en aan ICI meegedeeld. Indien ICI thans van mening is, dat sommige van die bij haar in beslag genomen stukken ten opzichte van verzoekster niet meer vertrouwelijk zijn, kan de Commissie voor deze gewijzigde houding niet verantwoordelijk worden gehouden. Het gedrag van ICI en verzoekster op dit punt is volgens de Commissie veeleer een ware poging om de in verordening nr. 17 vervatte procedurevoorschriften te misbruiken.

42 In deze context kunnen volgens de Commissie de door verzoekster in het kader van de gerechtelijke procedure overgelegde stukken hooguit worden beschouwd als tot staving van het beroep aan het Gerecht overgelegd bewijsmateriaal, zodat zij enkel bij het onderzoek ten gronde aan de orde komen. Nu de Commissie voor het Gerecht als verweerster optreedt, staat het trouwens aan haar om zich op haar rechten van de verdediging te beroepen. De eerbiediging van die rechten zou moeten inhouden, dat de argumenten die verzoekster met eerst in repliek overgelegde documenten staaft, niet-ontvankelijk worden verklaard.

43 In antwoord op een aantal schriftelijke vragen van het Gerecht heeft de Commissie uiteengezet, dat de documentatie die haar onderzoekers bij de bij natriumcarbonaatproducenten verrichte verificaties hebben verkregen, is vervat in ongeveer zestig dossiers, per producent gerangschikt aan de hand van de plaats waar de documenten zijn verkregen. De dossiers 39 tot en met 49 bevatten de documentatie afkomstig van ICI. Een tiental andere dossiers bevat de stukken die naar aanleiding van de verzoeken om inlichtingen zijn overgelegd. Gezien het aantal producenten en de complexiteit van de documenten heeft de Commissie geen onderverdeling aangebracht in een categorie „artikel 85" en een categorie „artikel 86".

44 In het kader van zaak T-36/91, die voor de mondelinge behandeling met de onderhavige zaak is gevoegd, heeft de Commissie gepreciseerd, dat zij de tijdens haar onderzoek verkregen documenten als volgt heeft gerangschikt:

i) dossier 1: interne documenten, zoals ontwerp-beschikkingen,

ii) dossiers 2-14: Solvay, Brussel,

iii) dossiers 15-19: Rhône-Poulenc,

iv) dossiers 20-23: CFK,

v) dossiers 24-27: Deutsche Solvay Werke,

vi) dossiers 28-30: Matthes & Weber,

vii) dossiers 31-38: AKZO,

viii) dossiers 39-49: ICI,

ix) dossiers 50-52: Solvay Spanje,

x) dossiers 53-58: „AKZO II" (nieuw bezoek),

xi) dossier 59: bezoek bij de Spaanse producenten en nieuw bezoek bij Solvay Brussel,

xii) een tiental andere dossiers die de briefwisseling uit hoofde van artikel 11 van verordening nr. 17 bevatten.

45 Volgens de Commissie leert de ervaring, dat de grote meerderheid van de stukken, wanneer zij eenmaal zijn onderzocht, voor de instructie van de zaak niet van belang zijn. Tijdens een verificatie hebben de vertegenwoordigers van de Commissie namelijk niet de tijd en de middelen om een strenge selectie te maken van de stukken die hun onder ogen komen, waarbij de enige beperking is dat zij binnen het voorwerp van de verificatie moeten vallen. De enige stukken die van belang zijn, zijn de stukken waarop de bezwaren zullen worden gebaseerd.

46 De Commissie herinnert eraan, dat de bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar in casu alle stukken bevatte waarop de bezwaren waren gebaseerd. Te zamen vormde dit het „dossier", dat uit verschillende onderdelen bestond. Deel V had betrekking op een tegen ICI ingeleide procedure krachtens artikel 86 van het Verdrag, welke geen betrekking had op verzoekster. Dit is de reden waarom verzoekster geen afschrift heeft ontvangen van de bijlagen behorend bij het vijfde deel van de mededeling van de punten van bezwaar en waarom haar slechts gedeeltelijk toegang is verleend tot bepaalde interne stukken van ICI behorend bij het

tweede deel. Dit betekent volgens de Commissie evenwel niet, dat haar de toegang tot het dossier is geweigerd. Integendeel, het als bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar overgelegde dossier heeft haar ontegenzeglijk in staat gesteld, zich naar behoren tegen de tegen haar ingebrachte bezwaren te verweren.

47 Daarnaast heeft de Commissie beklemtoond, dat verzoekster nergens in haar verzoekschrift heeft gesteld, dat de Commissie haar in de gelegenheid had moeten stellen, de documentatie betreffende ICI te raadplegen. Evenmin heeft verzoekster de Commissie tijdens de administratieve procedure ooit gevraagd, de documentatie betreffende ICI in het algemeen of de bijlagen behorend bij het vijfde deel van de mededeling van de punten van bezwaar in het bijzonder, te mogen raadplegen. Ten slotte heeft verzoekster in haar memories niet een eventuele machtspositie van ICI als verklaring gegeven voor haar „passieve commerciële opstelling".

48 De Commissie concludeert hieruit, dat zij verzoekster de mogelijkheid heeft gegeven, kennis te nemen van alle bewijsmateriaal in het dossier. Voorts bevatten de bijlagen behorend bij het tweede deel van de mededeling van de punten van bezwaar meer informatie dan alleen de belastende stukken. Met betrekking tot eventueel ontlastende gegevens of gegevens die op enige andere wijze voor verzoeksters verdediging van belang kunnen zijn, kan de Commissie er niet van worden beticht, een selectieve en willekeurige schifting te hebben aangebracht. Verzoekster heeft noch tijdens de administratieve procedure, noch tijdens de schriftelijke behandeling iets aangevoerd dat tot een dergelijke verdenking aanleiding zou kunnen geven (arrest Gerecht van 1 april 1993, zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389, r. o. 35). Voor het overige stonden zowel artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 als de uitdrukkelijke verzoeken van ICI, de vertrouwelijkheid van al haar commerciële documentatie strikt te eerbiedigen, eraan in de weg dat die informatie aan verzoekster werd bekendgemaakt.

49 Ter terechtzitting heeft verzoekster erkend, dat zij de Commissie tijdens de administratieve procedure niet heeft gevraagd, haar algehele toegang tot het dossier te verlenen. Zij was er volstrekt zeker van, dat haar die toegang door de Commissie zou worden geweigerd, zoals dit ook was geweigerd aan ICI, die er wel om had

verzocht. Bovendien staat het rechtens aan de Commissie om uit eigen beweging de ondernemingen toegang te verlenen tot de stukken waarover zij beschikt.

Beoordeling door het Gerecht

De ontvankelijkheid en de draagwijdte van het middel

50 Overeenkomstig artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof zoals dat ten tijde van de instelling van het beroep toepasselijk was, moet om te beginnen worden onderzocht, of het verzoekschrift een summiere uiteenzetting van het middel ontleend aan schending van de rechten van de verdediging bevat.

51 Verzoekster heeft in het verzoekschrift beweerd, dat de Commissie stukken tegen haar heeft gebruikt die niet waren meegedeeld, en haar andere stukken, met voor haar gunstige gegevens, niet dan wel onvolledig heeft overgelegd. In dit verband heeft verzoekster gewezen op haar brief van 17 oktober 1990 (bijlage 9 bij het verzoekschrift), waarin zij de Commissie verweet, dat deze zes van ICI afkomstige documenten niet aan haar ter beschikking had gesteld. Volgens deze brief was een van die documenten, met nummer 000320, ook tegen ICI gebruikt in de krachtens artikel 86 ingeleide procedure, aangezien dit stuk overeenkomt met bladzijde 3 van document V.9. Door de fotokopie van dit document, dat het opschrift „Bijlage V.9" draagt, over te leggen, heeft verzoekster, zij het niet met zoveel woorden, de grief opgeworpen dat de Commissie heeft miskend, dat een van de documenten met nummer V voor haar verdediging dienstig was.

52 Andere in genoemde brief van 17 oktober 1990 en vervolgens in het verzoekschrift bedoelde stukken, zijn stukken afkomstig van ICI waarvan de Commissie fotokopieën heeft gemaakt, maar die zij bij geen van de mededelingen van de punten van bezwaar heeft gevoegd. ICI heeft hierop gewezen in punt 8 van haar tijdens de

hoorzitting ingediende opmerkingen (bijlage 5 bij het verzoekschrift van ICI in zaak T-36/91, blz. 14-19), en verzoekster heeft uitdrukkelijk naar deze passage verwezen (blz. 1 van de brief van 17 oktober 1990). Derhalve heeft verzoekster zich er ook bij het Gerecht over beklaagd, dat de Commissie heeft miskend dat bepaalde bij ICI verkregen stukken, die vervolgens niet in de dossiers van instructie van de verschillende zaken zijn opgenomen, voor haar verdediging van belang konden zijn.

53 Anders dan de Commissie, die hierover haar twijfel heeft geuit, is het Gerecht van oordeel dat deze indicaties voldoen aan het vereiste van een summiere uiteenzetting van het middel. Het verzoekschrift zelf bevat een uiteenzetting van de belangrijkste verwijten aan de Commissie, waarvan de draagwijdte nog duidelijker wordt indien zij worden gelezen in het licht van de argumenten betreffende de gestelde tegenstrijdigheid tussen de krachtens artikel 85 ingeleide procedure en de procedures op grond van artikel 86 van het Verdrag (zie hiervoor, r. o. 39); volgens het verzoekschrift heeft de Commissie, door die tegenstrijdigheid te miskennen, tevens de bewijswaarde miskend die de documenten van ICI (die met nummer V en enkele andere) voor de verdediging van verzoekster hadden. Aldus is het kader van het middel genoegzaam gepreciseerd in het verzoekschrift, zelfs afgezien van de brief van 17 oktober 1990 die daarbij is gevoegd. Deze brief bevat aanvullende argumenten, die evenwel voor een summiere uiteenzetting van het middel niet onmisbaar zijn. Het verzoekschrift voldoet dan ook aan de vereisten van artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

54 Blijkens het voorgaande bestaat het middel derhalve uit drie onderdelen, namelijk in de eerste plaats het gebruik door de Commissie van een nauwkeurig bepaald aantal belastende stukken (de documenten X.1-X.11), die niet als bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar aan verzoekster zouden zijn overgelegd; in de tweede plaats het feit dat de stukken met nummer V die bij de krachtens artikel 86 van het Verdrag aan ICI gezonden mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd, niet aan verzoekster zijn overgelegd, ofschoon die stukken door het verband tussen de krachtens artikel 86 respectievelijk de krachtens artikel 85 verweten inbreuk voor verzoeksters verdediging in casu van belang waren; in de derde plaats het feit dat andere van ICI afkomstige stukken die voor haar verdediging dienstig konden zijn, niet zijn meegedeeld, voor zover een beschikking betreffende het bestaan van een mededingingsregeling tussen twee partijen ten opzichte van deze twee ondeelbaar is.

Ten gronde

i) Het eerste onderdeel van het middel, ontleend aan het gebruik door de Commissie van belastende stukken die verzoekster niet zijn meegedeeld

55 Met betrekking tot de stukken die door de Commissie voor het eerst tijdens de hoorzitting van ICI zijn overgelegd (documenten X.1-X.11), moet worden vastgesteld, dat deze zijn gebruikt om beter de gegrondheid aan te tonen van het aan verzoekster en ICI gemaakte verwijt, dat deze zich aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging schuldig hadden gemaakt. De stukken X.8 en X.9 zijn de complete versies van de gedeeltelijk geschoonde documenten II.12 en II.17. Zoals verzoekster in bovengenoemde brief van 17 oktober 1990 op dit punt onweersproken door de Commissie heeft verklaard, zijn de betrokken documenten haar evenwel niet tijdens de administratieve procedure door ICI overgelegd. Niettemin heeft verzoekster in dezelfde brief van 17 oktober 1990 uitdrukkelijk verklaard, dat „die documenten van weinig belang leken", hetgeen volgens verzoekster (blz. 11 van de repliek) evenwel niet betekent, dat zij zich niet op deze niet-overlegging wilde beroepen.

56 Vastgesteld zij, dat in enkele van die stukken uitdrukkelijk wordt gesproken over de betrekkingen tussen verzoekster, die met name wordt genoemd, en ICI. In document X.2 valt te lezen: „They have not grasped our relationships and likely reaction from Solvay ... since the takeover of Stauffer." [„Zij hebben onze betrekkingen en de waarschijnlijke reactie van Solvay (...) sinds de overname van Stauffer, niet begrepen."] Ook de documenten X.6 en X.7 commentariëren de „relationships" van ICI met verzoekster. Document X.10 bevat een zin die op zijn minst voor meerdere uitleg vatbaar is: „Solvays reaction to any ICI initiative involving a US partner is uncertain and would need testing through the appropriate channels." („De reactie van Solvay op initiatieven van ICI waarbij een Amerikaanse partner betrokken is, is onzeker en zou langs de geëigende kanalen moeten worden

gepeild.") Document X.11 bevat een „vertrouwelijk" verslag van een vergadering tussen ICI en verzoekster op 14 april 1987, tijdens welke sommige prijzen en de sluiting van bepaalde bedrijfsonderdelen werden besproken. Uit dit summiere onderzoek van de documenten blijkt, dat het hier gaat om belastende documenten waarmee het verwijt van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen verzoekster en ICI kan worden gestaafd.

57 Bijgevolg moet worden onderzocht, of de werkwijze van de Commissie verenigbaar was met de noodzakelijke eerbiediging van verzoeksters rechten van de verdediging. In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat de Commissie in haar brief van 1 oktober 1990, in de veronderstelling dat verzoekster inmiddels van ICI een geschoonde kopie van de stukken had ontvangen, haar een termijn van twee weken had gelaten voor het indienen van haar eventuele opmerkingen. Verzoekster antwoordde op 17 oktober 1990, dat zij de stukken niet had ontvangen, maar dat deze „van weinig belang leken". Ondanks dit antwoord van verzoekster moet worden vastgesteld, dat de in geding zijnde stukken het karakter van belastende stukken niet hebben verloren doordat de advocaat van verzoekster zich in een voor meerdere uitleg vatbaar commentaar heeft uitgelaten over het belang dat deze stukken „leken" te hebben. Het Gerecht sluit dan ook niet uit, dat de Commissie overeenkomstig de artikelen 2, lid 3, en 4 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268), een formele aanvullende mededeling van punten van bezwaar had moeten verzenden.

58 Zo het gebruik van de betrokken stukken al als onrechtmatig moest worden aangemerkt wegens schending van verzoeksters rechten van verdediging, zou een dergelijk gebrek in casu evenwel slechts kunnen leiden tot de uitsluiting van die stukken als bewijsmiddel. Deze uitsluiting zou geenszins tot nietigverklaring van de gehele beschikking leiden, maar slechts van belang zijn voor zover het door de Commissie op basis daarvan geformuleerde verwijt alleen met deze documenten zou kunnen worden bewezen (arrest Hof van 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 24-30). Derhalve behoort deze vraag thuis bij andere middelen, betreffende de gegrondheid van de beoordeling van de feiten door de Commissie. Mitsdien moet het eerste onderdeel van het middel in elk geval worden verworpen.

ii) Het tweede en het derde onderdeel van het middel, volgens welke verzoekster geen inzage is verleend in stukken met nummer V respectievelijk in andere van ICI afkomstige stukken

59 Met betrekking tot de vraag van de toegang tot de stukken met nummer V en de andere eventueel voor de verdediging dienstige documenten, herinnert het Gerecht er allereerst aan, dat de toegang tot het dossier in mededingingszaken is bedoeld om degenen tot wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar is gekomen. De toegang tot het dossier is dus één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging (arrest Gerecht van 18 december 1992, gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR, Jurispr. 1992, blz. II-2667, r. o. 38, en arrest, BPB Industries en British Gypsum, reeds aangehaald, r. o. 30). De eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure die tot de oplegging van sancties kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat onder alle omstandigheden, ook in een administratieve procedure, in acht moet worden genomen. De daadwerkelijke eerbiediging van dit algemene beginsel vereist, dat de betrokken onderneming reeds tijdens de administratieve procedure naar behoren haar standpunt kenbaar heeft kunnen maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de door de Commissie gestelde feiten, grieven en omstandigheden (arrest Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 9 en 11).

60 Het Gerecht is van oordeel, dat een schending van de rechten van de verdediging derhalve moet worden onderzocht aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk afzonderlijk geval, aangezien deze schending in hoofdzaak afhangt van de bezwaren die door de Commissie zijn opgeworpen ter vaststelling van de aan de betrokken onderneming verweten inbreuk. Teneinde te bepalen of het aan de orde zijnde middel in het tweede en derde onderdeel gegrond is, moeten derhalve de bezwaren ten gronde die de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar en in de bestreden beschikking naar voren heeft gebracht, aan een kort onderzoek worden onderworpen.

— De bezwaren en bewijsmiddelen van de Commissie

61 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat het in de mededeling van de punten van bezwaar geformuleerde verwijt aldus kan worden samengevat, dat verzoekster en ICI zich op zijn minst vanaf 1 januari 1973 schuldig hebben gemaakt aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging, door in onderling overleg de naleving voort te zetten van een eerdere mededingingsregeling waarbij zij hun respectieve verkoopgebieden voor natriumcarbonaat hadden vastgesteld, en door zich van onderlinge mededinging te onthouden. De Commissie heeft erkend, dat zij niet over rechtstreekse bewijzen beschikt voor het bestaan van een uitdrukkelijke overeenkomst tussen verzoekster en ICI, maar is van mening dat er ruimschoots bewijzen voor samenspanning voorhanden zijn waaruit kan worden afgeleid, dat zij de oorspronkelijke mededingingsregeling, genaamd „Page 1 000" en tot stand gekomen in 1949, zijn blijven uitvoeren in de vorm van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Uit het bewijsmateriaal blijkt namelijk, dat

— verzoekster en ICI volledig zijn blijven samenwerken in een vorm die meer weg heeft van partnerschap dan van mededinging, met de bedoeling hun algemene strategie op het gebied van natriumcarbonaat op elkaar af te stemmen en ieder onderling belangenconflict te vermijden;

— de basis van deze blijvende betrekkingen was gelegen in de voortzetting van het ten tijde van de vennootschap Brunner, Mond & Co. gevormde commerciële beleid, dat wil zeggen de wederzijdse erkenning van exclusieve invloedssferen. Ofschoon de eerdere mededingingsregeling bij een briefwisseling van 12 oktober 1972 formeel is beëindigd, zijn deze betrekkingen voortgezet en heeft geen van beide partijen de ander ooit concurrentie aangedaan op diens markt in de Gemeenschap.

62 Eveneens in de mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie als „een ander belangrijk aspect van de nauwe band" tussen verzoekster en ICI aangemerkt het bestaan van „coproducenten-" en „aankoop voor wederverkoop-"

overeenkomsten, die tot doel hadden ICI te helpen haar leveringsverplichtingen in de periode van 1983 tot en met 1989 na te komen. De Commissie heeft die overeenkomsten als zodanig evenwel niet als afzonderlijke inbreuken beschouwd.

63 Voorts heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar beklemtoond, dat de markt voor natriumcarbonaat in West-Europa ten tijde van de feiten nog altijd werd gekenmerkt door een verdeling langs nationale lijnen, waarbij de fabrikanten de neiging vertoonden, hun verkopen vooral op die Lid-Staten te richten waar zij produktie-installaties bezaten. Met name was er geen sprake van importen van verzoekster, noch van enige andere producent van de Gemeenschap, die ICI in het Verenigd Koninkrijk concurrentie konden aandoen. Dit was het beginsel van de „thuismarkt" (home market). De betrekkingen tussen verzoekster en ICI moeten volgens de Commissie daarom worden beoordeeld in het licht van de stukken die betrekking hebben op of afkomstig zijn van een aantal andere producenten en waaruit blijkt, dat alle natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap dit beginsel, dat voor verzoekster en ICI overigens in 1989 nog steeds gold, jarenlang hebben aanvaard. Ofschoon er zekere aanwijzingen bestaan dat verzoekster en AKZO in 1982 een overeenkomst hebben gesloten over de activiteiten van AKZO op het gebied van natriumcarbonaat in Duitsland (bijlage II.21 bij de mededeling van de punten van bezwaar), werden die gegevens niet toereikend geacht om de inleiding van een procedure krachtens artikel 85 van het Verdrag tegen verzoekster en AKZO te rechtvaardigen.

64 Ten bewijze van deze grieven heeft de Commissie bij de aan verzoekster gerichte mededeling van de punten van bezwaar een reeks stukken gevoegd met nummer II. Slechts drie van die documenten (II.33, II.34 en II.36) zijn, althans gedeeltelijk, identiek aan stukken met nummer V die in de tegen ICI ingeleide procedure krachtens artikel 86 zijn gebruikt (V.32, V.40 en V.41). Alle andere stukken met nummer V zijn derhalve niet aan verzoekster overgelegd.

65 Wat in de tweede plaats de in de aangevochten beschikking aangevoerde bezwaren betreft, moet eraan worden herinnerd, dat volgens artikel 1 van de beschikking de onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft geduurd van 1 januari 1973 tot op zijn minst de inleiding van de procedure. Ten bewijze van deze onderling afge-

stemde feitelijke gedraging baseert de Commissie zich in paragraaf 58 van de beschikking in wezen op een combinatie van zeven factoren. Blijkens deze passage in de beschikking, zoals deze door de Commissie zelf ter terechtzitting voor het Gerecht is gepreciseerd, kunnen deze factoren als volgt in vier punten worden samengevat:

— het ontbreken van verkopen door verzoekster en ICI aan de andere kant van het Kanaal in heel de betrokken periode, meer dan zestien jaar, dit als gevolg van het beleid van beide producenten,

— het precies samenvallen van dit ontbreken van concurrentie met de termen van de eerder tussen verzoekster en ICI getroffen regelingen, laatstelijk de „Page 1 000"-overeenkomst van 1949, waarvan de formele ontbinding geen enkele wijziging heeft gebracht in de praktijk van de marktverdeling,

— de sluiting en uitvoering van „aankoop voor wederverkoop-" overeenkomsten, bestaande in de levering van natriumcarbonaat door verzoekster aan ICI in de periode 1983-1989, die „aanwijzingen" zouden vormen (zie voetnoot 1 bij paragraaf 58 van de beschikking),

— de frequente contacten tussen verzoekster en ICI met het oog op de coördinatie van hun strategie in de natriumcarbonaatsector.

— De verdediging van verzoekster

66 Teneinde na te gaan, of de mogelijkheden voor verzoekster om zich tegen die grieven te verdedigen nadelig zijn beïnvloed, moet allereerst eraan worden herinnerd, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt gekenmerkt door de omstandigheid, dat zij de risico's van onderlinge concurrentie vervangt door een samenwerking tussen de ondernemingen, die de onzekerheden van elke onderneming omtrent het toekomstige gedrag van haar concurrenten vermindert (zie arrest Hof van 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85,

C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e. a., Jurispr. 1993, blz. I-1307, r. o. 62-65).

67 Te harer verdediging heeft verzoekster in hoofdzaak aangevoerd, dat haar gedrag werd verklaard door een autonoom commercieel beleid, en dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve niet was aangetoond. Verzoekster had er immers geen belang bij gehad te investeren in een beleid dat was gericht op expansie in het Verenigd Koninkrijk, daar dit voor haar volstrekt zinloos zou zijn geweest. Dit verweer werd reeds gevoerd in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar (zie de schriftelijke opmerkingen van 28 mei 1990, blz. 5-15, hiervoor, r. o. 9). Voor het Gerecht is dit verweer herhaald in het kader van de middelen die zijn gericht tegen de feitelijke constateringen en de juridische beoordelingen door de Commissie in de bestreden beschikking [zie met name blz. 30 van het verzoekschrift: „Alles wijst erop, dat (...) de continentale ondernemingen er geen belang bij hebben op de Britse markt binnen te dringen."]

68 Bijgevolg dient in het licht van de rechtspraak van het Hof over het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging te worden onderzocht, of dit verweer van verzoekster nadelig is beïnvloed doordat de in het tweede en derde onderdeel van het betrokken middel bedoelde documenten niet zijn overgelegd. In dit verband staat het niet aan het Gerecht om zich definitief uit te spreken over de bewijskracht van alle door de Commissie tot staving van de bestreden beschikking aangevoerde bewijsmiddelen. Voor de vaststelling van een schending van de rechten van de verdediging behoeft slechts vast komen te staan, dat de niet-overlegging van de betrokken stukken het procesverloop en de inhoud van de beschikking ten nadele van verzoekster heeft kunnen beïnvloeden. De mogelijkheid dat dit het geval is geweest, kan derhalve worden aangetoond na een voorlopig onderzoek van bepaalde bewijsmiddelen, waaruit zou blijken dat de niet-overgelegde stukken — gelet op die bewijsmiddelen — mogelijk een belang hadden dat niet had mogen worden verwaarloosd. In geval van schending van de rechten van de verdediging zouden de administratieve procedure en de beoordeling van de feiten in de beschikking gebrekkig zijn.

69 In deze context heeft de Commissie in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht uiteengezet, dat vooral te rade moest worden gegaan met de bij de

mededeling van de punten van bezwaar gevoegde bewijzen die dateren van vóór 1973, namelijk de oude overeenkomsten tot verdeling van de markt, in het bijzonder de zogeheten „Page 1 000"-overeenkomst; die bewijzen zouden kunnen worden gebruikt tot staving van een gestelde latere inbreuk. De periode 1962-1973 heeft zij niet in geding gebracht, voornamelijk omdat het Verenigd Koninkrijk in die periode geen lid was van de Gemeenschap en de eventuele vaststelling van een inbreuk een andere analyse van de gevolgen voor het handelsverkeer binnen de Gemeenschap zou hebben vereist.

70 Derhalve zijn voor een summiere beoordeling van de bewijskracht van de bewijsmiddelen die de Commissie voor de beschuldiging van verzoekster heeft gebruikt, drie verschillende perioden te onderscheiden. Voor de periode vóór de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag en die van verordening nr. 17 in 1962 moet het gedrag van verzoekster en ICI als wettig worden beschouwd. Voor de periode daarna, eindigend op 31 december 1972, zijn de oude marktverdelingsovereenkomsten door de Commissie niet formeel volgens de daartoe in verordening nr. 17 neergelegde procedure op tegenspraak in geding gebracht, noch wegens hun doelstellingen en gevolgen, noch wegens het twijfelachtig karakter van hun beëindiging in 1972. Een dergelijk verwijt zou ook niet gegrond kunnen worden bevonden, aangezien hiervoor, zoals de Commissie zelf zegt, naast de in casu uitgevoerde analyse nog een specifieke economische analyse nodig zou zijn geweest. De derde periode komt overeen met de duur van de in de beschikking geconstateerde inbreuk.

71 Om het gebruik van de oude overeenkomsten als bewijs voor het bestaan van een latere inbreuk te rechtvaardigen, beroept de Commissie zich op het arrest van 15 juli 1976 (zaak 51/75, EMI Records, Jurispr. 1976, blz. 811, r. o. 30), waarin het Hof overwoog, dat wanneer ondernemersafspraken niet meer van kracht zijn, het voor de toepasselijkheid van artikel 85 voldoende is dat zij hun werking nog uitoefenen. In de zaak EMI Records ging het, aldus de Commissie, om een overeenkomst die toen zij werd gesloten wettig was, terwijl het in casu gaat om overeenkomsten die van meet af aan onwettig waren. Aangezien verzoekster en ICI zich na de formele beëindiging van hun marktverdelingsovereenkomsten overeenkomstig die thans beëindigde overeenkomsten zijn blijven gedragen, moet het er volgens de Commissie derhalve voor worden gehouden dat die overeenkomsten hun werking hebben behouden.

72 Dienaangaande moet er evenwel aan worden herinnerd, dat de zaak EMI Records, waarvan het Hof kennis nam krachtens artikel 177 van het Verdrag, niet een procedure betreft als de thans in geding zijnde, die de Commissie heeft ingeleid op grond van verordening nr. 17 en die is afgesloten met de oplegging van een geldboete. Voorts wordt de zaak EMI Records niet gekenmerkt door een periode van tien jaar tijdens welke de voor het overige verweten gedragingen niet aan de orde waren gesteld en waarin het vermoeden van onschuld derhalve in het voordeel van de betrokken onderneming werkt. Integendeel, het ging om een voor een nationale rechter aanhangig geschil tussen twee houders van een merk, dat betrekking had op de omvang van hun rechten gelet op de mededingingsvoorschriften en niet de oplegging van een geldboete betrof. Het Gerecht is daarom van oordeel, dat de door de Commissie ingeroepen overwegingen die aan het arrest EMI Records ten grondslag liggen, voor de beslechting van het onderhavige geschil geen toepassing kunnen vinden.

73 In casu vereist het vermoeden van onschuld, dat ten gunste van verzoekster werkt, dat het Gerecht ervan uitgaat, dat verzoekster tot 31 december 1972 geen inbreuk kan worden verweten. In die omstandigheden kan bewijsmateriaal daterend van vóór 1962, dat betrekking heeft op een gedrag dat destijds wettig was, niet dienen als bewijs dat verzoekster en ICI vanaf 1 januari 1973 op onwettige wijze onderlinge afspraken hebben gemaakt. Zou, gelijk de Commissie verdedigt, het tegendeel worden aangenomen, dan wordt voorbijgezien aan de mogelijkheid dat de twee ondernemingen het Verdrag hebben willen eerbiedigen en van hun eerdere samenwerking hebben afgezien, welke mogelijkheid niet is uitgesloten indien men rekening houdt met de „formele" opzegging van de eerdere overeenkomsten, die in 1972 heeft plaatsgehad. Bij gebreke van andere bewijsmiddelen komt de stelling van de Commissie erop neer, dat verzoekster en ICI vanaf een door de Commissie bepaalde datum de verdragsbepalingen zijn gaan schenden door een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Door aldus een inbreuk aan te tonen, zou men het vermoeden van onschuld geweld aandoen.

74 Wat de bewijsmiddelen betreft die rechtstreeks betrekking hebben op de jaren waarin de onderling afgestemde feitelijke gedraging — volgens de Commissie — heeft plaatsgevonden, moet worden vastgesteld, dat de „aankopen voor wederverkopen" van ICI bij verzoekster tussen 1983 en 1989 moeten worden gesitueerd. Verzoekster heeft evenwel bestreden, dat die overeenkomsten het bewijs vormen van onwettige contacten met ICI. Het ging hier volgens verzoekster om leveringen

die sporadisch hebben plaatsgevonden tussen april 1985 en maart 1986. Bovendien heeft de Commissie zelf verklaard, dat die „aankoop voor wederverkoop-overeenkomsten" op zichzelf geen afzonderlijke inbreuken zijn (voetnoot 1 bij paragraaf 58 van de beschikking). Daar komt bij, dat er stukken zijn waaruit blijkt dat er vergaderingen tussen verzoekster en ICI hebben plaatsgevonden tussen 1985 en 1988 (zie paragraaf 30 van de beschikking en de stukken met nrs. II.30-II.42). Voor de periode waarin de inbreuk — volgens de Commissie — is begonnen, zijn er geen stukken betreffende vergaderingen. Het is op zijn minst discutabel, in een dergelijke situatie op grond van stukken uit een latere periode aan te nemen, dat de inbreuk reeds bijna tien jaar eerder is begonnen, te meer daar document II.5 van 10 september 1982 melding maakt van een nieuw evenwicht in de betrekkingen („new arms length relationship") tussen verzoekster en ICI, hetgeen de hypothese van een onderling afgestemde feitelijke gedraging zou kunnen verzwakken.

75 Bijgevolg blijkt, dat — evenals in de zaak Ahlström Osakeyhtiö — het bewijs van parallel en passief gedrag van verzoekster en ICI, van bijzonder belang is voor het bewijs van een eventuele onderling afgestemde feitelijke gedraging. In dit verband oordeelde het Hof, dat parallel gedrag enkel als bewijs voor een afstemming kan worden aangemerkt, indien de afstemming de enige aannemelijke verklaring ervoor is. Het Hof concludeerde daaruit, dat moet worden nagegaan of de door de Commissie gestelde gedragsparallellie, gelet op de aard van de produkten, de omvang en het aantal van de ondernemingen, alsmede op het marktvolume, niet op andere wijze dan door een gedragsafstemming kan worden verklaard, met andere woorden, of de elementen van het parallelle gedrag een complex van ernstige, nauwkeurige en overeenstemmende aanwijzingen voor een voorafgaande gedragsafstemming vormen (zie arrest Ahlström Osakeyhtiö, reeds aangehaald, r. o. 70-72).

76 Wegens het zwakke bewijsmateriaal betreffende met name 1973 en de eerste jaren daarna, had de Commissie derhalve, om de verzoekster verweten onderling afgestemde feitelijke gedraging genoegzaam te bewijzen, reeds in de fase van de mededeling van de punten van bezwaar moeten overgaan tot een diepgaande globale economische beoordeling van met name de betrokken markt alsook van het belang en het gedrag van de op die markt opererende ondernemingen. Om volledig, objectief en evenwichtig te zijn, had die beoordeling evenwel ten minste

rekening moeten houden met de sterke posities die verzoekster en ICI op de respectieve geografische markten innamen alsmede met de klantenbindingspraktijken die hun in het kader van de krachtens artikel 86 van het Verdrag ingeleide procedures zijn verweten.

— Het tweede onderdeel van het middel, ontleend aan het niet verlenen van inzage aan verzoekster in stukken met nummer V

77 Het Gerecht is met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel van oordeel, dat naar uit het voorgaande blijkt, een deel van de niet aan verzoekster overgelegde stukken met nummer V haar verdediging kon staven. De stukken betreffende de gestelde klantenbinding door ICI konden eventueel dienen om voor het aan verzoekster verweten parallelle en passieve gedrag een andere verklaring te geven dan een onwettige onderling afgestemde feitelijke gedraging. In de context van een markt waarvan de structuren, in het bijzonder de vestiging van de produktieplaatsen nabij de plaatsen waar het natriumcarbonaat door de afnemers wordt verwerkt, zich sinds de vorige eeuw hadden ontwikkeld en waar de transportkosten kennelijk een belangrijke rol speelden, konden de stukken waaruit bleek van een eventuele klantenbinding door ICI via een uitgewerkt stelsel van kortingen, door verzoekster worden gebruikt om de bewering van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te ontzenuwen. Die stukken konden eventueel aantonen, dat het aan verzoekster verweten passieve gedrag berustte op autonome beslissingen, die waren ingegeven door de moeilijkheid, binnen te dringen op een markt die ontoegankelijk was gemaakt door een onderneming met een machtspositie. Deze analyse vindt steun in de overweging, dat sommige bewijsmiddelen waarop de Commissie zich baseert, mogelijk niet de bewijskracht hadden die de Commissie eraan heeft toegekend, althans een minder grote (zie hiervoor, r. o. 69 en 71). Verzoekster heeft immers in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht, dus na de administratieve procedure, uiteengezet, dat voor zover de Commissie ICI verweet de markt van het Verenigd Koninkrijk door middel van ongeoorloofde praktijken te hebben afgesloten, daarin nog een nadere verklaring was gelegen waarom het haar onmogelijk was, op die markt binnen te dringen; dit zou dus een beslissend argument zijn tegen de stelling, dat er een marktverdelingsovereenkomst bestond.

78 De Commissie verwijt ICI slechts misbruik te hebben gemaakt van haar machtspositie vanaf 1983. Zij meent zelf echter, dat deze machtspositie van ICI rechtstreeks in het verlengde lag van de sterke positie die was opgebouwd door de marktverdelingsovereenkomsten van vóór 1973; voorts wordt in beschikking 91/300 uitdrukkelijk verwezen naar factoren waaruit de economisch sterke positie van ICI blijkt en die dateren van vóór 1983, zoals bij voorbeeld in paragraaf 4 van de beschikking naar het feit dat ICI tot aan het einde van de jaren zeventig een monopolie had voor de levering van natriumcarbonaat in het Verenigd Koninkrijk (zie hiervoor, r. o. 15).

79 De Commissie heeft in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht verklaard, dat juist het feit dat beide dominante ondernemingen zich van de markt van de ander afzijdig hebben gehouden, de machtspositie van elke onderneming op haar „eigen markt" garandeerde. Dienaangaande zij evenwel herhaald, dat het er in dit verband niet om gaat een definitief antwoord te geven op deze vraag ten gronde, maar om na te gaan of de mogelijkheden van verzoekster om zich te verdedigen nadelig zijn beïnvloed door de omstandigheden waaronder de punten van bezwaar haar zijn meegedeeld en de Commissie de zaak vervolgens heeft geïnstrueerd.

80 Hieraan moet worden toegevoegd, dat verzoekster op de hoogte was van de sterke positie van ICI op de markt van het Verenigd Koninkrijk [zie de schriftelijke opmerkingen van 28 mei 1990, blz. 8 en 9: „(...) de industriële vestiging van ICI in Groot-Brittannië maakt haar kracht uit op de Britse eilanden (...) Al deze factoren (...) leiden tot een zekere geografische compartimentering"], maar dat zulks de vaststelling, dat althans sommige documenten met nummer V voor haar verdediging dienstig konden zijn, niet ontkracht.

81 In dit verband merkt de Commissie op, dat haar ambtenaren zelf alle in haar bezit zijnde documenten een- en andermaal hebben onderzocht, zonder echter iets te hebben ontdekt dat verzoekster kon disculperen, zodat het geen zin had gehad, deze vrij te geven. In het kader van de in verordening nr. 17 geregelde procedure op tegenspraak is het evenwel niet alleen aan de Commissie om uit te maken, welke documenten voor de verdediging dienstig zijn. Wanneer het immers, zoals in casu,

gaat om moeilijke en ingewikkelde economische beoordelingen, moet de Commissie de raadslieden van de betrokken onderneming de mogelijkheid geven, de eventueel relevante stukken te onderzoeken teneinde de bewijskracht ervan voor de verdediging te beoordelen.

82 Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van parallelle gedragingen, die worden gekenmerkt door een complex van in principe neutrale handelingen, en waarbij documenten kunnen worden uitgelegd in een zin die evengoed gunstig als ongunstig kan zijn voor de betrokken ondernemingen. In dergelijke omstandigheden, zo meent het Gerecht, moet worden voorkomen dat een eventuele fout van ambtenaren van de Commissie, wanneer zij een bepaald document als „neutraal" aanmerken zodat het niet aan de ondernemingen behoeft te worden bekendgemaakt, de verdediging van die ondernemingen nadelig kan beïnvloeden. Het tegendeel, dat door de Commissie wordt verdedigd, zou tot gevolg hebben dat een dergelijke fout niet tijdig, dat wil zeggen vóór de beschikking van de Commissie, zou kunnen worden ontdekt, behoudens in het uitzonderlijke geval van spontane samenwerking tussen de betrokken ondernemingen. Een en ander zou onaanvaardbare risico's voor een goede rechtspleging opleveren (zie hierna, r. o. 85).

83 Gezien het algemene beginsel van procedurele gelijkheid, dat betekent dat in een mededingingszaak de betrokken onderneming gelijke kennis moet hebben van het in de procedure gebruikte dossier als de Commissie, kan de stelling van de Commissie niet worden aanvaard. Het Gerecht acht het onaanvaardbaar, dat de Commissie bij de beslissing over de inbreuk als enige heeft beschikt over de documenten met nummer V en dus als enige heeft kunnen beslissen deze al dan niet tegen verzoekster te gebruiken, terwijl verzoekster er geen toegang toe heeft gehad en dus niet de overeenkomstige beslissing heeft kunnen nemen om deze al dan niet voor haar verdediging te gebruiken. In dat geval zouden de rechten van de verdediging waarover verzoekster tijdens de administratieve procedure beschikt, te zeer worden beperkt ten opzichte van de bevoegdheden van de Commissie, die de functie van autoriteit die kennis geeft van de bezwaren, dan zou cumuleren met die van beslissende autoriteit, met een verdergaande kennis van het dossier dan de verdediging.

84 In casu mocht de Commissie derhalve niet overgaan tot ontkoppeling van de bewijsmiddelen — die betreffende de krachtens artikel 85 verweten inbreuk en

die betreffende artikel 86 — in de mededeling van de punten van bezwaar, welke ontkoppeling bij de latere instructie en bij het overleg van het college van Commissieleden is voortgezet, met als gevolg dat meerdere afzonderlijke beschikkingen zijn gegeven. Door deze gang van zaken heeft verzoekster de stukken met nummer V die alleen tegen ICI zijn gebruikt, niet kunnen onderzoeken. Bijgevolg heeft de Commissie reeds bij de mededeling van de punten van bezwaar, behoudens de hierna te onderzoeken tegenwerpingen, verzoeksters rechten van de verdediging geschonden, door stukken waarover zij beschikte en die eventueel voor verzoeksters verdediging dienstig konden zijn, van de procedure uit te sluiten. Een dergelijke schending van de rechten van de verdediging heeft bovendien een objectief karakter en staat los van de goede of de kwade trouw van de ambtenaren van de Commissie.

85 Ten betoge dat de rechten van de verdediging niet zijn geschonden, heeft de Commissie in de eerste plaats opgemerkt, dat ICI verzoekster de stukken die van haar afkomstig waren en die voor haar verdediging dienstig waren, had kunnen doen toekomen. Een dergelijke benadering miskent evenwel, dat het verweer van een onderneming niet mag afhangen van de goede wil van een andere onderneming, die wordt geacht haar concurrent te zijn en waartegen de Commissie soortgelijke bezwaren heeft ingebracht. Aangezien de correcte instructie van een mededingingszaak de taak van de Commissie is, kan zij deze niet delegeren aan de ondernemingen, waarvan de economische en procedurele belangen vaak haaks op elkaar staan. In casu had verzoekster immers het bestaan van een machtspositie van ICI kunnen trachten aan te tonen, terwijl ICI er alle belang bij had, deze te ontkennen.

86 Derhalve is het voor de schending van de rechten van de verdediging zonder belang, dat verzoekster en ICI in zekere mate stukken hebben uitgewisseld, eerst tijdens de administratieve procedure, toen verzoekster inderdaad enkele stukken van ICI heeft ontvangen, en vervolgens vanaf het tijdstip waarop de twee ondernemingen op de betrokken markt geen concurrenten meer waren, dat wil zeggen eind 1991. Een dergelijke samenwerking tussen ondernemingen, die overigens wisselvallig is, kan in geen geval de Commissie ontheffen van de plicht om tijdens de instructie van een inbreuk op het mededingingsrecht zelf de eerbiediging van de rechten van de verdediging van de betrokken ondernemingen te waarborgen.

87 De Commissie heeft voorts gewezen op de vertrouwelijkheid die zij in acht moest nemen ter bescherming van de zakengeheimen van derde ondernemingen, met name die van ICI, die zich in haar brieven van 13 april en 14 september 1989 had beroepen op het vertrouwelijk karakter van alle van haar afkomstige stukken die in het bezit van de Commissie waren gekomen. Zij voegt hieraan toe, dat verzoekster bij brieven van 27 april en 18 september 1989 om een soortgelijke bescherming had verzocht.

88 Dienaangaande moet er allereerst aan worden herinnerd, dat volgens een algemeen beginsel dat tijdens de gehele administratieve procedure van toepassing is en dat tot uitdrukking komt in artikel 214 van het Verdrag alsook in verschillende bepalingen van verordening nr. 17, de ondernemingen recht hebben op de bescherming van hun zakengeheimen (zie arresten Hof van 24 juni 1986, zaak 53/85, AKZO Chemie, Jurispr. 1986, blz. 1965, r. o. 28, en 19 mei 1994, zaak C-36/92 P, SEP, Jurispr. 1994, blz. I-1911, r. o. 36). Het Gerecht is evenwel van oordeel, dat dit recht in evenwicht moet worden gebracht met de bescherming van de rechten van de verdediging.

89 Naar de Commissie in antwoord op een vraag van het Gerecht in zaak T-36/91 (reeds aangehaald) heeft verklaard, heeft zij in een dergelijk geval twee mogelijkheden. Zij kan hetzij alle documenten die zij ten bewijze van de opgeworpen grieven wil gebruiken, bij de mededeling van de punten van bezwaar voegen, ook de stukken die „duidelijk" als disculperend voor de betrokken onderneming zijn te beschouwen, of de onderneming een lijst zenden van de relevante stukken en haar „toegang" tot het dossier verlenen, dat wil zeggen haar toestaan de stukken ten kantore van de Commissie te raadplegen (zie ook het Achttiende verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, gepubliceerd in 1989, blz. 53).

90 In casu kan de Commissie haar algehele weigering inzage te verlenen niet rechtvaardigen door te stellen, dat verzoekster en ICI in bovengenoemde brieven zelf om een vertrouwelijke behandeling van hun documenten hadden verzocht. Die brieven zijn immers gesteld in zeer algemene bewoordingen, die aldus kunnen worden uitgelegd, dat enkel de vertrouwelijkheid van bepaalde in die documenten

vervatte gevoelige informatie moest worden gewaarborgd, bij voorbeeld door weglating van de desbetreffende passages. De Commissie heeft de brief van ICI trouwens zelf in die zin uitgelegd, aangezien zij in haar antwoord van 24 april 1989 (zie zaak T-36/91) uitdrukkelijk heeft verklaard, dat indien die documenten voor het bewijs van een inbreuk van belang waren, zij aan de betrokken ondernemingen moesten worden meegedeeld, en dat alleen gegevens die betrekking hadden op echte zakengeheimen zouden worden weggelaten.

91 Bovendien heeft de Commissie wel degelijk identieke documenten, hetzij in extenso, hetzij in gedeeltelijk geschoonde vorm, gebruikt in het kader van de drie afzonderlijke tegen verzoekster en ICI ingevolge de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ingeleide procedures, in de gemeenschappelijke bijlagen met nummer II enerzijds, en de losse bijlagen met nummers IV en V anderzijds. Dit blijkt bij voorbeeld uit de gedeeltelijke overeenstemming van de bijlagen IV.19 en V.23, IV.24 en V.34, IV.29 en V.41, IV.28 en II.35, V.40 en II.34, alsook V.32 en II.33. Waar zij dit nodig achtte, heeft de Commissie derhalve in het geheel geen rekening gehouden met de gestelde algehele vertrouwelijkheid van de betrokken documenten.

92 Derhalve kan het feit dat de Commissie de documenten met nummer V van de procedure tegen verzoekster heeft uitgesloten, evenmin worden gerechtvaardigd door de noodzaak, de zakengeheimen van ICI te beschermen. De Commissie had die geheimen kunnen beschermen door de gevoelige passages uit de kopieën van de documenten die zij aan verzoekster heeft toegezonden, weg te laten, overeenkomstig een algemene praktijk van het directoraat-generaal Mededinging (DG IV) op dit gebied, die ook in de onderhavige zaken gedeeltelijk is gevolgd.

93 Zo het problemen had opgeleverd, de zakengeheimen van ICI of andere gevoelige gegevens te beschermen door de vervaardiging van niet-vertrouwelijke versies van alle betrokken documenten, had de Commissie gebruik kunnen maken van de tweede methode en verzoekster een lijst van documenten met nummer V kunnen toezenden. In dat geval had verzoekster inzage kunnen verlangen in specifieke documenten in de „dossiers" van de Commissie. Alvorens haar toegang te verlenen tot documenten die eventueel zakengeheimen bevatten, had de Commissie contact

kunnen opnemen met ICI om te bepalen, welke passages gevoelige gegevens betroffen en dus voor verzoekster verborgen moesten blijven. Vervolgens had verzoekster dan toegang kunnen krijgen tot de documenten waaruit de zakengeheimen van ICI waren verwijderd.

94 Gezien de bedoeling van een dergelijke lijst, moest hetgeen daarop vermeld stond verzoekster voldoende nauwkeurig bepaalde informatie verschaffen om haar in staat te stellen met kennis van zaken te beoordelen, of de beschreven documenten voor haar verdediging relevant konden zijn. Wat de vertrouwelijkheid betreft, moest verzoekster het precieze document afkomstig van ICI dat de Commissie niet wilde vrijgeven, kunnen identificeren, teneinde met ICI te kunnen bespreken of deze bereid was, van de vertrouwelijkheid af te zien.

95 Uit het voorgaande volgt, dat de vertrouwelijkheid waarmee de aan verzoekster te verschaffen documenten en/of lijst eventueel moesten worden behandeld, in geen enkel opzicht de algehele weigering van inzage door de Commissie rechtvaardigde. Derhalve moet worden vastgesteld dat de Commissie, door bij de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar de documenten met nummer V niet vrij te geven, hetzij in de vorm van bijlagen bij de mededeling, hetzij in de vorm van een lijst, verzoeksters rechten van de verdediging heeft geschonden.

96 Vervolgens moet worden onderzocht, of een dergelijke schending van de rechten van de verdediging los staat van de manier waarop de betrokken onderneming zich tijdens de administratieve procedure heeft gedragen en of die onderneming verplicht was, de Commissie te verzoeken haar toegang tot het dossier te verlenen dan wel haar bepaalde stukken te doen toekomen. In dit verband moet worden opgemerkt, dat noch verordening nr. 17, noch verordening nr. 99/63 van 25 juli 1963 bepaalt, dat vooraf een dergelijk verzoek moet worden ingediend, of dat de rechten van de verdediging vervallen indien dit achterwege blijft. In casu is voor het feit dat verzoekster tijdens de administratieve procedure geen verzoek in die zin heeft ingediend, in elk geval ter terechtzitting de verklaring gegeven dat een dergelijke stap blijkens de afwijzing van het door ICI ingediende verzoek kennelijk geen zin

had. In die specifieke omstandigheden kan het verzuim van verzoekster niet leiden tot verval van recht op grond dat de schending van de rechten van de verdediging te laat zou zijn ingeroepen.

97 Dit oordeel van het Gerecht wordt niet tegengesproken door het arrest AEG (reeds aangehaald). Daarin verklaarde het Hof, dat bepaalde tegen een onderneming gebruikte belastende documenten bij de mededeling van de punten van bezwaar moesten worden gevoegd en dat het niet-voldoen aan deze verplichting de eliminatie van de betrokken documenten tot gevolg had. In de AEG-zaak evenwel had het middel ontleend aan schending van de rechten van de verdediging, aldus dit arrest, geen algemene draagwijdte, en betekende het dus niet, dat de gehele procedure onregelmatig was. Het Hof onderzocht bijgevolg, of na de uitsluiting van de betrokken documenten de verweten gedragingen nog bewezen konden worden geacht (r. o. 30 van aangehaald arrest). Anders dan in de AEG-zaak moet in het onderhavige geval worden vastgesteld, dat de verdediging van verzoekster in algemene zin nadelig is beïnvloed door de onwettige niet-onthulling van bepaalde documenten, die niet direct belastend waren, maar wel voor de verdediging dienstig konden zijn.

98 Beklemtoond zij, dat de schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure evenmin kan worden geregulariseerd tijdens de procedure voor het Gerecht, die beperkt is tot rechterlijk toezicht binnen het kader van de opgeworpen middelen en dus niet een volledige instructie van de zaak in het kader van een administratieve procedure kan vervangen. Indien verzoekster zich immers tijdens de administratieve procedure had kunnen beroepen op documenten die haar konden disculperen, had zij eventueel het oordeel van het college van Commissieleden kunnen beïnvloeden, althans wat betreft de bewijskracht van het parallelle en passieve gedrag dat haar werd verweten voor het begin en dus voor de gehele duur van de inbreuk. Het Gerecht kan derhalve niet uitsluiten, dat de Commissie dan van een minder langdurige en minder ernstige inbreuk zou zijn uitgegaan, en dus een lagere geldboete zou hebben opgelegd.

99 Mitsdien moet het tweede onderdeel van het middel worden aanvaard en de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover zij verzoekster betreft (zie arrest Cimenteries CBR e. a., reeds aangehaald, r. o. 47).

— Het derde onderdeel van het middel, ontleend aan het niet verlenen van inzage aan verzoekster in andere van ICI afkomstige stukken

100 Anders dan bij het onderzoek van het tweede onderdeel van het middel het geval was, kent het Gerecht niet de stukken afkomstig van ICI welke niet nummer V hebben, waartoe verzoekster geen toegang heeft gekregen, behalve uiteraard de stukken met nummer X. Verzoekster betoogt evenwel terecht, dat de over het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te nemen beslissing ondeelbaar is ten opzichte van de partijen die daaraan zouden hebben deelgenomen. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging van twee ondernemingen is immers niet meer bewezen, indien de Commissie moet vaststellen dat een van de ondernemingen autonoom is opgetreden, zonder samenspanning met haar vermeende partner. Indien ICI zich had kunnen disculperen, had de Commissie in casu ook tegen verzoekster geen onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen aannemen. Bijgevolg konden de documenten betreffende de gedragingen van ICI ook voor verzoeksters verdediging dienstig zijn.

101 Herhaald zij, dat het niet aan de Commissie staat om uit te maken of de in het kader van de instructie van de onderhavige zaken in beslag genomen documenten de betrokken ondernemingen disculpeerden. Het beginsel van procedurele gelijkheid en de wijze waarop dit in mededingingszaken tot uitdrukking komt, namelijk dat de Commissie en de verdediging in gelijke mate over informatie dienen te beschikken, vereisten dat verzoekster de bewijskracht kon beoordelen van de van ICI afkomstige documenten die de Commissie niet bij de mededeling van de punten van bezwaar had gevoegd. Het Gerecht acht het onaanvaardbaar, dat de Commissie over de inbreuk heeft beslist terwijl zij als enige beschikte over de stukken in de „dossiers" 39-49 (ICI) en dus als enige kon beslissen om deze al dan niet te gebruiken tot staving van de inbreuk, terwijl verzoekster er geen toegang toe had en dus niet de overeenkomstige beslissing kon nemen om de stukken al dan niet voor haar verdediging te gebruiken. Bijgevolg had de Commissie ten minste een voldoende gedetailleerde lijst moeten opstellen om verzoekster in staat te stellen te beoordelen, of het zin had, inzage te vragen in specifieke stukken van ICI, die voor de verdediging van de beide partners van de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging dienstig konden zijn. Aangezien men niet van verzoekster kan verlangen, dat zij de bewijskracht aantoont van de specifieke documenten die ICI eventueel disculpeerden — en die haar bij gebreke van een lijst onbekend zijn —, moet de mogelijkheid dat dergelijke documenten bestaan voldoende zijn om een schending van de rechten van de verdediging vast te stellen. Daarmee is een tweede schending van de rechten van de verdediging komen vast te staan.

102 Het Gerecht beseft wel degelijk, dat de opstelling van lijsten en de eventuele bescherming van zakengeheimen voorafgaande aan de „inzage in het dossier", een aanzienlijke administratieve belasting meebrengen voor de diensten van de Commissie, zoals deze ter terechtzitting heeft betoogd. De eerbiediging van de rechten van de verdediging kan evenwel niet stuklopen op technische en juridische moeilijkheden die een doelmatige administratie te boven kan en moet komen.

103 Herhaald zij, dat het gebrek in de administratieve procedure niet kan worden geregulariseerd tijdens de procedure voor het Gerecht, die beperkt is tot het rechterlijk toezicht in het kader van de opgeworpen middelen en dus niet een volledige instructie van de zaak in het kader van een administratieve procedure kan vervangen. Indien verzoekster immers aan de hand van een daartoe opgestelde lijst stukken van ICI had ontdekt die de beide ondernemingen disculpeerden, had zij eventueel tijdens de administratieve procedure het oordeel van de Commissie kunnen beïnvloeden. Derhalve moet het derde onderdeel van het middel worden aanvaard.

104 Mitsdien moeten het tweede en het derde onderdeel van het middel ontleend aan schending van de rechten van de verdediging worden aanvaard en moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover zij verzoekster treft, zonder dat de grief behoeft te worden onderzocht volgens welke de Commissie de bestreden beschikking zou hebben gebaseerd op stukken die verzoekster slechts waren meegedeeld in een gedeeltelijk geschoonde vorm, zoals de bijlagen II.25 en II.34 bij de mededeling van de punten van bezwaar. Evenmin behoeft het Gerecht zich uit te spreken over de andere tot staving van de conclusies tot nietigverklaring opgeworpen middelen, in het bijzonder het middel ontleend aan onregelmatige authentisatie van de aangevochten beschikking, dat geen betrekking heeft op de gehele administratieve procedure voor de Commissie (zie in dit verband het arrest van heden, zaak T-32/91, Solvay, Jurispr. 1995, blz. II-1825).

Kosten

105 Ingevolge artikel 87, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is

gevorderd. Aangezien de Commissie op de voornaamste punten in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten van de procedure te worden verwezen, zonder dat in aanmerking behoeft te worden genomen dat verzoekster haar conclusies die strekten tot het verkrijgen van een verklaring van non-existentie van de beschikking, gedeeltelijk heeft laten vallen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) Verklaart nietig beschikking 91/297/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay, ICI), voor zover zij betrekking heeft op verzoekster.

2) Verwijst de Commissie in de kosten.

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 juni 1995.

De griffier De president

H. Jung J. L. Cruz Vilaça