ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

25 oktober 2011 *

In zaak C-109/10 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingediend op 26 februari 2010,

Solvay SA, gevestigd te Brussel (België), vertegenwoordigd door P. Foriers, R. Jafferali, F. Louis en A. Vallery, avocats,

rekwirante,

andere partij bij de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Currall en F. Castillo de la Torre als gemachtigden, bijgestaan door N. Coutrelis, avocate, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

* Procestaal: Frans.

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot en U. Lõhmus, kamerpresidenten, A. Rosas (rapporteur), R. Silva de Lapuerta, E. Levits, A. Ó Caoimh, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: R. Şereş, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 18 januari 2011,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 april 2011,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening vordert Solvay SA (hierna: „Solvay") de vernietiging van het arrest van het Gerecht van 17 december 2009, Solvay/Commissie (T-57/01, Jurispr. blz. II-4621; hierna: „bestreden arrest"), waarbij dit haar beroep heeft verworpen strekkende tot nietigverklaring van beschikking 2003/6/EG van de Commissie van 13 december 2000 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag

(IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay) (PB 2003, L 10, blz. 10; hierna: „litigieuze beschikking") en, subsidiair, de nietigverklaring of verlaging van de aan haar opgelegde geldboete.

Voorgeschiedenis van het geding

2 Solvay is een belangrijke chemische onderneming. Haar oprichter, Ernest Solvay, is de uitvinder van een procedé waarmee synthetisch natrium kan worden geproduceerd, een grondstof die hoofdzakelijk wordt gebruikt bij de vervaardiging van glas. Natrium wordt ook gebruikt in de chemische industrie, voor de vervaardiging van reinigingsmiddelen, en in de metaalindustrie.

3 Rond 1870 heeft Solvay een productielicentie verstrekt aan Brunner, Mond & Co., een van de ondernemingen waaruit Imperial Chemical Industries (hierna: „ICI") aanvankelijk bestond. Solvay en Brunner, Mond & Co. hebben onderling hun sferen van invloed verdeeld („Alkalikartel"), waarbij Solvay actief was op het Europese continent, terwijl Brunner, Mond & Co. dit was op de Britse eilanden, in het Britse Gemenebest en in andere landen in Afrika, Azië en Zuid-Amerika. De oorspronkelijke overeenkomst is meerdere malen verlengd, waaronder in 1945.

4 Aan het einde van de jaren tachtig was Solvay zowel in de Europese Gemeenschap, waar zij 60 % van de markt vertegenwoordigde, als wereldwijd de belangrijkste natriumproducent. ICI was de tweede producent, waarna vier kleine producenten volgden, namelijk Rhône-Poulenc, Akzo, Matthes & Weber en Chemische Fabrik Kalk (hierna: „CFK").

5 Natuurlijk natrium wordt in de Verenigde Staten gewonnen. De productiekosten daarvan waren lager dan die van synthetisch natrium, maar daarbij moesten nog de transportkosten worden opgeteld. De communautaire ondernemingen zijn enkele jaren beschermd geweest door antidumpingmaatregelen, maar deze laatste waren voorwerp van hernieuwd onderzoek toen de litigieuze procedures door de Commissie van de Europese Gemeenschappen werden ingeleid. Het was immers mogelijk dat geen dumping meer kon worden vastgesteld.

6 Concurrentie was er ook van de producenten in de Oost-Europese landen, maar de hoeveelheden natrium waren slechts gering. Op de invoer vanuit die landen waren ook antidumpingmaatregelen van toepassing.

7 Op de communautaire markt kon een verdeling van de sferen van invloed tussen Solvay en ICI worden vastgesteld, evenals een afscherming van de nationale markten, met belangrijke prijsverschillen.

8 Daar zij vermoedde dat er afspraken waren gemaakt tussen de producenten in de Gemeenschap, heeft de Commissie begin 1989 verificaties verricht bij de belangrijkste natriumproducenten en heeft zij zich afschriften laten verstrekken van vele documenten. In aanvulling op deze verificaties zijn inlichtingen verzocht.

9 Op 13 maart 1990 heeft de Commissie een gemeenschappelijke mededeling van punten van bezwaar gezonden aan Solvay, ICI en CFK. De daarin verweten inbreuken bestonden in schending van:

— artikel 85 van het EEG-Verdrag (nadien artikel 85 van het EG-Verdrag, en vervolgens artikel 81 EG) door Solvay en ICI,

— artikel 85 van het Verdrag door Solvay en CFK,

— artikel 86 van het EEG-Verdrag (nadien artikel 86 van het EG-Verdrag, en vervolgens artikel 82 EG) door Solvay,

— artikel 86 van het Verdrag door ICI.

10 De Commissie heeft niet alle documenten aan elk van de beschuldigde ondernemingen medegedeeld, maar alleen de documenten die betrekking hadden op de inbreuk die hun werd verweten. Daarnaast zijn vele documenten of passages niet aan de betrokken ondernemingen toegezonden om redenen van vertrouwelijkheid.

11 Genoemde ondernemingen zijn uitgenodigd om van hun recht om te worden gehoord gebruik te maken. Blijkbaar heeft Solvay niet aan de hoorzittingen willen deelnemen.

12 Op 19 december 1990 heeft de Commissie de volgende vier beschikkingen vastgesteld:

— beschikking 91/297/EEG inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay/ICI) (PB 1991, L 152, blz. 1), waarin zij Solvay en ICI in wezen verweet dat zij de markt van natrium waren blijven verdelen, ondanks de verklaring van deze ondernemingen dat de in 1945 gesloten overeenkomst een dode letter was geworden en waarin zij, om aan te tonen dat het gedrag niet autonoom was bepaald („parallelle gedragingen"), onder meer uitging van het feit dat Solvay in bepaalde gevallen in naam van ICI had geleverd en dat er vele onderlinge contacten waren geweest tussen de beide ondernemingen;

— beschikking 91/298/EEG inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] (IV/33.133-B: Natriumcarbonaat — Solvay/CFK) (PB 1991, L 152, blz. 16), waarin zij Solvay en CFK verweet dat zij een prijsafspraak hadden gemaakt, in ruil waarvoor CFK een jaarlijks te herziene minimumhoeveelheid mocht afzetten;

— beschikking 91/299/EEG inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay) (PB 1991, L 152, blz. 21), waarin zij Solvay verweet dat zij misbruik van haar machtspositie had gemaakt door een regeling van getrouwheidskortingen en bonussen met betrekking tot marginale hoeveelheden toe te passen, waarmee zij klanten voor hun totale behoefte aan zich wilde binden en haar concurrenten wilde uitsluiten;

— beschikking 91/300/EEG, inzake een procedure op grond van artikel [82 EG] (IV/33.133-D: Natriumcarbonaat — ICI) (PB 1991, L 152, blz. 40), waarin zij ICI vergelijkbaar gedrag verweet.

13 Tegen deze vier beschikkingen is beroep ingesteld bij het Gerecht. Solvay heeft verzocht om nietigverklaring van beschikkingen 91/297 (zaak T-30/91), 91/298 (zaak T-31/91) en 91/299 (zaak T-32/91). ICI heeft verzocht om nietigverklaring van beschikkingen 91/297 (zaak T-36/91) en 91/300 (zaak T-37/91). CFK heeft daarentegen de geldboete die haar was opgelegd bij beschikking 91/298 betaald.

14 In dit verband moet eraan worden herinnerd dat het Gerecht op 27 februari 1992 een beschikking van de Commissie betreffende een mededingingsregeling inzake polyvinylchloride (pvc) non-existent heeft verklaard omdat deze beschikking niet regelmatig was geauthentiseerd (arrest van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie, 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, Jurispr. blz. II-315). In de in punt 13 van dit arrest genoemde zaken waarin zij verzoekster was, heeft Solvay „aanvullende verzoekschriften”

neergelegd, waarin zij een nieuw middel aanvoerde dat ertoe strekte de beschikking ten aanzien waarvan zij aanvankelijk om nietigverklaring had verzocht, non-existent te verklaren, waarbij zij verwees naar twee artikelen in de pers waarin de Commissie had bevestigd dat zij al 25 jaar lang geen enkele beschikking had geauthentiseerd.

15 Nadat het Hof uitspraak had gedaan op de hogere voorziening tegen genoemd arrest, bij arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555), heeft het Gerecht nadere maatregelen tot organisatie van de procesgang gelast in de onderhavige zaak, waarbij zij de Commissie verzocht om onder meer de tekst van de door rekwirante bestreden beschikking over te leggen, zoals deze destijds was geauthentiseerd. De Commissie heeft daarop geantwoord dat het haar aangewezen leek om niet op de gegrondheid van het middel in te gaan, zolang het Gerecht nog geen uitspraak had gedaan over de ontvankelijkheid ervan. Het Gerecht heeft de Commissie evenwel bij beschikking van 25 oktober 1994 gelast om de hierboven genoemde tekst over te leggen. Hieraan heeft de Commissie gehoor gegeven en de tekst van genoemde beschikking overgelegd. Partijen hebben pleidooi gehouden en geantwoord op vragen van het Gerecht ter terechtzitting van 6 en 7 december 1994.

16 Het Gerecht heeft op 29 juni 1995 vijf arresten gewezen.

17 Beschikking 91/297 is wegens schending van de rechten van de verdediging nietig verklaard bij arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775) en ICI/Commissie (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847), op grond dat de Commissie in de loop van de administratieve procedure onvoldoende toegang tot de documenten had gegeven en met name die welke dienstig hadden kunnen zijn voor het verweer. Ter onderbouwing van het oordeel dat dit gebrek niet in de loop van de gerechtelijke procedure kon worden hersteld, heeft het Gerecht onder meer in punt 98 van het arrest Solvay/Commissie opgemerkt dat „[i]ndien verzoekster zich [...] tijdens de administratieve procedure had kunnen beroepen op documenten die haar konden disculperen, [...] zij eventueel het oordeel van het college van Commissieleden [had] 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".

Zowel in het arrest Solvay/Commissie als in het arrest ICI/Commissie heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie op zijn minst een lijst van documenten die van de overige ondernemingen afkomstig waren, had moeten verstrekken zodat de precieze inhoud daarvan en het nut ervan voor het verweer konden worden nagegaan.

18 Beschikking 91/298 is voor zover zij Solvay betrof nietig verklaard bij arrest van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-31/91, Jurispr. blz. II-1821), op grond dat deze beschikking van de Commissie niet regelmatig was geauthentiseerd.

19 Beschikking 91/299 is om dezelfde reden nietig verklaard bij arrest 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-32/91, Jurispr. blz. II-1825).

20 Beschikking 91/300 is voorwerp geweest van het arrest van 29 juni 1995, ICI/Commissie (T-37/91, Jurispr. blz. II-1901). Het Gerecht heeft de middelen en argumenten ter zake van de niet-mededeling van de documenten van de overige ondernemingen verworpen op grond dat deze documenten niet dienstig hadden kunnen zijn voor het verweer van verzoekster, evenals die ter zake van de niet-toezending van een lijst van documenten van verzoekster zelf. Het heeft de bestreden beschikking evenwel nietig verklaard wegens het ontbreken van een regelmatige authentisatie.

21 De reeds aangehaalde arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-31/91) en Solvay/Commissie (T-32/91), zijn voorwerp geweest van een door de Commissie ingestelde hogere voorziening die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 6 april 2000, Commissie/ Solvay (C-287/95 P en C-288/95 P, Jurispr. blz. I-2391). Ook het arrest van 29 juni 1995, ICI/Commissie (T-37/91), reeds aangehaald, is voorwerp geweest van een hogere voorziening die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 6 april 2000, Commissie/ICI (C-286/95 P, Jurispr. blz. I-2341). Deze hogere voorzieningen zijn door het Hof afgewezen bij de twee reeds aangehaalde arresten Commissie/Solvay en Commissie/ICI.

22 De Commissie heeft wat Solvay aangaat twee nieuwe beschikkingen vastgesteld op 13 december 2000, te weten:

— De litigieuze beschikking, die het equivalent is van beschikking 91/299. De bewoordingen van deze beschikking zijn in wezen gelijkluidend. De litigieuze beschikking bevat daarnaast een omschrijving van het verloop van de procedure. Zij is gericht aan Solvay, aan welke onderneming de Commissie een geldboete van 20 miljoen EUR heeft opgelegd.

— Beschikking 2003/5/EG in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (COMP/33.133-B: Natriumcarbonaat — Solvay, CFK) (PB 2003, L 10, blz. 1), die het equivalent is van beschikking 91/298, maar daarnaast ook een omschrijving van het verloop van de procedure bevat. Bij deze beschikking heeft de Commissie Solvay een geldboete van 3 miljoen EUR opgelegd.

23 Solvay heeft tegen deze beschikkingen beroep ingesteld. Het Gerecht heeft deze beroepen bij arrest van 17 december 2009, Solvay/Commissie (T-58/01, Jurispr. blz. II-4781) en bij het bestreden arrest verworpen.

Procesverloop voor het Gerecht

24 Aangezien rekwirante het middel van een gebrekkige toegang tot het dossier had aangevoerd, heeft het Gerecht de Commissie op 19 december 2003 verzocht om onder meer een gedetailleerde opsomming van alle documenten in het dossier over te leggen. Na een verzoek om uitstel, heeft de Commissie een eerste en daarna een tweede lijst overgelegd. Solvay heeft verzocht om een aantal documenten te mogen inzien. In de loop van deze instructie heeft de Commissie erkend dat een aantal dossiers zoek waren geraakt en dat zij in de onmogelijkheid verkeerde om een lijst van de daarin vervatte documenten op te stellen, omdat de indexen van deze mappen volgens haar onvindbaar waren. Rekwirante en de Commissie hebben op respectievelijk 15 juli en

17 november 2005 schriftelijke opmerkingen over het nut van de door Solvay ingeziene documenten voor haar verweer neergelegd. Aan partijen zijn in de loop van 2008 verschillende vragen gesteld. De terechtzitting heeft plaatsgevonden op 26 juni van dat jaar.

Bestreden arrest

Argumenten die zijn ingeroepen ter ondersteuning van de vorderingen tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking

25 Rekwirante heeft zes middelen aangevoerd, onderverdeeld in meerdere onderdelen, die meerdere argumenten omvatten.

Eerste middel, inzake het tijdsverloop

— Onjuiste toepassing van de verjaringsregels

26 Solvay stelde dat de verjaring van het recht van vervolging, berekend overeenkomstig verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319, blz. 1), niet werd geschorst door de procedure in hogere voorziening. De Commissie had volgens haar onmiddellijk na de uitspraak van het arrest van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-31/91), reeds aangehaald, een nieuwe beschikking kunnen vaststellen. Door een hogere voorziening in te stellen, heeft de Commissie dus

een risico genomen, hoewel zij bekend was met het reeds aangehaalde arrest Commissie/BASF e.a., waarin het Hof een standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de gebrekkige authentisatie van de handelingen.

27 Met als argument het arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (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, Jurispr. blz. I-8375), betreffende de tweede „pvc-beschikking", heeft het Gerecht bij het bestreden arrest geoordeeld dat de verjaringstermijn gedurende de periode waarin de hogere voorziening bij het Hof aanhangig was, was geschorst (punten 96-109). Het heeft gewezen op de praktische bezwaren tegen de door Solvay voorgestelde oplossing, namelijk dat mogelijk twee beschikkingen naast elkaar zouden bestaan indien het Hof de hogere voorziening van de Commissie zou toewijzen.

— Schending van het beginsel van de redelijke termijn

28 Het Gerecht heeft elke fase van de procedure en de procedure in haar geheel onderzocht. Het heeft voorts opgemerkt dat, aangezien de litigieuze beschikking in wezen identiek is aan beschikking 91/299, de rechten van de verdediging, ondanks het tijdsverloop, niet waren geschonden. Het heeft meer bepaald opgemerkt in punt 141 van het bestreden arrest dat verzoekster uitdrukkelijk heeft afgezien van de mogelijkheid dat de geldboete zou worden verminderd als genoegdoening en dat zij evenmin een verzoek tot schadevergoeding had ingediend.

Tweede middel, ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften, vereist voor de vaststelling en de authentisatie van de litigieuze beschikking

29 Het Gerecht heeft de eerste twee onderdelen van dit middel, ontleend aan schending van het collegialiteitsbeginsel en dat van de rechtszekerheid, verworpen. Aangaande de schending van rekwirantes recht om opnieuw te worden gehoord, heeft het Gerecht opgemerkt dat de litigieuze beschikking dezelfde inhoud had als beschikking

91/299 en dat de Commissie derhalve niet verplicht was om rekwirante opnieuw te horen (punt 191 van het bestreden arrest). Het Gerecht heeft voorts een onderdeel van dit middel, ontleend aan het ontbreken van een nieuwe raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities en de onregelmatige samenstelling van dit comité, verworpen.

30 In de punten 218 tot en met 230 van het bestreden arrest heeft het Gerecht een onderdeel van hetzelfde middel verworpen, inzake het gebruik van documenten die in strijd met verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) waren verkregen. Solvay meende dat, aangezien in de verificatiebeschikking van 5 april 1989 alleen sprake was van een inbreuk op artikel 81 EG, de Commissie de in beslag genomen documenten niet mocht gebruiken om rekwirante uit hoofde van artikel 82 EG te vervolgen. Het Gerecht heeft hierop geantwoord dat de Commissie niet gehouden is om de inbreuken nauwgezet juridisch te kwalificeren in deze verificatiebeschikking en dat in casu een deel van de in de verificatiebeschikking verweten feiten, namelijk de „uitvoering van exclusieve leveringsafspraken", overeenkwam met hetgeen haar in het kader van de inbreuk bestaande in machtsmisbruik ten laste is gelegd. De Commissie was het rechtskader dat door die beschikking werd gevormd, dus niet te buiten gegaan.

31 Het Gerecht heeft tevens een onderdeel van hetzelfde middel, ontleend aan schending van de beginselen van onpartijdigheid, behoorlijk bestuur en evenredigheid, verworpen.

Derde middel, ontleend aan een onjuiste afbakening van de relevante geografische markt

32 Het Gerecht heeft na onderzoek van dit middel, in punt 256 van het bestreden arrest geconcludeerd dat Solvay over een machtspositie beschikte, ongeacht of de relevante geografische markt is omschreven als de Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, of als elk van de staten waarin haar inbreuken op artikel 82 EG op de markt voor natriumcarbonaat werden verweten.

Vierde middel, inzake het ontbreken van een machtspositie

33 In de punten 275 tot en met 279 van het bestreden arrest heeft het Gerecht herinnerd aan de rechtspraak over het begrip machtspositie. Het heeft vastgesteld welke marktaandelen door Solvay werden gehouden en in de punten 286 tot en met 304 geoordeeld dat de door rekwirante aangevoerde argumenten niet wezen op het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die rechtvaardigden dat de vaststelling dat zij zich op de betrokken markt in een machtspositie bevond, ter discussie werd gesteld.

Vijfde middel: geen misbruik van een machtspositie

34 Na zich in de punten 325, 327, 349, 368, 369, 376 en 388 van het bestreden arrest verscheidene malen ervan te hebben vergewist dat Solvay de echtheid van het tegen haar gebruikte bewijs niet betwistte, heeft het Gerecht geconcludeerd dat de verweten gedragingen, te weten de kortingen voor marginale tonnen, de getrouwheidskortingen, de „groepskorting" voor de belangrijkste klant en de exclusiviteitsovereenkomsten, misbruik van een machtspositie opleverden. Het heeft onder meer uiteengezet dat het kortingsstelsel voor marginale hoeveelheden tot discriminatie leidde.

Zesde middel, ontleend aan schending van het recht op toegang tot het dossier

35 Het Gerecht is nagegaan of de gebrekkige toegang tot sommige documenten in de administratieve procedure, rekwirante had belet om kennis te nemen van documenten die dienstig voor haar verweer hadden kunnen zijn. Het heeft geconcludeerd dat dit niet het geval was, na te hebben gecontroleerd of de aangehaalde documenten tot

een andere afbakening van de relevante geografische markt of die van de relevante productmarkt zouden hebben geleid, of tot andere conclusies ten aanzien van het bestaan van een machtspositie en het misbruik daarvan door Solvay. Het Gerecht heeft het onderdeel dat was ontleend aan het volledig ontbreken van inzage in het dossier onderzocht. Na een poging om vast te stellen welke inhoud de door de Commissie zoekgemaakte dossiers hadden, is het Gerecht nagegaan of de aan Solvay verweten gedragingen konden worden bewezen op grond van de documenten die zich in de bestaande dossiers bevonden en heeft het in punt 479 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „[kon] worden uitgesloten dat verzoekster in de ontbrekende ‚subdossiers' documenten zou hebben kunnen vinden die dienstig zijn voor haar verdediging".

Argumenten die zijn aangevoerd ter ondersteuning van de vorderingen tot nietigverklaring of verlaging van de geldboete

36 Rekwirante heeft vijf middelen aangevoerd, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de ernst van de inbreuken, een onjuiste beoordeling van de duur van de inbreuk, het bestaan van verzachtende omstandigheden, de onevenredigheid van de geldboete en het tijdsverloop.

37 In de punten 510 en 511 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat in de beschikking houdende toepassing van artikel 82 EG geen veroordelingen voor inbreuken op artikel 81 EG als een verzwarende omstandigheid in de vorm van recidive in aanmerking mochten worden genomen, en voorts dat de inbreuken waarvoor Solvay reeds was veroordeeld, sterk verschilden van die in de onderhavige zaak. Het heeft de opgelegde geldboete daarom met 5 % verlaagd.

38 In antwoord op het als vijfde aangevoerde middel heeft het Gerecht geoordeeld dat een geldboete zelfs na een zeker tijdsverloop haar straffende en afschrikkende werking behoudt.

39 Concluderend heeft het Gerecht de geldboete vastgesteld op 19 miljoen EUR. Het heeft rekwirante verwezen in haar eigen kosten en in 95 % van die van de Commissie, en deze laatste verwezen in 5 % van haar eigen kosten.

Hogere voorziening

40 Rekwirante heeft negen middelen uitgewerkt. Het eerste middel is ontleend aan een schending van het recht om binnen een redelijke termijn te worden berecht. Het tweede middel is ontleend aan een schending van de artikelen 14 en 20 van verordening nr. 17. Het derde middel is ontleend aan een schending van de rechten van de verdediging, als gevolg van het feit dat de Commissie, na aanvankelijk in de loop van de administratieve procedure de toegang tot het dossier te hebben geweigerd, een deel van het dossier was kwijtgeraakt. Het vierde middel is ontleend aan een schending van de rechten van de verdediging met betrekking tot de ontlastende documenten die rekwirante ter griffie heeft kunnen inzien. Het vijfde middel is ontleend aan een schending van rekwirantes recht om te worden gehoord alvorens de Commissie de litigieuze beschikking vaststelde. Het zesde middel is ontleend aan een schending van de plicht tot motivering van de arresten en van artikel 82 EG op het punt van de afbakening van de relevante geografische markt waarvan het Gerecht in het bestreden arrest is uitgegaan. Het zevende middel is ontleend aan een schending van de plicht tot motivering van de arresten en van artikel 82 EG op het punt van de beoordeling van de machtspositie in het bestreden arrest. Het achtste middel is ontleend aan een schending van de plicht tot motivering van de arresten en van artikel 82 EG op het punt van de groepskorting die aan Saint-Gobain is verleend. Het negende middel is ontleend aan een schending van de plicht tot motivering van de arresten en van artikel 82 EG op het punt van misbruik in de vorm van discriminatie.

41 Eerst moeten het derde en het vijfde middel, die beide betrekking hebben op de schending van de rechten van de verdediging, tezamen worden onderzocht.

Argumenten van partijen

42 Met het eerste onderdeel van het derde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het, door haar te verplichten om aan te tonen dat de zoekgeraakte stukken dienstig hadden kunnen zijn voor haar verweer, haar een onmogelijke bewijslast heeft opgelegd, aangezien deze stukken niet konden worden onderzocht.

43 Met het tweede onderdeel van het derde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het voorbij is gegaan aan het beginsel dat het volstond dat er een kans was, hoe klein ook, dat deze stukken een invloed op de litigieuze beschikking hadden.

44 Met het derde onderdeel van genoemd middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het zich niet heeft beperkt tot een voorlopig onderzoek van het dossier om na te gaan of de ontbrekende stukken een invloed hadden kunnen hebben op deze beschikking, maar eerst uitspraak ten gronde heeft gedaan. Het Gerecht heeft namelijk eerst geoordeeld dat de middelen die rekwirante ten gronde had aangevoerd ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking, moesten worden afgewezen, om daar vervolgens uit af te leiden dat de documenten die voor rekwirante niet toegankelijk waren geweest, geen invloed op genoemde beschikking hadden kunnen hebben.

45 Met het vierde onderdeel van hetzelfde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het in punt 470 van het bestreden arrest op de enkele grondslag van de marktaandelen heeft geoordeeld dat er „geen reden [was] om aan te nemen, dat [zij] in de ontbrekende

‚subdossiers' stukken zou hebben kunnen ontdekken waardoor de constatering dat zij op de markt voor natriumcarbonaat een machtspositie innam, op losse schroeven kwam te staan" en daarmee de bewijslast heeft omgekeerd en de onschuldpresumptie heeft geschonden. Rekwirante heeft het bestaan van een machtspositie betwist en het is niet uitgesloten dat er nog andere documenten zijn die haar in dit betoog kunnen steunen.

46 Met het vijfde onderdeel van het derde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het de rechten van de verdediging heeft geschonden door in punt 474 van het bestreden arrest ten aanzien van de groepskorting aan Saint-Gobain te oordelen dat zij „had [...] moeten aangeven in welke mate andere bewijzen de inhoud van het geheime protocol kunnen ontkrachten of tenminste in een ander licht kunnen stellen".

47 Met zesde onderdeel van dit middel betoogt rekwirante dat het Gerecht haar recht van verweer heeft geschonden door in punt 471 van het bestreden arrest te oordelen dat een mogelijke fout bij de afbakening van de geografische markt door de Commissie „geen beslissende invloed op het resultaat zou kunnen hebben gehad", zodat rekwirante in de zoekgeraakte mappen van de Commissie geen voor haar verweer dienstige documenten had kunnen aantreffen.

48 Met het eerste onderdeel van het vijfde middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het niet is ingegaan op haar argument dat zij vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking had moeten worden gehoord, ondanks het bestaan van het arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, omdat de administratieve procedure onregelmatig was verlopen vanwege de gebrekkige toegang tot het dossier in een stadium voorafgaand aan de vaststelling van deze beschikking, zodat de geldigheid van de maatregelen ter voorbereiding daarvan was aangetast, en aangezien deze onregelmatigheden nog vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking door het Gerecht waren geconstateerd in het arrest van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91), reeds aangehaald.

49 Met het tweede onderdeel van dit middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het heeft geweigerd te erkennen dat de Commissie verplicht was, alvorens de litigieuze beschikking vast te stellen, de betrokken onderneming te horen nu in een arrest van het Gerecht, ook al was dit in het kader van een afzonderlijke procedure, het bestaan van een gebrek was komen vast te staan dat de maatregelen ter voorbereiding van de nietig verklaarde beschikking aantastte. Rekwirante herinnert in dit verband aan het arrest van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91), reeds aangehaald, en benadrukt dat de procedure in de onderhavige zaak dezelfde gebreken vertoonde als die in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dit arrest. Krachtens artikel 233 EG had de Commissie alle consequenties uit een door het Gerecht gewezen arrest moeten trekken. Zelfs daar waar beschikking 91/299 door het Gerecht was nietig verklaard wegens het ontbreken van authentisatie, had de Commissie ook rekening moeten houden het arrest van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91), reeds aangehaald, waarin nog een andere procedurele onregelmatigheid definitief was komen vast te staan. De Commissie was volgens rekwirante dus verplicht om dit door het Gerecht vastgestelde procedurele gebrek te herstellen om de procedure te regulariseren, en had haar dus in staat moeten stellen om toegang tot het dossier te hebben en al haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen te maken alvorens de litigieuze beschikking vast te stellen.

50 De Commissie bestrijdt de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de door rekwirante aangevoerde middelen en argumenten.

Beoordeling door het Hof

51 Anders dan de Commissie stelt, uit rekwirante met het middel ontleend aan schending van het recht op toegang tot het dossier geen kritiek op de feitelijke beoordelingen van het Gerecht, maar op de regels die dit heeft toegepast inzake de bewijslast ten aanzien van het nut van de documenten waarvan een deel was zoekgeraakt. De vraag of het Gerecht een juist juridisch criterium heeft toegepast bij de beoordeling van het nut van deze documenten voor rekwirantes verweer, is een rechtsvraag die in het kader van een hogere voorziening binnen de toetsing door het Hof valt (zie in die zin arresten van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie,

C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punt 40, en 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 117).

52 De rechten van de verdediging zijn fundamentele rechten die integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het Hof verzekert (arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 64).

53 De eerbiediging van de rechten van de verdediging in een voor de Commissie gevoerde procedure die de oplegging van een geldboete wegens schending van de mededingingsregels tot voorwerp heeft, verlangt dat de belanghebbende onderneming in staat wordt gesteld om op dienstige wijze 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 op het Verdrag heeft gestaafd (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 66). Deze rechten zijn genoemd in artikel 41, lid 2, sub a en b, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

54 Zoals het Gerecht terecht in herinnering heeft gebracht in punt 405 van het bestreden arrest, impliceert het recht van toegang tot het dossier, dat de Commissie de betrokken onderneming de mogelijkheid geeft alle stukken van het onderzoeksdossier te onderzoeken die voor haar verdediging relevant kunnen zijn. Daartoe behoren zowel de belastende als de ontlastende stukken, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie (reeds aangehaalde arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punt 315, en Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 68).

55 De schending van het recht van toegang tot het dossier in de procedure voorafgaand aan de vaststelling van een beschikking, kan in beginsel tot de nietigverklaring van deze beschikking leiden wanneer de rechten van de verdediging van de betrokken onderneming zijn geschonden (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 317).

56 Die schending wordt in een dergelijk geval niet reeds gedekt door het enkele feit dat de toegang tijdens de gerechtelijke procedure mogelijk is geworden (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 318). Daar het onderzoek door het Gerecht beperkt is tot een rechterlijke toetsing van de aangevoerde middelen, heeft het niet tot doel noch tot gevolg dat het in de plaats komt van een volledig onderzoek van de zaak in het kader van een administratieve procedure. De onderneming die beroep tegen een beschikking van de Commissie heeft ingesteld, wordt door de verlate kennisneming van bepaalde stukken van het dossier bovendien niet teruggebracht in de positie waarin zij zou zijn geweest, wanneer zij zich vóór de indiening van haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen bij die instelling op die stukken had kunnen baseren (zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Wanneer de toegang tot het dossier, en meer bepaald tot de ontlastende documenten, in het stadium van de gerechtelijke procedure wordt gegeven, behoeft de betrokken onderneming niet aan te tonen dat, indien zij toegang tot de niet-overgelegde documenten had gehad, de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid, doch enkel dat zij die stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken (arrest van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 128, en reeds aangehaalde arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punt 318, en Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 131).

58 Hoewel het Gerecht deze beginselen juist in herinnering heeft gebracht, heeft het in punt 481 van het bestreden arrest evenwel geconcludeerd dat „[h]oewel verzoekster geen toegang [had] gehad tot alle documenten van het onderzoeksdossier, [...] deze omstandigheid haar in casu immers niet [had] belet zich te verdedigen tegen de

bezwaren ten gronde die de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar en in de [litigieuze] beschikking naar voren [had] gebracht".

59 Om tot deze conclusie te komen heeft het Gerecht eerst de grieven die in genoemde beschikking waren vervat en het materiële bewijs ter ondersteuning daarvan onderzocht. Een dergelijke aanpak is niet vatbaar voor kritiek, aangezien in het licht van deze gegevens moet worden beoordeeld of nog andere documenten dienstig waren voor het verweer.

60 Het Gerecht heeft zijn conclusie evenwel op onder meer de volgende overwegingen gestoeld: in de eerste plaats dat „zeer grote marktaandelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie [vormen]" en dat zelfs indien van dergelijke omstandigheden sprake zou zijn geweest, verzoekster er niet onkundig van had kunnen zijn (punt 470 van het bestreden arrest); in de tweede plaats dat „een mogelijke fout van de Commissie [ter zake van de afbakening van de relevante geografische markt] geen beslissende invloed op het resultaat zou kunnen hebben gehad" (punt 471 van dit arrest), en in de derde plaats dat „verzoekster had moeten aangeven in welke mate andere bewijzen de inhoud van het geheime protocol kunnen ontkrachten of tenminste in een ander licht kunnen stellen" (punt 474 genoemd arrest).

61 Dergelijke stellingen gaan echter voorbij aan de consequenties die in casu uit het verlies van de dossiers moeten worden getrokken voor de rechten van rekwirante. Door aldus te redeneren baseert het Gerecht zich niet alleen op hypotheses ten aanzien van de inhoud van de zoekgeraakte documenten, maar ook ten aanzien van de kennis die rekwirante had moeten hebben van die inhoud. Meer bepaald legt het Gerecht niet uit, zoals de advocaat-generaal in punt 202 van haar conclusie heeft opgemerkt, waarom Solvay zelf kennis zou moeten hebben van eventuele uitzonderlijke omstandigheden die de presumptie van het bestaan van een machtspositie, die is ontleend aan gegevens over de marktaandelen, hadden kunnen weerleggen.

62 Het is in dat verband van belang dat deze subdossiers volgens de Commissie zeer waarschijnlijk de antwoorden bevatten op de verzoeken om inlichtingen die krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 waren gedaan. Het is daarom niet uitgesloten dat rekwirante in die subdossiers gegevens had kunnen aantreffen die van andere ondernemingen afkomstig waren en die haar in staat hadden kunnen stellen om een andere uitleg aan de feiten te geven dan die waarvan de Commissie is uitgegaan, hetgeen dienstig had kunnen zijn voor haar verweer.

63 Daar rekwirante geen toegang tot deze documenten heeft gehad en de inhoud ervan niet vaststaat of kan komen vast te staan, heeft het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door haar, zoals het in punt 474 van het bestreden arrest heeft gedaan, te verplichten tot precisering van de argumenten die zij had kunnen aanvoeren indien zij deze documenten tot haar beschikking zou hebben gehad, terwijl zij materieel in de onmogelijkheid verkeerde om daarvan kennis te hebben.

64 Benadrukt moet worden dat het in casu niet gaat om enkele ontbrekende documenten waarvan de inhoud met behulp van andere bronnen had kunnen worden gereconstrueerd, maar hele subdossiers die, indien de in punt 62 van dit arrest aangegeven veronderstellingen van de Commissie juist blijken te zijn, essentiële stukken in de voor de Commissie gevoerde procedure hadden kunnen bevatten en dus relevant hadden kunnen zijn voor rekwirantes verweer.

65 Hieruit volgt dat het Gerecht, door in punt 481 van het bestreden arrest te concluderen dat de omstandigheid dat verzoekster geen toegang had gehad tot alle documenten van het onderzoeksdossier, haar niet had belet zich te verdedigen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de schending van de rechten van de verdediging door de Commissie, dat het de beginselen van de bewijslast heeft geschonden en dat het zich ten aanzien van de inhoud van de ontbrekende documenten gebaseerd heeft op hypotheses, die het zelf niet heeft kunnen verifiëren.

66 Wat het horen van de betrokken onderneming vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking betreft, door rekwirante aangevoerd in haar vijfde middel in hogere voorziening, moet eraan worden herinnerd dat dit onderdeel uitmaakt van de rechten van de verdediging. Een schending van de rechten van de verdediging moet worden onderzocht aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk geval.

67 In punt 184 van het bestreden arrest heeft het Gerecht er terecht aan herinnerd dat de Commissie, wanneer zij na de nietigverklaring van een beschikking waarbij ondernemingen worden beboet wegens schending van artikel 81, lid 1, EG, wegens een procedurefout die enkel betrekking had op de wijze waarop deze beschikking door het college van Commissieleden definitief was vastgesteld, een nieuwe beschikking geeft met in wezen dezelfde inhoud en gebaseerd op dezelfde bezwaren, niet verplicht is om de betrokken ondernemingen opnieuw te horen (zie in die zin arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 83-111).

68 In de onderhavige zaak kan het vraagstuk van het horen van rekwirante echter niet los worden gezien van de toegang tot het dossier. Hoewel de litigieuze beschikking in wezen een identieke inhoud heeft en gebaseerd is op dezelfde grieven als de eerste beschikking, die door het Gerecht nietig is verklaard wegens een procedureel gebrek in het laatste stadium van de procedure, namelijk het ontbreken van een regelmatige authentisatie door het college van Commissieleden, doet daar immers niet aan af dat de eerste beschikking nog een ander gebrek vertoonde dat in een veel eerder stadium van de procedure is opgekomen. Zoals immers volgt uit punt 17 van dit arrest, staat vast dat de Commissie in de loop van de administratieve procedure die tot de vaststelling van genoemde eerste beschikking heeft geleid, rekwirante niet alle documenten heeft verstrekt die zich in haar dossier bevonden, meer bepaald de ontlastende documenten.

69 Zoals in herinnering is gebracht in punt 17 van dit arrest, heeft het Gerecht in de reeds aangehaalde arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91) en ICI/Commissie (T-36/91), ten aanzien van de in punt 12 van dit arrest aangehaalde beschikking 91/297, die verwant is aan de litigieuze beschikking en voorwerp was van dezelfde mededeling van punten van bezwaar, geconstateerd dat deze administratieve procedure gebreken vertoonde als gevolg van een schending van de rechten van

de verdediging, aangezien de Commissie de betrokken onderneming onvoldoende toegang tot de documenten had verleend, en meer bepaald die welke dienstig hadden kunnen zijn voor het verweer van deze laatste. Derhalve heeft het Gerecht deze beschikkingen nietig verklaard, waarbij het in herinnering bracht dat de toegang tot het dossier in mededingingszaken een van de procedurele waarborgen is ter bescherming van de rechten van de verdediging en dat een gedetailleerde lijst moest worden opgesteld van de documenten waaruit het dossier bestond om de betrokken onderneming in staat te stellen te beoordelen, of het zin had inzage te vragen in specifieke documenten die dienstig voor haar verweer zouden kunnen zijn (reeds aangehaalde arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie, T-30/91, punten 59 en 101, en ICI/Commissie, T-36/91, punten 69 en 111).

70 Desondanks en niettegenstaande de rechtspraak van de Hof waarin het belang van de toegang tot het dossier, en meer bepaald tot de ontlastende documenten, is bevestigd (zie onder meer arrest van 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235), heeft de Commissie dezelfde beschikking vastgesteld als de beschikking die nietig is verklaard wegens het ontbreken van een regelmatige authentisatie, zonder een nieuwe administratieve procedure in te leiden in het kader waarvan zij rekwirante zou hebben gehoord na haar toegang tot het dossier te hebben verleend.

71 Hieruit volgt dat, door geen rekening te houden met de specifieke omstandigheden van de zaak, en met name door zich te baseren op het feit dat de eerste beschikking nietig was verklaard wegens het ontbreken van een regelmatige authentisatie en dat de tweede dezelfde grieven bevatte, het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat het niet nodig was om rekwirante te horen. Het heeft dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie de rechten van de verdediging niet had geschonden door niet tot het horen van rekwirante over te gaan alvorens de litigieuze beschikking vast te stellen.

72 Uit een en ander volgt dat het derde en het vijfde middel in hogere voorziening slagen en dat het bestreden arrest moet worden vernietigd, omdat het Gerecht heeft verzuimd om bij dit arrest de litigieuze beschikking nietig te verklaren wegens schending van de rechten van de verdediging.

73 Daar de erkenning van de gegrondheid van het derde en het vijfde middel leidt tot de vernietiging van het bestreden arrest, behoeven de overige middelen in hogere voorziening niet te worden onderzocht.

Het beroep gericht tegen de litigieuze beschikking

74 Krachtens artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht indien het verzoek om hogere voorziening gegrond is. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Dit is in casu het geval.

75 Uit punten 51 tot en met 72 van het onderhavige arrest volgt dat het beroep gegrond is en dat de litigieuze beschikking wegens schending van de rechten van de verdediging moet worden nietig verklaard.

Kosten

76 Volgens artikel 122 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het de zaak zelf afdoet. Overeenkomstig artikel 69, lid 2, van dit Reglement, dat krachtens artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, 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 overeenkomstig rekwirantes vordering, naast in haar eigen kosten, ook in

de kosten te worden verwezen die voor rekwirante in eerste aanleg en in de hogere voorziening zijn opgekomen.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 17 december 2009, Solvay/Commissie (T-57/01), wordt vernietigd.

2) Beschikking 2003/6/EG van de Commissie van 13 december 2000 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay) wordt nietig verklaard.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten in eerste aanleg en in die van de hogere voorziening.

ondertekeningen