CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 17 februari 2011 [1]

1. Deze hogere voorziening is door Elf Aquitaine SA (hierna: „Elf Aquitaine" of „rekwirante") ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg houdende verwerping van het beroep tot nietigverklaring dat Elf Aquitaine had ingesteld tegen de beschikking van 19 januari 2005 [2] (hierna: „beschikking"), waarbij de Commissie had vastgesteld dat een aantal ondernemingen, waaronder de onderneming bestaande uit rekwirante en haar dochtermaatschappij Arkema SA, voorheen Elf Atochem SA en vervolgens Atofina SA (hierna: „Arkema", „Elf Atochem" en „Atofina"), inbreuk hadden gemaakt op artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101 VWEU) en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) door deel te nemen aan een mededingingsregeling op de markt betreffende monochloorazijnzuur (hierna: „bestreden arrest") [3].

I — Voorgeschiedenis van het geding, bestreden arrest, procedure voor het Hof en conclusies van partijen

2. Uit de punten 3 en volgende van het bestreden arrest blijkt dat de Commissie het onderzoek van het kartel betreffende monochloorazijnzuur eind 1999 is begonnen naar aanleiding van een informatie ontvangen van een van de ondernemingen die aan die regeling hadden deelgenomen. Op 14 en 15 maart 2000 heeft de Commissie verificaties ter plaatse verricht in de bedrijfsruimten van onder andere Elf Atochem. Op 7 en 8 april 2004 heeft zij een mededeling van punten van bezwaar toegestuurd aan twaalf vennootschappen, waaronder Elf Aquitaine en Atofina (punten 3-5 van het bestreden arrest).

3. In haar beschikking heeft de Commissie, na de door Elf Aquitaine aangevoerde argumenten te hebben afgewezen, geoordeeld dat het feit dat Elf Aquitaine 98 % van de aandelen van Atofina bezat, op zichzelf volstond om die vennootschap aansprakelijk te stellen voor de handelingen van haar dochteronderneming. Dat Elf Aquitaine niet aan productie en verkoop van monochloorazijnzuur had deelgenomen, achtte zij geen beletsel om haar samen met de operationele eenheden van de groep als een economische eenheid te beschouwen (punten 9 en 12 van het bestreden arrest). De in de beschikking aan Elf

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — C(2004) 4876 definitief, inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-overeenkomst, zaak COMP/E-1/37.773 — MCAA.

3 — Arrest van 30 september 2009, Elf Aquitaine/Commissie (T-174/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

Aquitaine en aan Arkema hoofdelijk opgelegde geldboete bedraagt 45 miljoen EUR (artikel 2, sub c, van de beschikking en punt 30 van het bestreden arrest).

4. Op 27 april 2005 heeft Elf Aquitaine een beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld. Ter ondersteuning van haar beroep voerde zij negen primaire middelen aan, betreffende respectievelijk schending van de rechten van verdediging, ontoereikende motivering, tegenstrijdige motivering, onjuiste toepassing van de regels betreffende de toerekenbaarheid van inbreuken van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij, schending van verschillende wezenlijke beginselen die een bestanddeel van de communautaire rechtsorde vormen, schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, schending van het rechtszekerheidsbeginsel, onjuiste opvatting van bewijsmiddelen en misbruik van bevoegdheid. Verder heeft zij als subsidiair middel aangevoerd, dat de redenering van de Commissie bij de berekening van de geldboeten incoherent was, en meer subsidiair verzocht om verlaging van de geldboete tot een gepast niveau. In het bestreden arrest heeft het Gerecht alle primair en subsidiair aangevoerde middelen afgewezen en rekwirante in de kosten verwezen.

5. Rekwirante heeft bij verzoekschrift, ter griffie van het Hof neergelegd op 15 december 2009, de onderhavige hogere voorziening ingesteld. Daarin verzoekt zij het Hof primair het bestreden arrest te vernietigen en de in eerste aanleg ingediende vorderingen, strekkende tot nietigverklaring van de artikelen 1, sub d, 2, sub c, 3, en 4, lid 9, van de beschikking, toe te wijzen. Subsidiair verzoekt zij het Hof op grond van artikel 261 VWEU de geldboete die in artikel 2, sub c, van de beschikking aan Elf Aquitaine en aan Arkema hoofdelijk is opgelegd, in te trekken of te verlagen, en in ieder geval de Commissie in de kosten te verwijzen. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante te verwijzen in de kosten.

6. De vertegenwoordigers van partijen zijn ter terechtzitting van 25 november 2010 gehoord.

II — Analyse

A — *De hogere voorziening*

7. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert Elf Aquitaine zes middelen aan, de eerste vijf primair en het zesde subsidiair.

1. Eerste middel

8. Met haar eerste middel verwijt de rekwirante het Gerecht, niet de juiste consequenties te hebben verbonden aan de strafrechtelijke aard van de krachtens artikel 101 VWEU opgelegde geldboeten. Gelet op deze aard had de rechter in eerste aanleg de beginselen van het persoonlijk karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en van de straffen en van het vermoeden van onschuld, zoals geformuleerd in artikel 6, leden 1 en 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), moeten toepassen. [4] Het Gerecht zou deze beginselen daarentegen ten onrechte uitsluitend hebben toegepast op een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid, namelijk de onderneming Atofina/Elf Aquitaine, en niet op de vennootschappen waaruit deze onderneming volgens haar bestaat en die de enige rechtssubjecten zijn. Op grond van deze benadering heeft het Gerecht namelijk enerzijds aan rekwirante het vermoeden van onschuld ontzegd door haar niet bij het vooronderzoek te betrekken, en anderzijds de beginselen van het persoonlijk karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en van de straffen niet op haar toegepast, door de stellingen te verwerpen die zij had aangedragen om aan te tonen dat zij niets met de inbreuk te maken had en haar dochteronderneming autonoom op de markt opereerde. Om te beginnen merkt de Commissie op dat de vraag van de aard van de wegens inbreuk op de mededingingsregels opgelegde geldboeten, waarover het Hof tot nu toe geen uitgesproken standpunt heeft ingenomen, in de onderhavige zaak niet hoeft te worden beantwoord aangezien de rechten die uit deze kwalificatie voortvloeien, zoals de rechten van verdediging en het vermoeden van onschuld, reeds door de rechtspraak zijn erkend en gewaarborgd.

9. Met de Commissie ben ik van mening dat het Hof in de onderhavige zaak geen duidelijk standpunt hoeft in te nemen over de vraag van de aard van de wegens inbreuk op de mededingingsregels opgelegde geldboeten; deze boeten zijn in artikel 23, lid 5, van verordening nr. 1/2003 immers uitdrukkelijk als niet-strafrechtelijk gekwalificeerd. [5] Met haar eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht ook niet de strafrechtelijke aard van deze geldboeten te hebben ontkend, maar de grondrechten te hebben geschonden die zij bezit als rechtspersoon die aansprakelijk wordt gehouden voor een inbreuk waaraan sancties zijn verbonden die volgens haar van strafrechtelijke aard zijn. Welbeschouwd komen de grieven die Elf Aquitaine met dit middel heeft aangevoerd grotendeels overeen met die in de andere middelen, en met name in het

4 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950.

5 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1). Zoals bekend, indien een sanctie in de rechtsorde van een lidstaat als niet-strafrechtelijk wordt gekwalificeerd, sluit dit volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet uit dat voor de toepassing van het EVRM die sanctie niettemin als van strafrechtelijke aard wordt beschouwd, zie arrest EHRM van 8 juni 1976, Engel e.a./Nederland, serie A, nr. 22. Zonder hier verder op in te gaan, merk ik enkel op dat het in het licht van deze rechtspraak onwaarschijnlijk lijkt dat de krachtens verordening nr. 1/2003 opgelegde sancties niet van strafrechtelijke aard in de zin van het EVRM kunnen zijn.

tweede middel, waarin zij klaagt dat het Gerecht de rechten van verdediging zou hebben geschonden door haar het recht te ontzeggen bij het vooronderzoek te worden betrokken, en in het vijfde middel, waarin schending van de beginselen van het persoonlijk karakter van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en van de straffen en van het vermoeden van onschuld worden aangevoerd, als gevolg van het feitelijk niet te weerleggen vermoeden waar de Commissie vanuit is gegaan om Elf Aquitaine verantwoordelijk te houden voor het gedrag van Atofina. Hieruit volgt dat het eerste middel in werkelijkheid niet op zichzelf staat, met uitzondering van de stelling dat het Gerecht de door rekwirante aangevoerde grondrechten ten onrechte zou hebben toegepast op de onderneming bestaande uit Elf Aquitaine en haar dochteronderneming, en niet alleen op rekwirante. Doch ook deze stelling betreft een materiële schending van deze rechten, en komt meerdere malen in de hogere voorziening voor; ik kom hier later nog op terug.

10. Gelet op het bovenstaande ben ik van mening dat het eerste middel niet afzonderlijk van met name het tweede en het vijfde middel hoeft te worden onderzocht. Bij het onderzoek van de in deze twee middelen aangevoerde grieven zal het uitgangspunt van rekwirante, namelijk dat de sancties voor de schending van de mededingingsregels van de Unie van strafrechtelijke aard zijn, als correct worden beschouwd.

2. Tweede middel: schending van de rechten van verdediging van rekwirante

11. Met haar tweede middel verwijt Elf Aquitaine het Gerecht schending van haar rechten van verdediging als gevolg van een onjuiste uitlegging van de beginselen van billijkheid en wapengelijkheid. Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

a) Eerste onderdeel

12. Rekwirant verwijt het Gerecht in de eerste plaats dat het reeds tijdens het vooronderzoek, voordat de mededeling van punten van bezwaar werd verzonden, de bescherming van haar rechten van verdediging niet heeft gewaarborgd. In deze fase van de administratieve procedure was rekwirante niet alleen niet door de Commissie gehoord, maar was zij evenmin ingelicht over de feiten waarvan zij verdacht werd. In het onderhavige geval was de eerbiediging van deze vereisten volgens rekwirante des te meer geboden, aangezien zij niet aan de inbreuk had deelgenomen en er niet van op de hoogte was. Verder had zij, omdat zij pas laat (in de fase van de mededeling van punten van bezwaar) was ingelicht dat er een onderzoek tegen haar liep, niet de noodzakelijke maatregelen kunnen nemen om zich goed te kunnen verdedigen, met name wat betreft het bewaren van eventueel bewijs dat haar dochtermaatschappij zich autonoom gedroeg op de markt. De uitoefening van de rechten van verdediging beperken tot uitsluitend de periode na het versturen van de

mededeling van punten van bezwaar zou in strijd zijn met de strafrechtelijke aard van de krachtens artikel 101 VWEU opgelegde sancties. Ter onderbouwing van haar argumenten beroept rekwirante zich in repliek met name op de „Best Practices on the Conduct of Proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU" van de Commissie, gepubliceerd in januari 2010 (hierna: „Best Practices").

13. Bij het onderzoek van dit onderdeel dient in de eerste plaats te worden vastgesteld of en in hoeverre de Commissie, om de rechten van verdediging van de betrokken ondernemingen in een procedure wegens inbreuk op de mededingingsregels te eerbiedigen, reeds vanaf het begin van het vooronderzoek, en dus vóór de verzending van de mededeling van punten van bezwaar, verplicht is deze ondernemingen in te lichten over de tegen hen bestaande verdenking.

14. Dienaangaande herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak de rechten van verdediging in elke procedure die tot de oplegging van een sanctie, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, zoals die in verordening nr. 1/2003, fundamentele rechten zijn die integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. [6] Bovendien is de administratieve procedure van verordening nr. 1/2003, die zich voor de Commissie afspeelt, verdeeld in twee onderscheiden en achtereenvolgende fasen, met elk een eigen innerlijke logica. De eerste fase, die duurt tot de mededeling van punten van bezwaar, begint op de datum waarop de Commissie krachtens de haar door verordening nr. 1/2003 verleende bevoegdheden in het kader van een vooronderzoek maatregelen neemt die impliceren dat een onderneming een inbreuk wordt verweten, en die belangrijke consequenties hebben voor de situatie van de verdachte ondernemingen. Deze eerste fase moet de Commissie in staat stellen, na onderzoek, haar standpunt te bepalen over de richting die de procedure zal nemen. De tweede fase duurt van de mededeling van punten van bezwaar tot het nemen van de eindbeslissing. Deze fase moet de Commissie in staat stellen zich definitief uit te spreken over de verweten inbreuk. [7] Pas aan het begin van deze tweede fase wordt de betrokken onderneming met de mededeling van punten van bezwaar ingelicht over de belangrijkste feiten waarop de Commissie zich baseert, en heeft zij recht op toegang tot het dossier. [8] Zoals het Hof in het arrest Dalmine/Commissie heeft gepreciseerd, kan de betrokken onderneming pas na verzending van de mededeling van punten van bezwaar haar rechten van verdediging *ten volle* uitoefenen [9], en worden deze rechten en het recht op een eerlijk proces juist door het verzenden van de mededeling van punten van bezwaar enerzijds en de toegang tot het dossier anderzijds

6 — Zie in deze zin arresten 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), en 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie (C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punt 68).

7 — Zie in deze zin arresten 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, punten 181-183), en 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punt 38).

8 — Zie in deze zin arresten Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 7, punten 315 en 316) en Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punten 66 en 67).

9 — Zie arrest van 25 januari 2007, Dalmine/Commissie (C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 59).

verzekerd. [10] In hetzelfde arrest heeft het Hof verder geoordeeld dat indien de rechten van verdediging van de ondernemingen zouden worden uitgebreid tot de periode vóór de verzending van de mededeling van punten van bezwaar, „afbreuk [zou] worden gedaan aan de doeltreffendheid van het onderzoek van de Commissie, omdat de onderneming dan reeds in de vooronderzoeksfase zou kunnen achterhalen over welke informatie de Commissie beschikt en dus welke nog voor haar verborgen kan worden gehouden". [11]

15. In het onderhavige geval verwijt rekwirante het Gerecht, niet te hebben erkend dat de Commissie haar vanaf de fase van het vooronderzoek had moeten inlichten over de verdenkingen jegens haar. De verplichting die volgens rekwirante niet is nagekomen, is derhalve van algemenere aard dan de mededeling van de afzonderlijke bewijsstukken die in de loop van het vooronderzoek waren verzameld, en betreft de informatie over de veronderstelde inbreuk die in het onderzoek aan de orde is.

16. Het Hof heeft zich nog niet uitdrukkelijk over het bestaan van deze verplichting uitgesproken. De rechtspraak van het Hof biedt evenwel een aantal aanknopingspunten voor de analyse. In het arrest Hoechst/Commissie heeft het Hof overwogen dat moet worden vermeden dat die rechten „onherstelbare schade lijden in het kader van een voorafgaand onderzoek, met name bij verificaties, daar deze beslissend kunnen zijn voor de totstandkoming van het bewijs van de onrechtmatigheid van gedragingen van ondernemingen, waarvoor deze aansprakelijk zijn". [12] Hieruit volgt, aldus het Hof, dat bepaalde rechten van verdediging enkel de procedures op tegenspraak betreffen die volgen op een mededeling van punten van bezwaar, terwijl andere rechten, zoals het recht op rechtsbijstand en het recht op eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt [13], of het recht niet tegen zichzelf te hoeven getuigen [14], ook reeds in het voorafgaande onderzoek moeten worden geëerbiedigd. Wat betreft het beginsel van de redelijke termijn heeft het Hof overwogen dat een buitensporig lange duur van een vooronderzoek van invloed kan zijn op de toekomstige mogelijkheden van de betrokken ondernemingen om zich te verweren, met name doordat deze duur eraan in de weg kan staan dat bewijs wordt vergaard ter weerlegging van het bestaan van gedragingen die tot aansprakelijkheid van de betrokken ondernemingen kunnen leiden, en dat „[o]m deze reden [...] het onderzoek van de eventuele inbreuk op de uitoefening van de rechten van

10 — Ibidem, punt 58.

11 — Ibidem, punt 60. Deze overweging moet echter in de context van de door Dalmine aangevoerde grief worden bezien; zij klaagde er namelijk over dat de Commissie haar niet vóór de mededeling van punten van bezwaar had laten weten, in het bezit te zijn van bepaalde processen-verbaal die gedurende de onderzoeken in een nationale strafrechtelijke procedure waren opgesteld, en die volgens haar niet konden worden toegelaten als bewijs in de voor de Commissie lopende procedure (punten 54-55 en 60). Een vergelijkbare grief, namelijk dat in de aan de mededeling van punten van bezwaar voorafgaande fase bepaalde bewijselementen die de Commissie in de daaropvolgende fase van de procedure had gebruikt, niet waren toegezonden, heeft het Gerecht afgewezen in het arrest van 8 juli 2008, AC-Treuhand/Commissie (T-99/04, Jurispr. blz. II-1501, punt 49).

12 — Arrest van 21 september 1989, Hoechst/Commissie (46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, punt 15). Dit beginsel is recent bevestigd in het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 63.

13 — Door het Hof erkend in het arrest van 18 mei 1982, AM & S/Commissie (155/79, Jurispr. blz. 1575).

14 — Zie arrest van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283).

de verdediging niet beperkt [mag] blijven tot de tweede fase van de administratieve procedure", maar „de gehele procedure [moet] omvatten, op basis van de totale duur". [15]

17. In het door rekwirante aangehaalde arrest AC-Treuhand/Commissie heeft het Gerecht geoordeeld dat de in het voorgaande punt uiteengezette overwegingen analoog op de onderhavige kwestie van toepassing zijn. Zo bepaalde het Gerecht dat hoewel „de betrokken onderneming formeel gezien tijdens de vooronderzoeksfase niet de status heeft van „degene tegen wie een vervolging is ingesteld", [...] de inleiding van een onderzoek tegen haar, met name het nemen van een haar betreffende onderzoeksmaatregel, materieel gezien in de regel niet los [kan] worden beschouwd van het bestaan van een vermoeden en dus van een impliciet verwijt [...] dat het nemen van die maatregel rechtvaardigt". [16] Hieruit volgt, aldus het Gerecht, dat de Commissie reeds vanaf de vooronderzoeksfase bepaalde informatie aan de betrokken onderneming moet verstrekken over het voorwerp en het doel van het onderzoek. Ik kan mij bij deze conclusie aansluiten. Zij vloeit voort uit de centrale rol die het Hof heeft toegekend aan de rechten van verdediging in het kader van procedures die tot het opleggen van een sanctie kunnen leiden [17], en ligt tevens in het logische verlengde van hetgeen het Hof heeft beslist over de noodzaak te verzekeren dat deze rechten reeds gedurende de vooronderzoeksfase betreffende een inbreuk op mededingingsregels worden geëerbiedigd.

18. Wat de omvang van deze verplichting betreft overweegt het Gerecht in hetzelfde arrest dat de Commissie „de betrokken onderneming *in het stadium van de eerste maatregel die te harer aanzien wordt genomen* dient in te lichten over met name het voorwerp en het doel van het lopende onderzoek", zonder onderscheid te maken tussen verzoeken om inlichtingen — op informele wijze (krachtens artikel 11, lid 2, van verordening nr. 17/62, thans artikel 18, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003) of op grond van een beschikking (krachtens artikel 11, lid 5 van verordening nr. 17/62, thans artikel 18, leden 1 en 3, van verordening nr. 1/2003) — of verificatiebeschikkingen (krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62, thans artikel 20 van verordening nr. 1/2003). [18] Zoals de Commissie terecht in haar schriftelijke opmer-

15 — Zie arrest Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (aangehaald in voetnoot 7, punten 49-50).

16 — Reeds aangehaald, punt 52.

17 — Zie bijvoorbeeld arrest van 3 september 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commissie (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Jurispr. blz. I-7191, punten 34 en 37 e.v.).

18 — Zie de punten 53-56. Cursivering van mij.

kingen heeft benadrukt, wordt in het arrest AC-Treuhand/Commissie de verplichting de betrokken onderneming (of de rechtspersonen waar zij uit bestaat) in te lichten geacht te bestaan *vanaf het moment waarop jegens haar een van de in verordening nr. 1/2003 voorziene instructiemaatregelen wordt genomen*. Daarmee wordt de onderneming in kwestie namelijk voor het eerst — weliswaar impliciet — een inbreuk verweten, en ondervindt de onderneming, hoewel zij nog niet de status van „degene tegen wie een vervolging is ingesteld" heeft, de gevolgen van dit verwijt.

19. Anders dan de rekwirante beweert, lijkt deze conclusie perfect verenigbaar met de vereisten van artikel 6 EVRM. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is een „ingestelde vervolging" zoals bedoeld in artikel 6, lid 1, EVRM een autonoom begrip. [19] Verder blijkt uit de rechtspraak van dit Hof, met name die over de procesduur, dat de waarborgen van artikel 6 EVRM in een strafrechtelijke context van toepassing zijn vanaf het moment waarop officieel „vervolging tegen iemand wordt ingesteld". [20] Hiermee wordt bedoeld de officiële kennisgeving, uitgaande van de bevoegde autoriteit, van het verwijt dat een strafrechtelijke inbreuk is gepleegd. [21] Gelet op de fundamentele rol die het recht op een eerlijk proces in een democratische samenleving speelt [22], heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor een „materiele" en niet „formele" definitie van het begrip „ingestelde vervolging" gekozen. [23] Afgezien van het formele aspect, onderzoekt het Hof wanneer de betreffende procedure in werkelijkheid is aangevangen, en bepaalt het tijdstip vanaf hetwelk de waarborgen van een eerlijk proces gelden, op de datum waarop de autoriteiten handelingen hebben verricht die „een belangrijke weerslag kunnen hebben op de situatie van de verdachte" [24], zoals een huiszoeking [25].

20. In de onderhavige zaak is tegen Elf Aquitaine in de drie jaar voorafgaand aan

19 — Arrest EHRM van 27 februari 1980, Deweer/België, serie A, nr. 35, punt 42.

20 — Arrest EHRM van 27 juni 1968, Neumeister/Oostenrijk, serie A, nr. 8, punt 18.

21 — Arrest EHRM Deweer/België, reeds aangehaald, punten 42 en 47, arresten EHRM van 15 juli 1982, Eckle/Duitsland, serie A, nr. 51, punt 73, en 21 mei 2003, Janosevic/Zweden, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, punt 91, waarin de terminus ad quem voor de berekening van de duur van de procedure is bepaald op het tijdstip waarop de belastingautoriteiten de belastingaanslag met een verhoging van de verschuldigde belasting hebben betekend (zie in dezelfde zin arrest EHRM van 21 mei 2003, Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic/Zweden, punt 103).

22 — Arrest EHRM van 9 oktober 1979, Airey/Ierland, serie A, nr. 32, punt 24.

23 — Arrest EHRM Deweer/België, reeds aangehaald, punt 42.

24 — Arrest EHRM Eckle/Duitsland, reeds aangehaald, punt 73. In dit arrest heeft het EHRM bij het vaststellen van de terminus ad quem ter bepaling van de duur van de procedure, uitgesloten dat deze enerzijds samenviel met de indiening van de klacht, omdat, hoewel daarmee een eerste vooronderzoek was geopend dat vervolgens was geseponeerd, dit „geen instructiemaatregelen tot gevolg had", en anderzijds met de aanvang van een tweede vooronderzoek, dat was begonnen met „het horen van talrijke getuigen, die werden ondervraagd over de aan Eckle ten laste gelegde feiten". Aangezien niet kon worden vastgesteld „vanaf welk moment de betrokkenen [het echtpaar Eckle] officieel kennis hadden genomen van het onderzoek en er de gevolgen van begonnen te ondervinden", heeft het Hof een tijdstip vastgesteld van ongeveer een jaar na de start van het eerste vooronderzoek.

25 — Zie arrest Eckle/Duitsland, reeds aangehaald. In het reeds aangehaalde arrest Deweer heeft dit Hof daarentegen ontkend dat de inspectie van de bedrijfsruimten van de verzoeker als een vervolging in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM kon worden beschouwd, aangezien dit een normale controle op de naleving van de wet is.

het eerste verzoek om informatie aan haar dochtermaatschappij Elf Atochem en de verzending van de mededeling van punten van bezwaar geen enkele instructiemaatregel genomen. [26] Zij is derhalve pas formeel in staat van beschuldiging gesteld met de mededeling van punten van bezwaar. Anderzijds is het waarschijnlijk, zoals de Commissie tijdens de terechtzitting heeft betoogd, dat de verantwoordelijkheid van rekwirante, die niet berust op haar rechtstreekse deelname aan de mededingingsregeling, pas later in het vooronderzoek in het vizier is gekomen, namelijk op het moment waarop de Commissie, om de mededeling van punten van bezwaar te verzenden, moest vaststellen uit welke entiteiten de ondernemingen bestonden die naar haar mening aan de inbreuk hadden deelgenomen. [27] Dus pas vanaf de mededeling van punten van bezwaar was er sprake van een tegen rekwirante „ingestelde vervolging" in de zin van artikel 6 EVRM, indien de beschuldigingen van inbreuk op de communautaire mededingingsregels (zie punt 10 hierboven) als zodanig moeten worden beschouwd, en waren de in dat artikel voorziene waarborgen op haar van toepassing.

21. In repliek en tijdens de terechtzitting heeft Elf Aquitaine uitdrukkelijk verwezen naar artikel 6, lid 3, sub a, EVRM, dat bepaalt dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld het recht heeft „onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte beschuldiging". Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat de in deze bepaling neergelegde waarborgen een bijzonder aspect van het recht op een eerlijk proces vormen dat in het algemeen wordt gewaarborgd in lid 1 van dit artikel, en dat zij gelden vanaf het moment waarop de vervolging wordt ingesteld, welk begrip overeenkomstig het verdrag moet worden opgevat met inachtneming van de materiële situatie, en niet uitsluitend de puur formele. [28] De in repliek van rekwirante aangevoerde rechtspraak lijkt in de onderhavige zaak niet ter zake. In het arrest Salduz werd een inbreuk op artikel 6, lid 3, sub c, EVRM gesteld vanwege het feit dat de klager tijdens zijn voorarrest het recht op bijstand door een raadsman was ontzegd. Rekwirante verwijst uitdrukkelijk naar de punten 50 e.v., en met name punt 54 van het arrest, betreffende de situatie van iemand op wie een preventieve maatregel van toepassing is — tegen wie dus duidelijk vervolging was ingesteld — en die door de politie is verhoord zonder dat daar

26 — Rekwirante heeft overigens noch tijdens de administratieve procedure noch voor het Gerecht een beroep gedaan op deze omstandigheid om een gebrek in de instructiefase aan te voeren.

27 — Rekwirante stelt, de enige bij de inbreuk betrokken moedermaatschappij te zijn die pas in de fase van de mededeling van punten van bezwaar werd ingelicht, en haalt als voorbeeld Akzo Nobel NV aan. Rekwirante erkent evenwel zelf dat tijdens het vooronderzoek instructiemaatregelen zijn genomen tegen laatstgenoemde vennootschap (verzoeken om inlichtingen).

28 — Arrest EHRM van 27 april 2006, Casse/Luxemburg, punten 29-33 en 71-72. In dit arrest diende de klager volgens het Hof als „degene tegen wie vervolging is ingesteld" voor de toepassing van artikel 6, lid 3, sub a, EVRM te worden beschouwd vanaf de datum van het bevel tot huiszoeking van de bank waar hij had gewerkt, aangezien op dat moment een „reeks van onderling overeenstemmende aanwijzingen" hem ondubbelzinnig als „verdachte" aanmerkten, zie punt 33.

een advocaat bij aanwezig was. [29] Het arrest Dayanan betrof een vergelijkbare situatie. [30]

22. Wat het argument betreft dat Elf Aquitaine uit de Best Practices afleidt, merk ik enkel op dat daarin onder verwijzing naar het arrest van het Gerecht AC-Treuhand/Commissie wordt aangegeven dat de ondernemingen „op het moment waarop de eerste onderzoeksmaatregel tegen hen wordt genomen" op de hoogte worden gesteld van het feit dat er een vooronderzoek tegen hen loopt, en van het onderwerp en het doel daarvan. [31] In ieder geval bepaalt punt 5 van de Best Practises dat deze regels „het standpunt van de DG Concurrentie weergeven [...] op het moment van [hun] bekendmaking, en zullen worden toegepast vanaf de datum van bekendmaking op alle lopende en toekomstige geschillen". In de voetnoot onderaan pagina 10 wordt verder gepreciseerd dat „op procedures die op het moment van de bekendmaking van de Best Practices reeds lopen, deze Practices zullen worden toegepast op de lopende fasen van de procedure, doch niet op de reeds afgeronde fasen". Hieruit volgt dat de Best Practices ratione temporis niet van toepassing zijn op de procedure die tot de beschikking heeft geleid.

23. Elf Aquitaine stelt tot slot dat het feit dat zij tijdens de vooronderzoeksfase niet was ingelicht over de verdenkingen tegen haar, de uitoefening van haar rechten van verdediging in de daaropvolgende contradictoire fase van de procedure negatief heeft beïnvloed. Dienaangaande moet worden vastgesteld, zoals de Commissie doet, dat deze stelling beperkt blijft tot een algemene verwijzing naar een mogelijk verlies van bewijs waarmee de autonomie van haar dochteronderneming op de markt zou kunnen worden aangetoond, en niet door enig bewijs wordt onderbouwd.

24. Gelet op het bovenstaande moet de eerste grief van rekwirantes tweede middel naar mijn mening worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel

25. Met deze grief betoogt rekwirante in de eerste plaats dat het Gerecht, door toepassing van een vermoeden van verantwoordelijkheid te aanvaarden, zodat de Commissie

29 — Arrest EHRM van 27 november 2008, Salduz/Turkije. Ik verwijs naar de volledige tekst van de punten 54 en 62 van dit arrest, waarvan slechts delen in de hogere voorziening zijn overgenomen.

30 — Arrest EHRM van 13 oktober 2009, Dayanan/Turkije, punten 31 e.v., aangehaald door rekwirante.

31 — Zie punt 14. De andere door rekwirante genoemde punten van de Best Practices betreffen de mogelijkheid voor de Commissie, tijdens de onderzoeksfase informele bijeenkomsten met de partijen te organiseren (punt 38), de zogeheten „state-of-play meetings" (punten 54-60), driehoeksbijeenkomsten en bijeenkomsten met de commissaris of de directeur-generaal (punten 61-64), alsmede de toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van de klacht. Ook los van het feit dat de bepalingen over de state-of-play meetings in de huidige versie van de Best Practices niet van toepassing zijn op kartelprocedures (zie punt 60), blijkt uit de lezing van de bovengenoemde punten dat de Commissie onderzoeken zo open en transparant mogelijk wil uitvoeren, maar niet formeel verplicht wil zijn bij ieder onderzoek de verschillende daarin beschreven initiatieven uit te voeren.

louter hoefde te constateren dat Elf Aquitaine vrijwel het gehele kapitaal van haar dochteronderneming in handen had zonder verder nog enig onderzoek jegens haar te verrichten, de noodzaak van een onpartijdig onderzoek heeft ontkend, dat wil zeggen, een onderzoek waarin de bevoegde autoriteit zowel belastend als ontlastend bewijs verzamelt ten aanzien van de ondernemingen die van een inbreuk worden verdacht. Hierover wil ik enkel opmerken dat een vermoeden juist bedoeld is om degene die een feit moet bewijzen, in staat te stellen dit te doen door alleen het bewijs aan te dragen van de veronderstelling waarop het vermoeden berust (in casu het feit dat de moedermaatschappij het volledige of nagenoeg volledige kapitaal van de dochteronderneming in handen heeft). Stellen dat het toepassen van een vermoeden onverenigbaar is met de noodzaak van een onpartijdig onderzoek, omdat de toezichthoudende autoriteit geen verdere — belastende en ontlastende — bewijsstukken hoeft te zoeken, betekent in wezen dat het vermoeden zelf niet toelaatbaar is. De argumenten van rekwirante vallen derhalve samen met het vijfde middel, waarin zij de rechtmatigheid betwist van het vermoeden dat de Commissie jegens haar hanteert.

26. In de tweede plaats beweert rekwirante dat de onpartijdigheid van het onderzoek van de Commissie is geschonden doordat de bevoegdheid instructiemaatregelen te nemen, vervolging in te stellen en besluiten te nemen in deze instelling geconcentreerd zijn, hetgeen onverenigbaar is met de strafrechtelijke aard van de wegens inbreuk op de mededingingsregels opgelegde sancties. Volgens rekwirante dient het Hof na de inwerkingtreding van het Handvest, waarin het vereiste van een onpartijdige administratieve procedure is neergelegd, de eigen rechtspraak op dit gebied te wijzigen teneinde rekening te houden met de standpunten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die meer waarborgen bieden. Op de exceptie van de Commissie dat dit argument nieuw en daarom niet-ontvankelijk is, antwoordt rekwirante dat dit louter een uitbreiding is van de in eerste aanleg aangevoerde middelen.

27. Om te beginnen merk ik hierover op dat het bovenstaande argument een rechtsvraag aan de orde stelt die de kern van de aan het Gerecht voorgelegde zaak betreft. Die vraag is niet in het bestreden arrest behandeld en ook in geen enkele fase van de procedure in eerste aanleg tussen partijen besproken. Rekwirante heeft deze vraag noch in het verzoekschrift, noch in repliek, noch in enige andere memorie die tijdens deze procedure is ingediend uitdrukkelijk opgeworpen; uit het proces-verbaal van de terechtzitting voor het Gerecht blijkt de vraag ook daar niet aan de orde te zijn gesteld. Verder merk ik op dat dit argument inhoudelijk met geen van de punten van de motivering van het bestreden arrest verband houdt, anders dan de in de punten 13-24 hierboven onderzochte grieven die, ook al zijn ze niet in eerste aanleg aangevoerd, stoelen op overwegingen van het Gerecht, met name punt 64 van het bestreden arrest, en daarom ontvankelijk zijn. Tot slot ben ik, in tegenstelling tot rekwirante, niet van mening dat het bovenstaande argument als een uitbreiding van de in eerste aanleg reeds besproken middelen kan worden beschouwd, aangezien aan het Hof een

rechtsvraag wordt voorgelegd die losstaat van de vragen die in het kader van deze middelen zijn behandeld. [32]

28. In zijn rol van cassatierechter dient het Hof te controleren, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in hogere voorziening, op welke wijze het Gerecht zijn beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend, gelet op de hem voorgelegde middelen en argumenten. Het Hof is echter niet bevoegd de rechter van eerste aanleg op de vingers te tikken omdat hij geen uitspraak heeft gedaan over een middel dat partijen niet hebben aangevoerd, tenzij de rechter dit ambtshalve had moeten doen. Dat lijkt mij in de onderhavige zaak echter niet het geval. De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid dient naar mijn mening dus te worden aanvaard.

29. Ik zal dan ook slechts subsidiair ingaan op het door Elf Aquitaine aangevoerde argument, voor het geval dat het Hof het, anders dan ik voorstel, ontvankelijk zou achten.

30. Zoals de Commissie meerdere malen in haar memories heeft benadrukt, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het door de Grote Kamer uitgesproken arrest Jussila bevestigd wat reeds uit een aantal precedenten kon worden afgeleid, namelijk dat in procedures die leiden tot het opleggen van sancties die op grond van artikel 6 EVRM als van strafrechtelijke aard moeten worden beschouwd, onderscheid kan worden gemaakt tussen procedures (en sancties) die tot de zogenoemde „harde kern" van het strafrecht behoren, en procedures (en sancties) die daarbuiten vallen. [33] Na te hebben opgemerkt dat de interpretatie van „ingestelde vervolging" als autonoom begrip had geleid tot een geleidelijke verruiming van de strafrechtelijke werkingssfeer van artikel 6 EVRM naar sectoren die „formeel niet onder de traditionele categorieën van het strafrecht vallen", zoals „geldboeten ter zake van inbreuk op het mededingingsrecht" [34], heeft het Europees Hof in punt 43 van dit arrest

32 — Waarmee in wezen een exceptie van onwettigheid van verordening nr. 1/2003 wordt opgeworpen.

33 — Arrest EHRM van 23 november 2006, Jussila/Finland. Aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens was de vraag voorgelegd of het met artikel 6 EVRM verenigbaar was, dat er geen terechtzitting was gehouden in de hogerberoepsprocedure tegen een door de Finse belastingdienst beschikte belastingverhoging.

34 — De lijst voorbeelden in punt 43 van het arrest Jussila bevatte verder administratieve overtredingen, tuchtrechtelijke sancties op grond van penitentiair recht, en geldboeten opgelegd door rechterlijke instanties op financieel gebied. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens achtte de door de Franse Conseil de la concurrence opgelegde sancties wegens inbreuk op de nationale mededingingsregels van strafrechtelijke aard in de zaak Société Stenuit/Frankrijk, uit het register van het Hof geschrapt bij arrest van 27 februari 1992. Voor een standpunt tegen uitbreiding van de uitzondering in punt 43 van het arrest Jussila tot communautaire procedures wegens inbreuk op mededingingsrecht, zie Slater, D., Thomas, S., Waelbroeck, D., „Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a fair Trail: no Need to Reform?", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, 04/08, blz. 27.

namelijk bevestigd dat in deze sectoren de door dit artikel geboden waarborgen „niet noodzakelijkerwijs in al hun strengheid moeten worden toegepast”.[35] Deze benadering was reeds zichtbaar in met name de arresten Bendenoun en Janosevic[36], die uitdrukkelijk in punt 43 van het arrest Jussila worden aangehaald. In deze uitspraken had het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat een lidstaat gerechtigd is aan de belastingdienst, een bestuursorgaan dat niet aan de vereisten van artikel 6 EVRM voldoet[37], de taak toe te vertrouwen fiscale overtredingen te vervolgen en te bestraffen waarvoor een — als strafrechtelijke sanctie te beschouwen — belastingverhoging kan worden opgelegd, mits de belastingbetaler zich tegen dit besluit tot een gerecht kan wenden dat de waarborgen van artikel 6 EVRM garandeert[38], dat wil zeggen, volgens de formule in punt 81 van het arrest Janosevic, die in meerdere latere arresten is herhaald: „een rechtsprekend orgaan met volledige rechtsmacht[39], dat met name bevoegd is ieder feitelijk en juridisch punt van de bestreden beslissing te wijzigen”.

31. In het verlengde van punt 43 van het arrest Jussila kan de in de arresten Bendenoun en Janosevic geformuleerde regel worden uitgebreid naar procedures wegens inbreuk op de mededingingsregels van verordening nr. 1/2003. Het feit dat de bevoegdheid instructiemaatregelen te nemen, vervolging in te stellen en besluiten te nemen in dergelijke procedures bij de Commissie is geconcentreerd, is derhalve op zich niet in strijd met artikel 6 EVRM, mits de ondernemingen waartegen deze bevoegdheden worden uitgeoefend, het recht hebben tegen het besluit van de Commissie beroep in te stellen bij een orgaan dat aan de vereisten van dat artikel voldoet. Er moet dus worden nagegaan of de door de gemeenschapsrechter uitgevoerde toetsing van de door de Commissie gegeven beschikkingen wegens inbreuk op de mededingingsregels voldoet aan de voorwaarden van punt 81 van het arrest Janosevic. Zonder de kwestie uitputtend te behandelen, wil ik enkel aangeven welke aspecten van deze toetsing in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de grootste problemen kunnen meebrengen.

32. In de eerste plaats is de toetsing die de gemeenschapsrechter op de Commissiebeschikkingen op mededingingsgebied toepast, een typische rechtmatigheidstoetsing, dat wil zeggen, een in principe volledig onderzoek van alle door de verzoeker aangevoerde feitelijke en juridische middelen, en van eventuele punten van openbare orde die ambtshalve moeten worden onderzocht. Behalve wat geldboeten betreft, is het Gerecht echter niet bevoegd een Commissiebeschikking te

35 — Dezelfde redenering wordt gevolgd in het arrest EHRM van 4 maart 2008, Hüseyin Turan/Turkije, punt 32.

36 — Arrest EHRM van 24 februari 1994, Bendenoun/Frankrijk, serie A, nr. 284, en arrest Janosevic/Zweden, reeds aangehaald.

37 — Zie arrest Janosevic, reeds aangehaald, punt 81.

38 — Zie arresten Bendenoun, reeds aangehaald, punt 46, en Janosevic, reeds aangehaald, punt 81; in dezelfde zin, arrest EHRM van 23 oktober 1995, Umlauft/Oostenrijk, serie A, nr. 328-B, punten 37-39. Dit is in wezen het standpunt van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de toepassing van artikel 6 EVRM in een niet-strafrechtelijk kader (zie onder andere arrest EHRM van 10 februari 1983, Albert en Le Compte/België, serie A, nr. 58, punt 29) en op de lichtere strafbare feiten (zoals verkeersovertredingen, zie arrest EHRM van 23 oktober 1984, Öztürk/Duitsland, punt 29).

39 — [Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse vertaling].

wijzigen, maar kan het deze uitsluitend nietig verklaren. Hierbij merk ik in de eerste plaats op dat in de Franse tekst van arrest Janosevic het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de uitdrukking „pouvoir de réformer" gebruikt, terwijl de Engelse tekst het meer algemene werkwoord „to squash" gebruikt, hetgeen veeleer naar de bevoegdheid de bestreden handeling te vernietigen verwijst. Verder heeft het genoemde Hof in hetzelfde arrest geoordeeld dat de bestuurlijke rechters die volgens Zweeds recht bevoegd zijn kennis te nemen van beroepen tegen de beslissingen waarmee de belastingdienst belastingverhogingen oplegt die de aard van een strafrechtelijke sanctie hebben, gerechten zijn die de in artikel 6 EVRM vermelde waarborgen bieden, hoewel zij „in geval van meningsverschillen over de conclusies van de belastingdienst", enkel bevoegd zijn de bestreden beslissing nietig te verklaren. [40] In eerdere arresten heeft het zich in dezelfde zin uitgelaten. [41]

33. De rechtspraak is evenwel niet constant op dit punt. Zo werd het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof in het aangehaalde arrest Umlauft niet geacht de waarborgen ex artikel 6 EVRM te bieden: in een beroep tegen een maatregel waarbij een als van strafrechtelijke aard te beschouwen geldboete was opgelegd wegens een verkeersovertreding, was deze rechter enkel bevoegd een rechtmatigheidstoetsing uit te voeren en voor het overige gebonden aan de feitelijke constateringen van de bestuursautoriteiten. In het arrest Tsfayo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geen volledige rechtsmacht aanvaard voor het High Court van het Verenigd Koninkrijk, omdat dit gerecht, hoewel het bevoegd was het bestreden besluit nietig te verklaren indien het het daaraan ten grondslag liggende bewijsmateriaal ontoereikend of onhoudbaar achtte, niet bevoegd was het bewijs opnieuw te beoordelen of zijn eigen beoordeling van de geloofwaardigheid van de verzoeker in de plaats van de bestreden beoordeling te stellen. [42] In het arrest Kyprianou oordeelde het Europees Hof dat het gebrek aan onpartijdigheid van het gerecht van eerste aanleg, dat de verzoeker een vrijheidsstraf had opgelegd wegens „contempt of the court",

40 — In punt 82 van het arrest merkt het Hof op dat bestuurlijke gerechten „kennis kunnen nemen van ieder aspect van de vragen die hun worden voorgelegd. Hun toetsing is niet beperkt tot rechtspunten, maar kan ook feitelijke kwesties omvatten, zoals de beoordeling van bewijs [...]".

41 — Zie bijvoorbeeld arresten EHRM van 31 augustus 2007, Bistrovic/Kroatië, punt 53, over de Kroatische „County Courts" van 21 september 1993, Zumtobel/Oostenrijk, serie A, nr. 268-A, punten 27-32, over de toetsing door het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof, en 25 oktober 1995, Bryan/Verenigd Koninkrijk, serie A, nr. 335-A, punten 44-47. Deze precedenten betreffen echter geen strafrecht.

42 — Arrest EHRM van 14 november 2006, Tsfayo/Verenigd Koninkrijk, punt 48.

niet door de hoogste rechter als beroepsinstantie was rechtgezet omdat hij de zaak niet *ex novo* had onderzocht. [43] Tot slot heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Silvesters' Horeca overwogen dat verzoekster geen toegang had gehad tot een „gerecht" in de zin van artikel 6 EVRM, omdat het Hof van Beroep te Brussel, waarbij verzoekster hoger beroep had ingesteld tegen een bestuursmaatregel waarbij haar fiscale geldboeten waren opgelegd wegens inbreuk op de btw-wetgeving, niet bevoegd was de belastingbetaler te ontslaan van rechtmatig opgelegde verplichtingen om redenen van opportuniteit of billijkheid. [44] In deze context moet er evenwel aan worden herinnerd dat in geschillen over inbreuken op de artikelen 101 en 102 VWEU de gemeenschapsrechter uit hoofde van artikel 261 VWEU en artikel 31 van verordening nr. 1/2003 ten aanzien van geldboeten volledige rechtsmacht heeft; hij is daarom „niet alleen bevoegd tot eenvoudige toetsing van de wettigheid van de sanctie, maar mag ook zijn oordeel in de plaats stellen van dat van de Commissie", en kan dus de door de Commissie opgelegde geldboete vernietigen, verlagen of zelfs verhogen wanneer hem een vraag over de hoogte van de geldboete ter beoordeling wordt voorgelegd. [45] Op grond van deze bevoegdheid kan de gemeenschapsrechter derhalve de bestreden handeling wijzigen, ook zonder nietigverklaring. [46]

34. Een tweede delicaat aspect waar rekwirante op heeft gewezen betreft de marginale toetsing, dat wil zeggen, beperkt tot de toetsing of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid, die de gemeenschapsrechter volgens vaste rechtspraak [47] uitvoert bij een ingewikkelde economische beoordeling door de Commissie. [48]

43 — Arrest EHRM van 27 januari 2004, Kyprianou/Cyprus. Het Hof heeft inzonderheid geoordeeld dat „en tant qu'instance d'appel, celle-ci n'avait pas pleine juridiction pour examiner à nouveau l'affaire, mais pouvait seulement contrôler s'il y avait dans le jugement de première instance des erreurs manifestes de droit ou de fait. Elle n'a pas procédé à nouveau à un examen indépendant de l'accusation en matière pénale portée contre le requérant pour *contempt* devant la cour d'assises. En outre, la Cour suprême a estimé qu'elle ne pouvait pas intervenir dans le jugement de la cour d'assises en reconnaissant la marge d'appréciation de cette dernière quant à infliger une peine au requérant". Het Hof heeft daar evenwel aan toegevoegd dat „en réalité, la Cour suprême a refusé d'annuler la décision litigieuse au motif que la composition de la cour d'assises n'était pas de nature à garantir son impartialité, alors qu'elle avait le pouvoir de le faire". De Grote Kamer komt in het arrest van 15 december 2005 tot dezelfde conclusie, al ging het daar eerder erom dat hoewel de hoogste rechter daartoe bevoegd was, hij de beslissing van de lagere instantie niet had vernietigd.

44 — Arrest EHRM van 4 maart 2004, Silvester's Horeca Service/België, punten 26 en 27.

45 — Arrest Groupe Danone/Commissie (aangehaald in voetnoot 6, punten 61 en 62). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Kokott van 8 december 2005 in zaak C-113/04 P, Technische Unie/Commissie, arrest van 21 september 2006 (Jurispr. blz. I-8831, punt 132), en conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 16 november 2006, arrest Groupe Danone/Commissie (reeds aangehaald, punten 45 en 48).

46 — Arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 7, punt 692). Ik ben zo vrij ten aanzien van dit onderwerp te verwijzen naar Mengozzi, P., „La compétence de pleine juridiction du juge communautaire", *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, 2007, blz. 219.

47 — Zie in deze zin, wat betreft artikel 85 EG-Verdrag, arresten van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34); 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62), en 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 78).

48 — Dienaangaande merk ik op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid lijkt te aanvaarden dat in niet-strafrechtelijke gevallen de beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van bestuursmaatregelen in bepaalde omstandigheden beperkt wordt door kennelijke fouten, zie arrest Bryan, reeds aangehaald, punten 41 en 44-47. Om precies te zijn, luidt het standpunt van het Hof in punt 47 als volgt: „Kan een dergelijke handelwijze redelijkerwijs van een beroepsinstantie worden verwacht in specifieke juridische sectoren als die in de onderhavige zaak, met name wanneer de feiten eerder zijn vastgesteld gedurende een quasi-rechterlijke procedure die de eerbiediging van vele in artikel 6, lid 1, EVRM neergelegde vereisten waarborgt?" Zie ook arrest Tsyfayo, reeds aangehaald, punt 46.

35. In de derde en laatste plaats geldt dat de gemeenschapsrechter zich weliswaar opnieuw over het belastende en ontlastende bewijs in het administratieve dossier kan buigen, doch in het kader van een beroep tot nietigverklaring is de rechtmatigheidstoetsing gebaseerd op de feitelijke en juridische omstandigheden op het tijdstip waarop de handeling is vastgesteld. [49] Zijn taak is dus beoordelen of de door de Commissie in haar beschikking aangevoerde bewijzen en andere elementen volstaan voor het bewijs van het bestaan van de verweten inbreuk. [50] Indien hij het bewijs niet overtuigend acht, kan hij het besluit uitsluitend nietig verklaren wegens gebrekkige instructie.

36. Ondanks de bovenstaande beperkingen sluit ik niet uit dat de rechterlijke toetsing van de Commissiebeschikkingen waarbij wegens een inbreuk op de mededingingsregels geldboeten worden opgelegd, conform de meer flexibele benadering van de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Janosevic al met al voldoet aan de vereisten van artikel 6, lid 1, EVRM op het gebied van strafrecht.

37. In het onderhavige geval kan deze vraag echter open blijven. De rechtspraak van het Europees Hof laat namelijk toe de vervulling van de vereisten van artikel 6, lid 1, EVRM van geval tot geval te toetsen, ook los van de meer algemene vraag of de structuur waarvan het concrete geval deel uitmaakt, met deze bepaling verenigbaar is. [51] Uit het bestreden arrest volgt dat het Gerecht van elk van de hem voorgelegde aspecten volledig heeft onderzocht of ze aan de vereisten voor toepassing van artikel 101 VWEU voldeden.

49 — Zie in deze zin ook arrest van 13 juni 1972, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit et Grands Moulins de Paris/Commissie (9/71 en 11/71, Jurispr. blz. 391). Om precies te zijn mogen ingewikkelde economische beoordelingen van de Commissie worden getoetst op basis van de informatie waarover zij bij het verrichten van die beoordelingen beschikte, zie arrest van 25 juni 1998, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie (T-371/94 en T-394/94, Jurpr. blz. II-2405, punt 81), en arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie (C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 34).

50 — Zie arresten van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 891), en 8 juli 2004, JFE Engineering/Commissie (T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punten 174 en 175).

51 — Zie bijvoorbeeld arrest Zumtobel, reeds aangehaald, punten 31 e.v., en arrest Janosevic, reeds aangehaald.

Deze controle kan niet als beperkt worden beschouwd vanwege het loutere feit dat rekwirante verantwoordelijk wordt gesteld op grond van een vermoeden. Verder volgt uit hetzelfde arrest dat het Gerecht alle door Elf Aquitaine aangevoerde omstandigheden voor het bewijs dat haar dochteronderneming zich autonoom op de markt gedraagt, heeft onderzocht en ze als niet ter zake dienend of ontoereikend heeft afgewezen op grond van motiveringen die ook uitgebreider zijn dan die in de beschikking van de Commissie. Daar komt nog bij dat rekwirante in haar schriftelijke alsook mondelinge opmerkingen wel in het algemeen betwist dat de toetsing van de gemeenschapsrechter van de beschikkingen van de Commissie wegens inbreuk op de mededingingsregels niet aan de vereisten van artikel 6 EVRM voldoet, maar niets heeft aangevoerd waaruit blijkt dat de toetsing in de onderhavige zaak te kort zou zijn geschoten. Daarom ben ik van mening dat het argument dat de procedure niet onpartijdig is geweest omdat de bevoegdheid instructiemaatregelen te nemen, vervolging in te stellen en besluiten te nemen bij de Commissie zijn geconcentreerd, niet alleen niet-ontvankelijk maar ook ongegrond is. [52]

38. Gelet op het voorgaande dient ook de tweede grief van het tweede middel naar mijn mening te worden afgewezen.

52 — Hieraan kan het enkele feit niet afdoen, dat het Gerecht in het bestreden arrest de door rekwirante verzochte verlaging van de geldboete heeft uitgesloten op grond van de overweging dat laatstgenoemde geen argumenten of feiten had aangevoerd die de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht ook op het gebied van geldboeten rechtvaardigden.

c) Conclusie betreffende het tweede middel

39. Gelet op mijn analyse ben ik van mening dat het tweede middel als deels ongegrond en deels niet-ontvankelijk moet worden afgewezen.

3. Derde middel: onjuistheden wat betreft de omvang van de motiveringsplicht van de Commissie, en ontoereikende motivering van het bestreden arrest

40. Ook dit middel omvat twee grieven.

a) Eerste grief

41. Met de eerste grief van het derde middel voert rekwirante in de eerste plaats aan dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op een „onjuiste opvatting" van de verplichting van de Commissie tot motivering van de mededeling van punten van bezwaar, doordat het heeft geoordeeld dat aan deze verplichting is voldaan door de loutere vermelding van de beginselen voor de toerekening van de verantwoordelijkheid aan moedermaatschappijen en door de vermelding van de omvang van de deelneming van de moedermaatschappij in het kapitaal van de dochteronderneming. Hierover merk ik op dat de punten 58 en volgende van

het bestreden arrest, waaruit volgens rekwirante kan worden opgemaakt dat het Gerecht een fout heeft begaan, in werkelijkheid antwoord geven op de stellingen van rekwirante in het eerste middel, waarmee zij schending van haar rechten van verdediging aanvoerde en niet schending van de motiveringsplicht, waarop het tweede middel betrekking had. Verder wijs ik erop dat hoewel rekwirante betwist dat „alle essentiële elementen waarop de Commissie de beschuldiging van Elf Aquitaine heeft gebaseerd" in de mededeling van punten van bezwaar stonden, zij evenwel niet precies aangeeft welke elementen, naast die aangegeven in de punten 58 en 59 van het bestreden arrest (vermelding van de regels voor het toerekenen aan de moedermaatschappij van het onrechtmatige gedrag van de dochteronderneming, aanduiding van de inhoud van het vermoeden gebaseerd op het feit dat de moedermaatschappij het volledige kapitaal van de dochteronderneming in handen heeft, alsmede vermelding dat het kapitaal van Atofina vrijwel geheel in handen van rekwirante is), verder nog in de mededeling van punten van bezwaar hadden moeten staan. Voor zover rekwirante zou doelen op aanvullend belastend bewijs ten opzichte van het bewijs waarmee wordt aangetoond dat is voldaan aan de feitelijke voorwaarden voor het vermoeden waarvan de Commissie is uitgegaan, vallen haar argumenten samen met die waarmee de mogelijkheid beroep op een dergelijk vermoeden te doen wordt betwist, en die zullen worden onderzocht bij de bespreking van het vijfde middel in hogere voorziening. Hieruit volgt dat rekwirante niet heeft aangetoond dat de uitlegging van de omvang van de verplichting tot motivering van de mededeling van punten van bezwaar onjuist is, zoals zij het Gerecht verwijt. In dit opzicht dient de eerste grief van het derde middel te worden afgewezen.

42. In de tweede plaats verwijt rekwirante het Gerecht een „onjuiste opvatting" van de verplichting van de Commissie tot motivering van de beschikking. De aangevoerde argumenten betreffen meer in het bijzonder het deel van het bestreden arrest waarin het Gerecht de motivering toereikend heeft geacht waarmee de door Elf Aquitaine aangevoerde elementen voor het bewijs dat haar dochteronderneming Atofina zich autonoom op de markt gedroeg, in de beschikking waren afgewezen. Op grond van deze motivering, die het Gerecht volgens rekwirante ten onrechte als „beknopt" heeft gekwalificeerd, maar die in werkelijkheid helemaal niet bestaat, zou zij de gegrondheid van de beschikking niet hebben kunnen toetsen en zou het Gerecht zijn rechtmatigheidstoetsing niet hebben kunnen verrichten.

43. Hierover merk ik op dat het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest de rechtspraak aanhaalt volgens welke de door artikel 253 EG vereiste motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. Het Gerecht herinnert er eveneens aan dat enerzijds de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de

handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben, en anderzijds dat het niet noodzakelijk is dat alle relevante feitelijke of juridische omstandigheden in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen. [53] Tot slot haalt het Gerecht in de laatste volzin van punt 79 zijn eigen rechtspraak aan, op grond waarvan de Commissie haar beweegredenen met zoveel woorden dient te vermelden wanneer zij in het kader van haar beschikkingspraktijk een beschikking geeft die veel verder gaat dan de voorgaande beschikkingen [54], en wijst er in punt 80 op dat wanneer een beschikking tot toepassing van artikel 81 meerdere adressaten heeft en de toerekening van de inbreuk problemen geeft, de motivering voor elk van de adressaten toereikend moet zijn, met name voor degenen die op grond van deze beschikking de gevolgen van de inbreuk moeten dragen. In de punten 84 en volgende onderzoekt het Gerecht de stelling van Elf Aquitaine dat de beschikking onvoldoende is gemotiveerd in het gedeelte waarin de argumenten worden afgewezen die zij had aangedragen ter weerlegging van het vermoeden waarvan de Commissie was uitgegaan. Daartoe onderzoekt het Gerecht de punten 258-261 van de beschikking en merkt met name op dat de Commissie deze argumenten heeft afgewezen omdat het simpelweg „stellingen" waren (niet onderbouwd door bewijs), en dat de door Elf Aquitaine verstrekte documenten louter „algemene informatie over het commerciële beleid van de onderneming" bevatten. Het Gerecht concludeert in punt 89 dat „op grond van dit weliswaar beknopte antwoord op de argumenten van Elf Aquitaine, begrijpelijk is waarom de Commissie ze heeft afgewezen", en dat de Commissie heeft geantwoord „op de wezenlijke punten van het betoog van Elf Aquitaine en alle door haar aangevoerde bewijsstukken in aanmerking heeft genomen". Bij lezing van de punten 84-90 van het bestreden arrest, waarvan de inhoud hierboven in grote lijnen is weergegeven, kan naar mijn mening niet worden betoogd, zoals rekwirante doet, dat het Gerecht de motiveringsplicht van de Commissie onjuist heeft uitgelegd door van een onjuiste opvatting van deze verplichting uit te gaan. Overigens blijkt uit de hierboven aangehaalde passages van het bestreden arrest alsmede uit de lezing van de relevante punten van de beschikking dat, anders dan rekwirante beweert, de Commissie heeft uitgelegd waarom rekwirantes argumenten niet toereikend waren om dit vermoeden te weerleggen (omdat ze bestonden uit niet door bewijs onderbouwde stellingen en uit irrelevante documenten). Ten aanzien van dit punt kan dus niet worden aangevoerd dat de motivering geheel ontbreekt, hoewel het hele betoog van rekwirante en alle overgelegde stukken door de Commissie op in het algemeen dezelfde gronden zijn afgewezen.

53 — Zie met name arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 15 juli 2004, Spanje/Commissie (C-501/00, Jurispr. blz. I-6717, punt 73).

54 — Arrest van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 226).

44. Rekwirante verwijt het Gerecht verder de intensiteit van de motivering van de

beschikking die gezien de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval vereist was, onjuist te hebben uitgelegd. Deze motivering had nauwkeuriger moeten zijn omdat: i) rekwirante vóór de ontvangst van de mededeling van punten van bezwaar niet was gewaarschuwd dat er een procedure tegen haar liep, ii) de Commissie afweek van haar beschikkingspraktijk, en iii) de beschikking meerdere grondrechten van rekwirante aantastte en haar sancties van strafrechtelijke aard oplegde. Zij merkt overigens op dat sinds de inwerkingtreding van het Handvest de motiveringsplicht die krachtens artikel 41, lid 2, van het Handvest op de instellingen van de Unie rust, uit hoofde van artikel 52, lid 3, van het Handvest moet worden uitgelegd conform de stringentere criteria die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens toepast bij de uitlegging van artikel 6, lid 3, sub a, EVRM.

45. Geen van de argumenten van rekwirante lijkt te kunnen slagen. In de eerste plaats is niet duidelijk — en rekwirante verschaft daar evenmin duidelijkheid over — welke invloed het feit dat Elf Aquitaine pas met de mededeling van punten van bezwaar werd ingelicht over de haar ten laste gelegde feiten, op de intensiteit van de verplichting tot motivering van de beschikking heeft. In de tweede plaats heeft de Commissie betoogd, zonder dat rekwirante dit heeft betwist, dat de beginselen op het gebied van de verantwoordelijkheid van moedermaatschappijen die op Elf Aquitaine zijn toegepast, inclusief het vermoeden dat op het bezit van het gehele kapitaal berust, sinds 2002-2003 deel van haar beschikkingspraktijk uitmaken. Aangezien de mededeling van punten van bezwaar op 7 april 2004 naar rekwirante is verstuurd en de beschikking op 19 januari 2005 is gegeven, vormt de beschikking geen breuk met de eerdere praktijk van de Commissie. Tot slot, wat het derde punt betreft (zie punt 44, sub iii), kan worden volstaan met de opmerking dat enerzijds het argument van rekwirante veronderstelt dat de inbreuk op de door haar aangehaalde grondrechten is vastgesteld, welke inbreuk het Gerecht evenwel heeft uitgesloten, en anderzijds dat een meer gedetailleerde motivering van de beschikking een dergelijke inbreuk, voor zover vastgesteld, ook niet had kunnen rechtvaardigen. De omstandigheid dat de beschikking rekwirante sancties van strafrechtelijke aard oplegt, vereist immers geen hogere motiveringsstandaard dan de reeds hoge standaard die voor gemeenschapsinstellingen geldt uit hoofde van artikel 253 EG zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, op grond waarvan de motivering moet beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet brengen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. [55]

55 — Zie onder andere arrest van 2 oktober 2003, Corus UK (C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 145), door rekwirante aangehaald.

46. Wat het argument betreft dat rekwirante op artikel 41, lid 2, juncto artikel 52, lid 3, van het Handvest baseert, gesteld dat deze bepalingen ratione temporis op de beschikking van toepassing zouden zijn [56], is de door Elf Aquitaine aangehaalde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet relevant aangezien deze beslissingen van rechtsprekende organen betreft. Wat in de eerste plaats het door dit Hof gestelde vereiste betreft dat van de vaste rechtspraak afwijkende beslissingen een uitgebreide verklaring van de redenen van een dergelijke herziening dienen te bevatten [57], volstaat de opmerking dat het bestreden arrest geheel in lijn is met de rechtspraak die in 2000 is ingezet met het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie [58] en recentelijk is bevestigd in het arrest Akzo Nobel e.a./Commissie [59]. Over de door rekwirante aangehaalde uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Helle [60] merk ik enkel op dat, zoals ik nader zal toelichten bij de bespreking van de tweede grief van dit middel, het Gerecht in het bestreden arrest alle door rekwirante gedurende de administratieve procedure aangevoerde argumenten opnieuw heeft onderzocht en de conclusies van de Commissie dus niet louter heeft overgenomen zonder de daaraan ten grondslag liggende essentiële vragen te onderzoeken. Tot slot heeft rekwirante verwezen naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin de motivering van beslissingen wordt gehekeld die essentiële begrippen waarop zij berusten niet specificeren [61]; rekwirante heeft evenwel niet gespecificeerd op welke begrippen het Gerecht zich in de onderhavige zaak zou hebben gebaseerd zonder de betekenis ervan uiteen te zetten.

56 — Ik merk op dat het Hof in een recente prejudiciële beslissing het Handvest ook van toepassing heeft geacht op feiten die zich voorafgaand aan de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon hebben voorgedaan, zie arrest van 22 december 2010, DEB (C-279/09, Jurispr. blz. I-13849).

57 — Rekwirante verwijst in dit verband naar het arrest EHRM van 14 januari 2010, Atanasovski/Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië.

58 — Arrest van 16 november 2000 (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925).

59 — Arrest van 10 september 2009 (C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237).

60 — Arrest EHRM van 19 december 1997, Helle/Finland. Ik wijs er overigens op dat dit arrest niet zozeer over de intensiteit van de motiveringsplicht gaat, als wel over het vereiste dat de essentiële vragen die aan rechterlijke toetsing worden onderworpen, inhoudelijk worden onderzocht. In punt 60 van dit door rekwirante aangehaalde arrest verklaart het Europees Hof: „Eu égard à ces considérations, la Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure."

61 — Elf Aquitaine verwijst met name naar de arresten van 28 oktober 1987 H/België, punt 53, en 25 april 1997, Georgiadis/Griekenland, punt 43.

47. Gelet op het voorgaande dient de eerste grief van het derde middel naar mijn mening te worden afgewezen.

b) Tweede grief

48. De tweede grief klaagt om te beginnen dat de motivering van het bestreden arrest tegenstrijdig, onbegrijpelijk en ontoereikend is. Verwezen wordt met name naar het oordeel van het Gerecht dat Elf Aquitaine en haar dochteronderneming een enkele onderneming vormen — de Commissie had hen daarentegen als autonome entiteiten beschouwd — en naar de verwarring van de begrippen onderneming en vennootschap in verschillende passages van het bestreden arrest. Elf Aquitaine meent dat de eerste en de laatste zin van punt 105 van het bestreden arrest elkaar tegenspreken.

49. Dienaangaande merk ik in de eerste plaats op dat, zoals de Commissie naar mijn mening terecht benadrukt, de constatering dat twee vennootschappen een enkele onderneming vormen niet onverenigbaar is met het verzenden van afzonderlijke mededelingen van punten van bezwaar aan deze twee vennootschappen — hetgeen noodzakelijk is om beide in te lichten over de hun ten laste gelegde feiten — en evenmin met het opleggen van afzonderlijke geldboeten, waarvan het bedrag moet worden berekend op grond van de kenmerken van elke vennootschap. Anders dan rekwirante stelt, is deze constatering niet in strijd met het feit dat de Commissie in de administratieve procedure bij het verzenden van de mededeling van punten van bezwaar en het vaststellen van de geldboete rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat Elf Aquitaine en Atofina autonome rechtssubjecten vormen. Naar mijn mening is ook het argument dat de motivering van het bestreden arrest tegenstrijdig en onbegrijpelijk is vanwege de beweerde verwarring van de begrippen vennootschap en onderneming, met name in de punten 8, 17-18, 107 en 123 van het arrest, ongegrond. De punten 8, 17 en 18 zijn onderdelen van de beschrijving van de feiten die aan het geschil zijn voorafgegaan, en daarin is louter de inhoud van de beschikking overgenomen. Punt 107 bevat slechts een verwijzing naar de rechtspraak van het Hof. Tot slot concludeert het Gerecht in punt 123 dat wanneer een groep vennootschappen een enkele onderneming vormt, de Commissie de verantwoordelijkheid voor een inbreuk door deze onderneming mag toerekenen aan de vennootschap die verantwoordelijk is voor de handeling van de groep, en aan deze vennootschap een geldboete mag opleggen. Hoe de bovengenoemde punten ook worden bezien, ieder afzonderlijk, gezamenlijk of in de context van de algehele redenering van het Gerecht, zij bevatten geen dusdanige tegenstrijdigheid dat de motivering incongruent of onbegrijpelijk wordt, zoals rekwirante beweert. Wat in de derde plaats de beweerde tegenstrijdigheid in punt 105 van het bestreden arrest betreft, kan worden volstaan met de opmerking dat het Gerecht hier enkel

uitlegt dat de Commissie in de beschikking weliswaar aanspraak maakt op een zekere beoordelingsvrijheid in gevallen als die van rekwirante, doch deze vrijheid uitsluitend benut wanneer zij, na te hebben vastgesteld dat is voldaan aan de vereisten voor toerekening van de verantwoordelijkheid aan elke vennootschap van een groep, beoordeelt of deze verantwoordelijkheid moet worden toegerekend aan alle vennootschappen van de groep of alleen aan de vennootschappen die rechtstreeks aan de inbreuk hebben deelgenomen. Er is derhalve geen enkele tegenstrijdigheid tussen de eerste en de laatste zin van dit punt.

50. Rekwirante verwijt het Gerecht verder een cirkelredenering; het gaat volgens haar uit van het postulaat dat Elf Aquitaine en Atofina een enkele onderneming vormen om vervolgens omstandigheden die volgens de rechtspraak aanwijzingen kunnen opleveren dat er sprake is van afzonderlijke ondernemingen (bijvoorbeeld onbekendheid van de moedermaatschappij met de inbreuk), als irrelevant af te doen. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is het Gerecht van geen enkel postulaat uitgegaan, maar heeft het enkel rechtmatig geacht dat de Commissie het vermoeden heeft toegepast op grond waarvan zij de verantwoordelijkheid voor de door haar dochteronderneming gepleegde inbreuk aan Elf Aquitaine heeft toegerekend, ook al was er geen sprake van instigatie van haar kant en was zij niet rechtstreeks bij de inbreuk betrokken, en heeft het enkel bekrachtigd dat is voldaan aan de feitelijke vereisten voor de toepassing van dit vermoeden. In deze context is het volstrekt logisch te overwegen, zoals het Gerecht heeft gedaan, dat ook indien Elf Aquitaine niet van de inbreuk op de hoogte was, dit niet kon afdoen aan de grondslag van haar verantwoordelijkheid. De veronderstelde cirkelredenering van het Gerecht is niets anders dan het gevolg van het feit dat het de toepassing van het bovengenoemde vermoeden heeft aanvaard, en is geenszins een indicatie van een motiveringsgebrek.

51. Gelet op het bovenstaande moet mijns inziens ook de tweede grief van het derde middel worden afgewezen.

c) Conclusie inzake het derde middel

52. Gelet op de bovenstaande opmerkingen geef ik het Hof in overweging het derde middel af te wijzen.

4. Vierde middel: schending van artikel 263 VWEU

53. Rekwirante voert aan dat het Gerecht de grenzen van de rechtmatigheidstoetsing heeft overschreden door zijn eigen motivering in de plaats van de gebrekkige motivering van de Commissie te stellen, met name wat betreft de afwijzing door laatstgenoemde van de bewijzen die rekwirante had aangevoerd om het vermoeden te weerleggen op grond waarvan de verantwoordelijkheid voor de inbreuk van haar dochtermaatschappij aan Elf Aquitaine kon worden toegerekend.

54. Hierover merk ik in de eerste plaats op dat de argumenten van rekwirante uitgaan van de veronderstelling dat de beschikking ontoereikend is gemotiveerd, waarvan bij het onderzoek van de eerste grief van het derde middel evenwel niet is gebleken (zie hierboven, punten 42-46). Verder merk ik op dat in het arrest DIR International Film e.a./Commissie, dat door rekwirante wordt aangehaald, het Hof erop wijst dat de gemeenschapsrechter in het kader van de rechtmatigheidstoetsing krachtens artikel 230 EG (thans artikel 263 VWEU) zijn eigen motivering niet in de plaats kan stellen van die van de instelling die de bestreden handeling heeft verricht; het Gerecht kan „[i]n een beroep tot nietigverklaring [...] de motivering van de bestreden handeling weliswaar anders uitleggen dan de betrokken instelling, en in bepaalde omstandigheden de formele motivering van die instelling zelfs verwerpen", maar niet „wanneer de materiële elementen zulks niet rechtvaardigen".[62] De bewegingsvrijheid van het Gerecht binnen de grenzen van zijn rechtmatigheidstoetsing is dus groter dan rekwirante beweert. Daar komt nog bij dat waar het Gerecht in punt 160 en volgende van het bestreden arrest de omstandigheden heeft afgewezen die Elf Aquitaine had aangedragen om aan te tonen dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedroeg, het uitsluitend een motivering heeft gegeven die weliswaar gedetailleerder is dan die in de beschikking, maar toch daarbij aansluit. Het Gerecht heeft dus geen motivering ervoor in de plaats gesteld.

55. Gelet op het bovenstaande dient het vierde middel, dat gebaseerd is op schending van artikel 263 VWEU, naar mijn mening te worden afgewezen.

5. Vijfde middel: schending van de regels betreffende de toerekenbaarheid

56. Alvorens de grieven van dit middel te onderzoeken, herinner ik eraan dat Elf Aquitaine verantwoordelijk is gesteld voor de door haar dochteronderneming gepleegde inbreuk op grond van een vermoeden. De Commissie heeft een dergelijk vermoeden de laatste jaren steeds vaker toegepast bij de bestrijding van mededingingsregelingen waarbij vennootschappen betrokken zijn die deel uitmaken van grote industriële groepen. Het berust

62 — Arrest van 27 januari 2000, DIR International Film e.a./Commissie (C-164/98 P, Jurispr. blz. I-447, punten 38 en 42).

in wezen op de gedachte dat, aangezien een volledige (of, zoals in de onderhavige zaak, nagenoeg volledige) deelneming in het kapitaal van een dochtermaatschappij de moedermaatschappij in staat stelt het commerciële beleid van de dochter op beslissende wijze te beïnvloeden [63], behoudens bewijs van het tegendeel kan worden gesteld dat een dergelijke invloed daadwerkelijk is uitgeoefend en dat de dochteronderneming haar gedrag op de markt dus niet autonoom heeft bepaald. In het reeds aangehaalde arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie heeft het Hof, en daarvoor het Gerecht, dit vermoeden rechtmatig geacht en daarbij gepreciseerd dat in deze context de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij niet volgt uit het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming, maar uit de combinatie daarvan met het ontbreken van omstandigheden die kunnen aantonen dat de moeder niet de mogelijkheid had het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze te beïnvloeden, of dat de dochter autonoom optrad op de markt. [64] Ondanks deze precisering laat het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie ruimte voor een uitlegging volgens welke het vermoeden van daadwerkelijke controle in combinatie met het ontbreken van tegenbewijs als zodanig niet volstaat voor de toerekening van de inbreuk van de dochteronderneming aan de moedermaatschappij, maar moet worden onderbouwd door aanvullende factoren waaruit blijkt dat de twee vennootschappen dezelfde bedoelingen hadden (in die zaak heeft het Hof specifiek verwezen naar de omstandigheid dat de moedermaatschappij „zich tijdens de administratieve procedure, wat de ondernemingen van de Storagroep betreft, als enige onderhandelingspartner van de Commissie [...] had voorgesteld" [65]). Zoals bekend, heeft het Hof deze uitlegging afgewezen in het aangehaalde arrest Akzo Nobel e.a./Commissie [66], waar ik later nog op zal ingaan. Het toepassingsbereik van dit vermoeden is recent uitgebreid tot situaties waarin de controle wordt uitgeoefend via een vennootschap die op haar beurt een volledige dochter is. [67]

57. Hoewel de gemeenschapsrechter de rechtmatigheid van de toepassing van dit vermoeden herhaaldelijk heeft bevestigd [68] — dat overigens zijn oorsprong vindt in een veel

63 — Zie in deze zin arrest van 14 juli 1972, ICI/Commissie (48/69, Jurispr. blz. 619, punten 136-137).

64 — Punt 28. Zie in deze zin ook arrest van 15 september 2005, DaimlerChrysler/Commissie (T-325/01, Jurispr. blz. II-3319, punten 218-220).

65 — Punt 29. Advocaat-generaal Mischo had zich in zijn conclusie in deze zin uitgesproken (Jurispr. blz. I-9928, punten 17-62). Zie in dezelfde zin arrest van 26 april 2007, Bolloré/Commissie (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02, T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 132).

66 — Punt 62.

67 — Zie arrest van 18 december 2008, General Química e.a./Commissie (T-85/06, Jurispr. blz. I-1) bevestigd in hogere voorziening door arrest van 20 januari 2011, General Química e.a./Commissie (C-90/09 P).

68 — Naast de reeds aangehaalde arresten van het Hof Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, Akzo Nobel e.a./Commissie en General Quimica e.a./Commissie, en van het Gerecht General Quimica e.a./Commissie, zie arrest Gerecht van 12 december 2007, Akzo Nobel e.a./Commissie (T-112/05, Jurispr. blz. II-5049).

ouder arrest van het Hof [69] — gaan vennootschappen die op basis van dit vermoeden verantwoordelijk zijn gesteld steeds vaker in beroep tegen beschikkingen die hun geldboeten opleggen wegens mededingingsbeperkende praktijken van hun dochterondernemingen, waarbij zij de door de Commissie gebruikte toerekeningsmethode bekritiseren met in grote lijnen dezelfde middelen [70]. In deze zaak omvat het vijfde middel in hogere voorziening van Elf Aquitaine vier grieven.

a) Eerste grief

58. Met de eerste grief betoogt rekwirante om te beginnen dat de toepassing van dit vermoeden inbreuk maakt op de bewijslastregels, en met name op artikel 2 van verordening nr. 1/2003, op grond waarvan „de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel [101], lid 1, of artikel [102] van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk [dient] te dragen". Naar mij mening kan een dergelijk argument niet slagen. Toelaten dat de Commissie een logisch-deductieve redenering volgt die op een ervaringsregel berust (volgens het „id quod plerumque accidit"-beginsel) — waarvan rekwirante de gegrondheid op zich, wat betreft de juistheid en de waarschijnlijkheid van de redenering, niet betwist — brengt geen wijziging in de bewijslastregels, doch betekent enkel dat in bijzondere omstandigheden een beroep op een speciaal bewijsmiddel kan worden gedaan. [71]

59. In de tweede plaats beweert rekwirante dat het Gerecht gezien de strafrechtelijke aard van geldboeten die wegens schending van artikel 101 VWEU worden opgelegd en de concentratie van bevoegdheden bij de Commissie, had moeten verklaren dat het vermoeden niet op Elf Aquitaine had mogen worden toegepast wegens schending van het beginsel van het onschuldvermoeden dat is neergelegd in artikel 6, lid 2, EVRM.

60. Dienaangaande herinner ik er in de eerste plaats aan dat het EVRM zich niet tegen feitelijke of wettelijke vermoedens in strafzaken verzet. Het vereist wel dat zij worden toegepast binnen „redelijke grenzen" die rekening houden met de ernst van de betrokken belangen en de rechten van verdediging in stand moeten houden [72]. Uit de rechtspraak van het

69 — Zie arrest van 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 50).

70 — Zie bijvoorbeeld de zaak Air Liquide/Commissie, T-185/06, die bij het Gerecht aanhangig is.

71 — Anderzijds lijkt de door rekwirante gestelde schending nauwer verbonden met de indirecte aard van het bewijsvermoeden dan met de mate van waarschijnlijkheid dat de invloed is uitgeoefend, waarop het op Elf Aquitaine toegepaste vermoeden van beslissende invloed berust; om deze schending teniet te doen, zou het daarom niet volstaan de Commissie te verplichten, zoals rekwirante voorstelt, dit vermoeden te versterken met aanvullende aanwijzingen dat deze invloed daadwerkelijk is uitgevoerd, aangezien dat niets zou wijzigen aan de slechts indirecte aard van het bewijs waarop de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij in omstandigheden als in de onderhavige zaak berust.

72 — Zie met name arrest EHRM van 7 oktober 1988, Salabiaku/Frankrijk, punt 28. Deze rechtspraak heeft het Hof overgenomen in het arrest van 23 december 2009, Spector Photo Group en Van Raemdonck (C-45/08, Jurispr. blz. I-12073, punt 43).

Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan worden afgeleid dat deze grenzen in principe worden geacht te zijn geëerbiedigd indien aan degene tegen wie het vermoeden is gericht, de mogelijkheid is gegeven tegenbewijs te leveren, en dat geldt ook voor wat het Hof als de „harde kern" van het strafrecht heeft gedefinieerd. Zo heeft het Straatsburgse Hof in het arrest Pham Hoang het vermoeden van verantwoordelijkheid in verband met het bezit van verdovende middelen, dat is neergelegd in de Franse douanewet, verenigbaar met het vermoeden van onschuld en, meer in het algemeen, met de regels van een eerlijk proces geacht, aangezien de verdachte in ieder geval de mogelijkheid heeft aan te tonen dat hij heeft gehandeld in een noodtoestand of als gevolg van een onvermijdelijke vergissing. [73] Hetzelfde geldt voor het vermoeden van verantwoordelijkheid in verband met de bestuursfunctie van de verdachte in het arrest Radio France [74], en het vermoeden dat goederen die een persoon die op grond van de in het Verenigd Koninkrijk geldende wetten inzake verdovende middelen is veroordeeld, heeft verworven in de zes jaar voorafgaand aan het plegen van het delict afkomstig zijn uit drugshandel en als zodanig verbeurd kunnen worden verklaard. [75] In beide gevallen betrof het een weerlegbaar vermoeden. Meer in het algemeen heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het reeds aangehaalde arrest Janosevic geoordeeld, na te hebben gepreciseerd dat in strafzaken het gebruik van vermoedens evenredig aan de nagestreefde doelen moet zijn, dat een moeilijk te weerleggen vermoeden, waartegen evenwel tegenbewijs openstaat, binnen de redelijke grenzen valt. [76]

61. Dit vooropgesteld, wijs ik erop dat het Hof en het Gerecht herhaaldelijk hebben geoordeeld dat het vermoeden dat een moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van haar dochteronderneming een „eenvoudig", dat wil zeggen „weerlegbaar" vermoeden is, dat met tegenbewijs kan worden weerlegd. [77] Rekwirante betoogt evenwel dat dit vermoeden *feitelijk* onweerlegbaar is. Ter staving van haar stelling noemt zij drie factoren: i) het feit dat de omvang van de deelneming in het kapitaal van de dochteronderneming reeds volstaat voor de toepassing van het vermoeden, ii) de overweging van het Gerecht in punt 105 van het bestreden arrest, dat de Commissie een zekere beoordelingsbevoegdheid heeft bij het toerekenen van de verantwoordelijkheid voor de inbreuk aan de moedermaatschappij, ook indien zij een deelneming in het kapitaal van de dochteronderneming heeft van 98 % of meer, en iii) de beoordeling van het Gerecht van de door rekwirante aangedragen bewijzen.

73 — Arrest EHRM van 25 september 1992, Pham Hoang/Frankrijk, punt 34; zie in dezelfde zin arrest Salabiaku, reeds aangehaald.

74 — Arrest EHRM van 30 maart 2004, Radio France e.a./Frankrijk, punt 24.

75 — Zie arresten EHRM van 12 december 2001, Phillips/Verenigd Koninkrijk, punt 43, en 23 december 2008, Grayson en Barnham/Verenigd Koninkrijk, punten 46-49. In beide zaken werd het betreffende vermoeden evenwel niet toegepast om verzoeker in staat van beschuldiging te stellen, maar uitsluitend om de inhoud van de verbeurdverklaring te kunnen vaststellen.

76 — Punt 101-105.

77 — Zie onder andere arrest Hof Akzo Nobel e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 59, punt 60).

62. Wat de eerste factor betreft, ook indien een volledige of nagenoeg volledige deelneming volstaat om dit vermoeden toe te kunnen passen, dan betreft dit vermoeden toch het daadwerkelijk uitoefenen van controle op grond van deze deelneming, en wel op zodanige wijze dat dit invloed heeft op het gedrag van de dochteronderneming op de markt. De moedermaatschappij die op grond van dit vermoeden in het geding wordt geroepen, kan zich dus tegen de toepassing daarvan verzetten door bijvoorbeeld te bewijzen dat zij met deze deelneming, ondanks de omvang ervan, vanwege juridische of feitelijke belemmeringen niet in staat was daadwerkelijk controle uit te oefenen op het commerciële beleid van de dochteronderneming, of dat deze controle weliswaar mogelijk was, maar zij niet in staat was deze concreet uit te oefenen, of dat ondanks pogingen van de moedermaatschappij het gedrag van de dochteronderneming op de markt te beïnvloeden, laatstgenoemde zich toch autonoom gedroeg (mogelijk in strijd met de instructies van de moedermaatschappij [78]). Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, impliceert het feit dat het moeilijk is het nodige bewijs te leveren om een vermoeden te weerleggen op zichzelf niet dat dit vermoeden onweerlegbaar is. Daar komt nog bij dat, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld (zie hierboven, punt 60), een weliswaar moeilijk te weerleggen vermoeden binnen de aanvaardbare grenzen blijft, zolang de mogelijkheid bestaat tegenbewijs te leveren.

63. Over de tweede factor die rekwirante voor het feitelijk onweerlegbare karakter van het vermoeden in kwestie noemt, merk ik op dat de omstandigheid dat de Commissie een beoordelingsvrijheid heeft bij de beslissing of de inbreuk ook moet worden toegerekend aan de moedermaatschappij die het volledige of nagenoeg volledige kapitaal van de dochteronderneming in handen heeft, geen invloed heeft op de relatieve aard van dit vermoeden, althans voor zover niet wordt bestreden dat de toepassing ervan is uitgesloten omdat is bewezen dat de moedermaatschappij geen beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochteronderneming. Voor het overige, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft opgemerkt, draagt het feit dat een vermoeden niet automatisch van toepassing is, in beginsel eraan bij dat de toepassing ervan binnen redelijke grenzen blijft. [79]

64. Tot slot stelt rekwirante dat het Gerecht in wezen een negatief bewijs verlangt, namelijk dat geen invloed is uitgeoefend op het marktgedrag van de dochteronderneming, een soort probatio diabolica die niet verenigbaar is met het recht op toegang tot de

79 — Zie in deze zin arrest EHRM Phillips/Verenigd Koninkrijk (reeds aangehaald, punt 43), waarin werd gewezen op de omstandigheid dat de rechter over een zekere beoordelingsbevoegdheid beschikte bij het toepassen van het vermoeden, op grond waarvan hij kon beslissen het vermoeden niet toe te passen indien dat een ernstig risico van onrechtvaardigheid tot gevolg zou kunnen hebben.

rechter en op een daadwerkelijke rechterlijke toetsing. Hierover merk ik op dat het gezien de aard van het vermoeden, op grond waarvan middels een logisch-deductieve redenering uit een bekend gegeven een onbekend gegeven wordt afgeleid, logisch lijkt dat degene waartegen het vermoeden is gericht in principe het negatieve bewijs moet leveren van het feit dat louter veronderstellenderwijs is aangenomen. Op grond van de enkele omstandigheid dat dergelijk bewijs is vereist, kan niet worden geconcludeerd, zoals rekwirante doet, dat het vermoeden onweerlegbaar is, met name niet wanneer, zoals in de onderhavige zaak, dit bewijs moet worden gezocht in de sfeer van degene tegen wie het vermoeden werkt. Anderzijds lijkt deze omstandigheid op zich, gelet op de rechtspraak van zowel het Hof [80] als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [81], niet in strijd met het beginsel van het vermoeden van onschuld.

65. Ter staving van haar stellingen haalt rekwirante in repliek de recente uitspraak in de zaak Spector Photo Group en Van Raemdonck [82] aan. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat het beginsel van het onschuldvermoeden niet in de weg staat aan het vermoeden van artikel 2, lid 1, van richtlijn 2003/6/EG [83], op grond waarvan het oogmerk van de persoon die zich schuldig maakt aan handel met voorwetenschap impliciet wordt afgeleid uit de materiële bestanddelen van deze inbreuk, „aangezien dit vermoeden weerlegbaar is en de rechten van verdediging worden gewaarborgd” [84]. Deze beslissing is conform de analyse tot dusver en biedt geen steun aan de stelling van rekwirante.

66. Volgens rekwirante heeft het Hof in de punten 55 en volgende van dat arrest de grenzen voor de toepassing van vermoedens in het economisch recht aangegeven, door uit te sluiten dat zij automatisch van toepassing zijn en te oordelen dat de bevoegde autoriteit de feitelijke omstandigheden diepgaand moet onderzoeken, hetgeen het Gerecht in de zaak Elf Aquitaine niet zou hebben gedaan. Het lijkt mij dat rekwirante aan de genoemde punten van het arrest Spector Photo Group en Van Raemdonck een algemene betekenis toedicht die zij niet hebben. Daar komt nog bij dat, anders dan de lezing die rekwirante eraan geeft, het Hof in deze punten enkel een uitlegging geeft van het begrip „gebruik van voorwetenschap” in de zin van artikel 2, lid 1, van richtlijn nr. 2003/6 in het licht van de doelstellingen daarvan, door de bevoegde autoriteiten te verplichten na te gaan of dit gebruik daadwerkelijk de oneerlijke aard

80 — Zie arrest van 16 juli 2009, Rubach (C-344/08, Jurispr. blz. I-7033, punten 31-33).

81 — Zie bijvoorbeeld arresten Phillips/Verenigd Koninkrijk (reeds aangehaald, punt 43) en Grayson en Barnham/Verenigd Koninkrijk (reeds aangehaald, punt 49).

82 — Reeds aangehaald in voetnoot 72.

83 — Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik) (PB L 96, blz. 16).

84 — Punt 44.

heeft die de genoemde richtlijn bedoelt te verbieden om de integriteit van de financiële markten en het vertrouwen van investeerders te beschermen [85]: indien deze oneerlijke aard niet kan worden bewezen omdat het gebruik van voorwetenschap niet in strijd is met de doeleinden van de richtlijn [86], is niet voldaan aan de vereisten van het delict handel met voorwetenschap en kan *dientengevolge* het psychologische bestanddeel van deze inbreuk niet worden vermoed. Met andere woorden, de verplichting van de bevoegde autoriteiten de feitelijke omstandigheden van de operatie diepgaand te onderzoeken betreft niet het object van het vermoeden, dat wil zeggen, het oogmerk, maar alleen de materiële bestanddelen van de inbreuk waaruit het oogmerk wordt afgeleid. Het arrest Spector Photo Group en Van Raemdonck bevestigt dus geenszins de stelling van rekwirante dat het vermoeden waarvan de Commissie is uitgegaan om haar verantwoordelijk te stellen voor de door de dochteronderneming gepleegde inbreuk versterkt had moeten worden door aanvullend bewijs. Het Gerecht heeft in ieder geval, zoals de Commissie terecht heeft benadrukt, feitelijk alle bewijzen onderzocht die rekwirante had overgelegd om het door de Commissie toegepaste vermoeden te weerleggen.

67. Verder herhaalt rekwirante in deze grief een aantal argumenten die reeds bij de analyse van het derde middel zijn besproken. Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat, anders dan rekwirante lijkt te stellen, het Gerecht door de door rekwirante ingediende bewijsstukken niet ter zake dienend of ontoereikend te verklaren, geen „bewijsstandaard" heeft vastgesteld, doch louter deze stukken zowel afzonderlijk als in hun geheel heeft onderzocht (punten 160-173 van het bestreden arrest). De toetsing nog verder doortrekken zou de beoordeling van het bewijs door de rechter in eerste aanleg aantasten, terwijl rekwirante geen bewijs heeft geleverd dat er sprake zou zijn van een eventuele onjuiste opvatting van het bewijs.

b) Tweede grief

68. Met de tweede grief van het vijfde middel stelt rekwirante dat het Gerecht, door te oordelen dat de Commissie het vermoeden waarvan zij is uitgegaan mocht toepassen, het beginsel van de zelfstandigheid van de rechtspersoon, een grondbeginsel van het vennootschapsrecht van de lidstaten, heeft geschonden en daarmee het subsidiariteitsbeginsel. Hierdoor zouden aan de rechtspersoon de rechten van verdediging, het recht van het vermoeden van onschuld en het recht op eerbiediging van het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen worden ontzegd.

69. Hierover merk ik op dat, anders dan rekwirante stelt, het vermoeden op grond waarvan zij verantwoordelijk is gesteld voor

85 — Zie punt 55.
86 — Zie punt 61.

de door haar dochteronderneming Atofina gepleegde inbreuk op zichzelf geen schending vormt van het beginsel van de zelfstandigheid van de rechtspersonen binnen een groep vennootschappen, zoals erkend in het Franse recht. Dit vermoeden betreft, zoals wij hebben gezien, het uitoefenen van beslissende invloed door de moedermaatschappij op het commerciële beleid van de dochteronderneming, hetgeen mogelijk is doordat de moeder het volledige of nagenoeg volledige kapitaal van de dochter in handen heeft, en waaruit, tot het tegendeel is bewezen, de werkelijke uitoefening van die invloed wordt afgeleid. Het beginsel van de zelfstandigheid van rechtspersonen wordt dus niet aangetast door het vermoeden op zich, maar eventueel door de aanname dat indien een dergelijke invloed is vastgesteld, al dan niet op grond van een vermoeden, de moedermaatschappij en de dochteronderneming een economische eenheid, en dus een onderneming in de zin van de mededingingsregels van het Verdrag vormen. Deze uitlegging, die reeds lang geleden in de rechtspraak van de Unierechter is aanvaard [87], heeft, zoals bekend, het mogelijk gemaakt het begrip onderneming waar deze bepalingen zich op baseren, uit te breiden tot rechtssubjecten die niet rechtstreeks op de markt optreden, en hun geldboeten op te leggen hoewel zij niet persoonlijk aan de inbreuk hebben deelgenomen. Dit vooropgesteld, lijkt ook deze uitleg niet onverenigbaar met het door rekwirante aangevoerde beginsel.

70. In de eerste plaats wordt de juridische zelfstandigheid van rechtspersonen niet doorbroken door, voor de toepassing van de mededingingsregels, te concluderen dat de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van de dochteronderneming, en wel dusdanig dat het marktgedrag van laatstgenoemde niet autonoom kan worden geacht — ongeacht of deze conclusie simpelweg uit de bestaande kapitaalbanden tussen de twee rechtssubjecten wordt afgeleid of door specifiek bewijs wordt bevestigd. Zoals wij hebben gezien, worden zij als verschillende vennootschappen beschouwd, zowel wat het uitoefenen van hun rechten van verdediging (verzending van de mededeling van punten van bezwaar, mogelijkheid opmerkingen in te dienen, gehoord te worden, recht om beroep in te stellen) als wat het vaststellen van de geldboete betreft. Anders dan rekwirante betoogt, vormt de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij voor het gedrag van de dochterondernemingen geen objectieve aansprakelijkheid voor de daden van een ander, maar berust zij op een veronderstelde of bewezen inmenging van de moeder in de oriëntatie van het commerciële beleid en het marktgedrag van de dochter. [88] In de tweede plaats is het beginsel van de zelfstandigheid van rechtspersonen binnen een groep niet dwingend, ook niet in het Franse recht, aangezien in bepaalde situaties, bijvoorbeeld in het geval van vermenging

87 — Zie bijvoorbeeld de rechtspraak waarnaar wordt verwezen in het arrest Akzo Nobel (aangehaald in voetnoot 59, punten 58 en 59).

88 — Zie in deze zin arrest Hof Akzo Nobel (aangehaald in voetnoot 59, punt 77).

van vermogens, en in specifieke sectoren, met name op het gebied van boekhoudkundig of belastingrecht, dit principe en de idee van economische eenheid van de groep naast elkaar kunnen bestaan. [89]

71. In het kader van deze grief stelt Elf Aquitaine verder dat, door te beslissen dat de Commissie geen specifieke aanwijzingen voor het ontbreken van zelfstandigheid van Atofina hoefde aan te dragen, het Gerecht in strijd met de vaste rechtspraak heeft gehandeld, die vereist dat er ten minste een verband is tussen het vermoeden en het object van de regeling of de relevante markt. In dit verband verwijs ik enkel naar mijn uiteenzetting in punt 56 hierboven over het arrest Akzo Nobel e.a./Commissie van het Hof en de daarin gegeven uitlegging van de eerdere rechtspraak.

72. Gelet op het voorgaande dient ook de tweede grief van het vijfde middel naar mijn mening ongegrond te worden verklaard.

c) Derde grief

73. Volgens rekwirante heeft het Gerecht de Commissie een discretionaire marge toegekend bij de toerekening van door de dochteronderneming gepleegde inbreuken aan de moedermaatschappij. Door deze beoordelingsvrijheid zouden het legaliteitsbeginsel en het beginsel van rechtszekerheid worden geschonden. De praktijk van de Commissie op dit gebied zou incoherent zijn, wat met name zou blijken uit het feit dat rekwirante wel in de onderhavige zaak, maar niet in een eerdere inbreukprocedure verantwoordelijk is gesteld voor het gedrag van haar dochteronderneming Atofina.

74. Met name uit punt 105 van het bestreden arrest volgt dat het Gerecht heeft uitgesloten dat de beoordelingsvrijheid waar de Commissie in punt 260 van de beschikking beroep op doet, betrekking heeft op het toerekenen aan een vennootschap van de verantwoordelijkheid voor de door een andere vennootschap gepleegde inbreuken. Het Gerecht heeft in dat punt geoordeeld dat de Commissie ter terechtzitting en in haar schriftelijke memories zelf heeft uiteengezet dat deze beoordelingsvrijheid alleen de beslissing betreft al dan niet aan alle vennootschappen van een groep sancties op te leggen, als eenmaal is vastgesteld dat is voldaan aan de vereisten om elk van hen verantwoordelijk te stellen. Deze grief mist dus feitelijke grondslag, en dient daarom te worden afgewezen.

d) Vierde grief

75. De vierde grief van het vijfde middel klaagt over schending van het gelijkheidsbeginsel. Zij is gericht tegen punt 175 van het

89 — Over de grenzen van dit beginsel, zie onder andere de conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak Commercial Solvents (arrest van 6 maart 1972, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223).

bestreden arrest, waarin het Gerecht de ongelijke behandeling van rekwirante door de Commissie zou hebben goedgekeurd: in haar geval volstond namelijk de kapitaalverbinding met Atofina, terwijl de Commissie bij andere moedermaatschappijen die betrokken waren bij de mededingingsregeling, met name die van de groep Akzo Nobel en van Clariant, aanvullende aanwijzingen zou hebben geleverd over het ontbreken van autonomie van de respectievelijke dochterondernemingen. Hierover merkt de Commissie op dat zij in de zaken betreffende deze vennootschappen over deze aanwijzingen beschikte en hen daarom, ten overvloede, in de beschikking heeft vermeld. Ik ben met verweerster eens dat op grond van alleen deze omstandigheid niet kan worden geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Daarom moet naar mijn mening ook de vierde grief van het vijfde middel worden afgewezen.

e) Conclusie betreffende het vijfde middel

76. Gelet op alle bovenvermelde overwegingen ben ik van mening dat het vijfde middel moet worden afgewezen.

6. Zesde middel

77. Met haar zesde, subsidiaire, middel stelt rekwirante dat de onjuiste rechtsopvattingen en de schendingen van Unierecht die het bestreden arrest bevat ten minste moeten leiden tot vernietiging of verlaging van de geldboete. Aangezien ik op grond van de bovenstaande analyse tot de conclusie ben gekomen dat alle door rekwirante aangevoerde grieven in hun geheel ongegrond zijn, ben ik van mening dat dit middel, nog afgezien van de onduidelijke formulering waar de Commissie op heeft gewezen, in ieder geval ongegrond is. In repliek voert rekwirante in verband met dit middel tevens schending van het beginsel van de evenredigheid van de straffen aan. Afgezien van de vraag of deze grief wel ontvankelijk is, vooral omdat zij tardief is ingediend [90], ben ik van mening dat de door rekwirante

90 — Het Verdrag van Lissabon, waar rekwirante deze grief op baseert, is kort voor de indiening van het verzoekschrift in hogere voorziening in werking getreden. Verder wijs ik erop dat rekwirante in eerste aanleg geen enkel middel of argument ter zake van schending van het evenredigheidsbeginsel heeft aangevoerd. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, hebben het Gerecht en het Hof de eerbiediging van dit beginsel met betrekking tot geldboeten ook reeds voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon getoetst. Het valt dus te betwijfelen of deze grief ontvankelijk is, ook omdat zij voor het eerst in hogere voorziening is aangevoerd (zie, meest recentelijk, arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie (413/08 P, Jurispr. blz. I-5361, punt 52).

aangevoerde omstandigheden, inzonderheid het feit dat zij niet aan de inbreuk heeft deelgenomen, er niet van op de hoogte was en er geen enkel voordeel mee kon behalen aangezien zij niet rechtstreeks op deze markt actief is, slechts algemene stellingen zijn die er nogmaals voornamelijk toe strekken de rechtmatigheid van de gronden waarop rekwirante verantwoordelijk is gesteld ter discussie te stellen. Hiermee kan de evenredigheid van de door de Commissie opgelegde geldboete niet serieus worden betwist.

78. Voor zover rekwirante in dit middel stelt dat het Hof ook volledige rechtsmacht ex artikel 261 VWEU heeft, herinner ik eraan dat het volgens vaste rechtspraak niet aan het Hof staat, wanneer het zich in hogere voorziening over rechtsvragen uitspreekt, zijn beoordeling om redenen van billijkheid in de plaats te stellen van die van het Gerecht, dat in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft beslist over de hoogte van de aan ondernemingen opgelegde geldboeten wegens schending van het gemeenschapsrecht. [91] Rekwirante heeft overigens niet de rechtmatigheid betwist van de voorwaarden die het Gerecht in het bestreden arrest aan de uitoefening (of niet-uitoefening) van zijn volledige rechtsmacht heeft gesteld. [92]

79. Daarom moet naar mijn mening ook het subsidiair aangevoerde zesde middel worden afgewezen.

B — *Kosten*

80. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien ik in overweging geef de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen, en aangezien de Commissie heeft gevorderd dat rekwirante in de kosten wordt verwezen, ben ik van mening dat rekwirante in de kosten van het geding moet worden verwezen.

91 — Zie onder andere arresten van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 31), en 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 129), en arrest Technische Unie/Commissie (aangehaald in voetnoot 45, punt 210).

92 — Zoals reeds in punt 52 gezegd, heeft het Gerecht in casu geoordeeld dat rekwirante niets had aangevoerd op grond waarvan het in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht de hoogte van de opgelegde geldboete ter discussie kon stellen (punt 242 van het bestreden arrest).

III — Conclusie

81. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante te verwijzen in de kosten.