ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

27 september 2006 *

In zaak T-314/01,

Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA, gevestigd te Veendam (Nederland), vertegenwoordigd door C. Dekker, advocaat,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Bouquet, A. Whelan en W. Wils als gemachtigden, bijgestaan door M. van der Woude, advocaat,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van artikel 1 van beschikking C(2001) 2931 def. van 2 oktober 2001 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak nr. COMP/E-1/36.756 — Natriumgluconaat), voor zover het betrekking heeft op verzoekster, of, subsidiair, nietigverklaring van artikel 3 van deze beschikking voor zover het betrekking heeft op verzoekster,

* Procestaal: Nederlands.

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, M. Jaeger en F. Dehousse, rechters, griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 17 februari 2004,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 De Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (hierna: „Avebe") is de moedermaatschappij van een groep ondernemingen die zetmeel verwerken. Ten tijde van de feiten en tot december 1995 was Avebe op de natriumgluconaatmarkt actief via haar deelneming in Glucona vof, een onderneming die zij gezamenlijk controleerde met Akzo Nobel Chemicals BV (hierna: „ANC"), een dochteronderneming van Akzo Nobel NV (hierna: „Akzo"). In december 1995 verwierf Avebe het aandeel van ANC in Glucona vof, die een

besloten vennootschap werd en de naam Glucona BV kreeg (Glucona vof en Glucona BV worden hierna zonder onderscheid „Glucona" genoemd).

2 Natriumgluconaat is een chelaatvormer, een product dat in industriële processen metaalionen inactief maakt. Tot die processen behoren onder meer de industriële schoonmaak (wassen van flessen, reinigen van instrumenten), de oppervlaktebehandeling (ontroesten, ontvetten, etsen van aluminium) en de behandeling van afvalwater. Chelaatvormers worden gebruikt in de voedingsindustrie, de cosmeticaindustrie, de farmaceutische industrie, de papierindustrie, de betonindustrie en andere industrieën. Natriumgluconaat wordt in de hele wereld verkocht en op de wereldmarkt zijn concurrerende ondernemingen aanwezig.

3 In 1995 bedroeg de totale afzet van natriumgluconaat in de wereld ongeveer 58,7 miljoen EUR, waarvan ongeveer 19,6 miljoen EUR in de Europese Economische Ruimte (EER). Ten tijde van de feiten was nagenoeg de gehele mondiale productie van natriumgluconaat in handen van vijf ondernemingen, namelijk Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (hierna: „Fujisawa"), Jungbunzlauer AG, Roquette Frères SA (hierna: „Roquette"), Glucona vof en Archer Daniels Midland Co. (hierna: „ADM").

4 In maart 1997 deelde het Amerikaanse ministerie van Justitie de Commissie mee dat naar aanleiding van een onderzoek op de markten van lysine en citroenzuur ook een onderzoek was ingeleid met betrekking tot de markt van natriumgluconaat. In oktober en december 1997 en in februari 1998 werd de Commissie ervan in kennis gesteld dat Akzo, Avebe, Glucona, Roquette en Fujisawa hadden erkend dat zij hadden deelgenomen aan een kartel tot vaststelling van de prijs van natriumgluconaat en tot verdeling van het verkoopvolume van dat product in de Verenigde Staten en elders. Ten gevolge van overeenkomsten met het Amerikaanse ministerie van Justitie hebben de Amerikaanse autoriteiten die ondernemingen geldboeten opgelegd.

5 Op 18 februari 1998 verzocht de Commissie de belangrijkste producenten, handelaren en afnemers van natriumgluconaat in Europa krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het [EG-]Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), om inlichtingen.

6 Na het verzoek om inlichtingen nam Fujisawa contact op met de Commissie en meldde zij dat zij in het kader van het hiervoor vermelde onderzoek had samengewerkt met de Amerikaanse autoriteiten en dat zij ook met de Commissie wilde samenwerken op grond van de mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking"). Op 12 mei 1998, na een bijeenkomst met de Commissie op 1 april 1998, verstrekte Fujisawa een schriftelijke verklaring en een dossier dat een samenvatting van de historische ontwikkeling van het kartel en een aantal documenten bevatte.

7 Op 16 en 17 september 1998 voerde de Commissie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 verificaties uit in de bedrijfslokalen van Avebe, Glucona, Jungbunzlauer en Roquette.

8 Op 2 maart 1999 zond de Commissie gedetailleerde verzoeken om inlichtingen aan Glucona, Roquette en Jungbunzlauer. Bij brieven van 14, 19 en 20 april 1999 verklaarden deze ondernemingen zich bereid met de Commissie samen te werken en verstrekten zij haar bepaalde gegevens betreffende het kartel. Op 25 oktober 1999 zond de Commissie ADM, Fujisawa, Glucona, Roquette en Jungbunzlauer een aanvullend verzoek om inlichtingen.

9 Op grond van de gegevens die haar waren meegedeeld, zond de Commissie Avebe en de andere betrokken ondernemingen op 17 mei 2000 een mededeling van punten

van bezwaar wegens schending van artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst"). Avebe en alle andere betrokken ondernemingen maakten schriftelijke opmerkingen in antwoord op de bezwaren van de Commissie. Geen van hen verzocht om een mondelinge hoorzitting, of betwistte de realiteit van de in de mededeling van punten van bezwaar uiteengezette feiten.

10 Op 11 mei 2001 zond de Commissie Avebe en de andere betrokken ondernemingen bijkomende verzoeken om inlichtingen.

11 Op 2 oktober 2001 stelde de Commissie beschikking C(2001) 2931 def. vast, betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak nr. COMP/E-1/36.756 — Natriumgluconaat) (hierna: „beschikking"). De beschikking is aan Avebe betekend bij brief van 10 oktober 2001.

12 De beschikking bevat onder meer de volgende bepalingen:

„*Artikel 1*

[Akzo], [ADM], [Avebe], [Fujisawa], [Jungbunzlauer] en [Roquette] hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] en, sedert 1 januari 1994, op artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst door deel te nemen aan een voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de natriumgluconaatsector.

De duur van de inbreuk was als volgt:

— in het geval van [Akzo], [Avebe], [Fujisawa] en [Roquette], van februari 1987 tot juni 1995;

— in het geval van [Jungbunzlauer], van mei 1988 tot juni 1995, en

— in het geval van [ADM], van juni 1991 tot juni 1995.

[...]

Artikel 3

Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

a) aan [Akzo]	9 miljoen EUR;
b) aan [ADM]	10,13 miljoen EUR;
c) aan [Avebe]	3,6 miljoen EUR;
d) aan [Fujisawa]	3,6 miljoen EUR;
e) aan [Jungbunzlauer]	20,4 miljoen EUR, en
f) aan [Roquette]	10,8 miljoen EUR."

13 In de punten 296 tot en met 309 van de beschikking onderzocht de Commissie de verhouding die in de periode van het kartel bestond tussen Glucona en haar moedermaatschappijen, Avebe en Akzo. Zij merkte met name op dat Glucona tot 15 augustus 1993 gezamenlijk werd bestuurd door vertegenwoordigers van Avebe en van Akzo, maar dat Glucona ten gevolge van een herstructurering vanaf die datum uitsluitend werd bestuurd door een vertegenwoordiger van Avebe. De Commissie was niettemin van mening dat Avebe en Akzo voor de gehele betrokken periode aansprakelijk moesten worden gesteld voor de mededingingsbeperkende gedragingen van hun dochtermaatschappij, en dat de beschikking derhalve tot hen beide moest worden gericht.

14 Bij de berekening van het bedrag van de geldboeten heeft de Commissie in de beschikking de methodologie toegepast die is uiteengezet in de 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; hierna: „richtsnoeren") en in de mededeling inzake medewerking.

15 In de eerste plaats heeft de Commissie op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk het basisbedrag bepaald.

16 Wat de zwaarte van de inbreuk betreft, was de Commissie allereerst van mening dat de inbreuk van de betrokken ondernemingen, gelet op haar aard, haar feitelijke gevolgen op de natriumgluconaatmarkt in de EER en de omvang van de relevante geografische markt, zeer zwaar was (punt 371 van de beschikking).

17 Vervolgens was de Commissie van mening dat rekening moest worden gehouden met de werkelijke economische mogelijkheid om de mededinging schade toe te brengen, en dat de geldboeten moesten worden vastgesteld op een niveau dat een voldoende afschrikkend effect heeft. Derhalve heeft de Commissie de betrokken ondernemingen op basis van de haar door hen tijdens de administratieve procedure

meegedeelde mondiale omzet van natriumgluconaat in 1995, het laatste jaar van de inbreuk, ingedeeld in twee categorieën. In de eerste categorie deelde zij de ondernemingen in die volgens de gegevens waarover zij beschikte, op de wereldmarkt van natriumgluconaat een marktaandeel van meer dan 20 % hadden, namelijk Fujisawa (35,54 %), Jungbunzlauer (24,75 %) en Roquette (20,96 %). Voor die ondernemingen stelde de Commissie het uitgangsbedrag vast op 10 miljoen EUR. In de tweede categorie deelde zij de ondernemingen in die volgens de gegevens waarover zij beschikte, op de wereldmarkt van natriumgluconaat een marktaandeel van minder dan 10 % hadden, namelijk Glucona (ongeveer 9,5 %) en ADM (9,35 %). Voor die ondernemingen stelde de Commissie het uitgangsbedrag van de geldboete vast op 5 miljoen EUR, dat wil zeggen 2,5 miljoen EUR voor Akzo en voor Avebe, die gezamenlijk controle uitoefenden op Glucona (punt 385 van de beschikking).

18 Teneinde te garanderen dat de geldboete een voldoende afschrikkend effect heeft en rekening te houden met het feit dat grote ondernemingen over juridische en economische kennis en infrastructuur beschikken die het hun gemakkelijker maakt om hun gedragingen als een inbreuk te onderkennen en op de hoogte te zijn van de gevolgen die dat krachtens het mededingingsrecht heeft, heeft de Commissie daarna dat uitgangsbedrag aangepast. Rekening houdend met de omvang van de betrokken ondernemingen en met alle middelen waarover zij beschikken, heeft de Commissie deze uitgangsbedragen voor ADM en Akzo met een factor 2,5 vermenigvuldigd, en ze dus verhoogd tot 12,5 miljoen EUR voor ADM en 6,25 miljoen EUR voor Akzo (punt 388 van de beschikking).

19 Op grond van de duur van de inbreuk van elke onderneming is het uitgangsbedrag verder verhoogd met 10 % per jaar, namelijk met 80 % voor Fujisawa, Akzo, Avebe en Roquette, met 70 % voor Jungbunzlauer en met 35 % voor ADM (punten 389-392 van de beschikking).

20 Aldus heeft de Commissie het basisbedrag van de geldboete voor Avebe vastgesteld op 4,5 miljoen EUR. De basisbedragen voor ADM, Akzo, Fujisawa, Jungbunzlauer en Roquette zijn respectievelijk vastgesteld op 16,88, 11,25, 18, 17 en 18 miljoen EUR (punt 396 van de beschikking).

21 In de tweede plaats is het basisbedrag van de aan Jungbunzlauer opgelegde geldboete wegens verzwarende omstandigheden verhoogd met 50 %, omdat deze onderneming als leider van het kartel is opgetreden (punt 403 van de beschikking).

22 In de derde plaats heeft de Commissie de argumenten van bepaalde ondernemingen, waaronder Avebe, volgens welke voor hen verzachtende omstandigheden golden, onderzocht en verworpen (punten 404-410 van de beschikking).

23 In de vierde plaats heeft de Commissie Fujisawa op grond van deel B van de mededeling inzake medewerking een „zeer aanzienlijke vermindering" (van 80 %) verleend van het bedrag van de geldboete die haar bij gebreke van medewerking zou zijn opgelegd. Op grond van deel D van de mededeling kende de Commissie ten slotte een „belangrijke vermindering" (van 40 %) van het bedrag van de geldboete toe aan ADM en Roquette en van 20 % aan Akzo, Avebe en Jungbunzlauer (punten 418, 423, 426 en 427 van de beschikking).

Procesverloop en conclusies van partijen

24 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 december 2001, heeft Avebe het onderhavige beroep ingesteld.

25 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang, als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, schriftelijke vragen gesteld, waarop zij binnen de gestelde termijn hebben geantwoord.

26 Partijen zijn in hun pleidooien gehoord ter terechtzitting van 17 februari 2004.

27 Avebe concludeert dat het het Gerecht behage:

— artikel 1 van de beschikking nietig te verklaren voor zover haar daarbij een inbreuk ten laste wordt gelegd voor de periode van februari 1987 tot en met 15 augustus 1993;

— subsidiair, artikel 1 van de beschikking nietig te verklaren voor zover haar daarbij een inbreuk ten laste wordt gelegd voor de periode vóór 30 april 1990;

— meer subsidiair, artikel 3 van de beschikking nietig te verklaren voor zover het op haar betrekking heeft;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

28 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— Avebe in de kosten te verwijzen.

In rechte

A — *Inleiding*

29 Avebe betwist niet dat het kartel een inbreuk op artikel 81 EG opleverde. Zij betwist evenmin dat deze inbreuk aan haar moet worden toegerekend voor de periode tussen 15 augustus 1993, vanaf welke datum zij Glucona alleen beheerde (zie punt 13), en het einde van het kartel. Avebe is daarentegen van mening dat de Commissie haar de inbreuk van Glucona niet kan toerekenen voor de periode vóór 15 augustus 1993.

30 In dit verband voert Avebe vier middelen aan: schending van de motiveringsplicht, van de rechten van de verdediging, van artikel 81, lid 1, EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en van het evenredigheidsbeginsel.

31 Alvorens uitspraak te doen over de gegrondheid van de verschillende middelen die dienaangaande zijn aangevoerd, moet volgens het Gerecht worden herinnerd aan bepaalde elementen van de beoordeling van de Commissie, in de punten 296 tot en met 309 van de beschikking.

32 In punt 296 van de beschikking begon de Commissie haar onderzoek met de volgende vaststelling: „Uit de feiten blijkt onmiskenbaar dat Glucona haar eigen gedrag niet onafhankelijk bepaalde, maar de instructies van de moedermaatschappijen [ANC en Avebe] opvolgde: alle directeuren van Glucona hadden tegelijkertijd uit hoofde van hun functie verantwoordelijkheden bij de moedermaatschappijen."

33 In de punten 297 tot en met 299 van de beschikking beschreef de Commissie vervolgens de interne organisatie van Glucona:

„(297) Van 1 april 1972 tot 15 augustus 1993 werd de raad van bestuur van het partnerschap gevormd door twee directeurs, aangewezen door de respectieve moedermaatschappijen, die gezamenlijk verantwoordelijk waren voor de beleidsmatige beslissingen en de leiding van Glucona. De vertegenwoordiger van Akzo was verantwoordelijk voor de verkoop en marketing, terwijl de vertegenwoordiger van Avebe de leiding had over de productie en de O&O-activiteiten. Glucona had voorts een raad van toezicht bestaande uit twee vertegenwoordigers van elke moedermaatschappij. De positie van de voorzitter van de raad van toezicht werd afwisselend bekleed door een vertegenwoordiger van Akzo en van Avebe.

(298) Op 15 augustus 1993 werd de managementstructuur van Glucona gewijzigd en werd overgeschakeld naar een systeem met één enkele directeur. Hiervoor werd een directeur van Avebe benoemd.

(299) Uit de schriftelijke bewijzen blijkt duidelijk dat de door Akzo benoemde directeur tot augustus 1993 een belangrijke rol in het bestuur van Glucona speelde. Gedurende de betrokken periode was Glucona gevestigd in het gebouw van Akzo te Amersfoort [Nederland]. In alle documenten uit dezelfde periode die in het bezit zijn van de Commissie, verwijzen de karteldeelnemers naar Glucona met de naam ‚Akzo'. Vanwege hun specifieke bevoegdheden (marketing en verkoop) waren vertegenwoordigers van Akzo directer betrokken bij de kartelactiviteiten, ten minste tot augustus 1993. Daarna werd een vertegenwoordiger van Avebe benoemd als directeur van Glucona, en er is bewijs dat hij daarna actief deelnam aan het kartel. Hiertoe werd hij in de loop van de zomer van 1993 door zijn voorganger ingelicht over de situatie."

34 In punt 300 van de beschikking vatte de Commissie haar beoordeling van de toerekening van de inbreuk aan de betrokken ondernemingen in de mededeling van punten van bezwaar samen als volgt:

„In de mededeling van punten van bezwaar kondigde de Commissie haar voornemen aan Akzo en Avebe gezamenlijk voor de gehele duur van de inbreuk aansprakelijk te stellen. Gelet op de dualistische managementstructuur waarvoor de moedermaatschappijen kozen, met gelijke aandelen in de joint venture en gezamenlijke aansprakelijkheid van de twee mededirecteuren, meende de Commissie dat kan worden verondersteld dat zij gelijke invloed op de gedragingen van de joint venture hadden en over dezelfde informatie beschikten met betrekking tot de betrokkenheid van Glucona bij het kartel."

35 In de punten 301 tot en met 305 van de beschikking vatte de Commissie de opmerkingen samen die Akzo en Avebe dienaangaande hadden ingediend in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. In punt 301 van de beschikking merkte de Commissie met name op:

„In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar stemde Akzo met de benadering van de Commissie in en bevestigde zij dat Avebe steeds op de hoogte werd gehouden van de betrokkenheid van Glucona in het natriumgluconaatkartel: ‚Weliswaar was het directielid namens Akzo verantwoordelijk voor de marketing & sales en het directielid namens Avebe voor de productie en research & development, Avebe was echter voortdurend op de hoogte van de mededingingsbeperkende afspraken die gemaakt werden door Glucona en droeg daar evenzeer de verantwoordelijkheid voor.' Akzo voegt hieraan toe: ‚Avebe was volledig op de hoogte van de mededingingsbeperkende afspraken die gemaakt zijn door Glucona, ondanks het feit dat zij vóór 1993 niet zelf deelnam aan de kartelbijeenkomsten.'"

36 In punt 306 van de beschikking erkende de Commissie dat „voor zover zij weet, Avebe zelf tot oktober 1993 nooit heeft deelgenomen aan multilaterale kartelbijeenkomsten", en dat Akzo trouwens zelf had toegegeven dat „[Avebe] vóór 1993 niet zelf deelnam aan de kartelbijeenkomsten". De Commissie voegde daar echter aan toe „dat er geen enkele twijfel over bestaat dat de van Avebe afkomstige vertegenwoordigers in de raad van bestuur van Glucona op de hoogte waren van het feit dat Glucona zich bezighield met mededingingsbeperkende praktijken".

37 In de punten 307 en 308 van de beschikking stelde de Commissie tot staving van deze conclusie:

— in de eerste plaats hield de Commissie rekening met het feit dat de twee directeuren van Glucona, die waren benoemd door Akzo en Avebe, tot augustus 1993 gezamenlijk aansprakelijk waren voor het bestuur van Glucona, en dat Akzo en Avebe via die twee directeuren gelijkelijk deelnamen in de raad van bestuur en de raad van toezicht van Glucona;

— in de tweede plaats verwees de Commissie naar een aantekening van een lid van de directie van Avebe van 1 mei 1990 betreffende een vergadering met vertegenwoordigers van ANC en ADM op 30 april 1990 (hierna: „aantekening van 1 mei 1990"). Deze aantekening, met als opschrift „Onderhoud met ADM betreffende natriumgluconaat" was gericht aan verschillende leden van de directie van Avebe, waaronder de toentertijd door Avebe benoemde directeur van Glucona. Uit de inhoud van deze aantekening leidde de Commissie af „dat Avebe onmogelijk onwetend kan zijn geweest van de betrokkenheid van Glucona bij pogingen om de mededinging op de markt uit te schakelen";

— in de derde plaats wees de Commissie erop dat toen Avebe op 15 augustus 1993 het bestuur van Glucona had overgenomen, „de vertegenwoordiger van Avebe

[...] niet het initiatief [had] genomen om een einde te maken aan of ten minste bezwaar te maken tegen de mededingingsbeperkende praktijken waarover zij destijds volledig [was] ingelicht", maar dat Avebe „integendeel de continuïteit [had verzekerd en] de leiding van Akzo weldoordacht [had overgenomen], waarbij zij verzocht om een grondige briefing over de stand van zaken met betrekking tot het kartel".

38 Punt 309 van de beschikking ten slotte, luidt:

„Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat de twee moedermaatschappijen voor de gehele betrokken periode aansprakelijk moeten worden gesteld voor de mededingingsbeperkende gedragingen van hun dochtermaatschappijen. Derhalve zal zij de onderhavige beschikking tot zowel Avebe als Akzo richten."

B — *Schending van de motiveringsplicht*

39 Avebe stelt dat de Commissie in punt 306 van de beschikking enerzijds heeft verklaard dat „er geen enkele twijfel over bestaat dat de van Avebe afkomstige vertegenwoordigers in de raad van bestuur van Glucona op de hoogte waren van het feit dat Glucona zich bezighield met mededingingsbeperkende praktijken". In punt 308 van de beschikking heeft de Commissie anderzijds opgemerkt dat toen op 15 augustus 1993 een van de personeelsleden van Avebe is benoemd tot directeur met de volledige verantwoordelijkheid voor het bestuur van Glucona, deze van het bestaan van het kartel in kennis is gesteld door het personeelslid van Akzo dat tot dan verantwoordelijk was voor het bestuur van Glucona. Volgens Avebe volgt daaruit dat de motivering van de beschikking met betrekking tot de vraag of zij vóór 15 augustus 1993 op de hoogte was van het kartel, tegenstrijdig of althans onvolledig is.

40 De Commissie betwist dat de motivering van de beschikking met betrekking tot de vraag of Avebe vóór 15 augustus 1993 op de hoogte was van het kartel, tegenstrijdig of onvolledig is.

41 Het Gerecht herinnert eraan dat volgens vaste rechtspraak de door artikel 253 EG vereiste motivering de redenering van de communautaire instantie die de bestreden handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (arresten Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en 30 september 2003, Duitsland/Commissie, C-301/96, Jurispr. blz. I-9919, punt 87; arrest Gerecht van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, Jurispr. blz. II-4825, punt 155).

42 Allereerst moet worden vastgesteld dat de grief van Avebe betreffende het bestaan van een tegenstrijdigheid tussen de punten 306 en 308 van de beschikking (zie dienaangaande supra, punten 36 en 37) berust op een onvolledige lezing van de beschikking. In punt 308 van de beschikking heeft de Commissie, anders dan Avebe lijkt te suggereren, namelijk niet gesteld dat de nieuwe directeur van Glucona op 15 augustus 1993 voor het eerst op de hoogte is gebracht van het bestaan van het kartel, hetgeen inderdaad in strijd zou zijn geweest met punt 306 van de beschikking, waarin de Commissie heeft gesteld dat de van Avebe afkomstige vertegenwoordigers in de raad van bestuur van Glucona op de hoogte waren van het feit dat Glucona zich bezighield met mededingingsbeperkende praktijken. Uit punt 308 van de beschikking blijkt integendeel dat de vertegenwoordiger van Avebe, als nieuwe directeur van Glucona, toen heeft verzocht „om een grondige briefing over de stand van zaken met betrekking tot het kartel".

43 Voor zover Avebe de Commissie verwijt dat zij de beschikking ontoereikend heeft gemotiveerd met betrekking tot de vraag of zij vóór 15 augustus 1993 op de hoogte was van het kartel, blijkt verder uit de punten 296 en volgende van de beschikking (zie ook supra, punten 32-38) dat de Commissie van mening was dat Avebe van de mededingingsbeperkende gedragingen van haar dochteronderneming op de hoogte moet zijn geweest, daar de twee mededirecteuren van Glucona tot augustus 1993 gezamenlijk aansprakelijk waren voor het bestuur van Glucona, en Akzo en Avebe strikt gelijk deelnamen in de raad van bestuur en de raad van toezicht van Glucona (punt 307 van de beschikking). Verder achtte de Commissie zich in haar zienswijze gesteund door de inhoud van de aantekening van 1 mei 1990 en door het feit dat de vertegenwoordiger van Avebe, na de overname van de volledige verantwoordelijkheid voor het bestuur van Glucona op 15 augustus 1993, niet het initiatief heeft

genomen om een einde te maken aan of ten minste bezwaar te maken tegen de mededingingsbeperkende praktijken waarover Avebe destijds volledig was ingelicht, maar integendeel de continuïteit had verzekerd en de leiding van Akzo weldoordacht had overgenomen, waarbij hij verzocht om een grondige briefing over de stand van zaken met betrekking tot het kartel (punten 307 en 308 van de beschikking).

44 Uit de overwegingen van de beschikking blijkt dus rechtens genoegzaam dat de Commissie haar conclusie dat de inbreuk aan Avebe kon worden toegerekend, heeft gebaseerd op de juridische structuur van Glucona en op verschillende feitelijke aspecten van de verhouding tussen de moedermaatschappijen Akzo en Avebe en hun gemeenschappelijke onderneming Glucona.

45 Het middel inzake schending van de motiveringsplicht moet dan ook worden verworpen.

C — *Schending van de rechten van de verdediging*

1. *Inleidende opmerkingen*

46 Dit middel bestaat uit twee onderdelen. Enerzijds verwijt Avebe de Commissie dat zij rekening heeft gehouden met een verklaring van Akzo in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar (hierna: „verklaring van Akzo"), zonder dat zij Avebe de mogelijkheid had geboden een standpunt over deze verklaring te bepalen, waardoor haar rechten van verdediging zijn geschonden. Anderzijds verwijt Avebe de Commissie dat zij niet het nodige heeft gedaan om een kopie te verkrijgen van een verklaring die een vertegenwoordiger van Akzo zou hebben afgelegd voor het Department of Justice van de Verenigde Staten (hierna: „vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten").

2. *De verklaring van Akzo*

47 Volgens Avebe blijkt uit de punten 301 en 309 van de beschikking (zie supra, punten 35 en 38) dat de Commissie haar conclusie dat Avebe vóór 1993 op de hoogte was van het kartel, heeft gebaseerd op de verklaring van Akzo. Avebe betoogt dat de Commissie haar tijdens de administratieve procedure echter niet in de gelegenheid heeft gesteld om over de verklaring van Akzo opmerkingen in te dienen. De Commissie kon zich dan ook niet zonder schending van de rechten van de verdediging op deze verklaring baseren om aan te tonen dat Avebe vóór 1993 kennis had van het bestaan van het kartel.

48 De Commissie stelt dat zij de in punt 301 van de beschikking genoemde verklaring van Akzo nooit als bewijs tegen Avebe heeft gebruikt, maar dat zij deze enkel heeft aangehaald in haar samenvatting van de argumenten van partijen.

49 Het Gerecht herinnert eraan dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht is, dat in alle omstandigheden in acht moet worden genomen, in het bijzonder in elke procedure die tot de oplegging van een sanctie kan leiden, zelfs indien het om een administratieve procedure gaat. Het vereist dat de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen reeds tijdens de administratieve procedure in staat zijn geweest hun standpunt met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de door de Commissie gestelde feiten, punten van bezwaar en omstandigheden nuttig kenbaar te maken (arrest Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 11; arrest Gerecht van 10 maart 1992, Shell/Commissie, T-11/89, Jurispr. blz. II-757, punt 39, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 8 juli 1999).

50 Verder zij eraan herinnerd dat indien de Commissie een passage uit een antwoord op een mededeling van punten van bezwaar of een bij een dergelijk antwoord gevoegd document als basis wil gebruiken om in een procedure tot toepassing van

artikel 81, lid 1, EG het bestaan van een inbreuk vast te stellen, de andere partijen in die procedure in staat moeten worden gesteld zich over dat bewijsstuk uit te spreken. Onder die omstandigheden is de betrokken passage uit een antwoord op de mededeling van punten van bezwaar of een daarbij gevoegd document immers een belastend stuk voor de verschillende partijen die aan de inbreuk zouden hebben deelgenomen (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 386, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Deze beginselen gelden ook wanneer de Commissie zich op een passage uit een antwoord op een mededeling van punten van bezwaar baseert om een inbreuk aan een onderneming toe te rekenen.

52 De betrokken onderneming dient aan te tonen dat de Commissie in haar beschikking tot een ander resultaat zou zijn gekomen indien een niet-meegedeeld document op grond waarvan de Commissie deze onderneming heeft beschuldigd, als belastend bewijsmiddel zou zijn uitgesloten (arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punten 71-73).

53 In casu blijkt uit de punten 296 tot en met 309 van de beschikking dat de Commissie haar analyse als volgt heeft gestructureerd: in de punten 297 tot en met 299 heeft zij de organisatie van Glucona beschreven; in punt 300 heeft zij herinnerd aan haar voorlopige conclusie in de mededeling van punten van bezwaar betreffende de toerekenbaarheid van de inbreuk aan de betrokken ondernemingen; in de punten 301 tot en met 305 heeft zij de desbetreffende opmerkingen van deze ondernemingen samengevat; in de punten 306 tot en met 309 heeft zij ten slotte haar eigen juridische beoordeling geformuleerd (zie samenvattend supra, punten 32-38).

54 De Commissie heeft de door Avebe aangevoerde verklaring van Akzo vermeld in punt 301 van de beschikking, dat wil zeggen in het deel van de beschikking waarin de opmerkingen zijn samengevat die deze ondernemingen hebben geformuleerd met betrekking tot haar voorlopige conclusie in de mededeling van punten van bezwaar betreffende de toerekenbaarheid van de inbreuk aan de betrokken ondernemingen.

55 Avebe stelt zelfs niet dat de Commissie in het deel van haar analyse betreffende de juridische beoordeling van de verhouding tussen Glucona en haar moedermaatschappijen, Avebe et Akzo, naar de verklaring van Akzo heeft verwezen.

56 Daaruit volgt dat de Commissie, anders dan Avebe betoogt, zich niet op de verklaring van Akzo heeft gebaseerd. In de punten 307 en 308 van de beschikking (zie supra, punten 36 en 37) heeft de Commissie integendeel verwezen naar de juridische structuur van Glucona en naar verschillende feitelijke aspecten van de verhouding tussen de moedermaatschappijen, Akzo en Avebe, en hun gemeenschappelijke onderneming, Glucona. Avebe betwist niet dat zij toegang heeft gehad tot de stukken waarop de Commissie zich in dat verband heeft gebaseerd. Waar de Commissie in punt 309 van de beschikking stelt dat zij tot de conclusie van haar juridische beoordeling is gekomen „op grond van het voorgaande", verwijst zij, wat de deelneming van Avebe betreft, dus enkel naar de punten 307 en 308 van de beschikking, en niet naar punt 301.

57 Ten overvloede is het Gerecht van oordeel dat, zelfs indien de Commissie zich op de verklaring van Akzo zou hebben gebaseerd, quod non, Avebe niet overeenkomstig de in punt 52 aangehaalde rechtspraak heeft aangetoond dat de Commissie in haar beschikking tot een ander resultaat zou zijn gekomen indien deze verklaring van Akzo als voor Avebe belastend bewijsmiddel zou zijn uitgesloten.

58 Het eerste onderdeel van het middel inzake de verklaring van Akzo is derhalve gebaseerd op een onjuiste premisse, en kan dan ook niet worden aanvaard.

3. *De vermeende verklaring van een vertegenwoordiger van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten*

a) Argumenten van partijen

59 In repliek stelt Avebe dat een vertegenwoordiger van Akzo tijdens een ondervraging door het Departement of Justice van de Verenigde Staten in het kader van de procedure die in de Verenigde Staten met betrekking tot het kartel was ingeleid, heeft verklaard dat Akzo vóór 15 augustus 1993 niet op de hoogte was van het kartel. Avebe heeft de Commissie tijdens de administratieve procedure attent gemaakt op het bestaan van deze vermeende verklaring. Daar Avebe zelf geen kopie van deze verklaring kon verkrijgen om aan de Commissie over te leggen, en deze verklaring voor Avebe een element à décharge kon zijn, had de Commissie volgens haar bij de bevoegde autoriteiten van de Verenigde Staten een kopie daarvan moeten opvragen. In antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht heeft Avebe verklaard dat zij de Commissie niet uitdrukkelijk heeft verzocht dit document op te vragen, daar zij toen nog niet wist dat de Commissie zich zou baseren op de verklaring van Akzo die hierboven, in de punten 49 tot en met 58, is geanalyseerd. Eerst in de beschikking is zij geconfronteerd met de verklaring van Akzo die niet overeenkwam met de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten.

60 Volgens de Commissie is dit onderdeel van het middel in het verzoekschrift niet aangevoerd, zodat het niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Commissie acht dit onderdeel van het middel hoe dan ook ongegrond.

b) Beoordeling door het Gerecht

De ontvankelijkheid

61 Volgens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering mogen nieuwe middelen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op

gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Een middel echter dat in werkelijkheid slechts een uitwerking is van een eerder in het verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend opgeworpen middel en dat daarmee nauw verband houdt, moet als ontvankelijk worden beschouwd. Hetzelfde geldt voor een tot staving van een middel aangevoerd argument (arrest Gerecht van 21 maart 2002, Joynson/Commissie, T-231/99, Jurispr. blz. II-2085, punt 156).

62 In casu heeft Avebe pas in repliek het bestaan van de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten aangevoerd als middel inzake schending van de rechten van de verdediging.

63 In haar verzoekschrift daarentegen had Avebe in het kader van een ander middel in wezen dezelfde grief aangevoerd (zie supra, punt 59). Dit argument had zij namelijk in haar verzoekschrift reeds aangevoerd, hoewel formeel slechts in het deel van haar memorie betreffende het middel inzake schending van artikel 81 EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17.

64 Anders dan de Commissie betoogt, heeft zij in repliek dus geen nieuw middel aangevoerd, maar heeft zij slechts dezelfde grief opgeworpen, dit keer formeel in het deel van die memorie betreffende de schending van de rechten van de verdediging.

65 Bijgevolg moet dit onderdeel van het middel ten gronde worden onderzocht.

Ten gronde

66 Wat de documenten à décharge betreft, zij eraan herinnerd dat in de rechtspraak is beklemtoond dat het in het kader van de in de verordeningen over de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG geregelde procedure op tegenspraak niet alleen aan de Commissie staat om uit te maken, welke documenten dienstig zijn voor de verdediging van ondernemingen waartegen een procedure inzake schending van de mededingingsregels loopt (arrest Gerecht van 29 juni 1995, Solvay/Commissie, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punt 81). Gelet op het algemene beginsel van procedurele gelijkheid kan met name niet worden aanvaard dat de Commissie als enige heeft kunnen beslissen documenten al dan niet tegen verzoekster te gebruiken, terwijl de verzoekende partij er geen toegang toe heeft gehad en dus niet de overeenkomstige beslissing heeft kunnen nemen om ze al dan niet voor haar verdediging te gebruiken (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald, punt 83, en arrest Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punt 111).

67 Wanneer in de loop van de administratieve procedure blijkt dat de Commissie stukken die mogelijkerwijs ontlastend materiaal bevatten, niet aan de verzoekende partij heeft meegedeeld, zal er volgens de rechtspraak slechts sprake kunnen zijn van schending van de rechten van de verdediging wanneer komt vast te staan dat de administratieve procedure anders had kunnen aflopen indien de belanghebbende tijdens die procedure toegang tot de betrokken stukken had gehad (arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 56, en arrest Solvay/Commissie, punt 66 supra, punt 98). Indien die stukken zich in het onderzoeksdossier van de Commissie bevinden, hangt de schending van de rechten van de verdediging niet af van de houding van de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure (arrest Solvay/Commissie, punt 66 supra, punt 96). Bevinden die stukken à décharge zich daarentegen niet in het onderzoeksdossier van de Commissie, dan zal van schending van de rechten van de verdediging slechts sprake zijn wanneer de betrokkene de Commissie tijdens de administratieve procedure uitdrukkelijk om inzage van die stukken heeft gevraagd; anders vervalt zijn recht om zich in een beroep tot nietigverklaring van de eindbeschikking op die grief te beroepen (arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, punt 50 supra, punt 383, en arrest Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98–T-214/98, Jurispr. blz. II-3275, punt 340).

68 In casu staat vast dat de Commissie, zoals blijkt uit punt 300 van de beschikking (zie supra, punt 34), in de mededeling van punten van bezwaar haar voornemen heeft aangekondigd Akzo en Avebe voor de gehele duur van de inbreuk gezamenlijk aansprakelijk te stellen.

69 Uit de antwoorden van partijen op bepaalde schriftelijke vragen van het Gerecht blijkt ook dat Avebe in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft betwist dat zij vóór augustus 1993 op de hoogte was van het kartel, en heeft beklemtoond dat zij in het kader van de procedure in de Verenigde Staten enkel had erkend dat zij een inbreuk had gepleegd in de periode daarna. In dat verband stelde Avebe in een voetnoot in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar: „Voor zover Avebe bekend, heeft de [vertegenwoordiger van Akzo] in de verhoren in het kader van deze procedure ook verklaard dat Avebe geen kennis droeg van de kartelafspraken voor augustus 1993."

70 In antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht heeft Avebe bovendien de briefwisseling tussen haar raadslieden en de diensten van het Department of Justice van de Verenigde Staten overgelegd, waaruit blijkt dat Avebe vanaf juli 2000 herhaaldelijk heeft gepoogd van die diensten een kopie te verkrijgen van de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten. Avebe wenste die in de administratieve procedure aan de Commissie mee te delen. Blijkens die briefwisseling hebben die diensten die verzoeken echter afgewezen, met de precisering dat zij in voorkomend geval bereid zouden zijn ze aan de Commissie mee te delen indien deze daarom zou verzoeken.

71 Zonder dat behoeft te worden onderzocht of de Commissie passende maatregelen moest nemen om een kopie van de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten te verkrijgen, nog afgezien van de vraag of zij daarin zou zijn geslaagd, kan Avebe de Commissie in een dergelijke situatie niet verwijten dat zij niet in die zin heeft gehandeld teneinde te beschikken over een document dat voor Avebe eventueel een element à décharge had kunnen zijn.

72 Zoals in punt 67 reeds is overwogen, had Avebe naar aanleiding van de antwoorden van de Amerikaanse autoriteiten de Commissie hoe dan ook uitdrukkelijk moeten verzoeken om dat stuk op te vragen. Zoals uit punt 69 blijkt, heeft Avebe echter enkel in een voetnoot vaag verwezen naar deze vermeende verklaring, hetgeen niet kan worden beschouwd als een uitdrukkelijk verzoek in de zin van de aangehaalde rechtspraak.

73 Avebe rechtvaardigt het ontbreken van een uitdrukkelijk verzoek in de administratieve procedure ten onrechte met een beroep op de omstandigheid dat zij pas in de beschikking is geconfronteerd met de verklaring van Akzo die afweek van de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten. Avebe betwist immers niet dat reeds uit de mededeling van punten van bezwaar duidelijk bleek dat de Commissie voornemens was Akzo en Avebe voor de gehele duur van de inbreuk gezamenlijk aansprakelijk te stellen. Avebe moest toen weten dat zij in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar alle elementen moest aanvoeren die nuttig waren om aan te tonen dat zij vóór augustus 1993 van het kartel niet afwist. Uit de door Avebe aan het Gerecht overgelegde briefwisseling tussen haar raadslieden en de diensten van het Department of Justice van de Verenigde Staten blijkt ook dat haar raadslieden zich er wel van bewust waren dat Akzo tijdens de administratieve procedure voor de Commissie had kunnen stellen dat Avebe gedurende de gehele duur van het kartel daarvan op de hoogte was. Zoals in punt 56 reeds is geoordeeld, heeft de Commissie zich bovendien niet op de verklaring van Akzo gebaseerd, maar heeft zij die enkel vermeld in het deel van de beschikking waarin de argumenten van partijen zijn samengevat.

74 Uit een en ander volgt dat ook het tweede onderdeel van dit middel, betreffende de vermeende verklaring van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten, moet worden verworpen.

75 Het middel inzake schending van de rechten van de verdediging moet dan ook worden verworpen.

D — *Schending van artikel 81, lid 1, EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17*

1. *Inleiding*

76 Avebe stelt primair dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de inbreuk voor de periode vóór 15 augustus 1993 aan Glucona, en niet aan Akzo, toe te rekenen. Subsidiair stelt Avebe dat zelfs indien de inbreuk voor die periode aan Glucona zou kunnen worden toegerekend, zij niet aansprakelijk kan worden geacht voor deze inbreukmakende gedraging van Glucona.

2. *De Commissie kon de vóór 15 augustus 1993 gepleegde inbreuk niet aan Glucona toerekenen*

a) Opmerkingen vooraf

77 Onderzocht moet worden of de inbreuk in de periode vóór 15 augustus 1993, zoals Avebe stelt, niet is gepleegd door Glucona, de gemeenschappelijke onderneming van de moedermaatschappijen Akzo en Avebe, maar door Akzo alleen.

78 Avebe betwist niet dat Glucona, ofschoon zij door haar rechtsvorm geen eigen rechtspersoonlijkheid had, een onderneming was in de zin van het communautaire mededingingsrecht. Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip onderneming in de context van het mededingingsrecht immers elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt

gefinancierd (arrest Hof van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21; arrest Gerecht van 30 maart 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Commissie, T-513/93, Jurispr. blz. II-1807, punt 36).

79 Avebe is echter van mening dat de inbreuk in de specifieke omstandigheden van deze zaak in de periode vóór 15 augustus 1993 niet is gepleegd door Glucona, maar door Akzo. Avebe baseert zich daarbij op de bepalingen van het in 1972 tussen Akzo en Avebe gesloten firmacontract betreffende de oprichting van Glucona (hierna: „firmacontract van 1972") en op verschillende feitelijke aspecten van de relatie tussen haarzelf, Akzo en Glucona.

b) Het firmacontract van 1972

Argumenten van partijen

80 Avebe wijst er allereerst op dat zij reeds op grond van een in 1966 met de vennootschap Noury & Van der Lande gesloten samenwerkingsovereenkomst betreffende de productie en verkoop van verschillende producten, waaronder natriumgluconaat, met name was belast met de productie van dat product, en dat die andere vennootschap zich met name bezighield met de verkoop daarvan en dus verantwoordelijk was voor het marktgedrag.

81 Avebe beklemtoont dat de taakverdeling na de overname van Noury & Van der Lande door Akzo in wezen ongewijzigd bleef tot Avebe op 15 augustus 1993 het bestuur van Glucona overnam. Volgens haar volgt uit de relevante bepalingen van het firmacontract van 1972 immers dat zij zich bezighield met de productie, en dat Akzo verantwoordelijk was voor de verkoop van het natriumgluconaat.

82 In de eerste plaats blijkt volgens Avebe namelijk uit het firmacontract van 1972 dat Glucona werd geleid door twee directeuren, de ene afkomstig van Akzo, de andere van Avebe, waarbij die twee directeuren zich bezighielden met aangelegenheden die de respectieve vennoten aangingen, waarmee zij gescheiden contact hadden; zij bemoeiden zich nauwelijks of geheel niet met aangelegenheden waarvoor de andere directeur bevoegd was. Overeenkomstig het firmacontract van 1972 was de verkoop van natriumgluconaat toevertrouwd aan Akzo, die het beleid van Glucona ter zake bepaalde en uitvoerde, zodat Avebe zelf geen beslissende invloed had op het marktgedrag van Glucona. Integendeel, de verkoopactiviteiten van Akzo ten behoeve van Glucona waren geïntegreerd in de verkooporganisatie van Akzo. Glucona beschikte zelf niet over een verkoopapparaat.

83 In de tweede plaats wijst het feit dat Akzo overeenkomstig het firmacontract van 1972 voor de verkoop van natriumgluconaat een vergoeding ontving erop dat de daadwerkelijke verkoop van dat product buiten Glucona om gebeurde, door Akzo.

84 In de derde plaats kan Akzo, anders dan de Commissie stelt, op basis van het firmacontract van 1972 niet worden beschouwd als een agent die uitsluitend voor rekening van Glucona handelde. In het firmacontract van 1972 was voorzien dat tussen de vennoten een taakverdeling kon worden ingesteld, hetgeen in casu ook is gebeurd. Akzo nam — weliswaar voor rekening en risico van Glucona, maar overigens zelfstandig — de marketing en verkoopactiviteiten met betrekking tot natriumgluconaat voor haar rekening, en deze activiteiten waren ingebed in de organisatie van Akzo.

85 Avebe stelt in dat verband dat het feit dat Akzo de verkoop voor rekening en risico van Glucona verrichtte, niet noodzakelijkerwijs betekent dat Glucona moet worden aangemerkt als de onderneming die de in artikel 81 EG bedoelde inbreuk heeft gepleegd. Bij de vraag wie in casu een inbreuk op artikel 81 EG heeft gepleegd, gaat

het er immers niet om voor wiens rekening en risico de handelingen zijn verricht, maar in eerste instantie om de vraag wie de feitelijke handelingen heeft verricht die de inbreuk vormen.

86 Het standpunt van de Commissie zou ertoe leiden dat de principalen van een agent die voor meerdere ondernemingen optreedt en die inbreuk maakt op artikel 81, lid 1, EG, verantwoordelijk zouden moeten worden gehouden voor de door de agent gepleegde inbreuk. Dat is volgens Avebe het geval wanneer de principaal de agent opdracht heeft gegeven om de inbreuk te plegen of wanneer de principaal op de hoogte is van het gedrag van zijn agent maar hem niet dwingt de inbreuk te beëindigen. Wanneer de agent echter de inbreuk pleegt zonder dat de principaal daarvan op de hoogte is, kan zij niet aan de principaal worden verweten. Volgens Avebe heeft de Commissie niet aangetoond dat Glucona Akzo opdracht heeft gegeven om deel te nemen aan het kartel, noch dat Glucona als zodanig op de hoogte was van de deelname van Akzo aan het kartel. Avebe voegt daaraan toe dat het feit dat één directeur van Glucona, namelijk die afkomstig van Akzo, op de hoogte was van de inbreuk, niet volstaat om de inbreuk aan Glucona toe te rekenen, aangezien die directeur deze handelingen verrichtte als medewerker van Akzo, waaraan de verkoop van de producten van Glucona was opgedragen.

87 Avebe erkent dat niet in het algemeen kan worden gesteld dat een principaal niet zou kunnen worden aangesproken voor de gedragingen van een agent die tevens directeur van de principaal is of anderszins een bestuursfunctie in de organisatie van de principaal verricht. In casu zijn er evenwel redenen om onderscheid te maken tussen de functie van agent enerzijds en die van directeur van de principaal anderzijds. Ten eerste is Akzo niet als agent aangewezen om de mogelijke aansprakelijkheid voor inbreuken op artikel 81 EG te ontlopen, maar omdat Akzo reeds een verkooporganisatie voor natriumgluconaat bezat, zoals uit het firmacontract van 1972 blijkt. Ten tweede is de agent, in dit geval Akzo, een grote onderneming, waarvan een medewerker deels als directeur werkzaam was bij Glucona, maar overigens met name in het kader van de organisatie van zijn eigen onderneming werkzaamheden verrichtte.

88 De Commissie concludeert tot afwijzing van het betoog van Avebe.

Beoordeling door het Gerecht

89 Allereerst blijkt uit artikel 1 van het firmacontract van 1972 dat Avebe en Akzo de gemeenschappelijke onderneming Glucona hebben opgericht met als doel „het voor gemeenschappelijke rekening vervaardigen en verkopen van en handelen in" bepaalde producten, waaronder natriumgluconaat.

90 Verder waren de vennoten van Glucona krachtens artikel 5, lid 1, van het firmacontract van 1972 „alleen gezamenlijk bevoegd voor de vennootschap te handelen en te tekenen, de vennootschap aan derden en derden aan de vennootschap te verbinden, en gelden voor de vennootschap te ontvangen en uit te geven". Krachtens artikel 5, lid 2, van het contract zouden de twee vennoten, Akzo en Avebe, twee gedelegeerden aanwijzen „die gezamenlijk de in lid 1 genoemde bevoegdheid voor de betrokken vennoot zullen uitoefenen, onverminderd het recht van elke vennoot de bevoegdheid zelf uit te oefenen". Die gedelegeerden moesten „regelmatig contact met elkaar onderhouden en alle voor de vennootschap van belang zijnde onderwerpen met elkaar en met de [directeuren van Glucona] bespreken". Krachtens artikel 5, lid 3, van het firmacontract van 1972 kwam de dagelijkse leiding toe aan twee directeuren, die respectievelijk werden benoemd door Akzo en Avebe. Die directeuren moesten een substantieel deel van hun tijd besteden aan de zaken van Glucona. Zij moesten „nauw met elkaar samenwerken en [waren] gezamenlijk verantwoordelijk [...] voor het gevoerde beleid" en moesten „aan de gedelegeerden regelmatig verantwoording omtrent het gevoerde beleid afleggen en aan de gedelegeerden alle belangrijke inlichtingen daaromtrent verschaffen".

91 In artikel 13, lid 2, van het contract was ten slotte bepaald dat tenzij „naar het oordeel van beide vennoten een andere regeling de voorkeur verdient[, Glucona] de verkoop van [haar] producten [zou] opdragen aan Akzo" en Akzo een evenredig deel van de kosten van het verkoopapparaat zou vergoeden naar rato van de aan de verkoop van de producten van Glucona bestede tijd.

92 Uit deze bepalingen van het firmacontract van 1972 blijkt dat, ofschoon de lopende zaken met betrekking tot de verkoop van natriumgluconaat voor rekening van Glucona aan Akzo waren „opgedragen", Avebe niet kan stellen dat louter op grond van de bepalingen van het firmacontract van 1972 de inbreuk enkel aan Akzo kon worden toegerekend, aangezien deze als enige verantwoordelijk was voor het verkoopbeleid van Glucona.

93 Gelet op de juridische structuur van Glucona, bepaalden Akzo en Avebe immers gezamenlijk het beleid van Glucona. Dit betekent dat Akzo en Avebe, via hun gedelegeerden en de directeuren van Glucona, regelmatig overleg moesten plegen. Derhalve moet worden aangenomen dat Avebe op grond van het firmacontract van 1972 niet vreemd was aan de bepaling en de uitvoering van het beleid inzake de verkoop van natriumgluconaat.

94 Het betoog van Avebe dat de twee directeuren zich vooral of zelfs uitsluitend bezighielden met aangelegenheden die de vennoten aangingen die hen hadden benoemd, dat zij daarmee gescheiden contact hadden en zich nauwelijks of geheel niet bemoeiden met aangelegenheden waarvoor de andere directeur bevoegd was, stemt niet overeen met de bepalingen van het firmacontract en is daar zelfs ten dele mee in tegenspraak. Zoals zojuist is beklemtoond, waren Akzo en Avebe op grond van het firmacontract van 1972 immers gezamenlijk verantwoordelijk voor de bepaling van het beleid van Glucona, met het oog waarop zij via hun gedelegeerden en de directeuren van Glucona regelmatig overleg moesten plegen.

95 Zelfs indien de bepalingen van het firmacontract van 1972, met name artikel 13, lid 2, en artikel 14, lid 1, zoals Avebe betoogt, aldus zouden moeten worden uitgelegd dat de door Akzo benoemde directeur zorgde voor de afzet van natriumgluconaat als medewerker van Akzo die was belast met de verkoop van de producten van Glucona, moeten de handelingen van deze door Akzo benoemde

directeur, gelet op de door het firmacontract van 1972 geschapen rechtssituatie, aan Glucona worden toegerekend.

96 Bijgevolg kon de Commissie, zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken, op grond van de bepalingen van het firmacontract van 1972, voor de toepassing van artikel 81 EG aannemen dat alle leden van de raad van bestuur van Glucona op de hoogte waren van het feit dat Glucona zich bezighield met mededingingsbeperkende praktijken.

97 In een dergelijke situatie stond het aan Avebe om tijdens de administratieve procedure aan de hand van elementen die een bundel van overeenstemmende en overtuigende aanwijzingen vormen, aan te tonen dat ondanks deze rechtssituatie enkel Akzo de inbreukmakende gedragingen van Glucona kende en bepaalde.

c) Verschillende feitelijke elementen

98 Avebe voert zes feitelijke elementen aan ten bewijze dat zij niet op de hoogte was van het bestaan van het kartel.

99 In de eerste plaats beklemtoont Avebe dat haar vertegenwoordigers vóór oktober 1993 nooit aan enige kartelbijeenkomst hebben deelgenomen.

100 De Commissie heeft dienaangaande geen specifieke argumenten aangevoerd.

101 Het Gerecht merkt op dat de Commissie dit feit niet betwist en dat zij in punt 306 van de beschikking zelfs het bestaan ervan heeft erkend. Gelet op de taakverdeling in het firmacontract van 1972 en de clausules daarvan die voorzien in een gezamenlijke bevoegdheid van de vennoten en die garanderen dat elke vennoot van Glucona deelneemt aan en wordt geïnformeerd over de activiteiten van de andere partij (zie supra, punt 90), kan uit deze omstandigheid echter niet worden afgeleid dat de vertegenwoordigers van Avebe in Glucona en derhalve Avebe zelf, niet op de hoogte konden zijn van de inbreukmakende gedraging.

102 In de tweede plaats meent Avebe dat de Commissie zich in punt 307 van de beschikking niet mocht baseren op de aantekening van 1 mei 1990. In dat verband wijst zij erop dat zij reeds in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had uiteengezet dat de bijeenkomst waarop deze aantekening betrekking had, niets te maken had met de multilaterale kartelbijeenkomsten, maar dat zij plaatsvond in het kader van een beoogde structurele samenwerking met ADM. Deze besprekingen vonden niet plaats in het kader van reguliere verkoopactiviteiten van Glucona, maar betroffen een structurele wijziging in de productie van Glucona in de Verenigde Staten. Daarom was de door Avebe benoemde directeur van Glucona bij de besprekingen aanwezig en werd Avebe, als vennoot van Glucona, geïnformeerd over de gang van zaken in het overleg met ADM.

103 De Commissie meent dat uit de aantekening van 1 mei 1990 blijkt dat het Glucona was, en niet enkel Akzo, die natriumgluconaat verkocht, die een bepaald marktgedrag vertoonde, die deelnam aan besprekingen en die door de andere kartelleden als deelnemer werd beschouwd.

104 Het Gerecht stelt vast dat de aantekening van 1 mei 1990 is opgesteld door een lid van de directie van Avebe betreffende een vergadering met vertegenwoordigers van ANC en ADM op 30 april 1990. Blijkens die aantekening hebben de deelnemers aan die vergadering gepraat over de verlenging van bepaalde door ADM gesloten contracten voor de levering van natriumgluconaat.

105 Zelfs indien deze vergadering niets te maken had met de multilaterale kartelbijeenkomsten, maar, zoals Avebe beklemtoont, plaatsvond in het kader van een beoogde structurele samenwerking met ADM, blijkt uit die aantekening toch dat Avebe, zoals de Commissie terecht beklemtoont, niet onbekend was met de kwestie van het in de handel brengen van natriumgluconaat door Glucona. Deze conclusie wordt trouwens gestaafd door het bestaan van een ontwerp-overeenkomst tussen Akzo, Avebe en ADM, die Avebe zelf aan het Gerecht heeft overgelegd en waaruit blijkt dat Avebe en Akzo samen zouden zorgen voor het in de handel brengen van natriumgluconaat in de Verenigde Staten. Nergens in dat document staat dat de activiteiten van Avebe beperkt bleven tot de productie van natriumgluconaat en dat enkel Akzo zich moest bezighouden met het in de handel brengen van dat product.

106 Ten onrechte verwijt Avebe de Commissie dus dat zij deze aantekening heeft aangevoerd als één van de feitelijke elementen die erop wijzen dat Avebe niet onwetend kon zijn van het feit dat Glucona deelnam aan mededingingsverstorende praktijken.

107 In de derde plaats meent Avebe dat de Commissie in punt 308 van de beschikking ten onrechte heeft verwezen naar het optreden van Avebe toen zij op 15 augustus 1993 het bestuur van Glucona alleen had overgenomen, en daaruit heeft afgeleid dat Avebe aansprakelijk was voor de vóór die datum gepleegde inbreuk. In het arrest van 14 mei 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft/Commissie (T-347/94, Jurispr. blz. II-1751, punten 400 e.v.), heeft het Gerecht een dergelijke redenering immers afgewezen.

108 Volgens de Commissie verwijst Avebe ten onrechte naar het arrest Mayr-Melnhof Kartongesellschaft/Commissie (supra, punt 107), daar dat arrest betrekking had op een andere situatie dan die welke in deze zaak aan de orde is. In casu heeft zij dit element, samen met andere, slechts aangevoerd om aan te tonen dat Avebe reeds vóór 15 augustus 1993 moest weten dat Glucona deelnam aan het kartel.

109 Het Gerecht wijst erop dat, zoals de Commissie terecht beklemtoont, in het arrest Mayr-Melnhof Kartongesellschaft/Commissie (supra, punt 107) is geoordeeld dat Mayr-Melnhof voor het gedrag van haar dochteronderneming slechts aansprakelijk kon worden gesteld vanaf het tijdstip dat zij de controle daarover verworven had. Gelet op de sinds de oprichting van Glucona bestaande juridische banden van eigendom en controle ging het in casu echter niet om de vraag of Avebe aansprakelijk moest worden gesteld voor de handelingen die een vennootschap had verricht toen zij daarover nog niet de controle had. Avebe kan zich dus niet op dat arrest baseren om haar stelling te staven.

110 Zelfs indien het optreden van Avebe op zichzelf niet volstaat om aan te tonen dat zij reeds vóór zij op 15 augustus 1993 het bestuur van Glucona alleen overnam wist dat Glucona aan het kartel deelnam, kan de Commissie niet worden verweten dat zij in het licht van andere zeer geloofwaardige elementen, waaronder de gezamenlijke aansprakelijkheid van de twee mededirecteuren van Glucona (zie punt 307 van de beschikking en supra, punten 90-96), met dat element rekening heeft gehouden om haar standpunt te staven.

111 In de vierde plaats stelt Avebe dat in de verslagen van de bij Glucona gehouden vergaderingen geen melding wordt gemaakt van het bestaan van het kartel. De organen van Glucona hebben derhalve uitdrukkelijk noch stilzwijgend goedkeuring gegeven voor de gedragingen van Akzo, aangezien zij daarvan niet op de hoogte waren.

112 Volgens de Commissie blijkt uit die verslagen dat de onderwerpen van gesprek tijdens die vergaderingen zich uitstrekten tot alle activiteiten van Glucona.

113 Het Gerecht stelt vast dat het feit dat in de schriftelijke verslagen van de bij Glucona gehouden vergaderingen geen melding wordt gemaakt van het bestaan van het kartel, gelet op het geheime karakter daarvan, geen relevant argument is om aan te

tonen dat Avebe niet op de hoogte was of kon zijn van het kartel, en nog minder dat de organen van Glucona de mededingingsverstorende gedragingen noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend hadden goedgekeurd.

114 Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, volgt uit verschillende verslagen dat Avebe, soms gedetailleerd, op de hoogte is gebracht van het commerciële deel van de activiteiten van Glucona, zoals blijkt uit de verslagen van de vergaderingen van 8 oktober 1991, 14 april en 10 december 1992 en 2 september 1993. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar het verslag van de vergadering van 10 december 1992, waarvan punt 8 luidt:

„Het natriumgluconaatbudget voor 1993 is, gelet op de marktkrachten (ADM), veel kleiner dan voordien. Hoewel het volume kleiner is, worden hogere prijzen verwacht. Bovendien zullen hogere uitvoerrestituties worden gevorderd, aangezien onze grondstoffen verdund zijn. De nadruk zal worden gelegd op uitvoer naar derde landen buiten de EG. Voor het eerst in jaren zou de brutomarge voor natriumgluconaat het break-evenpunt kunnen bereiken. Dit is evenwel ten dele te danken aan een herschikking van de vaste kosten [...]"

115 De onderwerpen van gesprek tijdens die vergaderingen strekten zich dus uit tot alle activiteiten van Glucona, en met name tot onderwerpen als de commerciële strategie, de ontwikkeling van de markt en het prijs- en marktaandeelbeleid. Aangezien het kartel essentieel was voor de bepaling van de mogelijkheden om op te treden op de natriumgluconaatmarkt, lijkt het volstrekt uitgesloten dat deze onderwerpen zijn behandeld zonder dat het bestaan van het kartel en de daaruit voortvloeiende parameters ter sprake zijn gekomen.

116 Derhalve kan Avebe tot staving van haar stelling evenmin de verslagen van de vergaderingen van Glucona aanvoeren.

117 In de vijfde plaats wijst Avebe op het feit dat de handelspartners en concurrenten van Glucona deze laatste altijd vereenzelvigden met Akzo, en nooit met Avebe, dat Akzo in haar briefwisseling met klanten briefpapier van Akzo en niet van Glucona gebruikte, en dat de facturering en incasso via Akzo plaatsvond.

118 De Commissie wijst deze argumenten af.

119 Het Gerecht constateert allereerst dat het betoog van Avebe wordt tegengesproken door de in punt 105 genoemde ontwerp-overeenkomst, waarin als potentiële commerciële partners van ADM voor het in de handel brengen van natriumgluconaat in de Verenigde Staten niet alleen Akzo wordt genoemd, maar ook Avebe. Zelfs indien zou zijn aangetoond dat de handelspartners en concurrenten van Glucona deze laatste altijd vereenzelvigden met Akzo, betreft deze omstandigheid hoe dan ook alleen de externe betrekkingen van Glucona en de perceptie van Glucona door derden. Zij betreft echter geenszins de vraag of Avebe, gelet op de interne organisatiestructuur van Glucona, op de hoogte was of moest zijn van de inbreukmakende gedragingen van Glucona op de natriumgluconaatmarkt.

120 Bijgevolg kan Avebe ook deze omstandigheden niet aanvoeren om haar stelling te staven.

121 In de zesde en laatste plaats stelt Avebe dat de door Akzo benoemde directeur kantoor hield in de kantoren van Akzo in Amersfoort (Nederland), terwijl de door Avebe benoemde directeur locatiemanager was van de Avebe-fabrieken in Ter Apelkanaal (Nederland), circa 200 km daarvandaan. Verder stelt zij dat de natriumgluconaatproductie en -verkoop slechts een klein deel van de activiteiten van Avebe en van Akzo betrof.

122 De Commissie heeft dienaangaande geen specifieke argumenten aangevoerd.

123 Het Gerecht herinnert er in dit verband aan dat het firmacontract van 1972 uitdrukkelijk bepaalde dat de directeuren nauw overleg zouden plegen over alle kwesties met betrekking tot de gemeenschappelijke onderneming. Zoals in punt 115 reeds is overwogen, blijkt uit de verslagen van de vergaderingen van Glucona bovendien dat de onderwerpen van gesprek tijdens die vergaderingen zich uitstrekten tot alle activiteiten van Glucona, en met name tot onderwerpen als de commerciële strategie, de ontwikkeling van de markt en het prijs- en marktaandeelbeleid. De grote afstand tussen Akzo en Avebe is dan ook geen overtuigend argument om te stellen dat de door Avebe benoemde directeur niet op de hoogte was van de mededingingsverstorende gedragingen.

124 Het door Avebe aangevoerde feit dat de natriumgluconaatproductie en -verkoop slechts een klein deel van de activiteiten van Avebe en van Akzo betrof, is evenmin relevant. Glucona is immers opgericht met het oog op de gezamenlijke productie, verkoop en verhandeling van bepaalde producten, waaronder natriumgluconaat, aan welke activiteiten de directeuren van Glucona krachtens het firmacontract van 1972 een substantieel deel van hun tijd moesten besteden.

125 Avebe voert die omstandigheden dus ten onrechte aan om haar stelling te staven.

126 Uit een en ander volgt dat de Commissie terecht heeft aangenomen dat de door Avebe aangevoerde feitelijke elementen niet de conclusie wettigden dat Avebe ondanks het duidelijke rechtskader dat de structuur van de gemeenschappelijke onderneming beheerste en de verdeling van verantwoordelijkheden tussen haar vennoten, niets van doen had met de bepaling en de uitvoering van het beleid inzake het in de handel brengen van natriumgluconaat en derhalve niet op de hoogte was of kon zijn van de mededingingsverstorende gedragingen van Glucona.

127 Bijgevolg kon de Commissie op goede gronden aannemen dat de inbreuk was gepleegd door Glucona.

3. *De Commissie mocht de door Glucona gepleegde inbreuk niet aan Avebe toerekenen*

a) Argumenten van partijen

128 Avebe stelt in wezen dat zelfs indien mocht worden geconcludeerd dat Glucona en niet Akzo zich mededingingsverstorend heeft gedragen, de Commissie dit gedrag geenszins aan Avebe mocht toerekenen.

129 In dat verband stelt Avebe dat, volgens vaste rechtspraak, de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, nog niet de mogelijkheid uitsluit dat haar gedrag aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (zie arrest Hof van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 26, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hieruit blijkt dat niet naar de formeel-juridische structuur van een onderneming moet worden gekeken, maar naar de feitelijke beslissingsstructuur. Avebe herhaalt in wezen de argumenten die zij reeds heeft aangevoerd in het kader van het eerste onderdeel van dit middel, en stelt dat Glucona niet de instructies volgde die zij haar zou hebben gegeven, maar dat het in de handel brengen van natriumgluconaat integendeel een zaak was van Akzo.

130 Bovendien is in een situatie waarin de inbreuk is gepleegd door een samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid, het formele criterium inzake de

juridische banden tussen dit samenwerkingsverband en zijn moedermaatschappij niet relevant. Waar in een dergelijke situatie naar moet worden gekeken, is enkel of Glucona een economische eenheid vormde met Avebe, hetgeen niet het geval was, aangezien Glucona geen verkooporganisatie bezat, maar de meeste van haar medewerkers hun werk deden in het kader van activiteiten die zij ontplooiden voor hun andere werkgever. Enkel wanneer de moedermaatschappij 100 % van de aandelen van de dochter in handen heeft, kan de Commissie uitgaan van de veronderstelling dat de dochter in wezen de instructies van haar moedermaatschappij volgt. Enkel in een dergelijke context behoeft de Commissie niet na te gaan of de moedermaatschappij daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt. In casu bezat Avebe slechts 50 % van Glucona en was de andere 50 % in handen van Akzo.

131 Verder verwijst Avebe naar het arrest van het Gerecht van 14 mei 1998, Metsä-Serla e.a./Commissie (T-339/94, T-340/94, T-341/94 en T-342/94, Jurispr. blz. II-1727, punten 51-58). In die zaak heeft het Gerecht rekening gehouden met het feit dat een ondernemersvereniging van haar leden opdracht had gekregen om hun totale kartonverkopen af te wikkelen en uniforme prijzen vaststelde, terwijl zij optrad in naam en voor rekening van het betrokken lid. Het Gerecht heeft in die zaak dus gekeken naar het gedrag dat de inbreuk vormt en naar de directe relatie van dat gedrag met de onderneming die voor de inbreuk aansprakelijk wordt gehouden.

132 Volgens Avebe is het ook onaannemelijk dat toen de door Akzo benoemde directeur op 15 augustus 1993 de door Avebe benoemde directeur op de hoogte stelde van het bestaan van het kartel, Avebe hierover reeds geïnformeerd was. Avebe beklemtoont dat de Commissie daarvan bij brief van 23 april 1999 in kennis is gesteld, maar dat zij deze informatie onjuist heeft geïnterpreteerd nu zij in de beschikking heeft gesteld dat Avebe had verzocht om een grondige briefing over de stand van zaken met betrekking tot het kartel. De Commissie heeft evenmin rekening gehouden met het in punt 26 van het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar reeds meegedeelde feit dat de vertegenwoordiger van Avebe in Glucona naderhand de directievoorzitter van Avebe heeft geïnformeerd, waarmee de bewering wordt weerlegd dat Avebe op de hoogte was van het kartel.

133 In repliek stelt Avebe nog dat haar stelling wordt gestaafd door artikel 6, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de rechten van de mens.

134 De Commissie erkent dat de door haar aangehaalde rechtspraak geen betrekking had op een geval als het onderhavige, waarin de inbreuk is gepleegd door een samenwerkingsverband van twee zelfstandige ondernemingen. Onder verwijzing naar de in het kader van het eerste onderdeel van het middel reeds aangehaalde argumenten meent de Commissie echter, dat Avebe in casu het marktgedrag van Glucona op beslissende wijze kon beïnvloeden, en dat zij met name te allen tijde de deelname aan het kartel kon beëindigen. Overeenkomstig de rechtspraak (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, T-354/94, Jurispr. blz. II-2111, punt 80) volstaat dit om vast te stellen dat Avebe mede aansprakelijk is voor de inbreuk; het is niet nodig te bewijzen dat zij daadwerkelijk een dergelijke invloed heeft uitgeoefend op Glucona.

b) Beoordeling door het Gerecht

135 Allereerst zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat het mededingingsverstorend gedrag van een onderneming aan een andere onderneming kan worden toegerekend wanneer eerstbedoelde onderneming haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalde, maar in hoofdzaak de door laatstgenoemde onderneming verstrekte instructies volgde, in het bijzonder gelet op de economische en juridische banden die hen verenigden (arresten Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 117, en 16 november 2000, Metsä-Serla Oyj e.a./Commissie, C-294/98 P, Jurispr. blz. I-10065, punt 27).

136 In dit verband moet worden gepreciseerd dat volgens die rechtspraak en anders dan de Commissie in de punten 48 tot en met 52 van haar verweerschrift betoogt, de

Commissie zich niet kan beperken tot de vaststelling dat een onderneming een dergelijke beslissende invloed op de andere onderneming „kon" uitoefenen, zonder dat behoeft te worden nagegaan of deze invloed daadwerkelijk is uitgeoefend. Uit die rechtspraak volgt integendeel dat het in beginsel aan de Commissie staat om een dergelijke beslissende invloed aan te tonen op grond van een geheel van feiten, waaronder in het bijzonder de eventuele bevoegdheid van een van die ondernemingen om aan de andere leiding te geven (zie in die zin arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 135 supra, punten 118-122; arrest Hof van 2 oktober 2003, Aristrain/Commissie, C-196/99 P, Jurispr. blz. I-11005, punten 95-99; arrest Gerecht van 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie, T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punt 527). In de zaak waarin het door de Commissie aangevoerde arrest van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (punt 129 supra), is gewezen, heeft het Hof erkend dat wanneer een moedermaatschappij 100 % in handen heeft van haar dochter die een inbreuk heeft gepleegd, er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat de moedermaatschappij inderdaad beslissende invloed uitoefende op de gedragingen van haar dochter. Het staat derhalve aan de moedermaatschappij om dit vermoeden te weerleggen door bewijzen voor de autonomie van haar dochter aan te voeren (zie in die zin arrest van 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 129 supra, punten 28-29, en arrest van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 134 supra, punt 80).

137 Verder zij eraan herinnerd dat Glucona bij haar oprichting krachtens het firmacontract van 1972 de rechtsvorm van een „vennootschap onder firma" (vof) heeft gekregen. Vaststaat dat Glucona naar Nederlands recht aldus een louter contractuele eenheid was, zonder eigen rechtspersoonlijkheid die verschilde van die van haar vennoten Akzo en Avebe, die ieder voor 50 % deelnamen in de entiteit. Verder waren de twee vennoten krachtens artikel 5, lid 1, van het contract alleen gezamenlijk bevoegd voor Glucona te handelen en te tekenen, haar aan derden en derden aan haar te verbinden, en gelden voor haar te ontvangen en uit te geven. Krachtens artikel 5, lid 2, zouden de twee vennoten twee gedelegeerden aanwijzen „die gezamenlijk de in lid 1 genoemde bevoegdheid voor de betrokken vennoot zullen uitoefenen, onverminderd het recht van elke vennoot de bevoegdheid zelf uit te oefenen". Die gedelegeerden moesten „regelmatig contact met elkaar onderhouden en alle voor de vennootschap van belang zijnde onderwerpen met elkaar en met de directeuren [van Glucona] bespreken". Krachtens artikel 5, lid 3, van het contract kwam de dagelijkse leiding toe aan twee directeuren, die respectievelijk werden benoemd door Akzo en Avebe. Die directeuren moesten een substantieel deel van hun tijd besteden aan de zaken van Glucona. Zij moesten „nauw met elkaar

samenwerken en [waren] gezamenlijk verantwoordelijk [...] voor het gevoerde beleid" en moesten „aan de gedelegeerden regelmatig verantwoording omtrent het gevoerde beleid afleggen en aan de gedelegeerden alle belangrijke inlichtingen daaromtrent verschaffen". Gelet op de juridische structuur van Glucona ten slotte waren Akzo en Avebe onbeperkt hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van Glucona.

138 Uit het voorgaande volgt dat het firmacontract van 1972 voorzag in een gezamenlijke bestuursbevoegdheid van Akzo en Avebe met betrekking tot het commercieel beleid van Glucona, welke bevoegdheid voor alle kwesties die op Glucona betrekking hadden gezamenlijk en in voortdurend onderling overleg moest worden uitgeoefend door twee directeuren die respectievelijk waren benoemd door Akzo en Avebe en die met name onder toezicht stonden van twee gedelegeerden van die twee vennoten. Gelet op deze gezamenlijke bestuursbevoegdheid en het feit dat Akzo en Avebe ieder voor 50 % deelnamen in Glucona en dus samen alle aandelen bezaten, is het Gerecht van oordeel dat sprake is van een situatie die vergelijkbaar is met die welke heeft geleid tot het arrest van 14 mei 1998, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, waarin één moedermaatschappij 100 % van haar dochter bezat, zodat het vermoeden rees dat de moedermaatschappij inderdaad beslissende invloed uitoefende op de gedragingen van haar dochter.

139 Het Gerecht is namelijk van oordeel dat de in punt 137 genoemde feiten tezamen voldoende belangrijke aanwijzingen vormen om het vermoeden te staven dat Akzo en Avebe gezamenlijk de gedragslijn van Glucona op de markt zodanig bepaalden dat deze laatste dienaangaande over geen echte zelfstandigheid beschikte. Zoals uit de vaststellingen in de punten 92 tot en met 126 inzake verzoeksters kennis van de handelingen van Glucona blijkt, heeft verzoekster ook geen bewijzen aangedragen die dit vermoeden kunnen weerleggen.

140 Ten slotte zij erop gewezen dat het bestaan van een gezamenlijke aansprakelijkheid van de twee vennoten Akzo en Avebe voor de gedragingen van Glucona, ongeacht de juiste strekking daarvan naar Nederlands recht, het vermoeden betreffende de

daadwerkelijke gezamenlijke bepaling van het commercieel beleid van Glucona door haar vennoten versterkt. In die omstandigheden hebben de vennoten er immers alle belang bij te vermijden dat hun dochteronderneming zich anders gedraagt dan zij haar hebben opgedragen, gelet op het risico van vervolging of schadevorderingen van derden dat zij in geval van onwettige handelingen van hun dochter lopen.

141 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, gelet op de nauwe economische en juridische banden tussen Glucona enerzijds en Akzo en Avebe, die gezamenlijk daadwerkelijke controle op Glucona uitoefenden, anderzijds, geen fout heeft gemaakt door vast te stellen dat de inbreuk van Glucona aan Avebe kan worden toegerekend. Daaruit volgt ook dat, anders dan verzoekster meent, Glucona enerzijds en Akzo en Avebe anderzijds een economische eenheid vormen in de zin van de in punt 78 aangehaalde rechtspraak, in het kader waarvan de inbreukmakende gedraging van de dochtermaatschappij kan worden toegerekend aan de moedermaatschappijen die ervoor aansprakelijk zijn omdat zij daadwerkelijk haar commercieel beleid bepalen (zie in die zin arrest Gerecht van 11 december 2003, Minoan Lines/Commissie, T-66/99, Jurispr. blz. II-5515, punt 122).

142 Het middel inzake schending van artikel 81, lid 1, EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 moet dan ook in zijn geheel worden verworpen.

E — *Schending van het evenredigheidsbeginsel*

143 Avebe meent dat zo de inbreuk haar al kan worden toegerekend, de Commissie bij de vaststelling van het basisbedrag van de haar opgelegde geldboete de rol die Avebe vóór 15 augustus 1993 in het kartel heeft gespeeld als verzachtende omstandigheid in aanmerking had moeten nemen.

144 De Commissie beklemtoont dat de aan Avebe opgelegde geldboete is vastgesteld wegens de gedragingen van Glucona in het kader van het kartel, en dat zij in dat verband rekening heeft gehouden met de bijzonderheden van de gedragingen van Glucona. Er is geen enkele reden om de aansprakelijkheid van een moederonderneming voor de gedragingen van haar dochter af te zwakken. Dit geldt te meer nu Glucona geen rechtspersoonlijkheid had, los van Avebe en Akzo. Avebe is dus geenszins aansprakelijk gesteld voor andermans gedragingen, maar voor de handelingen van een louter contractuele entiteit die onder haar eigen rechtspersoonlijkheid ressorteert, en waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk is.

145 Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie, zoals zij stelt, wegens het gedrag van Glucona dat aan Avebe en aan Akzo kan worden toegerekend, Avebe op goede gronden een geldboete heeft opgelegd, zonder het evenredigheidsbeginsel te schenden. Gelet op de bepalingen van het firmacontract van 1972 waarbij de gemeenschappelijke onderneming Glucona is opgericht (zie supra, punten 90-91), is het Gerecht inzonderheid van oordeel dat de rol die Avebe vóór 15 augustus 1993 in het kartel heeft gespeeld, geen verzachtende omstandigheid kan zijn die de haar opgelegde geldboete onevenredig maakt.

146 Het middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel is dus ongegrond.

147 Nu geen van de tegen de beschikking aangevoerde middelen slaagt, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

148 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verweerster in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) De Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA wordt verwezen in de kosten.

Azizi Jaeger Dehousse

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 27 september 2006.

De griffier

E. Coulon

De president van de Derde kamer

J. Azizi

Inhoud

De feiten ..... II - 3090

Procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 3097

In rechte ..... II - 3099

A — Inleiding ..... II - 3099

B — Schending van de motiveringsplicht ..... II - 3103

C — Schending van de rechten van de verdediging ..... II - 3105

1. Inleidende opmerkingen ..... II - 3105

2. De verklaring van Akzo ..... II - 3106

3. De vermeende verklaring van een vertegenwoordiger van Akzo voor de Amerikaanse autoriteiten ..... II - 3109

a) Argumenten van partijen ..... II - 3109

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3109

De ontvankelijkheid ..... II - 3109

Ten gronde ..... II - 3111

D — Schending van artikel 81, lid 1, EG en artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 II - 3114

1. Inleiding ..... II - 3114

2. De Commissie kon de vóór 15 augustus 1993 gepleegde inbreuk niet aan Glucona toerekenen ..... II - 3114

a) Opmerkingen vooraf ..... II - 3114

b) Het firmacontract van 1972 ..... II - 3115

Argumenten van partijen ..... II - 3115

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3118

c) Verschillende feitelijke elementen ..... II - 3120

3. De Commissie mocht de door Glucona gepleegde inbreuk niet aan Avebe toerekenen ..... II - 3127

a) Argumenten van partijen ..... II - 3127

b) Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3129

E — Schending van het evenredigheidsbeginsel ..... II - 3132

Kosten ..... II - 3133