CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
Y. BOT
van 26 oktober 2010[1]

1. In deze zaak heeft ThyssenKrupp Nirosta GmbH[2] hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 1 juli 2009, ThyssenKrupp Stainless/Commissie[3].

2. Aan de zaak ligt ten grondslag beschikking 2007/486/EG van de Commissie van 20 december 2006 in een procedure op grond van artikel 65 van het EGKS-Verdrag (Zaak COMP/F/39.234 — Legeringtoeslag, Wedergoedkeuring).[4] In die beschikking heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen vastgesteld dat Thyssen Stahl AG[5] van 16 december 1993 tot en met 31 december 1994 inbreuk heeft gemaakt op artikel 65 KS door de referentiewaarden voor de berekeningswijze van een legeringstoeslag te wijzigen en toe te passen. De Commissie heeft TKS ter zake een geldboete van 3 168 000 EUR opgelegd.

3. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de vorderingen van TKS afgewezen, die strekten tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking en verlaging van het bedrag van de geldboete.

4. Deze hogere voorziening werpt verschillende vragen op inzake de toepassing van fundamentele rechtsbeginselen op mededingingszaken. Enkele daarvan zijn identiek aan, althans nauw verbonden met de vragen die aan de orde komen in de momenteel voor het Hof aanhangige hogere voorzieningen tegen het arrest van het Gerecht van 31 maart 2009, ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie[6] (C-201/09 P en C-216/09 P), waarin ik eveneens conclusie neem.

5. De eerste vraag betreft de geldigheid van de rechtsgrondslag van de litigieuze beschikking. Gezien het aflopen van het EGKS-Verdrag en het ontbreken van overgangsbepalingen heeft de Commissie zich namelijk

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Voorheen ThyssenKrupp Nirosta AG, voorheen ThyssenKrupp Stainless AG; hierna: „TKS".

3 — T-24/07, Jurispr. blz. II-2309; hierna „bestreden arrest".

4 — PB 2007, L 182, blz. 31; hierna: „litigieuze beschikking".

5 — Hierna: „Thyssen".

6 — T-405/06, Jurispr. blz. II-771.

gebaseerd op de bepalingen van verordening (EG) nr. 1/2003 [7] voor de vaststelling en bestraffing van de inbreuk op artikel 65, lid 1, KS. Mijns inziens heeft het Gerecht op goede gronden beslist dat dit juist was.

6. De tweede vraag betreft de draagwijdte van het gezag van gewijsde. Kan men zich op het standpunt stellen dat zonder een debat op tegenspraak de zaak ten gronde is onderzocht? Uiteraard niet. Mijns inziens heeft het Gerecht dan ook ten onrechte het gezag van gewijsde mede toegepast op een rechtspunt van het arrest dat niet voor hem is betwist of bediscussieerd. Geen enkel rechtsstelsel kan namelijk toestaan dat de eerbiediging van de fundamentele waarborgen voor een eerlijk proces, waaronder het beginsel van hoor en wederhoor valt, wijkt voor een exorbitante uitbreiding van het gezag van gewijsde. Daarom zal ik het Hof in overweging geven het bestreden arrest te vernietigen.

7. De derde vraag betreft de toerekenbaarheid van gedragingen. In wezen gaat het om de vraag of de Commissie TKS verantwoordelijk kon houden voor de inbreuk van een andere onderneming, en wel op basis van een eenzijdige verklaring van TKS. Ik ben van mening dat een dergelijke toerekening onrechtmatig is, daar zij het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid schendt en voorbijgaat aan het beslissende feit, dat voortvloeit uit vaste rechtspraak van het Hof, dat tussen de twee ondernemingen geen economische continuïteit bestaat. Voorts zal ik verdedigen dat een overheidsinstantie als de Commissie, die belast is met het toezicht op de uitvoering van de in artikel 81 EG neergelegde beginselen, niet op basis van door de ondernemingen gesloten bijzondere overeenkomsten kan afwijken van de regels en beginselen inzake de toerekenbaarheid van gedragingen.

8. De vierde vraag, ten slotte, betreft de uitlegging van de verjaringsregels. De vraag is of de Commissie Thyssen nog een geldboete kan opleggen voor haar mededingingsverstorende gedragingen tussen 16 december 1993 en 31 december 1994. Ten eerste zal ik onderzoeken of, wanneer bij de rechter van de Unie beroep wordt ingesteld, de schorsing van de verjaring relatieve werking heeft, dat wil zeggen dat zij enkel geldt ten aanzien van de verzoekende onderneming, dan wel erga omnes, in welk geval de schorsing van de verjaring tijdens het geding geldt ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen, ongeacht of zij beroep hebben ingesteld. Ten tweede zal ik de gevolgen van een arrest tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie voor de berekening van de verjaringstermijn nagaan. Na een onderzoek van de aard en de draagwijdte van de schorsing van de verjaring zal ik verdedigen dat de vervolging sinds 24 april 2002 is verjaard.

7 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

I — Rechtskader

A — *De bepalingen van het EGKS-Verdrag*

9. Artikel 65 KS bepaalt:

„1. Verboden zijn: alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van verenigingen van ondernemingen en alle onderling samenhangende gedragingen, welke er direct of indirect toe zouden kunnen leiden om op de gemeenschappelijke markt de normale werking van de mededinging te beletten, te beperken of te vervalsen en in het bijzonder:

a) de prijzen vast te leggen of te bepalen;

b) de productie, de technische ontwikkeling of de investeringen te beperken of te beheersen;

c) de markten, producten, afnemers of voorzieningsbronnen te verdelen.

[...]

4. De krachtens het eerste lid van dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig; voor geen enkele rechterlijke instantie van de deelnemende staten kan op dezelve een beroep gedaan worden.

Alleen de Commissie heeft de bevoegdheid, onder voorbehoud van beroep bij het Hof, om zich uit te spreken over het al of niet strijdig zijn van de genoemde overeenkomsten of besluiten met de bepalingen van dit artikel.

5. De Commissie kan aan ondernemingen, die een van rechtswege nietige overeenkomst hebben gesloten, die door arbitrage, uitkoop, boycot of enig ander middel een van rechtswege nietige overeenkomst of een zodanig besluit of een overeenkomst, waarvoor de ontheffing is geweigerd of ingetrokken, hebben toegepast of gepoogd hebben toe te passen, of die door middel van willens en wetens onjuist of misleidend gestelde inlichtingen een ontheffing hebben verkregen, of die zich aan gedragingen schuldig maken, welke in strijd zijn met de bepalingen van het eerste lid, boeten en dwangsommen opleggen tot ten hoogste het dubbele van de bereikte omzet van de producten, welke het voorwerp uitmaken van de overeenkomst, het besluit of de gedraging, strijdig met de bepalingen van het onderhavige artikel, onverminderd een verhoging van dit aldus bepaalde maximum tot een bedrag van 10 % van de jaaromzet der betrokken ondernemingen voor zover het de boete betreft en tot een bedrag van 20 % van de dagomzet, voor zover het de dwangsommen betreft, indien de bedoeling heeft voorgezeten de productie, de technische ontwikkeling of de investeringen te beperken."

10. Het EGKS-Verdrag is overeenkomstig artikel 97 ervan op 23 juli 2002 buiten werking getreden.

B — *De bepalingen van het EG-Verdrag*

11. Artikel 305, lid 1, EG, dat na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is ingetrokken, luidde:

„De bepalingen van dit Verdrag brengen geen wijziging in die van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van Kolen en Staal, met name wat betreft de rechten en verplichtingen der lidstaten, de bevoegdheden der instellingen van die Gemeenschap en de in dat Verdrag gestelde regels voor de werking van de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal."

C — *Verordening nr. 1/2003*

12. Zoals gezegd betreft verordening nr. 1/2003 de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 EG en 82 EG.

13. Artikel 7, lid 1, van die verordening luidt als volgt:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel 81 [EG] of artikel 82 [EG] vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken [...] De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft."

14. Krachtens artikel 23, lid 2, sub a, van die verordening kan de Commissie bij beschikking geldboetes opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op de artikelen 81 EG of 82 EG.

15. Artikel 25 van verordening nr. 1/2003 bevat de bepalingen met betrekking tot de verjaring van het vervolgingsrecht.

16. Die regels zijn identiek aan die van beschikking nr. 715/78/EGKS van de Commissie van 6 april 1978 [8] inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het toepassingsgebied van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal.

17. Op grond van artikel 1, leden 1 en 2, van beschikking nr. 715/78 en artikel 25, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003 treedt de verjaring van het vervolgingsrecht in wanneer

8 — PB L 94, blz. 22. Die regels zijn afkomstig uit verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319, blz. 1), die in casu niet van toepassing is.

de Commissie binnen vijf jaar te rekenen van de dag waarop de inbreuk is beëindigd geen geldboete of sanctie heeft opgelegd.

18. Krachtens artikel 2, leden 1 en 2, van beschikking nr. 715/78 en artikel 25, leden 3 en 4, van verordening nr. 1/2003 kan die verjaring echter worden gestuit door elke handeling van de Commissie ter instructie of vervolging van de inbreuk. Tot die handelingen behoren met name een verzoek om inlichtingen, een opdracht tot inspectie, de inleiding van een procedure en de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar. De stuiting geldt ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen.

19. Artikel 2, lid 3, van beschikking nr. 715/78 en artikel 25, lid 5, van verordening nr. 1/2003 stellen een eindtermijn vast. Zij bepalen dat na iedere stuiting een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen. De verjaring treedt echter ten laatste in op de dag waarop een termijn gelijk aan tweemaal de verjaringstermijn is verstreken zonder dat de Commissie een geldboete of een dwangsom heeft opgelegd. Deze termijn wordt verlengd met de periode gedurende welke de verjaring is geschorst.

20. Ten slotte bepalen artikel 3 van beschikking nr. 715/78 en artikel 25, lid 6, van verordening nr. 1/2003 dat de verjaring van het vervolgingsrecht wordt geschorst zolang de beschikking van de Commissie het voorwerp vormt van een procedure bij het Hof.

II — Feiten

21. De feiten zoals die voortvloeien uit het bestreden arrest, kunnen als volgt worden samengevat.

22. Op 1 januari 1995 is de vennootschap naar Duits recht Krupp Thyssen Nirosta GmbH ontstaan door de samensmelting van de activiteiten van Thyssen en Fried Krupp AG Hoesch-Krupp in de sector platte producten van roestvrij staal. Thyssen heeft haar activiteiten in andere sectoren zelfstandig voortgezet. [9]

23. Op basis van inlichtingen waarom de Commissie op 16 maart 1995 bij verscheidene producenten van roestvrij staal heeft verzocht, heeft de Commissie op 19 december 1995 aan 19 ondernemingen een mededeling van punten van bezwaar verzonden. Nadat enkele ondernemingen, waaronder TKS en Thyssen, te kennen hadden gegeven medewerking te willen verlenen, heeft de Commissie hun op 24 april 1997 een nieuwe mededeling van punten van bezwaar gezonden, waarop TKS en Thyssen los van elkaar hebben geantwoord.

9 — Na een aantal veranderingen van handelsnaam is Krupp Thyssen Nirosta GmbH achtereenvolgens ThyssenKrupp Stainless AG en ten slotte ThyssenKrupp Nirosta GmbH geworden.

24. Bij brief van 23 juli 1997 aan de Commissie (hierna: „verklaring van 23 juli 1997") heeft TKS het volgende verklaard:

„Met betrekking tot de onderhavige procedure [Zaak IV/35.814 — TKS] heeft u de wettelijke vertegenwoordiger van [Thyssen] [...] verzocht, dat [TKS] uitdrukkelijk zou bevestigen dat zij na de overname van de sector roestvrije platte producten van [Thyssen] de verantwoordelijkheid op zich neemt voor de gedragingen van [Thyssen] aangaande de roestvrije platte producten waarop deze procedure betrekking heeft, en dat ook voor de periode vanaf 1993. Hierbij bevestigen wij dat uitdrukkelijk."

25. Bij beschikking 98/247/EGKS [10] heeft de Commissie vastgesteld dat de meeste producenten van platte producten van roestvrij staal, waaronder TKS en Thyssen, inbreuk hebben gemaakt op artikel 65, lid 1, KS door tijdens een bijeenkomst in Madrid op 16 december 1993 overeen te komen hun prijzen in onderling overleg te verhogen met ingang van 1 februari 1994.

26. Op basis van de verklaring van 23 juli 1997 heeft de Commissie deze beschikking enkel aan TKS betekend. Zij heeft TKS derhalve een geldboete opgelegd niet alleen voor haar eigen gedragingen, maar ook voor de aan Thyssen verweten feiten in de periode tussen december 1993 en 1 januari 1995.

27. Op 11 maart 1998 heeft TKS beroep ingesteld, strekkende tot onder meer nietigverklaring van de oorspronkelijke beschikking.

28. Het Gerecht heeft bij arrest van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie [11], de oorspronkelijke beschikking nietig verklaard voor zover daarbij de door Thyssen gepleegde inbreuk op artikel 65, lid 1, KS aan TKS werd toegerekend, en heeft bijgevolg de geldboete verlaagd. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de Commissie TKS niet in de gelegenheid had gesteld om opmerkingen in te dienen met betrekking tot de aan Thyssen verweten feiten en derhalve de rechten van verdediging van TKS had geschonden.

29. Bij arrest van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie [12], heeft het Hof de door TKS en de Commissie ingestelde hogere voorzieningen tegen dat arrest afgewezen.

30. Na een briefwisseling met TKS en Thyssen heeft de Commissie op 5 april 2006 een nieuwe mededeling van punten van bezwaar aan eerstgenoemde gezonden. TKS heeft daarop op 17 mei 2006 geantwoord; op 15 september 2006 heeft een hoorzitting plaatsgevonden.

10 — Beschikking van 21 januari 1998 inzake een procedure op grond van artikel 65 van het EGKS-Verdrag (Zaak IV/35.814 — Legeringstoeslag) (PB L 100, blz. 55; hierna: „oorspronkelijke beschikking").

11 — T-45/98 en T-47/98, Jurispr. blz. II-3757.

12 — C-65/02 P en C-73/02 P, Jurispr. blz. I-6773.

31. Op 20 december 2006 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld. Enkel TKS is adressaat van die beschikking. Volgens de preambule ervan was de beschikking onder meer gebaseerd op het EGKS-Verdrag, met name artikel 65 ervan, en op het EG-Verdrag en verordening nr. 1/2003. Het dispositief van de litigieuze beschikking luidt:

„*Artikel 1*

[Thyssen] heeft van 16 december 1993 tot en met 31 december 1994 inbreuk gemaakt op artikel 65, lid 1, [KS] door de referentiewaarden voor de berekeningswijze van de legeringstoeslag te wijzigen en toe te passen, een praktijk die zowel ten doel als ten gevolge heeft gehad dat de normale mededinging op de gemeenschappelijke markt is beperkt en vervalst.

Artikel 2

1. Voor de in artikel [1] bedoelde inbreuk wordt een geldboete van 3 168 000 EUR opgelegd.

2. Aangezien [TKS] door middel van [de verklaring] van 23 juli 1997 de verantwoordelijkheid voor het gedrag van [Thyssen] op zich heeft genomen, wordt de geldboete aan [TKS] opgelegd.

[...]"

III — Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

32. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 februari 2007, heeft TKS op basis van artikel 230 EG beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de litigieuze beschikking.

33. Dit beroep was gebaseerd op tien middelen.

34. De eerste twee middelen betroffen de rechtsgrondslag van de litigieuze beschikking en klaagden over respectievelijk schending van het beginsel nulla poena sine lege wegens de toepassing van artikel 65, lid 1, KS na 23 juli 2002, en onrechtmatigheid van de toepassing van verordening nr. 1/2003 in samenhang met artikel 65 KS.

35. Met het derde middel voerde TKS aan dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie, met gezag van gewijsde had vastgesteld dat zij niet aansprakelijk was voor de gedragingen van Thyssen. In haar vierde middel beriep zij zich op de onrechtmatigheid van de verklaring van 23 juli 1997.

36. Met het vijfde en het zesde middel stelde TKS schending van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel non bis in idem, en met het zevende middel schending van de verjaringsregels, op grond dat de inbreuk van Thyssen was verjaard. Het achtste en negende middel waren ontleend aan schending van de

rechten van verdediging wegens schending van het recht van toegang tot het dossier en onregelmatigheid van de mededeling van de punten van bezwaar.

37. Subsidiair stelde TKS in het kader van het tiende middel dat het bedrag van de geldboete onjuist was berekend, aangezien de Commissie geen rekening had gehouden met het feit dat zij de inbreuk geheel niet had betwist.

38. In de punten 37 en 38 van het bestreden arrest staat vermeld dat de partijen ter terechtzitting van 11 december 2008 zijn gehoord en dat TKS tijdens die terechtzitting te kennen heeft gegeven de verklaring van 23 juli 1997 in te trekken, waarvan akte is genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting.

39. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep verworpen en TKS verwezen in de kosten.

40. Het Gerecht heeft in wezen geoordeeld dat de toepassing van artikel 65, lid 1, KS na 23 juli 2002 op feiten vóór die datum het beginsel nulla poena sine lege niet schond en dat de Commissie haar bevoegdheid voor die toepassing kon baseren op verordening nr. 1/2003. Het Gerecht heeft verder geoordeeld dat het Hof in het eerdergenoemde arrest van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie, met gezag van gewijsde had vastgesteld dat TKS op grond van de verklaring van 23 juli 1997 verantwoordelijk was voor de gedragingen van Thyssen.

41. Volgens het Gerecht waren de rechtsgrondslagen voor de sanctie en de overneming van aansprakelijkheid voldoende duidelijk afgebakend door de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 enerzijds, en de verklaring van 23 juli 1997 anderzijds. De gestelde schending van het beginsel non bis in idem wees het af aangezien op grond van die verklaring de inbreuk van Thyssen kon worden toegerekend aan TKS. Volgens het Gerecht was die inbreuk niet verjaard, daar de verjaring moest worden beoordeeld bij TKS en was geschorst tijdens het geding tegen de eerste beschikking.

42. Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld dat de mededeling van punten van bezwaar regelmatig was en dat de Commissie het recht van toegang tot het dossier van TKS niet had geschonden noch blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat zij geen rekening had gehouden met het feit dat het bestaan van die inbreuk niet zou zijn betwist.

IV — Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

43. Met haar hogere voorziening verzoekt TKS het Hof het bestreden arrest te vernietigen, subsidiair de zaak te verwijzen naar het Gerecht en, meer subsidiair, het bedrag van de haar in artikel 2 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete te verlagen. Voorts verzoekt zij de Commissie in de kosten te verwijzen.

44. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening, met verwijzing van TKS in de kosten.

V — De hogere voorziening

45. TKS voert vijf middelen aan, waarvan het eerste ontleend is aan schending van het beginsel nulla poena sine lege wegens de toepassing van artikel 65, lid 1, KS na 23 juli 2002, onjuiste toepassing van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 op artikel 65, lid 1, KS, schending van de soevereiniteit van de ondertekenende staten van het EGKS-Verdrag, en niet-toepasselijkheid van het arrest van het Gerecht van 12 september 2007, González y Díez/Commissie [13], op de feiten van de onderhavige zaak.

46. Met haar tweede middel stelt TKS dat de gedragingen van Thyssen haar kunnen worden toegerekend, niet met gezag van gewijsde in het arrest van het Hof van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie, is vastgesteld, dat het Gerecht de draagwijdte van het beginsel van het gezag van gewijsde heeft miskend, haar rechten van verdediging heeft geschonden en ten onrechte heeft geoordeeld dat de verklaring van 23 juli 1997 de verantwoordelijkheid van Thyssen aan haar heeft overgedragen.

13 — T-25/04, Jurispr. blz. II-3121.

47. Het derde middel is ontleend aan onnauwkeurigheid van zowel de rechtsgrondslag van de litigieuze beschikking als de overgang van aansprakelijkheid, die door het Gerecht ten onrechte is vastgesteld. Met het vierde middel verwijt TKS het Gerecht schending van de verjaringsregels. Het vijfde middel is ontleend aan schending van de beginselen inzake de berekening van het bedrag van de geldboete.

A — *Inleidende opmerkingen*

48. Alvorens deze middelen te onderzoeken, ga ik eerst in op de aard van de procedure voor de uitvoering van de mededingingsregels.

49. Deze procedure behoort weliswaar stricto sensu niet tot het strafrecht, maar is wel quasirepressief van aard. De geldboetes van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 zijn namelijk qua aard en belang vergelijkbaar met een strafrechtelijke sanctie, en de Commissie treedt, gelet op haar onderzoeks-, instructie- en beslistaken, bovenal repressief op tegen ondernemingen. Deze procedure valt mijns inziens dus onder „strafvervolging" in de zin van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van

de mens en de fundamentele vrijheden [14] en moet bijgevolg de waarborgen bieden die zijn geregeld voor de strafrechtelijke component van die bepaling. [15]

50. Dit standpunt ligt geheel in de lijn van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat hanteert drie criteria om te bepalen of een vervolging onder het strafrecht valt, namelijk de kwalificatie van het delict in het nationale recht, de repressieve en afschrikkende aard van de sanctie en de zwaarte van de sanctie die a priori aan de betrokken persoon kan worden opgelegd. [16] Het eerste criterium heeft slechts een formele en relatieve waarde, de andere twee zijn alternatief. [17] Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft deze maatstaf toegepast op talloze bestuurlijke sancties [18], ook op sancties opgelegd door de nationale mededingingsautoriteiten. [19] Gelet namelijk op het doel van het mededingingsrecht (bescherming van de economische openbare orde), de aard van de sancties (zowel preventief als punitief, waarbij schadevergoeding niet aan de orde is) en het belang ervan (een hoge geldboete), moeten voor die procedures volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de waarborgen van artikel 6 EVRM gelden.

51. De rechtspraak van het Hof volgt deze benadering. Het Hof past onder verwijzing naar de bijzondere aard van mededingingszaken de grondbeginselen van het strafrecht en de fundamentele waarborgen van artikel 6 EVRM toe. Zo heeft het in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni [20] de toepasselijkheid van het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid op de mededingingsregels erkend. [21] Vervolgens heeft het in het arrest Hüls/Commissie [22] naar het in artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van het vermoeden van onschuld verwezen. In die zaak heeft de rechter van de Unie geoordeeld dat, gelet op de aard van de betrokken inbreuk alsmede op de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties, het beginsel van het vermoeden van

14 — Verdrag ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM").

15 — Zie hieromtrent de momenteel voor het Hof aanhangige zaken KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P) en Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie (C-73/10 P).

16 — Zie arrest EHRM, Engel e.a./Nederland van 8 juni 1976, serie A, nr. 22, § 82. Zie voor een uiteenzetting van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot de toepassing van deze criteria, arrest EHRM van 23 november 2006, Jussila/Finland, §§ 29-39.

17 — Zie arrest EHRM van 9 oktober 2003, Ezeh en Connors/Verenigd Koninkrijk, *Recueil des arrêts et décisions* 2003-X, § 86.

18 — Zie bijvoorbeeld met betrekking tot een wegens een verkeersovertreding opgelegde bestuurlijke boete, arrest EHRM van 21 februari 1984, Öztürk/Duitsland, serie A, nr. 73; met betrekking tot een voor een douanedelict opgelegde sanctie, arrest EHRM van 7 oktober 1988, Salabiaku/Frankrijk, serie A, nr. 141-A; met betrekking tot een door de Franse raad voor de financiële markten opgelegde sanctie, beschikking EHRM van 27 augustus 2002, Didier/Frankrijk, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII; met betrekking tot een belastingverhoging in het kader van een navorderingsaanslag, arrest EHRM, Jussila/Finland, reeds aangehaald, en met betrekking tot een berisping door de Franse bankcommissie, arrest EHRM van 11 juni 2009, Dubus S.A./Frankrijk.

19 — Zie dienaangaande beslissingen EHRM van 9 februari 1990, Melchers and Co./Duitsland; van 30 mei 1991, Société Stenuit/Frankrijk, en van 3 december 2002, Lilly/Frankrijk. Zie ook reeds aangehaalde arresten EHRM, Jussila/Finland, § 43, en Dubus S.A./Frankrijk, § 35, alsook de geïsoleerd gebleven uitlegging in arrest EHRM van 3 juni 2004, OOO Neste e.a./Rusland.

20 — Arrest van 8 juli 1999 (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125).

21 — Punt 78. Deze rechtspraak is bevestigd (zie arrest van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 77).

22 — Arrest van 8 juli 1999 (C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287).

onschuld van toepassing moet zijn op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels, die tot het opleggen van geldboetes of dwangsommen kunnen leiden. [23]

52. Daarmee wordt voldoende aangetoond dat in het kader van het onderzoek van deze hogere voorziening bijzondere aandacht moet worden geschonken aan de eerbiediging van de fundamentele waarborgen erkend in de artikelen 47 tot en met 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [24] en in artikel 6 EVRM.

B — *Het eerste middel: ontbreken van een rechtsgrondslag van de litigieuze beschikking*

53. TKS stelt in wezen dat de Commissie wegens het aflopen van het EGKS-Verdrag op 23 juli 2002 niet meer bevoegd is om een inbreuk op artikel 65 KS te bestraffen en dat er geen tekst bestaat die deze instelling machtigt om die bepaling toe te passen.

23 — Punt 150.

24 — PB 2010, C 83, blz. 389; hierna: „Handvest".

1. Argumenten van partijen

54. Het eerste middel omvat vier onderdelen betreffende, ten eerste, schending van het beginsel nulla poena sine lege wegens de toepassing van artikel 65, lid 1, KS na 23 juli 2002, ten tweede de onrechtmatige aard van de toepassing van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 in samenhang met artikel 65, lid 1, KS, ten derde schending van de soevereiniteit van de staten die het EGKS-Verdrag hebben ondertekend, en ten vierde de niet-toepasselijkheid van het eerdergenoemde arrest González y Díez/Commissie, waarnaar het Gerecht in het bestreden arrest verwijst.

a) Het eerste onderdeel: schending van het beginsel nulla poena sine lege wegens de toepassing van artikel 65, lid 1, KS na het aflopen van het EGKS-Verdrag op 23 juli 2002

55. Volgens TKS is het in strijd met het legaliteitsbeginsel ter zake van strafbare feiten en straffen om na 23 juli 2002 op basis van artikel 65 KS inbreuken te bestraffen die vóór het aflopen van het EGKS-Verdrag zijn beëindigd. Aanvaarden dat bepaalde praktijken die onder het EGKS-Verdrag vielen, thans onder het EG-Verdrag vallen wegens de continuïteit van het recht van de Unie is namelijk in strijd met de beginselen van het Verdrag van

Wenen inzake het verdragenrecht [25] en betekent aanvaarding van een uitlegging naar analogie van strafrechtelijke bepalingen.

56. Vanwege het aflopen van het EGKS-Verdrag en het ontbreken van overgangsregels met betrekking tot artikel 65 KS beschikt de Commissie na 23 juli 2002 niet meer over bevoegdheden op basis van dat artikel. De kwestie van de overeenstemming tussen de artikelen 65 KS en 81 EG en die van de toepassing van de lex specialis zijn in casu dus niet meer relevant.

57. De Commissie is in de eerste plaats van mening dat het EGKS-Verdrag en het EG-Verdrag wel degelijk tot één enkele rechtsorde behoren, in het kader waarvan het EGKS-Verdrag een lex specialis vormt ten opzichte van het EG-Verdrag. Het beginsel nulla poena sine lege wordt dus geëerbiedigd aangezien na het aflopen van het EGKS-Verdrag dezelfde mededingingsregelingen nog steeds verboden zijn bij artikel 81 EG, een regel die in wezen identiek is aan artikel 65 KS. Derhalve diende op grond van de algemene rechtsbeginselen betreffende de werking van de wet in de tijd en onder voorbehoud van het beginsel van de lex mitior het ten tijde van de feiten geldende recht te worden toegepast.

58. In de tweede plaats acht de Commissie zich nog steeds bevoegd om artikel 65, lid 1, KS toe te passen. Het EGKS-Verdrag en het EG-Verdrag vormen immers één enkele rechtsorde, gelet op de uniforme verbodsregeling voor inbreuken op de mededingingsregels, de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie op dit gebied en de lex specialis/generalis-verhouding tussen de twee Verdragen, die in het bijzonder wordt gekenmerkt door de algemene aard van het in artikel 81 EG neergelegde verbod van mededingingsregelingen. Op die rechtsorde zijn de algemene beginselen van het commune recht van toepassing, met name die inzake de werking van de wet in de tijd, wat een rechtvaardiging vormt voor de handhaving van de bevoegdheid van de Commissie ondanks het aflopen van het EGKS-Verdrag.

b) Het tweede onderdeel: onrechtmatigheid van de toepassing van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 in samenhang met artikel 65, lid 1, KS

59. In de eerste plaats leidt TKS uit het aflopen van het EGKS-Verdrag af dat er geen rechtsgrondslag meer is voor bestraffing van een inbreuk op artikel 65, lid 1, KS. Zij wijst op het verbod van uitlegging naar analogie in het strafrecht en stelt dat het Gerecht een dergelijke uitlegging heeft gegeven door te aanvaarden dat de Commissie zich kon baseren op artikel 23 van verordening nr. 1/2003 om inbreuken op het EGKS-Verdrag te bestraffen.

25 — *Recueil des traités des Nations unies*, deel 1155, blz. 331.

60. In de tweede plaats stelt TKS dat het niet de taak van de rechter van de Unie is om een uit het ontbreken van een overgangsbepaling inzake artikel 65 KS voortvloeiende juridische leemte op te vullen.

61. In de derde plaats is zij van mening dat, gelet op het beginsel van bevoegdheidstoedeling, de in het EG-Verdrag neergelegde bevoegdheden van de Commissie strikt zijn beperkt tot dit Verdrag. Door artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 als een in casu toepasselijke procedureregel aan te merken, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Bovendien gelden de beginselen betreffende de werking van de wet in de tijd niet meer, aangezien de Commissie elke bevoegdheid om inbreuken op artikel 65 KS te bestraffen heeft verloren.

62. De Commissie is van mening dat het Gerecht de beginselen betreffende de werking van de wet in de tijd correct heeft toegepast. De status van lex generalis van artikel 81 EG brengt namelijk de algemene toepasselijkheid van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 mee, wat overgangsbepalingen met betrekking tot artikel 65 KS overbodig maakt. Door haar bevoegdheid op die bepaling te baseren heeft de Commissie voorts geen algemeen uitleggingsbeginsel geschonden, daar de kwestie van de juiste bevoegdheid geen verband houdt met die van de legaliteit van straffen en het Hof in zijn rechtspraak reeds een teleologische uitlegging van strafbepalingen heeft aanvaard. [26]

c) Het derde onderdeel: schending van de soevereiniteit van de staten die het EGKS-Verdrag hebben ondertekend

63. TKS is van mening dat het bestreden arrest de soevereiniteit schendt van de staten die het EGKS-Verdrag hebben ondertekend, daar bij het aflopen van dat Verdrag de sanctiebevoegdheid op het gebied van dit Verdrag weer bij de lidstaten berust, aangezien de ondertekenende staten die bevoegdheid slechts tot die datum aan de Commissie hebben verleend.

64. De Commissie betwijfelt of TKS als privaatrechtelijke rechtspersoon een dergelijke schending kan inroepen. Wegens de continuïteit binnen dezelfde rechtsorde hebben de lidstaten, die in het adviescomité de litigieuze beschikking unaniem hebben bevestigd, nooit bevoegdheden voor het bestraffen van mededingingsregelingen in de betrokken sector bezeten of terug ontvangen. TKS wil aldus straffeloosheid in de oude zaken verkrijgen, wat onverenigbaar is met het belang van het verbod van mededingingsregelingen.

26 — Arrest van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie (C-76/06 P, Jurispr. blz. I-4405).

d) Het vierde onderdeel: niet-toepasselijkheid van het arrest González y Díez/Commissie

65. Volgens TKS is de verwijzing van het Gerecht naar het arrest González y Díez/Commissie niet relevant, want het voorwerp van dat geding (staatssteun) en de gevolgen van de concurrentievervalsing zijn niet vergelijkbaar met die van de onderhavige zaak. Voorts heeft de aan de orde zijnde inbreuk geen gevolgen voor de toekomst.

66. De Commissie stelt dat bepaalde aspecten van de onderhavige zaak en van het arrest González y Díez/Commissie vergelijkbaar zijn, daar alle feiten in de twee zaken zich hebben voorgedaan vóór het aflopen van het EGKS-Verdrag, maar de procedure tot terugvordering van de steun en de sanctieprocedure na 23 juli 2002 heeft plaatsgevonden. Bovendien kunnen de concurrentieverstoringen in beide zaken schadelijke effecten voor de toekomst sorteren.

2. Mijn beoordeling

67. Ik zal alle vier onderdelen van het eerste middel tezamen onderzoeken. TKS verzoekt het Hof in wezen zich uit te spreken over de vraag of de Commissie na het aflopen van het EGKS-Verdrag een inbreuk op artikel 65, lid 1, KS kon vaststellen en bestraffen, door haar bevoegdheid te baseren op de bepalingen van verordening nr. 1/2003, die zoals gezegd de uitvoeringsverordening van artikel 81 EG is.

68. In de onderhavige zaak heeft de Commissie zich namelijk gebaseerd op artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 voor het vaststellen van de inbreuk. Voor het opleggen van de geldboete aan TKS heeft de Commissie zich voorts gebaseerd op artikel 23, lid 2, van die verordening. Zij heeft het bedrag van die geldboete echter niet berekend op basis van de in laatstgenoemde bepaling vervatte berekeningsmethode, maar op basis van de methode van artikel 65, lid 5, KS, en wel op grond van het lex mitior-beginsel.

69. Het is niet voor het eerst dat de Commissie een beschikking baseert op een combinatie van uit het EGKS-Verdrag en het EG-Verdrag afgeleid materieel en procedureel recht. In twee andere zaken is zij op dezelfde wijze te werk gegaan. [27]

70. De Commissie heeft aldus gehandeld omdat er geen overgangsbepaling bestaat op grond waarvan zij een schending van artikel 65, lid 1, KS na het aflopen van het EGKS-Verdrag kan vaststellen en veroordelen. Wanneer zij vóór het aflopen van dat Verdrag

27 — Zie reeds aangehaalde arresten González y Díez/Commissie, waartegen geen hogere voorziening is ingesteld, en ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie, waartegen zoals gezegd hogere voorzieningen zijn ingesteld die momenteel aanhangig zijn voor het Hof (C-201/09 P en C-216/09 P).

geen beschikking kan vaststellen door de laattijdige ontdekking van de mededingingsverstorende handelingen of, zoals in casu het geval is, door de nietigverklaring van een eerste beschikking, is er geen enkele tekst die haar in staat stelt de naleving van de rechten en plichten krachtens die bepaling te verzekeren.

71. Vervolgens doelt geen van de twee uitvoeringsverordeningen van de mededingingsregels — verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 [28] en verordening nr. 1/2003 — op onder het EGKS-Verdrag ontstane situaties. Enkel de mededeling van de Commissie betreffende bepaalde aspecten van de behandeling van mededingingszaken als gevolg van het aflopen van het EGKS-Verdrag [29] brengt die situatie ter sprake. Punt 31 van die mededeling vermeldt namelijk:

„Indien de Commissie bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels op overeenkomsten, een inbreuk vaststelt op een gebied dat onder de toepassing van het EGKS-Verdrag valt, zal het materiële recht dat van toepassing is, ongeacht het tijdstip waarop het toegepast wordt, het recht zijn dat van kracht was op het tijdstip dat de inbreukmakende feiten plaatsvonden. In ieder geval is, wat de procedure aangaat, het recht dat na het aflopen van het EGKS-Verdrag van kracht is het EG-recht."

28 — Eerste verordening betreffende de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

29 — PB 2002, C 152, blz. 5.

72. De Commissie heeft eerst voor een oplossing gekozen die het Gerecht heeft afgewezen in de arresten van 25 oktober 2007, SP/Commissie [30], Riva Acciaio/Commissie (T-45/03), Feralpi Siderurgica/Commissie (T-77/03), en Ferriere Nord/Commissie (T-94/03). In elk van die zaken had de Commissie haar bevoegdheid uitsluitend gebaseerd op de bepalingen van het EGKS-Verdrag, ondanks het aflopen ervan. In de beschikking van 17 december 2002, Ferriere Nord SpA, had de Commissie de vaststelling van een inbreuk op artikel 65, lid 1, KS gebaseerd op artikel 65, lid 4, KS en de oplegging van de geldboete op artikel 65, lid 5, KS.

73. Het Gerecht heeft al deze beschikkingen nietig verklaard wegens onbevoegdheid. Het heeft met name geoordeeld dat volgens de rechtspraak van het Hof [31] de bepaling die de rechtsgrondslag vormt van een handeling en die de gemeenschapsinstelling machtigt om de betrokken handeling vast te stellen, van kracht moet zijn op het moment van de vaststelling van die handeling.

74. In geen van die zaken heeft de Commissie hogere voorziening ingesteld.

30 — T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 en T-98/03, Jurispr. blz. II-4331.

31 — Zie arrest van 4 april 2000, Commissie/Raad (C-269/97, Jurispr. blz. I-2257), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de „handelingen van de Gemeenschap [moeten] worden vastgesteld in overeenstemming met de ten tijde van hun vaststelling geldende verdragsregels" (punt 45).

75. In de onderhavige zaak geeft de Commissie dus een nieuwe oplossing, door haar beschikking te baseren op een combinatie van het materiële recht van het EGKS-Verdrag en het procedurele recht afgeleid uit het EG-Verdrag dat ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking gold.

76. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de rechtmatigheid van die combinatie bevestigd op basis van een teleologische uitlegging van de door de wetgever van de Unie opgestelde regels. Om de Commissie de bevoegdheid tot vaststelling van een dergelijke beschikking toe te kennen, heeft het Gerecht zijn redenering in drie stappen opgebouwd. Eerst heeft het in de punten 75 tot en met 79 van het bestreden arrest gewezen op de aard en de draagwijdte van het EGKS-Verdrag in de rechtsorde van de Unie. Vervolgens heeft het zich in de punten 80 tot en met 84 van dat arrest gebaseerd op de samenhang en de gelijkheid van de door de twee Verdragen nagestreefde doelstellingen en daarbij de door het Hof ontwikkelde uitleggingsregels toegepast. Ten slotte heeft het Gerecht in de punten 85 tot en met 89 van dat arrest geverifieerd of de Commissie met inachtneming van het legaliteitsbeginsel had gehandeld, en met name van de beginselen betreffende de werking van de wet in de tijd.

77. Met het Gerecht ben ik van mening dat die rechtsgrondslag geldig is, en ik sluit mij aan bij zijn gedachtegang ter zake.

78. In de rechtsorde van de Unie vormde het EGKS-Verdrag een specifieke regeling voor de kolen- en staalsector, afwijkend van de algemene regels van het EG-Verdrag. De verhouding tussen deze twee Verdragen was geregeld in artikel 305 EG. Die bepaling sloot de toepassing van het EG-Verdrag en van het afgeleide recht uit voor goederen behorend tot de kolen- en staalsector, wanneer de betrokken vragen het voorwerp waren van een specifieke regeling in het kader van het EGKS-Verdrag. [32]

79. Ontbraken echter specifieke bepalingen, vonden het EG-Verdrag en de voor de uitvoering ervan vastgestelde bepalingen toepassing op producten die onder die sectorale Gemeenschap vielen [33], en na haar verdwijning op 23 juli 2002 heeft de algemene werkingssfeer van het EG-Verdrag zich uitgebreid tot de sectoren die aanvankelijk door het EGKS-Verdrag werden geregeld.

80. Die opvolging van het rechtskader van het EGKS-Verdrag door dat van het EG-Verdrag vond plaats in de context van een „functionele" eenheid tussen de twee Gemeenschappen. [34] Het Hof heeft al heel vroeg het bestaan erkend van één rechtsorde. [35] Het heeft ook het bestaan aanvaard van een continue rechtsorde, waarin bij wijziging van de wettelijke voorschriften, behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel door de

32 — Zie arrest van 22 april 2008, Commissie/Salzgitter (C-408/04 P, Jurispr. blz. I-2767, punt 88 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — Zie arrest van 2 mei 1996, Hopkins e.a. (C-18/94, Jurispr. blz. I-2281, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 — Arrest van 15 juli 1960, Campolongo/Hoge Autoriteit (27/59 en 39/59, Jurispr. blz. 795, 824).

35 — Zie advies 1/91 van 14 december 1991 (Jurispr. blz. I-6079, punt 21).

wetgever van de Unie, de continuïteit van het rechtsbestel moet worden verzekerd. [36]

81. De arresten Busseni [37] en Lucchini [38], waarop het Gerecht zijn redenering baseert, illustreren de wijze waarop het Hof die functionele eenheid tussen de twee Verdragen opvat. Deze twee zaken betroffen de bevoegdheid van het Hof om uitspraak te doen op een prejudiciële verwijzing over de uitlegging van de regels van het EGKS-Verdrag.

82. De eerste zaak betrof de situatie waarin die bevoegdheid niet uitdrukkelijk was geregeld in artikel 41 KS, in tegenstelling tot artikel 234 EG. Om in die lacune te voorzien heeft het Hof de tekstuele verschillen tussen de twee bepalingen gelaten voor wat ze zijn en zich gebaseerd op de nagestreefde gemeenschappelijke doelstellingen ervan en op de strekking en de samenhang van de Verdragen. Het heeft aldus geoordeeld dat „[h]et [...] in strijd met de strekking en de samenhang [ware], wanneer in zaken waarin regels in het kader van het [EG]-Verdrag en het EGA-Verdrag in het geding zijn, het Hof van Justitie in hoogste instantie over hun betekenis en draagwijdte zou beslissen [...], terwijl wanneer het gaat om regels in het kader van het EGKS-Verdrag, *die bevoegdheid bij uitsluiting zou toekomen aan de vele nationale rechterlijke instanties, die elk tot een andere uitlegging zouden kunnen komen, zonder dat het Hof bevoegd was een eenvormige uitlegging van die regels te verzekeren* [39]]". [40]

83. Het Hof heeft deze redenering daarna toegepast in de eerdergenoemde zaak Lucchini. Die betrof de situatie waarin het Hof als gevolg van het aflopen van het EGKS-Verdrag zijn bevoegdheid verloor om uitspraak te doen op prejudiciële vragen over de uitlegging en de toepassing van dat Verdrag. Het Hof, dat erkende dat artikel 41 KS niet langer kon worden toegepast, heeft geoordeeld dat het niet alleen zou indruisen tegen de strekking en de samenhang van de Verdragen, maar ook onverenigbaar zou zijn met de continuïteit van de communautaire rechtsorde, indien het Hof niet bevoegd zou zijn om een eenvormige uitlegging te verzekeren van regels die in verband staan met het EGKS-Verdrag en ook na het buiten werking treden daarvan nog effect blijven sorteren. [41]

84. Op basis van deze rechtspraak heeft het Gerecht de Commissie de litigieuze bevoegdheid toegekend. Ongeacht de tekstuele verschillen tussen de artikelen 65, lid 1, KS en 81 EG worden naar zijn oordeel die twee bepalingen door de rechter van de Unie op dezelfde manier uitgelegd en streven ze dezelfde doelstellingen na.

36 — Arrest van 25 februari 1969, Klomp (23/68, Jurispr. blz. 43, punt 13).

37 — Arrest van 22 februari 1990 (C-221/88, Jurispr. blz. I-495, punten 8-16).

38 — Arrest van 18 juli 2007 (C-119/05, Jurispr. blz. I-6199).

39 — Cursivering van mij.

40 — Arrest Busseni, reeds aangehaald (punt 16).

41 — Arrest Lucchini, reeds aangehaald (punt 41).

85. Uit de formulering van de artikelen 65, lid 1, KS en 81, lid 1, EG blijkt namelijk reeds dat de lidstaten de bedoeling hadden om dezelfde voorschriften en hetzelfde werkterrein voor de Gemeenschappen vast te stellen. Ondanks alle verschillen die er, naar de letter genomen, tussen deze bepalingen bestaan, brengen zij toch hetzelfde tot uitdrukking, namelijk dat een gemeenschappelijke markt tot stand wordt gebracht waarop een gezonde en doeltreffende mededinging heerst, en dat daartoe een verbod wordt ingesteld op overeenkomsten die vervalsing van de normale mededinging ten doel of ten gevolge hebben. Het nastreven van een niet-vervalste mededinging in de kolen- en staalsector is, zoals het Gerecht opmerkt, dus niet onderbroken door het aflopen van het EGKS-Verdrag, maar heeft zich gewoon voortgezet in het kader van het EG-Verdrag. Bovendien beschermen de artikelen 65, lid 1, KS en 81, lid 1, EG dezelfde rechtsbelangen. Wat de mogelijkheden om op te treden betreft berusten de twee bepalingen op dezelfde premissen [42], en de uitvoering ervan berust bij dezelfde autoriteit, namelijk de Commissie.

86. In die omstandigheden en onder voorbehoud van de eerbiediging van de beginselen betreffende de werking van de wet in de tijd kon het Gerecht mijns inziens vaststellen dat de continuïteit van de communautaire rechtsorde en van de doelstellingen die daaraan ten grondslag liggen, vereiste dat de Europese Gemeenschap, voor zover zij de opvolgster was van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, met betrekking tot onder het EGKS-Verdrag ontstane situaties de naleving verzekert van de rechten en plichten die op grond daarvan voor de lidstaten en particulieren golden. [43] Aanvaarden dat de Gemeenschap als gevolg van het aflopen van het EGKS-Verdrag die bevoegdheid niet heeft is naar mijn mening in strijd met de strekking en de samenhang van de Verdragen die de wetgever van de Unie heeft gewild, en onverenigbaar met de door het Hof aanvaarde continuïteit van de communautaire rechtsorde.

87. Die uitlegging is uiteraard slechts mogelijk wanneer de Gemeenschap, in casu vertegenwoordigd door de Commissie, handelt met inachtneming van de algemene rechtsbeginselen betreffende de werking van de wet in de tijd. [44] Die beginselen, die door het Gerecht in punt 85 van het bestreden arrest worden genoemd, zijn de volgende:

88. Wat de procedurevoorschriften betreft, die worden geacht te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige zaken. Anders gezegd, de Commissie moet

42 — Ik wijs er in dit verband op dat volgens de in 1998 door de wetgever van de Unie opgestelde richtsnoeren de berekening van de geldboete die wordt opgelegd aan een onderneming die artikel 65, lid 1, KS of artikel 81, lid 1, EG heeft geschonden, gebaseerd is op in het kader van het EG-Verdrag opgestelde criteria, namelijk de zwaarte en de duur van de inbreuk [zie richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3)].

43 — Punt 83 van het bestreden arrest.

44 — Zie arrest van 14 februari 2008, Varec (C-450/06, Jurispr. blz. I-581), waarin het Hof heeft geoordeeld dat procedureregels in het algemeen worden geacht te gelden voor alle bij de inwerkingtreding ervan aanhangige geschillen, in tegenstelling tot materiële regels, die doorgaans worden geacht — in beginsel — niet te gelden met betrekking tot vóór de inwerkingtreding ervan verworven rechtsposities (punt 27).

inbreuken die zijn gepleegd onder het EGKS-Verdrag vervolgen in de vorm en volgens de procedure die zijn voorgeschreven bij de op de datum van haar beslissing geldende bepalingen, dus die welke in het kader van verordening nr. 1/2003 zijn voorzien.

89. Dat geldt echter niet voor de materiële regels. Die hebben geen terugwerkende kracht, behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel door de wetgever van de Unie.[45] Het toepasselijke materiële recht blijft dus het recht dat geldt op het moment waarop de inbreuk is gepleegd. Deze regel waarborgt aldus de rechtszekerheid voor de rechtssubjecten, die de grenzen van hun individuele vrijheid moeten kunnen kennen, zonder vervolgens in hun verwachtingen bedrogen te worden door een wet met terugwerkende kracht.

90. Deze regel vloeit voort uit het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen, dat is neergelegd in artikel 49, lid 1, van het Handvest en in artikel 7, lid 1, van het EVRM.

91. Artikel 49, lid 1, van het Handvest luidt:

„Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde van het handelen of nalaten. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was. Indien de wet na het begaan van het strafbare feit in een lichtere straf voorziet, is die van toepassing."

92. De analyse van het Gerecht in punt 89 van het bestreden arrest is mijns inziens volledig in overeenstemming met dit beginsel. Artikel 65, lid 1, KS, dat de inbreuk definieert, vormde wel degelijk de toepasselijke en ook daadwerkelijk door de Commissie toegepaste materiële regel. De litigieuze beschikking betrof wel degelijk een vóór het aflopen van het EGKS-Verdrag definitief ontstane rechtssituatie, aangezien de inbreukperiode liep van 16 december 1993 tot en met 31 december 1994. Voorts waren het EGKS-Verdrag, gelet op zijn aard van lex specialis, en de uitvoeringsbepalingen daarvan de enige regelingen die vóór de buitenwerkingtreding ervan van toepassing waren op dit type situaties. Ten slotte had de wetgever van de Unie, zoals het Gerecht heeft aangegeven, niet voorzien in toepassing met terugwerkende kracht van artikel 81 EG na het aflopen van het EGKS-Verdrag.

93. Bij het vaststellen van de litigieuze beschikking heeft de Commissie dus een gedraging veroordeeld die toen zij plaatsvond een inbreuk vormde. Toen die inbreuk tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 werd gepleegd, was zij duidelijk en nauwkeurig gedefinieerd in artikel 65, lid 1, KS. Bovendien was de sanctie op die inbreuk duidelijk omschreven in artikel 65, lid 5, KS.

45 — Als uitzondering op deze regel is het Hof van mening dat de materiële regels kunnen gelden ten aanzien van vóór de inwerkingtreding ervan ontstane situaties, wanneer uit de bewoordingen, doelstelling of opzet daarvan blijkt dat er zulke gevolgen aan dienen te worden toegekend (arrest Varec, reeds aangehaald).

De ondernemingen waren dus volledig op de hoogte van de gevolgen van hun daden, zowel in de eerste procedure die tot de oorspronkelijke beschikking heeft geleid, als in de onderhavige procedure. Ten slotte merk ik op dat TKS zich in het zo specifieke kader van hernieuwde vaststelling van de beschikking in redelijkheid niet kon baseren op het aflopen van het EGKS-Verdrag om te ontkomen aan een veroordeling door de Commissie (voor zover de door Thyssen gepleegde inbreuk haar is toe te rekenen).

94. Wat de procedurevoorschriften betreft weten wij thans dat in het kader van de uitvoering van artikel 81 EG de bepalingen die de Commissie machtigen een verbodsbeschikking vast te stellen en ondernemingen te bestraffen die inbreuk hebben gemaakt op artikel 81 EG, sinds de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 op 1 mei 2004 de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 2, van die verordening zijn. Van oordeel dat die bepalingen procedurevoorschriften vormen, heeft het Gerecht dus ingestemd met de onmiddellijke toepassing ervan.

95. Op dit laatste punt ben ik het met de analyse van het Gerecht niet eens. Artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 machtigt de Commissie namelijk niet alleen tot het opleggen van een geldboete, maar stelt ook het bedrag ervan vast. In die omstandigheden vormt die bepaling mijns inziens een materiële rechtsregel.

96. Ik begrijp echter dat de Commissie zich in de specifieke context van de onderhavige zaak op die bepaling heeft gebaseerd om te beschikken over een sanctiebevoegdheid ten aanzien van TKS. Wat het bedrag van de geldboete betreft, dat heeft de Commissie krachtens het lex mitior-beginsel van artikel 49, lid 1, van het Handvest berekend volgens artikel 65, lid 5, KS om TKS voor de lichtste sanctie in aanmerking te laten komen.

97. Gelet op het voorgaande heeft het Gerecht mijns inziens dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie zich in een situatie als de onderhavige kon baseren op de artikelen 7, lid 1, en 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 om de mededingingsregelingen die waren getroffen in de tot de werkingssfeer van het EGKS-Verdrag behorende sector vast te stellen en te bestraffen.

98. Anders dan het Gerecht in punt 84 van het bestreden arrest heeft aangegeven, merk ik echter op dat de Commissie niet reeds aldus kon handelen na 23 juli 2002, de datum waarop het EGKS-Verdrag afliep, maar eerst vanaf 1 mei 2004, de datum waarop verordening nr. 1/2003 in werking trad.

99. Voor de beslechting van het geding heeft deze fout evenwel geen gevolgen.

100. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging het eerste middel ongegrond te verklaren.

C — *Het tweede middel: schending van het beginsel van het gezag van gewijsde wat de toerekening aan TKS van de gedragingen van Thyssen betreft*

1. Argumenten van partijen

101. Met het tweede middel stelt TKS dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat over de toerekenbaarheid van de gedragingen van Thyssen aan haar reeds bij gewijsde was beslist.

102. Dit middel omvat drie onderdelen.

103. Het eerste onderdeel klaagt in wezen dat het Gerecht punt 88 van het arrest van het Hof, ThyssenKrupp/Commissie, onjuist heeft uitgelegd. Volgens TKS heeft het Hof in dat punt geoordeeld dat zij materieelrechtelijk niet aansprakelijk was voor de gedragingen van Thyssen, en heeft dat punt thans gezag van gewijsde. De Commissie kon haar derhalve geen geldboete opleggen voor het inbreukmakend gedrag van Thyssen.

104. De Commissie is van mening dat TKS het bestreden arrest verdraait. Zoals het Gerecht heeft geoordeeld, heeft het Hof namelijk aanvaard dat de Commissie, gelet op de verklaring van 23 juli 1997, de gedragingen van Thyssen aan TKS mocht toerekenen. Voorts druist de uitlegging van TKS in tegen het voorwerp van de bij het Hof ingestelde incidentele hogere voorziening. Die was namelijk beperkt tot de kwestie van de afstand van het recht om te worden gehoord. Het Hof hoefde de verklaring inzake de overneming van de verantwoordelijkheid dus niet ten gronde te onderzoeken.

105. Volgens het tweede onderdeel heeft het Gerecht ten eerste het beginsel van het gezag van gewijsde geschonden door de draagwijdte van dat beginsel uit te breiden tot buiten het voorwerp van geschil in het eerdere geding, dat beperkt was tot de schending van de rechten van verdediging van TKS in het kader van de vaststelling van de oorspronkelijke beschikking. Het gezag van gewijsde kon volgens haar dus niet in de weg staan aan een beroep tegen een nieuwe beschikking, in het kader waarvan zij de onrechtmatigheid van de verklaring van 23 juli 1997 kon aanvoeren. TKS stelt in dit verband dat de feiten inzake de vermeende overdracht van

de verantwoordelijkheid voor de gedragingen van Thyssen aan haar zijn veranderd, gelet op de intrekking van die verklaring tussen de oorspronkelijke beschikking en de litigieuze beschikking.

106. Ten tweede stelt TKS dat het Gerecht daardoor haar rechten van verdediging schendt, daar het haar de mogelijkheid ontneemt middelen aan te voeren die zij nog niet eerder had aangevoerd.

107. De Commissie is van mening dat de argumenten van TKS in strijd zijn met die welke zij in eerste aanleg heeft aangevoerd, waar zij heeft gesteld dat de rechter van de Unie de kwestie van de overdracht van de verantwoordelijkheid reeds definitief had beslecht. Dit middel is dus nieuw en derhalve niet-ontvankelijk in het stadium van de hogere voorziening.

108. Voorts geldt het gezag van gewijsde volgens vaste rechtspraak voor de feitelijke en rechtspunten die door het betrokken arrest daadwerkelijk of noodzakelijkerwijs zijn beslecht. De Commissie wijst erop dat zowel in het beroep tegen de oorspronkelijke beschikking als in het beroep dat tot het bestreden arrest heeft geleid, de vraag moest worden onderzocht of zij op grond van de verklaring van 23 juli 1997 de door Thyssen gepleegde inbreuk aan TKS kon toerekenen.

109. De verklaring van 23 juli 1997 behoorde dus tot het voorwerp van geschil in die gedingen, en in de punten 59 en 62 van het eerdergenoemde arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie heeft het Gerecht daadwerkelijk tot die toerekenbaarheid geconcludeerd; deze beslissing was in hogere voorziening niet bestreden en bovendien door het Hof ten gronde bevestigd. De Commissie, die op grond van artikel 233 EG de maatregelen dient te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof, moest die beslissing in aanmerking nemen. Aangezien de litigieuze beschikking in dezelfde administratieve procedure als de oorspronkelijke beschikking is vastgesteld, kan TKS niet uiteenlopende stellingen met betrekking tot dezelfde feiten aanvoeren.

110. Wat de intrekking van de verklaring van 23 juli 1997 betreft, stelt de Commissie dat dit juridisch niet meer mogelijk was, daar de litigieuze beschikking inmiddels was vastgesteld.

111. In het kader van het derde onderdeel stelt TKS dat de overdracht van verantwoordelijkheid door de Commissie op basis van de verklaring van 23 juli 1997 onrechtmatig is. TKS wilde ten eerste enkel instaan voor tegen Thyssen ingestelde civiele aansprakelijkheidsvorderingen. Ten tweede is zij wat de toepassing van de mededingingsregels betreft, niet de rechtsopvolgster van Thyssen, zodat er volgens de rechtspraak geen overdracht van verantwoordelijkheid mogelijk is. Ten derde is een dergelijke overdracht in strijd met het beginsel ius publicum privatorum pactis mutari non potest, op grond waarvan een overeenkomst tussen particulieren de uit het

publiekrecht voortvloeiende rechtsgevolgen niet kan wijzigen.

112. De Commissie betwist die argumenten. In de eerste plaats stelt zij dat TKS de verklaring van 23 juli 1997 enkel voor het Gerecht heeft ingetrokken, in het tegen de litigieuze beschikking ingestelde beroep. Die intrekking vond plaats op een tijdstip waarop de gedragingen van Thyssen reeds waren verjaard.

113. In de tweede plaats was het voor alle partijen duidelijk geweest dat het niet om een privaatrechtelijke schuldoverneming ging, maar om een overneming van verantwoordelijkheid voor de inbreuk met het oog op de geldboete. Dat blijkt uit de door TKS gebruikte bewoordingen en uit de vaststellingen van de feiten door de rechter van de Unie in het tegen de oorspronkelijke beschikking ingeleide beroep.

114. In de derde plaats staat artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 er niet aan in de weg dat aan een onderneming die onder omstandigheden als de onderhavige een bedrijfsactiviteit heeft overgenomen een geldboete wordt opgelegd wanneer zij ondubbelzinnig aan de Commissie heeft verklaard dat zij de verantwoordelijkheid voor de mededingingsregeling op zich wilde nemen. Die situatie is naar de mening van de Commissie niet vergelijkbaar met een tot haar gerichte verklaring waarin zij wordt geïnformeerd over een tussen twee ondernemingen onderling overeengekomen overname van de verantwoordelijkheid. Door een dergelijke overdracht van verantwoordelijkheid kan de Commissie worden gehinderd in haar uitvoeringsbevoegdheid wegens bijvoorbeeld een lagere omzet of financiële problemen van de onderneming die de verantwoordelijkheid op zich neemt.

2. Mijn beoordeling

115. Alvorens het tweede middel te onderzoeken, zal ik de redenering van het Gerecht in het bestreden arrest en de fasen van de procedure bespreken.

a) Het bestreden arrest

116. In het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het punt van de geldigheid van de verklaring van 23 juli 1997 en dat van de rechtmatigheid van de toerekening van de gedragingen van Thyssen aan TKS door de gemeenschapsrechter definitief was beslecht en dus gezag van gewijsde had.

117. Daartoe heeft het Gerecht de draagwijdte onderzocht van de arresten gewezen met betrekking tot de oorspronkelijke beschikking.

118. Het Gerecht heeft in punt 114 van het bestreden arrest eerst de draagwijdte onderzocht van zijn arrest van 13 december 2001, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie. Het is daarbij uitgegaan van de premisse dat *„de vaststelling van de geldigheid van de verklaring van 23 juli 1997*, waarmee TKS had bevestigd de aansprakelijkheid voor de handelingen van Thyssen op zich te nemen, [...] *een noodzakelijke voorafgaande stap [was]* voor de bespreking en de daaropvolgende conclusie van het Gerecht aangaande schending van de rechten van de verdediging van TKS" [46].

119. Die „vaststelling" staat in punt 62 van het arrest van het Gerecht, Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie. Dit punt luidt als volgt:

„[...] niet wordt betwist dat de Commissie, gelet op de verklaring van [...] 23 juli 1997, deze [onderneming] bij wijze van uitzondering verantwoordelijk mocht achten voor de aan Thyssen Stahl verweten inbreuken [...]. Een dergelijke verklaring, die met name is ingegeven door economische overwegingen die eigen zijn aan concentraties van ondernemingen, impliceert immers dat de rechtspersoon die verantwoordelijk is geworden voor de activiteiten van een andere rechtspersoon, na de datum van de uit die activiteiten voortvloeiende inbreuk daarvoor aansprakelijk moet worden gehouden, ook al is in beginsel de natuurlijke of rechtspersoon aansprakelijk die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd." [47]

120. Het Gerecht heeft vervolgens in de punten 116 tot en met 138 van het bestreden arrest de draagwijdte onderzocht van het arrest van het Hof van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie.

121. In dit verband heeft het Gerecht zich geconcentreerd op punt 88 van dat arrest. Dat punt antwoordt op het door de Commissie in het kader van haar incidentele hogere voorziening aangevoerde middel. De Commissie betwistte de conclusie van het Gerecht dat zij de rechten van verdediging van TKS niet had geëerbiedigd. Met name verweet zij het Gerecht dat het geen rekening had gehouden met het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden, waardoor zij TKS rechtstreeks verantwoordelijk kon stellen voor de gedragingen van Thyssen.

122. Punt 88 van het arrest ThyssenKrupp/Commissie luidt als volgt:

„Wat de door de Commissie aangevoerde [...] uitzonderlijke omstandigheden betreft [op grond waarvan zij TKS verantwoordelijk kan stellen voor de gedragingen van Thyssen], herinnert het Hof er in de eerste plaats aan dat TKS niet de economische opvolger van Thyssen is, aangezien deze als afzonderlijke rechtspersoon is blijven voortbestaan tot de

46 — Cursivering van mij.

47 — Cursivering van mij.

datum van de [oorspronkelijke beschikking]. Verder volstaat de eenheid van optreden waardoor het gedrag van Thyssen en TKS na 1 januari 1995 wellicht werd gekenmerkt, niet om de gedragingen van Thyssen van vóór die datum aan TKS toe te rekenen, gelet op het [...] beginsel dat aan een rechtspersoon slechts een sanctie kan worden opgelegd voor feiten die hem individueel ten laste worden gelegd. Wat tot slot de verklaringen van TKS in de loop van de administratieve procedure over de activiteiten van Thyssen betreft, is reeds [...] verklaard dat deze geen grond opleveren om de gedragingen van Thyssen van vóór die datum aan TKS toe te rekenen."

123. Het Hof heeft bijgevolg het door de Commissie ter ondersteuning van haar incidentele hogere voorziening ingediende middel afgewezen.

124. In het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat dit punt 88 als enige doel had te antwoorden op het argument van de Commissie inzake het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden en niet de conclusie kon rechtvaardigen dat TKS niet aansprakelijk kon worden gesteld voor de gedragingen van Thyssen.

125. Derhalve stelt het Gerecht in punt 139 van het bestreden arrest vast dat „de gemeenschapsrechter heeft geoordeeld dat de Commissie TKS, gelet op de verklaring van 23 juli 1997, bij wijze van uitzondering verantwoordelijk mocht achten voor de aan Thyssen verweten inbreuken", en in punt 144 van dat arrest dat de rechtsvraag van „de geldigheid van de verklaring van 23 juli 1997 als rechtsgrondslag voor de toerekening van de gedragingen van Thyssen aan [TKS] en voor de daaropvolgende aan [TKS] opgelegde sanctie, *reeds is onderzocht en definitief is beslecht door de gemeenschapsrechter en dat dit punt [...] dus gezag van gewijsde heeft*" [48]. In punt 145 van dat arrest oordeelt het Gerecht bijgevolg dat het gezag van gewijsde zich ertegen verzet deze rechtsvraag opnieuw aan het Gerecht voor te leggen, en verklaart het derhalve het middel inzake de onrechtmatigheid van de overdracht van verantwoordelijkheid niet-ontvankelijk.

b) Mijn analyse

126. Met TKS ben ik van mening dat de analyse van het Gerecht met betrekking tot deze kwestie verschillende juridische onjuistheden bevat.

127. Ten eerste heeft het Gerecht mijns inziens punt 88 van het arrest ThyssenKrupp/Commissie van het Hof onjuist uitgelegd.

128. In dat punt heeft het Hof naar mijn mening heel duidelijk afstand genomen van de conclusie van het Gerecht in punt 62 van zijn

48 — Cursivering van mij.

arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie inzake het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden. Lezing van punt 88 van het arrest ThyssenKrupp/Commissie volstaat al om zich daarvan te overtuigen. Het Gerecht kon in punt 139 van het bestreden arrest dus niet stellen dat de „gemeenschapsrechter" een dergelijke toerekenbaarheid had bevestigd. Mijns inziens vormt dit de eerste onjuistheid.

129. Ten tweede heeft het Gerecht naar mijn mening het beginsel van het gezag van gewijsde niet juist toegepast, daar partijen in eerste aanleg geen debat op tegenspraak hebben gevoerd over kwesties inzake de geldigheid van de verklaring van 23 juli 1997 en inzake de rechtmatigheid van de overdracht van verantwoordelijkheid.

130. Het Hof heeft het fundamentele belang erkend, dat het beginsel van het gezag van gewijsde zowel in de rechtsorde van de Unie als in de nationale rechtsordes heeft. [49] Dit beginsel is een afgeleide van het rechtszekerheidsbeginsel. [50] Het garandeert zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging. Rechterlijke uitspraken waartegen geen beroep meer openstaat, krijgen namelijk in de maatschappelijke verhoudingen een onaantastbaar karakter en worden een rechtsfeit. Dat rechtsfeit dient te worden geëerbiedigd.

131. Algemeen wordt aanvaard dat het gezag van gewijsde slechts geldt voor datgene wat het voorwerp van de beslissing was. Het moet om dezelfde vordering gaan, die gebaseerd is op dezelfde middelen en tussen dezelfde partijen. Het gezag van gewijsde staat er dan aan in de weg dat partijen de rechter dezelfde vordering voorleggen als die over de gegrondheid waarvan reeds vonnis is gewezen, en kan dus voorkomen dat reeds gevonniste gevallen onbeperkt in geding kunnen worden gebracht.

132. Het Hof heeft erkend dat het gezag van gewijsde niet alleen toekomt aan het dictum van gerechtelijke beslissingen, maar ook aan de overwegingen die de noodzakelijke steun bieden aan het dictum en er onlosmakelijk mee verbonden zijn. Volgens vaste rechtspraak van het Hof geldt „het gezag van gewijsde enkel voor de punten, feitelijk en rechtens, die door de betrokken rechterlijke beslissing daadwerkelijk of noodzakelijkerwijs zijn beslecht". [51] Als ik het goed heb, heeft het Hof zich echter niet uitgesproken over de grenzen van de werkingssfeer van dit gezag

49 — Zie arrest van 29 juni 2010, Commissie/Luxemburg (C-526/08, Jurispr. blz. I-6151, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 — Arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 46). Zie ook arrest EHRM van 28 oktober 1999, Brumărescu/Roemenië, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VII, waarin de Europese rechter ronduit verklaart dat de rechtszekerheid vereist dat „wanneer een rechter een geschil definitief heeft beslecht, zijn beslissing niet meer in geding wordt gebracht" (§ 61).

51 — Zie arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald (punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

wanneer de procedurele waarborgen van een eerlijk proces niet zijn geëerbiedigd.

133. Juist daarom gaat het echter in de onderhavige zaak. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het gezag van gewijsde namelijk uitgebreid tot een overweging die voor hem niet is betwist en waarover partijen bovendien geen debat op tegenspraak hebben gevoerd. Mijns inziens geeft een dergelijke uitlegging van het beginsel van het gezag van gewijsde blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien aldus fundamentele procedurele waarborgen voor een eerlijk proces, met name het beginsel van hoor en wederhoor, worden geschonden.

134. Kan men immers redelijkerwijs aanvaarden dat het gezag van gewijsde zich ook uitstrekt tot een punt dat de kern van de in geding zijnde rechten betreft, indien de partijen er niet daadwerkelijk over hebben gediscussieerd?

135. Het beginsel van hoor en wederhoor vormt een fundamenteel beginsel van het recht van de Unie [52], dat deel uitmaakt van de rechten van verdediging en van het recht op een eerlijk proces, dat enerzijds wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest, en anderzijds door artikel 6 EVRM.

136. Het Hof heeft het belang en de contouren van dit beginsel herbevestigd in het arrest van 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a. [53] Het beginsel van hoor en wederhoor is van toepassing op alle procedures die tot een beslissing van een gemeenschapsinstelling kunnen leiden waardoor de belangen van een persoon merkbaar kunnen worden aangetast. Het geldt bijgevolg voor de rechterlijke instanties van de Unie. Bovendien behoort het te gelden voor elke partij in een geding, zowel particulieren als lidstaten of instellingen.

137. Volgens het Hof geeft het beginsel van hoor en wederhoor alle procespartijen het recht kennis te nemen van de elementen waarop de rechter zijn beslissing gaat baseren, en hun standpunt ter zake kenbaar te kunnen maken. Daardoor kan de rechter beter worden geïnformeerd. Partijen alle elementen die van invloed kunnen zijn op de beslechting van het geding ter beschikking te stellen voor bespreking, stelt de rechter dus in staat om volstrekt onpartijdig en met volledige kennis van alle feitelijke en juridische aspecten te beslissen. Daardoor wordt tevens de basis geschapen voor het vertrouwen dat de justitiabelen moeten kunnen hebben in het functioneren van de rechtspleging. Dit vertrouwen stelt voorop dat de partijen er zeker van zijn dat zij hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken over alle elementen waarop de rechter zijn beslissing heeft gebaseerd.

52 — Arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 61).

53 — C-89/08 P, Jurispr. blz. I-11245, punten 50-59. Zie voor een uiteenzetting over dit beginsel de punten 87-107 van mijn conclusie in die zaak.

138. Deze rechtspraak is in overeenstemming met de uitlegging die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geeft aan het recht op een proces op tegenspraak. Dit recht maakt deel uit van het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces, en daar dat verdrag concrete en doeltreffende rechten wil waarborgen, legt het elke rechterlijke instantie met name de verplichting op de middelen, argumenten en bewijsaanbiedingen van partijen daadwerkelijk te onderzoeken.

139. Het beginsel van hoor en wederhoor verleent in de regel niet alleen elke partij het recht om kennis te nemen van de bewijsstukken en de opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en hierover haar standpunt kenbaar te maken. Het omvat eveneens, zoals het Hof uitdrukkelijk heeft aanvaard in het eerdergenoemde arrest Commissie/Ierland, „het recht om kennis te nemen van de middelen die de rechter ambtshalve in aanmerking wil nemen en om hierover een standpunt kenbaar te maken". Om aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces te voldoen, is het volgens het Hof immers van belang dat de partijen kennis hebben van, en op tegenspraak hun standpunt kenbaar kunnen maken over, zowel de feitelijke als de juridische aspecten die beslissend zijn voor de uitkomst van de procedure. Bijgevolg kan de rechter, afgezien van bijzondere gevallen zoals met name die welke in de Reglementen voor de procesvoering van de rechterlijke instanties van de Unie zijn vermeld, zijn beslissing niet baseren op een ambtshalve opgeworpen aspect, ook al is het van openbare orde, zonder partijen eerst te hebben verzocht om hun opmerkingen erover kenbaar te maken.

140. Het Hof heeft die verplichting afgeleid uit de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, op grond waarvan de rechter zelf het beginsel van hoor en wederhoor moet eerbiedigen, inzonderheid wanneer hij een geding beslecht op basis van een ambtshalve opgeworpen aspect. [54]

141. In de onderhavige zaak blijkt duidelijk uit de bewoordingen van punt 62 van het arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie dat het Gerecht de rechtmatigheid van de overdracht van de verantwoordelijkheid door de Commissie ambtshalve aan de orde stelt. [55] Zoals het Gerecht in punt 114, laatste streepje, van het bestreden arrest opmerkt, vormde de vaststelling van de geldigheid van de verklaring van 23 juli 1997 een noodzakelijke voorafgaande stap om een schending van de rechten van de verdediging te aanvaarden.

142. Toch is dit rechtspunt niet daadwerkelijk tussen partijen besproken. Het ging ten eerste niet om een geschilpunt dat partijen ter beslissing hebben voorgelegd aan de rechter. Partijen hebben er dus niet over gediscussieerd. Ten tweede heeft het Gerecht niet om

54 — Arrest Commissie/Ierland e.a., reeds aangehaald (punt 54).

55 — In dit punt heeft het Gerecht aangegeven dat „niet wordt betwist dat de Commissie, gelet op de verklaring [...] van 23 juli 1997, [TKS] bij wijze van uitzondering verantwoordelijk mocht achten voor de aan Thyssen [...] verweten inbreuken [en dat] [e]en dergelijke verklaring, die met name is ingegeven door economische overwegingen die eigen zijn aan concentraties van ondernemingen, [een dergelijke overdracht immers] impliceert".

indiening van opmerkingen verzocht toen het dit rechtspunt ambtshalve behandelde.

143. De rechtmatigheid van de overdracht van verantwoordelijkheid was echter een beslissende kwestie voor de uitkomst van het geding. Voorts was de oplossing ervan niet evident. De woordkeus van het Gerecht in het arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie en de overwegingen van het Hof in hogere voorziening tonen aan dat de rechtmatigheid van die overdracht van verantwoordelijkheid ernstig ter discussie stond en nog staat.

144. Om te beginnen geeft het Gerecht in punt 62 van dat arrest geen overtuigende uitleg van de redenen waarom in de onderhavige zaak moest worden afgeweken van het grondbeginsel van het persoonlijke karakter van straffen. Hoewel het Gerecht verwijst naar het bestaan van „economische overwegingen die eigen zijn aan concentraties van ondernemingen" die een dergelijke overdracht van verantwoordelijkheid bij uitzondering zouden rechtvaardigen, is die rechtvaardiging mijns inziens veel te vaag om te kunnen afwijken van de vaste rechtspraak van het Hof wat de toerekenbaarheid van gedragingen betreft.

145. Vervolgens heeft het Hof zeer duidelijk afstand genomen van de conclusie die het Gerecht in ditzelfde punt 62 trekt over het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden. Vereist het gezag van gewijsde als fundamenteel rechtsbeginsel, bron van zekerheid en stabiliteit, niet dat het van meet af aan met zekerheid kan worden vastgesteld? In werkelijkheid is de rechtmatigheid van een dergelijke verklaring nooit voorgelegd aan het Hof.

146. Wegens het ontbreken van hoor en tegenhoor en overtuigende uitleg door het Gerecht, en ook gelet op de distantiëring van het Hof, kon het Gerecht mijns inziens derhalve niet op goede gronden oordelen dat de rechter van de Unie de rechtmatigheid van de verklaring van 23 juli 1997 en de daarmee verbonden overdracht van verantwoordelijkheid definitief had beslecht.

147. Ten derde ben ik van mening dat het Gerecht door TKS niet-ontvankelijkheid te verklaren, het evenwicht tussen de partijen verstoort, omdat rekwirante in een situatie wordt gebracht waarin zij duidelijk benadeeld is ten opzichte van de Commissie.

148. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft elke partij het recht haar standpunt evenwichtig naar voren te brengen zonder dat de procedure aan een van hen een specifiek voordeel biedt.[56] Dit maakt deel uit van het recht op een eerlijk proces.

56 — Zie arrest EHRM van 15 juli 2003, Ernst e.a./België, § 60.

149. De beslissing van het Gerecht in het bestreden arrest leidt er evenwel toe dat TKS de rechtmatigheid van de verklaring van 23 juli 1997 en de daarmee verbonden overdracht van verantwoordelijkheid niet meer ter discussie kan stellen, hoewel zij nooit is gehoord op dit punt. Terwijl TKS dus in het beroep tegen de oorspronkelijke beschikking al niet in de gelegenheid was gesteld opmerkingen in te dienen, wordt haar thans die mogelijkheid versperd door het gezag van gewijsde. Daarentegen heeft het Gerecht zonder hoor en tegenhoor aanvaard dat de Commissie zich bij uitzondering op die verklaring mocht baseren, en vervolgens tegen de betwisting door TKS het beginsel van het gezag van gewijsde ingebracht. Mijns inziens kan een dergelijke beoordeling de indruk wekken van een ongelijkheid ten gunste van de Commissie.

150. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht door te oordelen dat de rechter van de Unie de kwestie van de rechtmatigheid van de overdracht van verantwoordelijkheid definitief had beslecht, het arrest ThyssenKrupp/Commissie van het Hof onjuist heeft uitgelegd en voorts het beginsel van het gezag van gewijsde heeft geschonden. Daarmee heeft het Gerecht tevens TKS het recht op een eerlijk proces onthouden.

151. Derhalve geef ik het Hof in overweging het tweede middel van TKS gegrond te verklaren en het bestreden arrest te vernietigen.

D — *De gevolgen van de vernietiging van het bestreden arrest*

152. Wanneer het arrest waartegen hogere voorziening is ingesteld, wordt vernietigd, bepaalt artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie dat het Hof de zaak voor afdoening kan verwijzen naar het Gerecht dan wel haar zelf kan afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

153. Het geschil in de onderhavige zaak heeft betrekking op de vervolging door de Commissie van de door Thyssen tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 gepleegde inbreuk. Het enige doel van de litigieuze beschikking is, op basis van de verklaring van 23 juli 1997 de mededingingsverstorende gedraging van Thyssen aan TKS toe te rekenen en haar bijgevolg een geldboete op te leggen.

154. Om te beginnen moet worden bepaald of de Commissie de inbreuk van Thyssen wel op basis van de verklaring van 23 juli 1997 mocht toerekenen aan TKS.

155. Indien, zoals ik meen, de Commissie daartoe niet gerechtigd was, is het de vraag of zij Thyssen nog mag vervolgen voor de door haar tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 gepleegde inbreuken, gelet op de verjaringsregels.

156. Deze twee kwesties zijn contradictoir behandeld voor het Hof. Derhalve ben ik van mening dat het geding op deze twee punten in staat van wijzen is.

157. Ik geef het Hof dan ook in overweging het door TKS voor het Gerecht aangevoerde vierde en zevende middel tot nietigverklaring te onderzoeken.

1. De toerekenbaarheid aan TKS van de door Thyssen gepleegde inbreuk

a) Argumenten van partijen [57]

158. In haar vierde middel tot nietigverklaring betwist TKS de rechtmatigheid van de toerekening van de door Thyssen gepleegde inbreuk. Zij stelt dat de Commissie daartoe niet gerechtigd was op basis van de verklaring van 23 juli 1997. TKS baseert zich enerzijds op de rechtspraak van het Hof, op grond waarvan in het geval van rechtsopvolging een rechtsopvolger niet aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen van zijn voorganger zolang deze nog bestaat. Anderzijds brengt TKS de overwegingen van het Hof in punt 88 van het arrest ThyssenKrupp/Commissie in herinnering, dat er tussen de twee ondernemingen geen economische opvolging bestond en dat noch de eenheid van optreden tussen hen, noch de verklaringen van TKS in de loop van de administratieve procedure die toerekening konden rechtvaardigen. Ten slotte beroept TKS zich op het beginsel ius publicum privatorum pactis mutari non potest voor haar stelling dat een overeenkomst tussen particulieren zoals de verklaring van 23 juli 1997 de uit het publiekrecht, met name het strafrecht, voortvloeiende rechtsgevolgen niet kan wijzigen.

159. De Commissie betwist dit. In overeenstemming met de opmerkingen die zij in het beroep tegen de oorspronkelijke beschikking had ingediend, heeft zij ter terechtzitting opnieuw gesteld dat het bij de betrokken situatie om een geval van economische opvolging ging. Voorts stond er haars inziens juridisch niets in de weg aan de inaanmerkingneming van de verklaring — die TKS vrijwillig en bewust had afgelegd — om haar de mededingingsverstorende gedragingen van Thyssen toe te rekenen.

b) Mijn beoordeling

160. Ik ben het niet eens met de argumentatie van de Commissie.

57 — Zie voor een uitvoerigere uiteenzetting van de argumenten van partijen, de punten 105-109 van het bestreden arrest.

161. Door TKS verantwoordelijk te houden voor de door Thyssen gepleegde inbreuk schendt de Commissie namelijk het beginsel van de persoonlijke verantwoordelijkheid en het uitvloeisel ervan, namelijk het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen en sancties, waarop de toerekenbaarheid van onrechtmatige mededingingsregelingen is gebaseerd. [58]

162. Deze beginselen zijn fundamentele waarborgen afkomstig uit het strafrecht. Volgens het beginsel van de persoonlijke verantwoordelijkheid is iedereen alleen verantwoordelijk voor zijn eigen handelingen. Volgens het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen kan een straf slechts aan de schuldige worden opgelegd. Deze beginselen verzetten zich er dus tegen een natuurlijke of rechtspersoon die als dader noch als medeplichtige een inbreuk heeft gepleegd, verantwoordelijk te houden en beperken dus de uitvoering van het ius puniendi van de overheid. Zij houden ook beperkingen in voor particulieren, die niet ten onrechte schuld kunnen bekennen aan een inbreuk die zij niet hebben gepleegd.

163. Zoals gezegd heeft het Hof in het arrest Commissie/Anic Partecipazioni de toepasselijkheid van het beginsel van de persoonlijke verantwoordelijkheid op de mededingingsregels erkend. In die zaak overwoog het dat, gelet op de aard van de betrokken inbreuk alsmede op de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties, de verantwoordelijkheid voor het plegen van een inbreuk op de mededingingsregels een persoonlijk karakter heeft. [59] In het arrest Hüls/Commissie had het Hof al het beginsel van het vermoeden van onschuld toegepast. [60] Ik zie niet in hoe de eerbiediging van dat beginsel in overeenstemming is te brengen met de veroordeling van een persoon die ten onrechte schuld heeft bekend.

164. Wanneer een economische entiteit de mededingingsregels schendt, moet de natuurlijke of rechtspersoon die deze entiteit leidt dus opkomen voor de gevolgen van zijn eigen handelingen, ook al wordt de onderneming onder verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven waarin de inbreuk wordt vastgesteld. [61] Zolang de rechtspersoon bestaat die de onderneming ten tijde van de inbreuk leidde, volgt de aansprakelijkheid voor het onrechtmatige gedrag van de onderneming deze rechtspersoon, zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, na de periode van de inbreuk aan derden zijn overgedragen. [62]

58 — Arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald (punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 — Punt 78.

60 — Punt 150.

61 — Zie arresten van 16 november 2000, KNP BT/Commissie (C-248/98 P, Jurispr. blz. I-9641, punt 71), Cascades/Commissie (C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78), Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 37) en SCA Holding/Commissie (C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 25), en 11 december 2007, ETI e.a. (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 — Zie met name arrest SCA Holding/Commissie, reeds aangehaald (punt 25).

165. Op een gebied als dat van de mededinging hebben de vervolgingsautoriteiten echter te maken met onderling verweven gedragingen, tot uiting komend in geraffineerde manoeuvres die de identiteit van de dader van de feiten kunnen maskeren of wijzigen (bijvoorbeeld door herstructureringen, cessies of andere juridische of organisatorische veranderingen [63]). Om te voorkomen dat ondernemingen ontkomen aan de door de Commissie opgelegde sancties en om een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels te waarborgen, staat het Hof consequent toe dat een mededingingsverstorende gedraging van een vennootschap in twee soorten gevallen wordt toegerekend aan een andere, namelijk wanneer de betrokken ondernemingen behoren tot een groep van ondernemingen (wat in casu niet het geval is) en wanneer de nieuwe onderneming de activiteit van diegene die de feiten heeft gepleegd zodanig voortzet dat er sprake is van een „economische continuïteit" tussen de eerste en de tweede. [64]

166. Het criterium van de „economische continuïteit" kan evenwel slechts aan de orde zijn wanneer de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming rechtens of economisch heeft opgehouden te bestaan na het begaan van de inbreuk. [65] En daar wringt hem de schoen.

167. De activiteiten waardoor Thyssen aan de inbreuk heeft kunnen deelnemen zijn namelijk weliswaar met ingang van 1 januari 1995 overgedragen aan TKS, maar Thyssen is niet opgehouden juridisch te bestaan en is in andere sectoren economisch actief gebleven, los van enige structurele band met TKS. Zoals de Commissie in punt 10 van de litigieuze beschikking heeft opgemerkt, bestond Thyssen nog op het tijdstip van de vaststelling van die beschikking, 20 december 2006. Zoals het Hof in punt 88 van het arrest ThyssenKrupp/Commissie heeft opgemerkt, is er dus geen sprake van economische opvolging tussen de twee ondernemingen. Derhalve moest Thyssen als verantwoordelijk worden beschouwd voor alle gedragingen waaraan zij had deelgenomen vóór de overdracht van haar bedrijfsonderdeel aan TKS op 1 januari 1995. Dat was aanvankelijk ook de bedoeling van de Commissie, aangezien zij op 24 april 1997 een afzonderlijke mededeling van punten van bezwaar aan TKS en aan Thyssen heeft gezonden. Elk van deze ondernemingen heeft overigens ook apart geantwoord.

63 — In een dergelijk geval is er volgens het Hof namelijk sprake van aantasting van de doelstelling, met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties (zie arrest ETI e.a., reeds aangehaald, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 — Zie arresten van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 84), en 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 9), en arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald (punt 145).

65 — Zie arrest ETI e.a., reeds aangehaald (punt 40). Zie ook arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, waarin het Hof op die grond het argument heeft afgewezen dat een onderneming die van strafbaar gedrag was beschuldigd, had aangevoerd om zichzelf vrij te pleiten, namelijk dat zij de activiteit in het kader waarvan zij zich schuldig had gemaakt aan de haar verweten inbreuk, had overgedragen aan een andere onderneming (punt 145). Die zaak betrof het geval van twee bestaande en operationele ondernemingen waarvan de ene een bepaald gedeelte van haar activiteiten simpelweg had overgedragen aan de andere, en die onderling geen structurele band hadden.

168. In die omstandigheden mocht de Commissie in artikel 2, lid 2, van de litigieuze beschikking niet afwijken van het beginsel van de persoonlijke verantwoordelijkheid door TKS verantwoordelijk te stellen voor het inbreukmakende gedrag van Thyssen tussen 16 december 1993 en 31 december 1994.

169. De litigieuze beschikking schendt dus het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid en gaat voorbij aan de volgens de vaste rechtspraak van het Hof doorslaggevende omstandigheid dat er geen sprake was van economische continuïteit tussen TKS en Thyssen.

170. Bovendien kon de Commissie zich niet op goede gronden baseren op de verklaring van 23 juli 1997 om af te wijken van de toepassing van de regels van het mededingingsrecht.

171. Door aldus te handelen miskent de Commissie de aard van die regels en wijkt zij af van de taak die haar daarin wordt opgelegd. Die regels zijn van openbare orde. Ten eerste zorgen zij voor een gezonde en doeltreffende mededinging op de gemeenschappelijke markt door mededingingsverstorende overeenkomsten te verbieden, en dragen zij derhalve bij aan de vervulling van de taken van de Unie. Ten tweede zorgen zij voor het welzijn van de consument door hem te beschermen tegen bepaalde praktijken van de ondernemingen. In die zin gaat het om dwingende rechtsregels die voor iedereen gelden en waarvan partijen dus niet via particuliere overeenkomsten kunnen afwijken.

172. Ik wijs er in dit verband evenwel op dat de Commissie allereerst zorg dient te dragen voor de toepassing van de in artikel 81 EG neergelegde beginselen.[66] Zij kan dus geen eenzijdige verklaring als de verklaring van 23 juli 1997 aanvaarden, die leidt tot een afwijking van de regels en beginselen inzake de toerekening van mededingingsverstorende praktijken. Evenzo kan zij geen verklaring dulden waarmee een onderneming ten onrechte schuld bekent aan een inbreuk die zij niet heeft begaan.

173. Bijgevolg ben ik van mening, gelet op het voorgaande, dat de litigieuze beschikking het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid heeft geschonden wat de toerekening van de door Thyssen tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 gepleegde inbreuk betreft.

174. Derhalve dient artikel 2, lid 2, van de litigieuze beschikking mijns inziens te worden nietig verklaard voor zover daarin aan TKS de verantwoordelijkheid voor die inbreuk wordt toegerekend.

175. De aan Thyssen verweten inbreuk staat vast, en Thyssen is gehoord, aangezien de

66 — Zie artikel 105, lid 1, VWEU.

Commissie haar op 24 april 1997 een afzonderlijke mededeling van punten van bezwaar heeft gezonden, waarop Thyssen individueel heeft geantwoord. Blijkens punt 13 van de litigieuze beschikking heeft Thyssen op eigen naam geantwoord op de mededeling van punten van bezwaar.

176. Thans gaat het erom of de Commissie Thyssen nog kan veroordelen tot betaling van een geldboete wegens door haar tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 begane mededingingsverstorende gedragingen, zoals vastgesteld in artikel 1 van de litigieuze beschikking.

2. Verjaring van de bevoegdheid van de Commissie om de inbreuk van Thyssen te bestraffen

177. In het kader van haar zevende middel tot nietigverklaring stelt TKS dat de door Thyssen gepleegde inbreuk sinds 1999 of uiterlijk sinds 2003 is verjaard. Zij voert met name aan dat er geen stuiting of schorsing van de verjaring kan zijn geweest, aangezien Thyssen geen partij was in het tegen de oorspronkelijke beschikking ingeleide geding. Voorts stelt zij dat aangezien de haar verweten inbreuk door Thyssen is gepleegd, de sanctie alleen aan haar kan worden opgelegd voor zover dat jegens haar rechtsvoorgangster, Thyssen, mogelijk zou zijn geweest.

178. De Commissie concludeert tot afwijzing van dit middel. [67]

179. Gelet op de feitelijke gegevens van de zaak hangt het onderzoek van dit middel af van de uitlegging van de verjaringsregels, met name van die betreffende de schorsing van de verjaring in de artikelen 2 en 3 van beschikking nr. 715/78 en artikel 25 van verordening nr. 1/2003. Voor de duidelijkheid en gezien het feit dat de bewoordingen van die bepalingen grotendeels identiek zijn, zal ik alleen de bepalingen van verordening nr. 1/2003 behandelen.

180. Er rijzen twee vragen.

181. De eerste betreft de draagwijdte van de schorsing. De vraag is of de schorsing van de verjaring, wanneer beroep wordt ingesteld bij de rechter van de Unie, relatieve werking heeft, dat wil zeggen dat zij enkel geldt ten aanzien van de verzoekende onderneming, dan wel erga omnes, in welk geval de schorsing van de verjaring gedurende de procedure geldt ten aanzien van alle ondernemingen die

67 — Zie voor een meer uitgebreide weergave van de argumenten van partijen de punten 193-198 van het bestreden arrest.

aan de inbreuk hebben deelgenomen, ongeacht of zij beroep hebben ingesteld. Anders dan de uitdrukkelijke bepaling inzake de stuiting van de verjaring, zwijgt artikel 25, lid 6, van verordening nr. 1/2003 op dit punt.

182. Het gaat hier om dezelfde kwestie als die in de hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht in de zaak ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie. In dat arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat de in artikel 25, lid 6, van verordening nr. 1/2003 bedoelde schorsing van de verjaring enkel geldt ten aanzien van de verzoekende onderneming. [68] Het Hof moet voor het eerst uitspraak doen over dit punt.

183. De tweede vraag betreft de gevolgen van een nietigverklaringsarrest. De vraag is of de nietigverklaring van een beschikking van de Commissie na afloop van de rechterlijke procedure de schorsing van de verjaring, net als de beschikking zelf, met terugwerkende kracht non-existent maakt. Het Hof heeft ontkennend geantwoord in het arrest van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie. [69]

184. Om redenen die ik nog zal uiteenzetten ben ik het niet eens met het standpunt van het Gerecht in het arrest ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie, noch met dat van het Hof in het arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie. Die uitlegging van de verjaringsregels, in samenhang met de velerlei stuitingshandelingen en de duur van de procedures, holt het principe van de verjaring uit.

185. De onderhavige zaak is daar een volmaakte illustratie van, want vijftien jaar na het einde van de inbreuk heeft Thyssen nog altijd geen zekerheid omtrent haar positie. Dat vloeit voort uit een groot aantal stuitingshandelingen (zes), uit de nietigverklaring van de oorspronkelijke beschikking ten aanzien van TKS en uit de schorsing van de verjaring

68 — Punten 151-158. Het Gerecht heeft zijn redenering als volgt gemotiveerd. Omdat de schorsing van de verjaring een uitzondering vormt op het beginsel van de verjaringstermijn van vijf jaar, moet dit begrip strikt worden uitgelegd. Daar schorsing per definitie een geval betreft waarin de Commissie reeds een beschikking heeft vastgesteld, hoeft daaraan geen werking erga omnes meer te worden verbonden. Ten slotte verzetten volgens het arrest van het Hof van 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a. (C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363), de relatieve werking van rechtsgedingen en de daaraan door het Hof verbonden gevolgen zich er in beginsel tegen dat het beroep van een onderneming die adressaat is van de betrokken beschikking, gevolgen heeft voor de situatie van de andere adressaten van die beschikking.

69 — 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 142-157. Zie wat het Gerecht betreft onder meer arrest van 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie (T-22/02 en T-23/02, Jurispr. blz. II-4065, punten 80-102), en arrest ArcelorMittal Luxembourg e.a./Commissie, reeds aangehaald (punten 151-158), waartegen, zoals gezegd, hogere voorziening is ingesteld, die momenteel aanhangig is voor het Hof (C-201/09 P en C-216/09 P).

gedurende elf jaar.[70] Hoe verbazingwekkend ook, de verjaringstermijn van tien jaar van artikel 25, lid 5, van verordening nr. 1/2003 is nog steeds niet verstreken. Dit zal gebeuren in de maand april 2016, dus 21 jaar na de beëindiging van de inbreuk.

a) Inleidende opmerkingen

186. Alvorens deze vragen te onderzoeken, zal ik de aard en de draagwijdte van de verjaringsregels in het kader van mededingingszaken bespreken.

187. De vervolgingsverjaring vormt een universeel en fundamenteel beginsel van ons recht. Zij kan worden gedefinieerd als een oorzaak voor het tenietgaan van de strafvordering, bestaande in het verloop van een zekere tijd sinds de datum van het plegen van de inbreuk. Zij geldt in beginsel voor alle delicten, zelfs voor de zwaarste, met als enige uitzondering misdaden tegen de menselijkheid, die volgens internationale eisen niet kunnen verjaren. Bij het verstrijken van de verjaringstermijn is het recht tot strafvordering tenietgegaan en kunnen de deelnemers aan de inbreuk niet meer worden vervolgd.

188. De verjaring beoogt sociale vrede tot stand te brengen en is ingegeven door een gemeenschappelijk streven naar rechtszekerheid. In zijn arrest van 24 september 2002, Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie[71], heeft het Hof ten aanzien van de verjaring dan ook geoordeeld dat „de fundamentele eis van rechtszekerheid zich er [...] tegen [verzet] dat wanneer bepalingen dienaangaande ontbreken, de Commissie eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheden" en dat om aan het doel ervan te beantwoorden bij voorbaat een verjaringstermijn moet worden vastgesteld.[72] Van oudsher worden verschillende rechtvaardigingsgronden voor verjaring aangevoerd. Allereerst heeft bestraffing naarmate de tijd verstrijkt steeds minder zin wegens het geleidelijk verdwijnen van de verstoring van de openbare orde als gevolg van de inbreuk. Verder is het, met het oog op een betere bescherming van de belangen van de betrokken personen en bedrijven, na verloop van een bepaalde tijd moeilijker de bewijzen van de inbreuk te behouden of te verzamelen. Last but not least zorgt verjaring

70 — Thyssen heeft de inbreuk op 1 januari 1995 beëindigd. Op 24 april 1997 is de verjaringstermijn ten aanzien van haar, net als ten aanzien van alle ondernemingen die hebben deelgenomen aan de inbreuk, gestuit met de verzending van de mededeling van punten van bezwaar, en vervolgens op 21 januari 1998, de datum waarop de oorspronkelijke beschikking is vastgesteld. Die termijn liep tot 11 maart 1998, dus circa anderhalve maand, de datum waarop TKS beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht heeft ingesteld. De verjaring was geschorst tot 13 december 2001, de datum waarop het Gerecht het arrest Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie heeft gewezen, dus gedurende zeven jaar en twee maanden. De verjaringstermijn is opnieuw gestuit op 5 april 2006 door de verzending van een nieuwe mededeling van punten van bezwaar, en vervolgens op 20 december 2006 door de kennisgeving van de litigieuze beschikking. Die termijn liep dus tussen 20 december 2006 en 6 februari 2007, de datum waarop TKS beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking heeft ingesteld, dus circa anderhalve maand. Die termijn is opnieuw geschorst tussen de instelling van dat beroep en 1 juli 2009, de datum waarop het Gerecht het bestreden arrest heeft gewezen, dus gedurende twee jaar en vijf maanden. De verjaringstermijn is opnieuw gaan lopen tussen laatstgenoemde datum en de instelling van de onderhavige hogere voorziening op 2 september 2009, dus gedurende twee maanden. Sinds laatstgenoemde datum en tot vandaag is de verjaring gedurende ongeveer een jaar geschorst.

71 — C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869.

72 — Punten 139 en 140. Zie ook arrest van 2 oktober 2003, International Power e.a./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P en C-180/01 P, Jurispr. blz. I-11421, punten 106 en 107).

ervoor dat traagheid, nalatigheid of onachtzaamheid van de vervolgingsautoriteiten wordt bestraft en dat de daders binnen een redelijke termijn worden berecht.

189. Wat de inbreuken op het mededingingsrecht betreft, treedt de verjaring in na een termijn van vijf jaar vanaf de datum waarop de inbreuk is beëindigd, aldus artikel 25, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003. Volgens artikel 25, lid 3, van die verordening kan de verjaring echter worden gestuit door elke handeling van de Commissie ter instructie of vervolging van de inbreuk. Die stuiting doet met terugwerkende kracht de termijn die reeds heeft gelopen teniet en markeert het vertrekpunt van een nieuwe termijn. Voorts kan de verjaring volgens artikel 25, lid 6, van die verordening worden geschorst zolang een rechterlijke procedure loopt. In dat geval stopt de verjaringstermijn tijdelijk.

190. Ten slotte heeft de wetgever van de Unie in artikel 25, lid 5, van verordening nr. 1/2003 geregeld dat de verjaring ten laatste na tien jaar intreedt zonder dat de Commissie een geldboete heeft opgelegd. Hij voegt hier echter aan toe dat deze termijn wordt verlengd met de periode gedurende welke de verjaring is geschorst.

b) De eerste vraag: relatieve of absolute werking van de schorsing van de verjaring

191. In de eerste plaats moet de schorsing van de verjaring gedurende de loop van het geding mijns inziens gelden ten aanzien van alle ondernemingen die hebben deelgenomen aan de inbreuk, ongeacht of zij al dan niet beroep hebben ingesteld.

192. Ik ben het dus niet eens met het standpunt van het Gerecht in zijn arrest Arcelor-Mittal Luxembourg e.a./Commissie, dat de schorsing enkel geldt ten aanzien van de verzoekende onderneming, en wel om twee redenen.

193. Ten eerste houdt dit standpunt geen rekening met de objectieve aard van de verjaring. De verjaring is namelijk enkel gekoppeld aan feiten. Zij heeft een reëel karakter, dat losstaat van de betrokken personen. Wanneer een eventueel optreden van de Commissie eindigt als gevolg van verjaring, geldt dit voor alle betrokken feiten en voor alle deelnemers.

194. Wat de stuiting van de verjaring betreft blijkt dat zeer duidelijk uit artikel 25, lid 4, van verordening nr. 1/2003, aangezien daarin staat dat de „stuiting van de verjaring geldt ten aanzien van alle ondernemingen en ondernemersverenigingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen". De tekst van artikel 25, lid 6, van die verordening inzake de schorsing

van de verjaring is algemener en gaat niet nader in op dit punt. Hoewel de teksten daarover niets bepalen, moeten de gevolgen van de stuiting en de schorsing van de verjaring niettemin identiek zijn. Beide vormen uitzonderingen op de verjaring. Aangezien die objectief is, moeten zij dus alle twee op de feiten zelf slaan. Dit geldt des te meer daar het hier gaat om een complexe, voortdurende en vooral collectieve inbreuk.

195. Ten tweede heeft de beslissing van het Gerecht een schadelijk gevolg. De relatieve werking van de schorsing kan namelijk ertoe leiden dat de Commissie niet meer kan optreden tegen een onderneming die ten onrechte ongemoeid is gelaten, aangezien de vervolging kan zijn verjaard.

196. Ik zie derhalve geen enkele reden voor een — mijns inziens kunstmatig — onderscheid tussen de werking van de schorsing en de stuiting ten aanzien van de ondernemingen die hebben deelgenomen aan de inbreuk.

197. Voor de toepassing van artikel 25, lid 6, van verordening nr. 1/2003 op de onderhavige zaak geef ik het Hof dus in overweging vast te stellen dat de schorsing van de verjaring tijdens het geding moet gelden ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen, ongeacht of zij beroep hebben ingesteld.

c) De tweede vraag: de gevolgen van een arrest tot nietigverklaring van een beschikking voor de berekening van de verjaringstermijn

198. Zoals gezegd is de vraag van de gevolgen van een arrest tot nietigverklaring van een beschikking voor de berekening van de verjaringstermijn reeds aan het Hof voorgelegd in het kader van de zaak die tot het arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie heeft geleid, die een mededingingsregeling op het gebied van polyvinylchloride betrof. De feiten van die zaak lijken sterk op die van de onderhavige, aangezien de eerste verbodsbeschikking van de Commissie nietig was verklaard door de rechter van de Unie, en de ondernemingen zich vervolgens beriepen op verjaring van de vervolging.

199. In dat arrest heeft het Hof het argument van rekwiranten afgewezen dat door de nietigverklaring van die eerste beschikking de schorsing van de verjaring, evenals de beschikking zelf, met terugwerkende kracht non-existent was geworden. Het oordeelde

dat bij een dergelijke uitlegging de schorsingsregel geen enkele zin meer zou hebben, aangezien naar zijn oordeel „het het feit zelf [is] dat bij het Gerecht of het Hof een beroep aanhangig is, dat de schorsing rechtvaardigt, en niet de slotsom waartoe die rechterlijke instanties in hun arrest komen". [73]

200. Ik begrijp dat het Hof met die redenering het vervolgingsrecht van de Commissie wil beschermen tegen de lange duur van de procedure voor de rechter. Als immers de nietigverklaring van de beschikking betekent dat de schorsing met terugwerkende kracht non-existent wordt, riskeren de rechter van de Unie en de Commissie dat aan het einde van het geding wegens de duur ervan de verjaring intreedt.

201. Hoe loffelijk die intentie ook is, ik denk niet dat zij een uitlegging als in dat arrest kan rechtvaardigen.

202. Al deel ik het standpunt dat de schorsing wordt gerechtvaardigd door het bestaan van een bij de rechter aanhangig beroep en niet door de uitkomst van het geding, neemt dat niet weg dat de rechter van de Unie alle consequenties uit een nietigverklaringsarrest moet trekken.

203. Artikel 264, eerste alinea, VWEU bepaalt namelijk: „Indien het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het Hof [...] nietig verklaard." Door een nietigverklaringsarrest verdwijnt de betrokken handeling dus met terugwerkende kracht uit de rechtsorde. Volgens de rechtspraak wordt deze handeling dus geacht nooit te hebben bestaan. [74] Wat de gevolgen van de handeling betreft, die zijn in beginsel met terugwerkende kracht tenietgedaan, tenzij het Hof krachtens artikel 264, tweede alinea, VWEU bepaalt welke gevolgen van de nietig verklaarde handeling als definitief moeten worden beschouwd. In dit verband is het mijns inziens niet twijfelachtig dat de rechtsgevolgen van de betrokken handeling enkel die zijn welke voorkomen in het dispositief ervan.

204. Wat de partijen betreft, is het Hof van oordeel dat zij „zich wederom in de tevoren

73 — Punten 152 en 153.

74 — Zie arresten van 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, Jurispr. blz. 263, punt 59); 26 april 1988, Asteris e.a./Commissie (97/86, 99/86, 193/86 en 215/86, Jurispr. blz. 2181, punt 30), en 26 april 1994, Roquette Frères (C-228/92, Jurispr. blz. I-1445, punt 17).

bestaande situatie [moeten] bevinden en de litigieuze vragen na een hernieuwd onderzoek [...] moeten oplossen in overeenstemming met het [recht van de Unie]".[75] Anders gezegd, de partijen moeten weer in de situatie worden gebracht waarin zij zich vóór de nietig verklaarde handeling bevonden. De procedurele omstandigheden na de betrokken handeling zouden op grond van die beginselen derhalve in geen geval in aanmerking kunnen worden genomen. Zoals een ongeldige instructiehandeling de verjaring niet kan stuiten, kan het beroep tegen een niet genomen beslissing haar niet schorsen.

205. Partijen weer in de vroegere situatie brengen, betekent hen na het nietigverklaringsarrest beschouwen in hun respectieve juridische situatie alsof de nietig verklaarde handeling nooit was vastgesteld. De litigieuze kwesties opnieuw onderzoeken om ze op te lossen volgens het recht van de Unie betekent, op het tijdstip van het nieuwe onderzoek bezien wat de toepasselijke rechtsregels zijn, zowel formeel als materieel, alsof de sanctie voor het eerst moest worden opgelegd. Indien bijvoorbeeld de rechtsgrondslag voor oplegging van de sanctie is vervallen, kan uiteraard de vervolging niet herleven. Indien de termijn waarbinnen de vervolging kan worden ingesteld, is verstreken, is niet in te zien waarom vervolging toch mogelijk zou moeten blijven.

206. In mededingingszaken zou dat dus moeten betekenen dat de nietigverklaring van de beschikking de schorsing van de verjaring met terugwerkende kracht opheft en dat de Commissie binnen de nog resterende tijd vóór het intreden van de verjaring een nieuwe beschikking volgens het recht van de Unie moet vaststellen.

207. Een tegenovergestelde oplossing druist bovendien in tegen de verplichting tot eerbiediging van een redelijke termijn, die gewaarborgd wordt in zowel de artikelen 41, lid 1, en 47, lid 2, van het Handvest als artikel 6 EVRM.[76]

208. De uitlegging van de in artikel 25 van verordening nr. 1/2003 neergelegde regels mag immers nooit en te nimmer ondernemingen beroven van het recht binnen een redelijke termijn te worden vervolgd en berecht. De eerbiediging van dit fundamentele beginsel geldt allereerst voor de Commissie

75 — Arrest van 31 maart 1971, Commissie/Raad, reeds aangehaald (punt 60).

76 — Zie voor een uiteenzetting van de inhoud van dit beginsel de punten 267 e.v. van mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 juli 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie (C-385/07 P, Jurispr. blz. I-6155).

in de administratieve fase van procedure. [77] Zij geldt eveneens voor de rechter van de Unie, die belast is met de toetsing van de rechtmatigheid van de beschikkingen van de Commissie. [78]

209. De verjaringsregels en het beginsel van de redelijke termijn maken de factor tijd tot een dwingend criterium in de organisatie van de procedures. Zij geven uiting aan het rechtmatige streven van de rechtsorde om de uitoefening van het vervolgingsrecht van de Commissie en de uitoefening van het rechtmatigheidstoezicht van de rechter aan bepaalde termijnen te onderwerpen. Zoals het Hof heeft geoordeeld in het arrest van 21 september 2006, Technische Unie/Commissie [79], moet worden voorkomen dat de rechten van de verdediging onherstelbaar worden aangetast door de buitensporig lange duur van de onderzoeksfase en dat 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. Om deze reden moet volgens het Hof de beoordeling van de oorsprong van de eventuele aantasting van de doeltreffendheid van de rechten van de verdediging de gehele administratieve en rechterlijke procedure omvatten, op basis van de totale duur daarvan. [80]

210. Kan echter nog van eerbiediging van een redelijke termijn worden gesproken wanneer een procedure wegens inbreuk op het mededingingsrecht, waarvoor in beginsel een verjaringstermijn van vijf jaar staat, twintig jaar na het plegen van de inbreuk nog steeds loopt?

211. De Commissie dient dus, net als de rechter van de Unie, ervoor te zorgen dat de uitvoering van de verjaringsregels de berechting van de plegers van inbreuken binnen een redelijke termijn en in het kader van een vlotte procedure bevordert. Wanneer materiële kwesties de realisering van die doelstellingen belemmeren, moet de Unie na onderzoek de nodige oplossingen daarvoor aandragen.

212. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof derhalve in overweging te oordelen dat wat de toepassing van artikel 25, lid 6, van verordening nr. 1/2003 op de onderhavige zaak betreft de nietigverklaring van de beschikking aan het slot van de gerechtelijke procedure de schorsing, net als de beschikking zelf, met terugwerkende kracht non-existent heeft gemaakt.

77 — Arrest Gerecht van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punten 55 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak), waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de „eerbiediging van een redelijke termijn door de Commissie bij de vaststelling van beschikkingen na afloop van de administratieve procedures op het gebied van het mededingingsbeleid [...] een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht [vormt]".

78 — Het Hof heeft het recht om binnen een redelijke termijn te worden berecht in het kader van mededingingsprocedures aanvaard in het arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417). Het heeft vervolgens in het arrest Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie, reeds aangehaald, geoordeeld dat niet-naleving van die verplichting aanleiding kan zijn voor een schadevordering tegen de Gemeenschap in het kader van de artikelen 268 VWEU en 340, tweede alinea, VWEU.

79 — C-113/04, Jurispr. blz. I-8831.

80 — Punten 55 en 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

d) Toepassing op de onderhavige zaak

213. Gelet op het voorgaande is de door Thyssen tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 gepleegde inbreuk sinds 24 april 2002 verjaard.

214. De nietigverklaring van de oorspronkelijke beschikking heeft de eerste schorsing van de verjaring, net als die beschikking zelf, namelijk non-existent gemaakt. De laatste stuitingshandeling van de verjaring is derhalve de kennisgeving van de mededeling van punten van bezwaar op 24 april 1997 geweest. Op grond van artikel 25, lid 5, van verordening nr. 1/2003 begint na iedere stuiting een nieuwe verjaringstermijn te lopen. Bijgevolg is de verjaring van vijf jaar wat de door Thyssen gepleegde inbreuk betreft op 24 april 2002 ingetreden.

215. De door Thyssen gepleegde inbreuk is dus verjaard.

VI — Kosten

216. Volgens artikel 122 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie beslist het Hof over de proceskosten, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het de zaak zelf afdoet.

217. Krachtens artikel 69, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd.

218. In de onderhavige zaak is de Commissie met betrekking tot het grootste deel van haar stellingen in het ongelijk gesteld. Ik geef het Hof derhalve in overweging de Commissie te verwijzen in haar eigen kosten en in 50 % van de kosten van TKS.

219. TKS zal 50 % van haar kosten dragen.

VII — Conclusie

220. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 1 juli 2009, ThyssenKrupp Stainless AG/Commissie (T-24/07), wordt vernietigd.

2) Artikel 2, lid 2, van beschikking 2007/486/EG van de Commissie van 20 december 2006 in een procedure op grond van artikel 65 van het EGKS-Verdrag (Zaak COMP/F/39.234 — Legeringtoeslag, Wedergoedkeuring) wordt nietig verklaard voor zover het aan ThyssenKrupp Stainless AG de door Thyssen Stahl AG tussen 16 december 1993 en 31 december 1994 gepleegde inbreuk toerekent.

3) De door Thyssen Stahl AG gepleegde inbreuk is verjaard.

4) De Europese Commissie zal haar eigen kosten dragen en 50 % van de kosten van ThyssenKrupp Stainless AG.

5) ThyssenKrupp Stainless AG zal 50 % van haar eigen kosten dragen."