ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)

29 juni 1995 *

In zaak T-36/91,

Imperial Chemical Industries plc, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door D. Vaughan, QC, G. Barling, QC, en D. Anderson, Barrister, van de balie van Engeland en Wales, geïnstrueerd door V. O. White en R. J. Coles, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Dupong, advocaat aldaar, Rue des Bains 14A,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Curral, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door N. Forwood, QC, van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

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

wijst

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

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

griffier: H. Jung

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

het navolgende

Arrest

De feiten en het procesverloop

De economische context

1 Het produkt waarop de procedure betrekking heeft, natriumcarbonaat, wordt gebruikt bij de vervaardiging van glas (zwaar natriumcarbonaat), alsmede in de

chemische en de metaalverwerkende industrie (licht natriumcarbonaat). Er moet worden onderscheiden tussen natuurlijk (zwaar) natriumcarbonaat, dat voornamelijk in de Verenigde Staten wordt toegepast, en synthetisch (zwaar en licht) natriumcarbonaat, dat in Europa wordt vervaardigd volgens een procédé dat meer dan honderd jaar geleden door verzoekster is uitgevonden. De produktiekosten van natuurlijk natriumcarbonaat zijn veel lager dan die van het synthetische produkt.

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

— Solvay et C^{ie} SA (hierna: „Solvay"), de grootste producent zowel op wereldvlak als in de Gemeenschap, met een marktaandeel in de Gemeenschap van bijna 60 % (en zelfs 70 % in de Gemeenschap zonder het Verenigd Koninkrijk en Ierland);

— verzoekster, de op een na grootste producent in de Gemeenschap, die meer dan 90 % van de markt in het Verenigd Koninkrijk in handen heeft;

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

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

4 Aan de vraagzijde waren de glasfabrikanten de belangrijkste afnemers in de Gemeenschap. Zo werd ongeveer 70 % van de produktie van de ondernemingen in West-Europa gebruikt voor de fabricage van vlakglas en holglas. De meeste glasfabrieken waren continubedrijven en moesten daarom op een gewaarborgde bevoorrading met natriumcarbonaat kunnen rekenen; in de meeste gevallen hadden zij voor het grootste deel van hun behoeften met één grote leverancier een overeenkomst voor een betrekkelijk lange termijn gesloten, terwijl een andere leverancier uit voorzorg als „nevenbevoorradingsbron" diende.

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

De administratieve procedure

6 Begin 1989 verrichtte de Commissie onaangekondigde verificaties bij de voornaamste natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap. Naar aanleiding van deze verificaties vestigde verzoekster bij brief van 13 april 1989 de aandacht van de Commissie erop, dat alle in kopie in haar kantoren in beslag genomen documenten vertrouwelijk waren. Bij brief van 24 april 1989 antwoordde de Commissie, dat zij zich van de vertrouwelijkheid van de betrokken documenten bewust was en dat

gegevens die op echte zakengeheimen betrekking hadden, niet zouden worden bekendgemaakt. Deze verificaties werden aangevuld door verzoeken om inlichtingen. Verzoekster verschafte de gevraagde inlichtingen bij brief van 14 september 1989, waarin zij nogmaals wees op het vertrouwelijk karakter van de overgelegde documenten. Ook Solvay wees bij gelegenheid van deze verificaties en verzoeken om inlichtingen bij brieven van 27 april en 18 september 1989 op het vertrouwelijk karakter van haar documenten.

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

— het eerste onderdeel betreft de feiten van de procedure;

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

— een derde onderdeel (met bijlagen met nummer III), dat betrekking heeft op een aan Solvay en CFK verweten inbreuk op artikel 85, en een vierde deel (met bijlagen met nummer IV), dat betrekking heeft op een aan Solvay verweten inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag, maken geen deel uit van de aan verzoekster gerichte mededeling van de punten van bezwaar; dienaangaande bevat de brief van 13 maart 1990 slechts de volgende opmerking: „Het derde en vierde onderdeel van de mededeling van de punten van bezwaar hebben geen betrekking op ICI";

— het vijfde deel betreft een inbreuk op artikel 86, die wordt verweten aan verzoekster, aan wie de desbetreffende bijlagen V.1-V.123 zijn gericht;

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

8 Na te hebben gewezen op het belang van handhaving van de vertrouwelijkheid van de stukken die waren verkregen krachtens verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), verklaarde de Commissie in deze brief van 13 maart 1990, dat de in de bijlagen II.1-II.42 vervatte bewijsmiddelen aan elk van de betrokken ondernemingen waren gezonden, maar dat „de inlichtingen die zakengeheimen zouden kunnen bevatten of commercieel gevoelig zouden kunnen liggen, en die niet rechtstreeks betrekking hebben op de vermoede inbreuk, [waren] geschrapt uit de stukken". Ten slotte maakte de Commissie aan beide ondernemingen de krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 door de andere onderneming gegeven antwoorden bekend, waarbij zij preciseerde, dat „de inlichtingen die zakengeheimen konden bevatten, [eveneens waren] geschrapt uit deze antwoorden".

9 Op 14 mei 1990 verzocht verzoeksters advocaat telefonisch om toegang tot het dossier van de Commissie voor zover dit betrekking had op de aan verzoekster verweten inbreuken. Dit verzoek werd kennelijk afgewezen door J., ambtenaar van het directoraat-generaal Concurrentie (DG IV) van de Commissie.

10 Bij brief van 23 mei 1990 herhaalde verzoeksters advocaat dit verzoek, onder verwijzing naar de reactie van J., die hem elke toegang tot het dossier zou hebben geweigerd, zelfs tot stukken die niet vertrouwelijk waren. Volgens de advocaat was ook geweigerd, een lijst van de zich in het dossier bevindende stukken over te leggen. De Commissie zou hebben verklaard, dat zij slechts verzoeken tot het inzien van specifieke stukken bereid was te aanvaarden. Deze afwijzende opstelling van haar diensten zou de voorbereiding van verzoeksters verdediging hebben geschaad.

11 Bij brief van 31 mei 1990, ondertekend door R., directeur van DG IV, ontzegde de Commissie verzoekster de toegang tot het volledige dossier. Zij zou niet het recht hebben om op zuiver speculatieve gronden interne, van andere ondernemingen afkomstige handelsdocumenten, die niet als bewijsstukken waren overgelegd, in te zien. De Commissie voegde hieraan toe, dat zij al deze stukken opnieuw had onderzocht, om na te gaan of zij verzoekster konden disculperen, maar dat zij geen enkel document van dien aard had ontdekt; voorts bood zij aan, de dossiers

nogmaals te bestuderen indien verzoekster zou aantonen, „dat daartoe goede gronden [bestonden]" met betrekking tot een specifiek punt, hetzij feitelijk of rechtens.

12 Eveneens op 31 mei 1990 diende verzoekster „opmerkingen ten verwere" („defence") in. Zij maakte daarin bezwaar tegen de weigering, haar toegang tot het dossier te verlenen en voegde verschillende nieuwe documenten als bewijsmiddel bij.

13 Op 26 en 27 juni 1990 hield de Commissie een hoorzitting betreffende de aan verzoekster en Solvay verweten inbreuken. Alleen verzoekster nam daaraan deel. Bij die gelegenheid diende zij nieuwe opmerkingen in, de „presentatie van haar zaak" („article 85 presentation"), waarbij andere stukken waren gevoegd.

14 Tijdens de hoorzitting legde de bevoegde dienst van de Commissie bepaalde stukken over (de stukken met nummers „X.1-X.11"), die alle van verzoekster afkomstig waren en die volgens de Commissie — evenals de reeds overgelegde stukken — het werkelijke karakter van de betrekkingen tussen verzoekster en Solvay aantoonden en verzoeksters verweer verzwakten. Naar de betrokken dienst verklaarde, had de Commissie deze niet tegen Solvay gebruikt, omdat hun inhoud vertrouwelijk was. Zij had niettemin besloten, de stukken in deze fase in de procedure in te brengen, niet omdat zij ten opzichte van de bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegde stukken nadere gegevens zouden bevatten, maar om te antwoorden op het argument van verzoekster dat het bewijsmateriaal zo pover was. Wat de toegang tot het dossier betreft, verklaarde de raadadviseur-auditeur, dat het hier een moeilijk probleem betrof. Niemand wist, wat het begrip „dossier" inhield; dit begrip zou op een gegeven moment door de communautaire rechter moeten worden uitgelegd. Het probleem moest derhalve niet tijdens de hoorzitting worden besproken.

15 Blijkens de stukken stelde het college van Commissieleden na bovenstaande procedure, tijdens zijn op 17 en 19 december 1990 gehouden 1 040e vergadering, beschikking 91/297/EEG vast inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay, ICI) (PB 1991, L 152, blz. 1; hierna: „beschikking"). In deze beschikking wordt in hoofdzaak

geconstateerd, dat verzoekster en Solvay van 1 januari 1973 tot begin 1989 hebben deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging ter verdeling van de Westeuropese markt voor natriumcarbonaat, door continentaal West-Europa voor Solvay en het Verenigd Koninkrijk en Ierland voor verzoekster te reserveren; op grond daarvan wordt in de beschikking aan deze beide ondernemingen een geldboete opgelegd van 7 miljoen ECU.

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

— beschikking 91/299/EEG inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay) (PB 1991, L 152, blz. 21), waarin zij in hoofdzaak vaststelde, dat Solvay misbruik had gemaakt van haar machtspositie op de markt van continentaal West-Europa en haar een geldboete van 20 miljoen ECU oplegde. De in de beschikking vastgestelde inbreuk is voornamelijk gelegen in het feit dat Solvay gebruik had gemaakt van langjarige overeenkomsten op grond waarvan de klanten zich voor (nagenoeg) hun gehele behoefte aan natriumcarbonaat bij haar bevoorraadden, alsook getrouwheidskortingen voor marginale hoeveelheden, groepskortingen, alsmede mededingingsclausules of „Engelse clausules", op grond waarvan haar klanten concurrerende offertes die zij ontvingen aan haar moesten melden, zodat zij haar prijzen daaraan kon aanpassen. In dit verband vermeldt beschikking 91/299 in paragraaf 31 onder meer, dat de drie grote Belgische producenten zich tot 1978 steeds voor nagenoeg hun totale behoefte bij Solvay hadden bevoorraad en dat de Belgische regering in januari 1978 had ingegrepen om die glasproducenten te beletten met een Amerikaanse producent een overeenkomst te sluiten voor de aankoop van natriumcarbonaat uit de Verenigde Staten;

— beschikking 91/300/EEG inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/33.133-D: Natriumcarbonaat — ICI) (PB 1991, L 152, blz. 40), waarin zij in hoofdzaak vaststelde, dat verzoekster misbruik had gemaakt van haar machtspositie in het Verenigd Koninkrijk en haar een geldboete van 10 miljoen ECU oplegde.

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

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

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

De procedure in rechte

20 In deze omstandigheden heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld, dat op 14 mei 1991 ter griffie van het Gerecht is ingeschreven. Ook Solvay heeft tegen de beschikking beroep ingesteld (zaak T-30/91).

21 De schriftelijke behandeling voor het Gerecht heeft een normaal verloop gehad. Na de indiening van haar repliek op 23 december 1991 heeft verzoekster op 2 april 1992 een „aanvullende repliek" ingediend, waarin zij een nieuw middel voordraagt, ten betoge dat de bestreden beschikking non-existent moet worden verklaard. Onder verwijzing naar verklaringen van vertegenwoordigers van de Commissie tijdens de op 10 december 1991 geëindigde mondelinge behandeling in de zaken die

hebben geleid tot het arrest van het Gerecht van 27 februari 1992 (gevoegde zaken T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89; en T-104/89, BASF e. a., Jurispr. 1992, blz. II-315; hierna: „PVC-arrest"), alsmede naar twee artikelen, verschenen in de *Wall Street Journal* van 28 februari 1992 en in de *Financial Times* van 2 maart 1992, stelt zij onder meer, dat de Commissie openlijk heeft verklaard, dat het ontbreken van authentisatie van door het college van Commissieleden gegeven beschikkingen een sinds jaren gevolgde praktijk was en dat in geen 25 jaar een beschikking was geauthentiseerd. Overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering heeft de president van de Eerste kamer (uitgebreid) de termijn voor indiening van de dupliek verlengd. In dupliek heeft de Commissie haar opmerkingen betreffende de „aanvullende repliek" ingediend.

22 Bij beschikking van 14 juli 1993 heeft de president van de Eerste kamer de onderhavige zaak voor de mondelinge behandeling gevoegd met zaak T-30/91.

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

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

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

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

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

Conclusies van partijen

28 Verzoekster concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk te verklaren;

— de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover zij verzoekster betreft;

— het in artikel 2 van de beschikking neergelegde bevel, de inbreuk te beëindigen, nietig te verklaren voor zover het verzoekster betreft;

— de verzoekster bij artikel 3 van de beschikking opgelegde geldboete in te trekken of te verlagen;

— subsidiair, bij wege van instructiemaatregel de Commissie te bevelen, verzoeksters raadslieden toe te staan, de dossiers te bestuderen;

— meer subsidiair, als Gerecht de dossiers te bestuderen met het oog op de exoneratie van verzoekster door aanvullende stukken;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

29 In haar aanvullende repliek betoogt verzoekster, dat de bestreden beschikking nietig, of, zo het Gerecht dit dienstig acht, non-existent moet worden verklaard.

30 De Commissie concludeert, dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— de in de aanvullende repliek naar voren gebrachte argumenten niet-ontvankelijk, en in elk geval ongegrond te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

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

De conclusies tot nietigverklaring van de beschikking

32 Tot staving van haar conclusies tot nietigverklaring draagt verzoekster een reeks middelen voor, die in twee groepen zijn te onderscheiden. Met de eerste groep middelen, betreffende de regelmatigheid van de administratieve procedure, beroept verzoekster zich in haar aanvullende repliek enerzijds op meerdere schendingen van wezenlijke vormvoorschriften, voor zover, anders dan artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie voorschrijft, de betekende beschikking niet tijdig door de voorzitter en de secretaris-generaal van de Commissie is geauthentiseerd en in de beschikking tussen het tijdstip van vaststelling ervan en de betekening aan verzoekster wijzigingen zijn aangebracht.

33 Anderzijds verwijt verzoekster de Commissie in haar verzoekschrift, onder verwijzing naar een door Solvay in zaak T-30/91 voorgedragen middel, het collegialiteitsbeginsel te hebben geschonden, doordat, anders dan artikel 4 van het reglement van orde van de Commissie voorschrijft, de bespreking van de ontwerp-beschikking niet is uitgesteld, ofschoon ten minste één van de leden om uitstel had verzocht teneinde het dossier, dat hem te laat ter beschikking was gesteld, behoorlijk te kunnen bestuderen. Voorts verwijt zij de Commissie, Solvay vertrouwelijke stukken te hebben toegezonden, hetgeen een schending van het zakengeheim is. Ten slotte werpt zij drie middelen op die zijn ontleend aan schending van de rechten van de verdediging: in de eerste plaats de weigering haar toegang tot het volledige dossier te verlenen; in de tweede plaats vooringenomenheid, gebrek aan objectiviteit, en een algemeen tekortschieten van de Commissie in de eerbiediging van de rechten van de verdediging, welke zouden blijken uit discutabele weglatingen uit de bijlagen met nummer II; in de derde plaats schending van haar recht te worden gehoord, hetgeen blijkt uit het feit dat in de beschikkingen constateringen worden gedaan waarvan geen bewijzen worden geleverd die haar zijn meegedeeld.

34 Met de tweede groep draagt verzoekster meerdere middelen voor, die enerzijds zijn gericht tegen de vaststelling en de beoordeling van de feiten en anderzijds tegen de juridische beoordeling door de Commissie in de bestreden beschikking. Ten slotte betwist verzoekster de wettigheid van het bevel om de haar verweten inbreuk te beëindigen, wat zou neerkomen op een verplichting tot exporteren, en beklemtoont zij, dat de opgelegde geldboete buitensporig is.

35 Het Gerecht acht het gewenst, eerst het middel te onderzoeken dat is ontleend aan schending van de rechten van de verdediging, voor zover verzoekster ten onrechte zou zijn geweigerd het volledige dossier van de Commissie te raadplegen.

Het middel inzake schending van de rechten van de verdediging wegens de weigering van de Commissie verzoekster toegang tot het dossier te verlenen

Argumenten van partijen

36 Verzoekster verwijt de Commissie, dat zij in weerwil van haar uitlatingen in het Twaalfde en Veertiende verslag over het mededingingsbeleid, waarin een procedure voor de inzage in het dossier in mededingingszaken is vastgesteld, het verzoek om inzage in het dossier dat verzoekster tijdens de administratieve procedure had ingediend teneinde te beoordelen of dit documenten bevatte die voor haar verdediging dienstig konden zijn, heeft afgewezen. De Commissie heeft haar zelfs geen lijst van in het dossier opgenomen documenten meegedeeld, zodat zij ook niet in grote lijnen heeft kunnen nagaan, tot welke categorieën deze behoorden.

37 Verzoekster beklemtoont, dat zij niet beschikt over directe bewijzen omtrent de redenen waarom Solvay en andere producenten geen natriumcarbonaat uitvoerden naar het Verenigd Koninkrijk, noch omtrent de prijzen en de kosten van de andere natriumcarbonaatproducenten van continentaal West-Europa, ofschoon deze gegevens voor de beoordeling van hun strategieën klaarblijkelijk relevant zijn. Bepaalde documenten konden dus voor de uitoefening van haar rechten van de verdediging van belang zijn, namelijk:

— stukken waaruit blijkt welke prijzen Solvay en andere producenten werkelijk aan hun belangrijkste klanten berekenden,

— stukken betreffende verzoeken van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde afnemers aan continentale producenten om levering van natriumcarbonaat, en de antwoorden op die verzoeken,

— stukken waarin Solvay en andere continentale producenten de mogelijkheid overwegen om op de markt van het Verenigd Koninkrijk binnen te dringen, of hun redenen om zulks niet te doen uiteenzetten.

Volgens verzoekster is het argument van de Commissie dat het dossier geen stukken bevatte die voor haar verdediging dienstig konden zijn, niet geloofwaardig. De advocaten van Solvay hadden haar het tegendeel te verstaan gegeven. Ook waren tal van haar eigen stukken voor de verdediging van Solvay dienstig geweest, bij voorbeeld de stukken betreffende de krachtens artikel 86 van het Verdrag tegen haar ingeleide procedure. Verzoekster had dus recht gehad op inzage in de stukken die de tegen haar ingebrachte argumenten in twijfel konden trekken. Dit recht is geschonden.

38 In het kader van een middel gericht tegen de beoordeling van de feiten in de bestreden beschikking stelt verzoekster, dat het volledige dossier in de onderhavige zaak er anders uitziet dan het dossier dat de Commissie in aanmerking heeft genomen. Zij wijst onder meer op verschillende stukken waarop de Commissie zich niet in de procedure krachtens artikel 85 heeft beroepen, maar alleen in de krachtens artikel 86 van het Verdrag tegen haar ingeleide procedure. Volgens verzoekster blijkt uit die stukken, dat zij in de jaren 1984-1989 herhaaldelijk de mogelijkheden van invoer vanuit het continent heeft bestudeerd en maatregelen tegen eventuele importen heeft overwogen, maar wegens de hoge transportkosten en de lage marges meende dat haar entree op de continentale markt niet rendabel zou zijn en de entree van continentale producenten op de markt van het Verenigd Koninkrijk onwaarschijnlijk, al bleef zij waakzaam wegens haar kwetsbare positie in verband met de wisselkoers en de produktiekosten in continentaal West-Europa (blz. 75-77 van het verzoekschrift). Voor verzoekster lijdt het geen twijfel, dat de Commissie tal van andere stukken die deze stellingen kunnen staven, in haar bezit heeft, welke stukken hetzij van Solvay hetzij van andere producenten uit continentaal West-Europa afkomstig zijn en waarvan zij geen gebruik heeft kunnen maken.

39 De onderverdeling van de stukken, in de fase van de mededeling van de punten van bezwaar, in stukken die relevant zijn in verband met artikel 85 en stukken die relevant zijn in verband met artikel 86 van het Verdrag, zou tot gevolg hebben gehad, dat de in de tweede categorie vallende stukken slechts zijn meegedeeld aan de krachtens artikel 86 vervolgde producenten, ook al waren zij tevens relevant voor de toepassing van artikel 85 op andere producenten. Verzoekster kon dan ook geen gebruik maken van de documenten met nummer IV, die bij het vierde deel van de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd en betrekking hadden op een krachtens artikel 86 aan Solvay verweten inbreuk, terwijl sommige daarvan dienstig hadden kunnen zijn voor haar verdediging in het kader van de haar krachtens artikel 85 verweten inbreuk. Hetzelfde gold voor Solvay met betrekking tot de stukken met nummer V, die bij het vijfde deel van de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd.

40 In het kader van een middel waarin zij de hoogte van de haar opgelegde geldboete aanvecht, herhaalt verzoekster, dat de haar verweten schending van artikel 86 van het Verdrag in aanmerking had moeten worden genomen. Zij merkt op, dat de Commissie ondanks een „verregaande overlapping" van de verweten inbreuken, deze volledig gescheiden heeft behandeld.

41 In repliek betoogt verzoekster, dat in een zaak waarin een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Solvay en haarzelf wordt gesteld, stukken die tegen Solvay werden gebruikt of die Solvay konden disculperen, vanzelfsprekend ook voor haar relevant waren en haar evenzeer aangingen als de andere deelnemer aan de gestelde onderling afgestemde feitelijke gedraging. Voorts waren de door de Commissie ten bewijze van een inbreuk in de zin van artikel 86 gebruikte stukken tevens relevant voor de vaststelling van een mededingingsregeling in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

42 Verzoekster bestrijdt niet, dat de Commissie alle tijdens haar onderzoek verzamelde stukken heeft onderzocht om na te gaan, of deze konden worden geacht haar te disculperen. Aangezien de Commissie evenwel reeds optrad als opsporende instantie, vervolgingsautoriteit, rechter en jury, kon zij niet ook nog optreden als raadsman van verweerster. Het aanbod van de Commissie in haar brief van 31 mei 1990 om een nieuw onderzoek in te stellen was zinloos, aangezien daarbij als voorwaarde werd gesteld dat verzoekster daartoe „goede gronden" zou aangeven, zonder dat zij evenwel over de relevante stukken beschikte. Een systeem waarin de

ambtenaren van de Commissie zelf beslissen welke documenten een in een mededingingszaak vervolgde onderneming kunnen helpen, voldoet niet aan de eisen die een eerbiediging van de rechten van de verdediging impliceert. Het is volgens verzoekster onwaarschijnlijk, dat dit onderzoek even grondig of met dezelfde aandacht voor de belangen van verzoekster heeft plaatsgevonden als wanneer deze het zelf zou hebben verricht.

43 Vóór de vaststelling van de bestreden beschikking zou verzoekster derhalve geen inzage hebben gehad in de volgende vijf categorieën stukken:

— de stukken met nummer IV, die bij het vierde deel van de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd en de telastelegging tegen Solvay ingevolge artikel 86 van het Verdrag betroffen,

— de definitieve tekst van het antwoord van Solvay op de mededeling van de punten van bezwaar en de stukken waarop Solvay zich tot staving van dat antwoord beroept,

— het antwoord van Duitse producent CFK op de mededeling van de punten van bezwaar,

— de antwoorden van de andere producenten op de brieven die hun ingevolge artikel 11 van verordening nr. 17 waren gezonden (behalve die welke bij de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd),

— de stukken van het dossier die niet bij de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd en die door de Commissie in het kader van haar onderzoek bij Solvay en vier andere natriumcarbonaatproducenten van de Gemeenschap in beslag waren genomen.

44 Verzoekster betoogt verder, dat Solvay haar vóór de indiening van haar verzoekschrift, maar na de bestreden beschikking, ervan op de hoogte had gesteld, dat de dossiers van de Commissie een aantal van Solvay afkomstige stukken bevatten die voor haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar uitermate nuttig zouden zijn geweest. Verzoekster wijst in dit verband op de stukken die volgens haar bewijzen, dat Solvay haar prijzen veelvuldig heeft bekendgemaakt om van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen orders te verwerven en een studie naar de prijzen heeft verricht na een desbetreffend verzoek van Rockware, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming (bijlagen 12 en 13 bij het verzoekschrift van Solvay in zaak T-30/91, waarvan Solvay verzoekster een afschrift heeft gezonden). Voorts legt verzoekster als bijlage 1 bij haar repliek stukken over die na de indiening van haar verzoekschrift op strikt vertrouwelijke basis zijn toegezonden door de Duitse producent Matthes & Weber, en waaruit volgens haar blijkt, dat deze producent zijn prijzen heeft bekendgemaakt om orders voor natriumcarbonaat te verwerven van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen en dat de transportkosten voor de potentiële afnemers de voornaamste reden waren om die offertes af te wijzen.

45 Volgens verzoekster verzet de recente rechtspraak zich niet tegen het door haar in casu verdedigde standpunt. Zo is het arrest van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19), waarin werd uitgesproken dat de Commissie niet verplicht is haar dossiers aan de belanghebbenden te doen toekomen, gewezen in een zaak waarin de litigieuze beschikking van de Commissie was gegeven vóór de vaststelling van het Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid. Het arrest van 3 juli 1991 (zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359; hierna: „AKZO II"), waarin het Hof de in het arrest VBVB en VBBB (reeds aangehaald) gegeven oplossing bevestigde, betrof een heel andere vraag dan in de onderhavige procedure aan de orde is, namelijk de inzage in een intern stuk, dat derhalve met zoveel woorden door het Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid tegen iedere inzage was beschermd. Bovendien zijn verschillende arresten van het Hof voor de rechten van de verdediging gunstiger. In dit verband verwijst verzoekster naar de arresten van 29 oktober 1980 (gevoegde zaken 209/78-215/78 en 218/78, Van Landewyck e. a., Jurispr. 1980, blz. 3125), waarin de Commissie een ruimere verplichting wordt toegemeten om de voor de verdediging noodzakelijke gegevens te verschaffen; 25 oktober 1983 (zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151); 27 juni 1991 (zaak C-49/88, Al-Jubail Fertilizer, Jurispr. 1991, blz. I-3187), en de conclusie van advocaat-generaal Darmon bij dit arrest (Jurispr. 1991, blz. I-3205), alsook de arresten van 17 oktober 1989 (zaak 85/87, Dow Benelux,

Jurispr. 1989, blz. 3137, en 18 oktober 1989, zaak 374/87, Orkem, Jurispr. 1989, blz. 3283, en zaak 27/88, Solvay, Jurispr. 1989, blz. 3355).

46 Voor zover de Commissie zich beroept op de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten, herinnert verzoekster eraan, dat de toepassing van het beginsel dat gegevens betreffende ondernemingen vertrouwelijk moeten worden behandeld, in geen geval de rechten van de verdediging nadelig mag beïnvloeden (arrest Hof van 20 maart 1985, zaak 264/82, Timex, Jurispr. 1985, blz. 849, r. o. 29 en 30). In elk geval betekent het verlenen van toegang aan onafhankelijke raadslieden tot gevoelige documenten in het dossier niet, dat de regel van vertrouwelijke behandeling wordt geschonden. Bovendien hadden ook niet-vertrouwelijke samenvattingen kunnen worden gemaakt. De vereisten in verband met de bescherming van het zakengeheim kunnen volgens verzoekster in geen geval de algehele weigering door de Commissie van toegang tot het dossier in de onderhavige zaak rechtvaardigen. Die vereisten kunnen hooguit rechtvaardigen, dat de toegang wordt geweigerd tot documenten die echt geheim zijn, die individueel worden geïdentificeerd en waarvan een niet-vertrouwelijke samenvatting wordt gegeven.

47 In dit verband neemt verzoekster het de Commissie des te meer kwalijk, dat zij uit van haar afkomstige, bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegde stukken — met name in de bijlagen II.25 en II.34 — passages heeft weggelaten die de zienswijze van de Commissie niet konden staven. Uit een analyse van de stukken waartoe verzoekster toegang heeft gehad, blijkt de zeer selectieve benadering van stukken door de Commissie, in het algemeen en ongetwijfeld ook ten aanzien van de van andere producenten afkomstige stukken. Volgens verzoekster waren de uit de betrokken documenten weggelaten passages in werkelijkheid niet vertrouwelijk.

48 Voor zover het volgens de Commissie op praktische gronden had volstaan, indien Solvay de voor verzoekster ontlastende stukken voor haar eigen verdediging had gebruikt en deze verzoekster voor haar verdediging had doen toekomen, stelt verzoekster, dat een dergelijke samenwerking had kunnen afstuiten op commerciële rivaliteiten. Met haar veronderstelling dat concurrenten zich in elk geval tegenover

de Commissie coöperatief wensen op te stellen, formuleert zij volgens verzoekster een gewaagde hypothese, die stellig niet de bescherming van de grondrechten verzekert. Zo bestond er, toen verzoekster nog op de natriumcarbonaatmarkt opereerde (hetgeen niet meer het geval is, aangezien zij haar activiteit op die markt heeft beëindigd), onvermijdelijk enige terughoudendheid bij het vrijgeven van commerciële stukken. Vóór de beschikking had Solvay verzoekster geen toegang verleend tot de bij haar verzoekschrift in zaak T-30/91 gevoegde stukken, waaruit blijkt dat zij haar prijzen heeft bekendgemaakt om van in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen orders te verwerven.

49 In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft verzoekster verklaard, dat het feit dat de Commissie haar zelfs geen lijst met stukken van het dossier heeft overgelegd, buitengewoon ernstige consequenties heeft gehad voor haar mogelijkheden om zich te verdedigen en haar recht om te worden gehoord. Dit verzuim heeft verzoekster onder meer belet, van de op die lijst voorkomende stukken de documenten aan te wijzen die voor haar verdediging dienstig konden zijn.

50 De Commissie stelt, dat zij verzoekster kennis heeft gegeven van alle stukken waarop zij haar bezwaren en de uiteindelijke beschikking heeft gebaseerd. Verzoeksters bewering van het tegendeel berust niet op de feiten. Bovendien zou, zelfs indien de Commissie zich werkelijk op een niet aan verzoekster meegedeeld stuk had beroepen, dit niet noodzakelijkerwijs tot onregelmatigheid van de gehele procedure hebben geleid, maar enkel tot het buiten beschouwing laten van het betrokken stuk; dan zou alleen de vraag zijn gerezen, of de overige door de Commissie ingeroepen stukken voldoende bewijs voor haar constateringen opleverden. Zelfs indien de Commissie de stukken werkelijk had geselecteerd, zou dit geen onregelmatigheid in de procedure hebben opgeleverd, daar verzoekster niet het geringste element heeft aangevoerd waaruit de kwade trouw van de diensten van de Commissie zou blijken (arrest Gerecht van 17 december 1991, zaak T-7/89, Hercules Chemicals, Jurispr. 1991, blz. II-1711, r. o. 55).

51 Voor zover verzoekster als bezwaar aanvoert, dat haar niet is toegestaan de in het dossier opgenomen commerciële documenten te onderzoeken om na te gaan of

sommige ervan haar konden disculperen, verwerpt de Commissie — onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof en het Gerecht (arresten VBVB en VBBB, AKZO II en Hercules Chemicals, alle reeds aangehaald) — zonder meer het beginsel, dat er een verplichting zou bestaan om inzage in haar dossiers te verlenen. Zo een dergelijke verplichting al zou voortvloeien uit de door de Commissie zelf in haar Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid opgestelde voorschriften — die minder ver gaan dan de eerbiediging van de rechten van de verdediging —, dan kan de eventuele niet-inachtneming van die verplichting geen schending van „wezenlijke" vormvoorschriften opleveren in de zin van artikel 173, eerste alinea, EEG-Verdrag en derhalve niet de nietigverklaring van de aangevochten beschikking in haar geheel rechtvaardigen. Voorts moet de betrokken onderneming blijkens het arrest van het Gerecht van 1 april 1993 (zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389, r. o. 35), wil haar grief betreffende „ontoereikende toegang tot het dossier" slagen, aantonen, dat er ernstige aanwijzingen bestaan om aan te nemen dat er een document bestaat en dat de Commissie dit document opzettelijk heeft achtergehouden.

52 Ten slotte moet volgens de Commissie worden aangetoond, dat de administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden, indien verzoekster toegang tot het dossier had gehad (arrest Hercules Chemicals, reeds aangehaald, r. o. 56). In casu zijn de stukken waarvan verzoekster zich beklaagt dat zij er geen toegang toe heeft gehad, door de Commissie tegen geen van de betrokken ondernemingen in aanmerking genomen; in zoverre is in de onderhavige zaak niet de vraag aan de orde, of de tegen een partij bij een vermeende mededingingsregeling in aanmerking genomen stukken aan alle andere partijen ter beschikking moeten worden gesteld, zodat elke partij toegang heeft tot de documenten die tegen alle andere partijen in aanmerking zijn genomen.

53 Bovendien, aldus de Commissie, hebben de categorieën stukken die verzoekster als voorbeeld noemt, niet gediend als grondslag voor de tegen haar geformuleerde grieven, bevatten zij geen disculperende gegevens en hadden zij hoofdzakelijk betrekking op onderwerpen die naar hun aard zowel onder het beroepsgeheim als onder het zakengeheim vallen. Die documenten hadden dus niet kunnen worden meegedeeld zonder schade toe te brengen aan de rechten van derden op bescherming van hun gewettigde zakengeheimen. Het Hof heeft herhaaldelijk herinnerd aan het belang van de vertrouwelijke behandeling van alle ingevolge verordening nr. 17 aan de Commissie verschafte informatie (arresten van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 14, en 7 november 1985, zaak 145/83, Adams, Jurispr. 1985, blz. 3539). In zijn arrest van 24 juni 1986

(zaak 53/85, AKZO, Jurispr. 1986, blz. 1965, r. o. 28; hierna: „AKZO I") had het Hof de klagende derde het recht ontzegd op mededeling van documenten die zakengeheimen bevatten. Naar de Commissie meent, is het belang van verzoekster bij raadpleging van stukken die de Commissie niet te haren laste in aanmerking heeft genomen, nog geringer dan het belang dat een klager kan hebben bij kennisneming van documenten waarop de Commissie zich in de procedure daadwerkelijk heeft gebaseerd. Voor zover verzoekster zich beroept op het arrest van het Hof in de zaak Al-Jubail Fertilizer (reeds aangehaald), brengt de Commissie hiertegen in, dat deze zaak een situatie betrof waarin de betrokken gemeenschapsinstelling zich, anders dan in casu, daadwerkelijk had gebaseerd op niet aan de belanghebbende onderneming meegedeelde gegevens.

54 Het noodzakelijke compromis tussen de in geding zijnde belangen wordt volgens de Commissie bereikt door de bekendmaking aan derden te beperken tot hetgeen voor de uitvoering van het onderzoek strikt noodzakelijk is. Dit criterium verplicht niet tot bekendmaking van de stukken waarop de Commissie zich niet baseert. De betrokken ondernemingen hebben niet het recht om uit pure nieuwsgierigheid de interne commerciële documenten van hun concurrenten te bestuderen die niet te hunnen laste in aanmerking zijn genomen. In dit verband beklemtoont de Commissie onder verwijzing naar haar brief van 31 mei 1990 (blz. 3, vijfde alinea), dat zij zelf alle bij andere producenten aangetroffen documenten zorgvuldig opnieuw heeft onderzocht.

55 Voor zover verzoekster verwijst naar stukken die afkomstig zijn van Solvay of Matthes & Weber, waarvan zij veronderstelt dat deze uitermate nuttig hadden kunnen zijn voor haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar, verklaart de Commissie, dat de stukken van Solvay die in het kader van zaak T-30/91 gedetailleerd zijn besproken, op geen enkele manier afdoen aan de constatering van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen verzoekster en Solvay. De stukken van Matthes & Weber leveren volgens de Commissie zelfs geen begin van bewijs voor verzoeksters betoog, dat de hoge transportkosten de belangrijkste reden waren waarom de offertes van Matthes & Weber door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde potentiële afnemers waren afgewezen.

56 De opstelling van niet-vertrouwelijke samenvattingen die verzoekster in dit verband noemt, zou volgens de Commissie geen enkel nut hebben gehad, aangezien de informatie die verzoekster wilde hebben nu juist vertrouwelijk was (werkelijke prijzen en kosten van de concurrenten, namen van hun afnemers, uiteenzetting van hun commercieel beleid). In een brief van 14 september 1989 aan de Commissie had verzoekster overigens met klem erop gewezen, dat soortgelijke informatie die zij zelf had verstrekt, strikt vertrouwelijk was. Met betrekking tot de gedachte om commercieel gevoelige informatie enkel aan advocaten te verstrekken, verklaart de Commissie dat zij niet inziet hoe een aldus beperkte informatie kan bijdragen tot de verdediging van een onderneming, aangezien die informatie, om het belang ervan te beoordelen, met haar commerciële diensten zou moeten worden besproken.

57 Ten slotte moet volgens de Commissie tevens rekening worden gehouden met praktische overwegingen. Indien uit de van Solvay afkomstige documenten inderdaad was gebleken, dat Solvay niet had deelgenomen aan de haar en verzoekster verweten onderling afgestemde feitelijke gedraging, dan had Solvay hierop in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar zeker gewezen; voorts zou zij er groot belang bij hebben gehad, die documenten aan verzoekster te doen toekomen. In elk geval zou moeten worden aangetoond, dat het niet bekend maken van stukken voor verzoekster van wezenlijk belang had kunnen zijn. In dit verband was voor verzoekster de grote vraag, waarom zij zelf geen natriumcarbonaat in continentaal West-Europa verkocht. Het valt moeilijk in te zien, waarom andere producenten beter van de werkelijke redenen voor haar gedragslijn op de hoogte zouden zijn geweest dan zijzelf. Ten aanzien van de redenen waarom andere continentale producenten (behalve Solvay) niet in het Verenigd Koninkrijk verkochten, heeft verzoekster zelf in de loop van de procedure verklaard, dat de documenten van dit type zonder belang waren.

58 In antwoord op enkele schriftelijke vragen van het Gerecht heeft de Commissie verklaard, dat de uitdrukking „toegang tot het dossier", die in de relevante wettelijke regeling niet wordt gebruikt, betekent dat de betrokken onderneming het recht heeft te worden gehoord over de tegen haar geformuleerde grieven, zoals blijkt uit het arrest van het Gerecht van 18 december 1992 (gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2667, r. o. 38). De belangrijkste voorwaarde moet dus volgens de Commissie zijn, dat deze onderneming kennis heeft genomen van de tegen haar ingebrachte bezwaren en de door de Commissie tot staving van die bezwaren gebruikte bewijsmiddelen. Een andere vraag zou zijn, of de onderneming kennis heeft genomen van andere documenten, die niet als bewijsmiddel zijn gebruikt. In zijn arrest Hercules

Chemicals (reeds aangehaald) heeft het Gerecht aanvaard, dat de Commissie kon worden verplicht, andere documenten mee te delen, onder voorbehoud van vertrouwelijkheid, welke redenering berustte op de uitlatingen van de Commissie in haar Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid. Aangezien de onderhavige procedure echter is ingeleid in maart 1990, bijna een jaar na de publikatie van het Achttiende verslag over het mededingingsbeleid, geldt in casu niet meer de regel die de Commissie in het Twaalfde verslag heeft opgelegd, maar die welke voor dergelijke gevallen is neergelegd in het Achttiende verslag. In die omstandigheden kon niemand verwachten, dat de Commissie zich niet zou houden aan haar meest recente verklaringen, die specifiek betrekking hadden op de problematiek van de publikatie van stukken in procedures waarin meerdere ondernemingen betrokken zijn.

59 De Commissie heeft betoogd, dat men er niet van uit mag gaan, dat in elke krachtens artikel 85 of 86 van het Verdrag ingeleide procedure een concreet dossier bestaat, waarin zich alle in die zaak verzamelde documenten bevinden, en dat „toegang tot het dossier" betekent het recht dit „dossier" te lezen en het in extenso te kopiëren (behoudens uitzonderingen voor vertrouwelijke documenten). De vraag wat de term „dossier" betekent, kan op twee manieren worden benaderd:

— De eerste benadering, die volgens de Commissie de juiste is, houdt in dat onder „het dossier" wordt verstaan de documenten waarop de te geven beschikking berust. De kernvraag is dan, of de onderneming toegang heeft gehad tot het volledige dossier, en dus, of de Commissie in het dossier alle stukken heeft opgenomen die de onderneming in staat moeten stellen, haar recht om te worden gehoord uit te oefenen. Volgens deze opvatting bestaat het dossier op het moment waarop de beschikking wordt gegeven, uit de mededeling van de punten van bezwaar, de documenten waarop de Commissie zich tot staving van haar bezwaren tegen de onderneming in de mededeling van de punten van bezwaar baseert, alsmede alle gegevens waarop de Commissie zich niet baseert, maar die de aangeklaagde onderneming klaarblijkelijk disculperen. Alle overige gegevens die de Commissie tijdens haar onderzoek heeft bemachtigd, maar die niet in een van deze categorieën vallen, maken geen deel uit van het dossier, zodat het er niet toe doet of de onderneming er toegang toe heeft gehad.

— De tweede benadering houdt in, dat „het dossier" alles is wat de Commissie tijdens haar onderzoek heeft bemachtigd, zelfs indien dit niet is gebruikt ter onderbouwing van de mededeling van de punten van bezwaar. Ingevolge artikel 20 van verordening nr. 17 en de uitspraak in de zaak Hercules Chemicals (reeds aangehaald) zijn er evenwel stukken die de onderneming niet mag inzien, omdat de Commissie gehouden is hierin geen inzage te verlenen. In de praktijk betekent dit, dat de onderneming toegang heeft tot dezelfde documenten als in de eerste benadering.

60 De Commissie heeft vervolgens beklemtoond, dat er twee methoden bestaan om toegang tot het dossier te verlenen:

— Allereerst kan zij de mededeling van de punten van bezwaar verzenden en vervolgens de data vaststellen waarop de onderneming de stukken waartoe haar toegang wordt verleend, kan raadplegen. Daartoe kan het inderdaad zinvol zijn om tegelijk met de mededeling van de punten van bezwaar te beschikken over een lijst van stukken, zodat de betrokkenen zich vooraf een beeld kunnen vormen van wat zij al dan niet kunnen inzien. In het arrest BPB Industries en British Gypsum (reeds aangehaald, r. o. 29) heeft het Gerecht onder aanhaling van het Twaalfde verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid naar deze methode verwezen.

— Ook kunnen de stukken met de mededeling van de punten van bezwaar worden meegezonden. In dat geval behoeft de onderneming niet meer over een lijst van stukken te beschikken. Zij beschikt reeds over alles wat zij zou willen raadplegen. Het verschaffen van een lijst is dus slechts een vervangende oplossing voor het meezenden van stukken met de mededeling van de punten van bezwaar.

61 Meer in het bijzonder met betrekking tot de onderhavige zaak wijst de Commissie erop, dat verzoekster onmiddellijk in kennis is gesteld van het materiaal waarop de Commissie zich baseerde, aangezien zij ervoor had gekozen de relevante bewijsstukken te zamen met de mededeling van de punten van bezwaar te versturen. Verzoekster zou derhalve „toegang tot het dossier" hebben gehad. Noch verzoekster,

noch Solvay hebben evenwel de mogelijkheid gehad al het door de Commissie verzamelde materiaal te bestuderen, hetzij omdat het niet relevant was, hetzij omdat het vertrouwelijke informatie bevatte. Bovendien was er geen reden om andere documenten dan die welke met de mededeling van de punten van bezwaar zijn meegezonden, aan verzoekster mee te delen, tenzij deze had aangetoond dat dit document voor een onderdeel van de zaak van belang was, hetgeen de Commissie een aanwijzing zou hebben gegeven waarnaar zij moest zoeken. Ten slotte heeft verzoekster nooit specifiek verzocht, de bij Solvay in beslag genomen stukken te mogen inzien; met name heeft zij geen argumenten naar voren gebracht betreffende de consequenties die een misbruik door Solvay van haar eventuele machtspositie op de continentale markt zou hebben voor de beoordeling van de tegen haarzelf in aanmerking genomen bewijzen.

62 De Commissie voegt hieraan toe, dat de stukken die bij verzoekster en andere ondernemingen in beslag zijn genomen in casu tientallen ordners vullen, met elk ongeveer 200 bladzijden. Die stukken zijn gerangschikt naar de plaats waar zij zijn aangetroffen en niet naar gelang zij relevant waren uit hoofde van artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag. Het gaat hier om de volgende „dossiers":

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

ii) dossiers 2-14: Solvay, Brussel,

iii) dossiers 15-19: Rhône-Poulenc,

iv) dossiers 20-23: CFK,

v) dossiers 24-27: Deutsche Solvay Werke,

vi) dossiers 28-30: Matthes & Weber,

vii) dossiers 31-38: AKZO,

viii) dossiers 39-49: ICI,

ix) dossiers 50-52: Solvay Spanje,

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

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

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

63 De Commissie heeft erkend, dat zij geen lijst heeft opgesteld van alle stukken betreffende verzoekster. Zij meent evenwel, dat dit verzoekster geen ongerief oplevert. Een dergelijke lijst was in dit geval immers overbodig. Nagenoeg alle in de

procedure krachtens artikel 86 van het Verdrag gebruikte documenten waren afkomstig van verzoekster, die voorzichtigheidshalve uiteraard over kopieën beschikte.

64 In dit verband heeft de Commissie erop gewezen, dat lijsten van documenten, wanneer deze worden opgesteld, niet gedetailleerd zijn. Zo in casu een dergelijke lijst was opgesteld, zou deze verzoekster van geen enkel nut zijn geweest: hooguit zou zij een aantal rubrieken of paginanummers hebben bevat, met een zeer beknopte indicatie van de aard van het desbetreffende document. Overigens was de inhoud van de dossiers 39-49 aan verzoekster bekend, aangezien het haar eigen stukken betrof. Ook van de andere dossiers was de inhoud haar bekend, althans voor zover de Commissie zich tot staving van haar bezwaren tegen verzoekster op documenten in die dossiers had gebaseerd en zij deze dus bij de mededeling van de punten van bezwaar had gevoegd. Voor de overige stukken, die een vertrouwelijk karakter hadden overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 17, was een uitdrukkelijk verzoek om vertrouwelijke behandeling ingediend, door verzoekster bij brief van 13 april 1989 en door Solvay bij brief van 27 april 1989. Verzoekster had deze derhalve niet kunnen bestuderen, ongeacht of zij een lijst van stukken had gekregen. Ten slotte had de Commissie verzoekster in haar brief van 31 mei 1990 meegedeeld, welke ondernemingen zij had bezocht, zodat niets haar belette, deze ondernemingen rechtstreeks te benaderen indien zij meende, dat zij over documenten beschikten die voor haar verdediging dienstig konden zijn.

Beoordeling door het Gerecht

De ontvankelijkheid en de draagwijdte van het middel

65 Al aanstonds zij vastgesteld, dat het middel ontleend aan de weigering om verzoekster toegang tot het dossier te verlenen, in drie onderdelen moet worden gesplitst.

Verzoekster verklaart immers enerzijds, dat zij geen inzage heeft gehad in de stukken met nummer IV, die bij het vierde deel van de krachtens artikel 86 van het Verdrag aan Solvay gerichte mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd, terwijl toch op grond van het verband tussen de krachtens artikel 86 en de krachtens artikel 85 door de Commissie geformuleerde bezwaren, de op de procedure krachtens artikel 86 betrekking hebbende stukken relevant konden zijn voor haar verdediging, aangezien de effecten van de twee vermeende inbreuken elkaar grotendeels overlapten (zie met name punten 8.9, 8.10 en 14.3.7 van het verzoekschrift). Anderzijds stelt verzoekster, dat zij geen toegang heeft gehad tot de onderdelen van het dossier die andere van Solvay afkomstige stukken bevatten die voor haar verdediging dienstig hadden kunnen zijn (zie punten 2.8.3 en 2.8.7 van het verzoekschrift).

66 Ten slotte beweert verzoekster, dat de andere communautaire natriumcarbonaatproducenten evenmin als Solvay ooit natriumcarbonaat naar het Verenigd Koninkrijk hebben uitgevoerd. Uit de van die producenten afkomstige stukken zouden de met de prijzen of de kosten verband houdende redenen kunnen blijken, waarom zij van dergelijke verkopen hebben afgezien. Die documenten konden dus, aldus verzoekster, relevant zijn om zich te verweren tegen de tegen haar ingebrachte grief dat zij met Solvay heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij beide ondernemingen zich ervan zouden hebben onthouden, hun produkten uit te voeren naar respectievelijk continentaal West-Europa en het Verenigd Koninkrijk (zie met name punten 2.8.3 en 2.8.7 van het verzoekschrift).

67 In het kader van elk der onderdelen van het middel betoogt verzoekster, dat de Commissie haar zelfs geen lijst heeft verstrekt van de stukken waaruit het dossier bestond (zie punt 2.8.2 van het verzoekschrift).

68 Anders dan de Commissie, die hierover haar twijfel heeft geuit, is het Gerecht van oordeel dat deze — in repliek en ter terechtzitting nader uitgewerkte — indicaties voldoen aan de vereisten van een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen, zoals het inleidend verzoekschrift die moet bevatten krachtens artikel 19, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG en artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, die ten tijde van de instelling van het beroep toepasselijk waren.

Ten gronde

69 Het Gerecht herinnert eraan, dat de toegang tot het dossier in mededingingszaken is bedoeld om degenen tot wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar is gekomen. De toegang tot het dossier is dus één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging (arresten Cimenteries CBR, reeds aangehaald, r. o. 38, en BPB Industries en British Gypsum, reeds aangehaald, r. o. 30). De eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke procedure die tot de oplegging van sancties kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat onder alle omstandigheden, ook in een administratieve procedure, in acht moet worden genomen. De daadwerkelijke eerbiediging van dit algemene beginsel vereist, dat de betrokken onderneming reeds tijdens de administratieve procedure naar behoren haar standpunt kenbaar heeft kunnen maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de door de Commissie gestelde feiten, grieven en omstandigheden (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 9 en 11).

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

— De bezwaren en bewijsmiddelen van de Commissie

71 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld, dat het in de mededeling van de punten van bezwaar geformuleerde verwijt aldus kan worden samengevat, dat verzoekster en Solvay zich op zijn minst vanaf 1 januari 1973 schuldig

hebben gemaakt aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging, door in onderling overleg de naleving voort te zetten van een eerdere mededingingsregeling waarbij zij hun respectieve verkoopgebieden voor natriumcarbonaat hadden vastgesteld, en door zich van onderlinge mededinging te onthouden. De Commissie heeft erkend, dat zij niet over rechtstreekse bewijzen beschikt voor het bestaan van een uitdrukkelijke overeenkomst tussen verzoekster en Solvay, maar is van mening dat er ruimschoots bewijzen voor samenspanning voorhanden zijn waaruit kan worden afgeleid, dat zij de oorspronkelijke mededingingsregeling, genaamd „Page 1 000" en tot stand gekomen in 1949, zijn blijven uitvoeren in de vorm van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Uit het bewijsmateriaal blijkt namelijk, dat

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

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

72 Eveneens in de mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie als „een ander belangrijk aspect van de nauwe band" tussen verzoekster en Solvay aangemerkt het bestaan van „coproducenten-" en „aankoop voor wederverkoop-" overeenkomsten, die tot doel hadden verzoekster te helpen haar leveringsverplichtingen in de periode van 1983 tot 1989 na te komen. De Commissie heeft die overeenkomsten als zodanig evenwel niet als afzonderlijke inbreuken beschouwd.

73 Voorts heeft de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar beklemtoond, dat de markt voor natriumcarbonaat in West-Europa ten tijde van de feiten nog altijd werd gekenmerkt door een verdeling langs nationale lijnen, waarbij de

fabrikanten de neiging vertoonden, hun verkopen vooral op die Lid-Staten te richten waar zij produktie-installaties bezaten. Met name was er geen sprake van importen van Solvay, noch van enige andere producent van de Gemeenschap, die verzoekster in het Verenigd Koninkrijk concurrentie konden aandoen. Dit was het beginsel van de „thuismarkt" (home market). De mededeling van de punten van bezwaar verwijst in dit verband naar stukken die betrekking hebben op of afkomstig zijn van andere producenten (blz. 11 en 12, documenten II.18-II.24), en waaruit blijkt, dat alle natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap dit beginsel, dat voor verzoekster en Solvay overigens in 1982 nog steeds gold, jarenlang hebben aanvaard. Ofschoon er zekere aanwijzingen bestaan dat Solvay en AKZO in 1982 een overeenkomst hebben gesloten over de activiteiten van AKZO op het gebied van natriumcarbonaat in Duitsland (bijlage II.21 bij de mededeling van de punten van bezwaar), werden die gegevens niet toereikend geacht om de inleiding van een procedure krachtens artikel 85 van het Verdrag tegen Solvay en AKZO te rechtvaardigen.

74 Ten bewijze van deze grieven heeft de Commissie bij de aan verzoekster gerichte mededeling van de punten van bezwaar een reeks stukken gevoegd met nummer II. Slechts drie van die documenten (II.35, II.36 en II.38) zijn, althans gedeeltelijk, identiek aan stukken met nummer IV die in de tegen Solvay ingeleide procedure krachtens artikel 86 zijn gebruikt (IV.28, IV.29 en IV.30). Alle andere stukken met nummer IV zijn derhalve niet aan verzoekster overgelegd.

75 Wat in de tweede plaats de in de aangevochten beschikking aangevoerde bezwaren betreft, moet eraan worden herinnerd, dat volgens artikel 1 van de beschikking de onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft geduurd van 1 januari 1973 tot op zijn minst de inleiding van de procedure. Ten bewijze van deze onderling afgestemde feitelijke gedraging baseert de Commissie zich in paragraaf 58 van de beschikking in wezen op een combinatie van zeven factoren. Blijkens deze passage in de beschikking, zoals deze door de Commissie zelf ter terechtzitting voor het Gerecht is gepreciseerd, kunnen deze factoren als volgt in vier punten worden samengevat:

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

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

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

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

Daarnaast verwijst paragraaf 29 van de beschikking naar documenten die bij verschillende producenten in beslag genomen zijn ten bewijze dat de regel van de „thuismarkt" werd geëerbiedigd.

— De verdediging van verzoekster

76 Teneinde na te gaan, of de mogelijkheden voor verzoekster om zich tegen die grieven te verdedigen nadelig zijn beïnvloed, moet allereerst eraan worden herinnerd, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt gekenmerkt door de omstandigheid, dat zij de risico's van onderlinge concurrentie vervangt door een samenwerking tussen de ondernemingen, die de onzekerheden van elke onderneming omtrent het toekomstige gedrag van haar concurrenten vermindert (zie arrest Hof van 31 maart 1993, gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö e. a., Jurispr. 1993, blz. I-1307, r. o. 62-65).

77 Te harer verdediging heeft verzoekster in hoofdzaak aangevoerd, dat haar gedrag werd verklaard door een autonoom commercieel beleid, en dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve niet was aangetoond. Dit verweer is reeds te vinden in het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar (zie de „defence" van 31 mei 1990, blz. 19 e. v., hiervoor, r. o. 12). Het is herhaald in de vóór de hoorzitting ingediende opmerkingen („article 85 presentation", blz. 3 e. v., hiervoor, r. o. 13) en tijdens de hoorzitting van 25 en 26 juni 1990 zelf (blz. 9 e. v. van de notulen). Voor het Gerecht is dit verweer herhaald in het kader van een middel gericht tegen de beoordeling van het bewijsmateriaal door de Commissie in de bestreden beschikking.

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

79 In deze context heeft de Commissie in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht uiteengezet, dat vooral te rade moest worden gegaan met de bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegde bewijzen die dateren van vóór 1973, namelijk de oude overeenkomsten tot verdeling van de markt, in het bijzonder de zogeheten „Page 1 000"-overeenkomst; die bewijzen zouden kunnen worden gebruikt tot staving van een gestelde latere inbreuk. De periode 1962-1973 heeft zij niet in geding gebracht, voornamelijk omdat het Verenigd Koninkrijk in die periode geen lid was van de Gemeenschap en de eventuele vaststelling van een inbreuk een andere analyse van de gevolgen voor het handelsverkeer binnen de Gemeenschap zou hebben vereist.

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

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

82 Dienaangaande moet er evenwel aan worden herinnerd, dat de zaak EMI Records, waarvan het Hof kennis nam krachtens artikel 177 van het Verdrag, niet een procedure betreft als de thans in geding zijnde, die de Commissie heeft ingeleid op grond van verordening nr. 17 en die is afgesloten met de oplegging van een geldboete. Voorts wordt de zaak EMI Records niet gekenmerkt door een periode van tien jaar tijdens welke de voor het overige verweten gedragingen niet aan de orde waren gesteld en waarin het vermoeden van onschuld derhalve in het voordeel van de betrokken onderneming werkt. Integendeel, het ging om een voor een nationale rechter aanhangig geschil tussen twee houders van een merk, dat betrekking had

op de omvang van hun rechten gelet op de mededingingsvoorschriften en niet de oplegging van een geldboete betrof. Het Gerecht is daarom van oordeel, dat de door de Commissie ingeroepen overwegingen die aan het arrest EMI Records ten grondslag liggen, voor de beslechting van het onderhavige geschil geen toepassing kunnen vinden.

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

84 Wat de bewijsmiddelen betreft die rechtstreeks betrekking hebben op de jaren waarin de onderling afgestemde feitelijke gedraging — volgens de Commissie — heeft plaatsgevonden, moet worden vastgesteld, dat de „aankopen voor wederverkopen" van verzoekster bij Solvay tussen 1983 en 1989 moeten worden gesitueerd. Verzoekster heeft evenwel bestreden, dat die overeenkomsten het bewijs vormen van onwettige contacten met Solvay, aangezien zij dezelfde aankopen had gedaan bij andere producenten, zoals AKZO, welke contacten evenwel niet door de Commissie in geding zouden zijn gebracht. Het ging dus volgens verzoekster om volstrekt normale handelstransacties. Bovendien heeft de Commissie zelf verklaard, dat die „aankoop voor wederverkoop-overeenkomsten" op zichzelf geen afzonderlijke inbreuken zijn (voetnoot 1 bij paragraaf 58 van de beschikking). Daar komt bij, dat er stukken zijn waaruit blijkt dat er vergaderingen tussen verzoekster en Solvay hebben plaatsgevonden tussen 1985 en 1988 (zie paragraaf 30 van de beschikking en de stukken met nrs. II.30-II.42). Voor de periode waarin de inbreuk — volgens de Commissie — is begonnen, zijn er geen stukken betreffende

vergaderingen. Het is op zijn minst discutabel, in een dergelijke situatie op grond van stukken uit een latere periode aan te nemen, dat de inbreuk reeds bijna tien jaar eerder is begonnen, te meer daar document II.5 van 10 september 1982 melding maakt van een nieuw evenwicht in de betrekkingen („new arms length relationship") tussen verzoekster en Solvay, hetgeen de hypothese van een onderling afgestemde feitelijke gedraging zou kunnen verzwakken.

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

86 Wegens het zwakke bewijsmateriaal betreffende met name 1973 en de eerste jaren daarna, had de Commissie derhalve, om de verzoekster verweten onderling afgestemde feitelijke gedraging genoegzaam te bewijzen, reeds in de fase van de mededeling van de punten van bezwaar moeten overgaan tot een diepgaande globale economische beoordeling van met name de betrokken markt alsook van het belang en het gedrag van de op die markt opererende ondernemingen. Om volledig, objectief en evenwichtig te zijn, had die beoordeling evenwel absoluut rekening moeten houden met de sterke posities die verzoekster en Solvay op de respectieve geografische markten innamen, met de klantenbindingspraktijken die hun in het kader van de krachtens artikel 86 van het Verdrag ingeleide procedures zijn verweten, en met het gedrag van de andere natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap op de continentale markt.

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

87 Het Gerecht is met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel van oordeel, dat naar uit het voorgaande blijkt, een deel van de niet aan verzoekster overgelegde stukken met nummer IV haar verdediging kon staven. De stukken betreffende de gestelde klantenbinding door Solvay konden eventueel dienen om voor het aan verzoekster verweten parallelle en passieve gedrag een andere verklaring te geven dan een onwettige onderling afgestemde feitelijke gedraging. In de context van een markt waarvan de structuren, in het bijzonder de vestiging van de produktieplaatsen nabij de plaatsen waar het natriumcarbonaat door de afnemers wordt verwerkt, zich sinds de vorige eeuw hadden ontwikkeld en waar de transportkosten kennelijk een belangrijke rol speelden, konden de stukken waaruit bleek van een eventuele klantenbinding door Solvay via een uitgewerkt stelsel van kortingen, door verzoekster worden gebruikt om de bewering van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te ontzenuwen. Die stukken konden eventueel aantonen, dat het aan verzoekster verweten passieve gedrag berustte op autonome beslissingen, die waren ingegeven door de moeilijkheid, binnen te dringen op een markt die ontoegankelijk was gemaakt door een onderneming met een machtspositie. Deze analyse vindt steun in de overweging, dat sommige bewijsmiddelen waarop de Commissie zich baseert, mogelijk niet de bewijskracht hadden die de Commissie eraan heeft toegekend, althans een minder grote (zie hiervoor, r. o. 79 en 81). Verzoekster heeft immers in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht, dus na de administratieve procedure, uiteengezet, dat de machtspositie van Solvay op de continentale markt „duidelijk een belangrijke rol heeft gespeeld bij de eenzijdige beslissing" van verzoekster om geen „actieve verkoopstrategie" voor die markt te entameren.

88 De Commissie verwijt Solvay slechts misbruik te hebben gemaakt van haar machtspositie vanaf 1983. Zij meent zelf echter, dat deze machtspositie van Solvay rechtstreeks in het verlengde lag van de sterke positie die was opgebouwd door de marktverdelingsovereenkomsten van vóór 1973; voorts wordt in beschikking 91/299 uitdrukkelijk verwezen naar factoren waaruit de economisch sterke positie van Solvay blijkt en die dateren van vóór 1983, zoals bij voorbeeld de contractuele

banden van Solvay met de grote Belgische glasproducenten „tot 1978" of het ingrijpen door de Belgische regering in januari 1978 ten gunste van Solvay (zie hiervoor, r. o. 16).

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

90 Hieraan moet stellig worden toegevoegd, dat verzoekster op de hoogte was van de sterke positie van Solvay op de continentale markt [zie de verklaring op blz. 10 van de notulen van de hoorzitting: „Solvay (is) by far the largest (producer) in the EEC" — „Solvay is verreweg de grootste producent in de EEG"], en ook van het feit dat tegen Solvay een parallelle procedure ingevolge artikel 86 was ingeleid. In punt 3 van de samenvatting van de bezwaarpunten aan het begin van de mededeling van de punten van bezwaar wordt immers gewag gemaakt van het feit, dat deze procedure tegen Solvay is ingeleid en ook van het tegen haar stelsel van getrouwheidskortingen en bonussen ingebrachte bezwaar. Deze omstandigheden ontkrachten evenwel niet de vaststelling, dat althans sommige documenten met nummer IV voor haar verdediging dienstig konden zijn.

91 In dit verband merkt de Commissie onder verwijzing naar haar brief van 31 mei 1990 op, dat haar ambtenaren zelf alle in haar bezit zijnde documenten een- en andermaal hebben onderzocht, zonder echter iets te hebben ontdekt dat verzoekster kon disculperen, zodat het geen zin had gehad, deze vrij te geven of een lijst daarvan te verschaffen. In het kader van de in verordening nr. 17 geregelde procedure op tegenspraak is het evenwel niet alleen aan de Commissie om uit te maken,

welke documenten voor de verdediging dienstig zijn. Wanneer het immers, zoals in casu, gaat om moeilijke en ingewikkelde economische beoordelingen, moet de Commissie de raadslieden van de betrokken onderneming de mogelijkheid geven, de eventueel relevante stukken te onderzoeken teneinde de bewijskracht ervan voor de verdediging te beoordelen.

92 Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van parallelle gedragingen, die worden gekenmerkt door een complex van in principe neutrale handelingen, en waarbij documenten kunnen worden uitgelegd in een zin die evengoed gunstig als ongunstig kan zijn voor de betrokken ondernemingen. In dergelijke omstandigheden, zo meent het Gerecht, moet worden voorkomen dat een eventuele fout van ambtenaren van de Commissie, wanneer zij een bepaald document als „neutraal" aanmerken zodat het niet aan de ondernemingen behoeft te worden bekendgemaakt, de verdediging van die ondernemingen nadelig kan beïnvloeden. Het tegendeel, dat door de Commissie wordt verdedigd, zou tot gevolg hebben dat een dergelijke fout niet tijdig, dat wil zeggen vóór de beschikking van de Commissie, zou kunnen worden ontdekt, behoudens in het uitzonderlijke geval van spontane samenwerking tussen de betrokken ondernemingen. Een en ander zou onaanvaardbare risico's voor een goede rechtspleging zou opleveren (zie hierna, r. o. 96).

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

94 In casu mocht de Commissie derhalve niet overgaan tot ontkoppeling van de bewijsmiddelen — die betreffende de krachtens artikel 85 verweten inbreuk en die betreffende artikel 86 — in de mededeling van de punten van bezwaar, welke ontkoppeling bij de latere instructie en bij het overleg van het college van Commissieleden is voortgezet, met als gevolg dat meerdere afzonderlijke beschikkingen zijn gegeven. Door deze gang van zaken heeft verzoekster de stukken met nummer IV die alleen tegen Solvay zijn gebruikt, niet kunnen onderzoeken. Bijgevolg heeft de Commissie reeds bij de mededeling van de punten van bezwaar, behoudens de hierna te onderzoeken tegenwerpingen, verzoeksters rechten van de verdediging geschonden, door stukken waarover zij beschikte en die eventueel voor verzoeksters verdediging dienstig konden zijn, van de procedure uit te sluiten. Een dergelijke schending van de rechten van de verdediging heeft bovendien een objectief karakter en staat los van de goede of de kwade trouw van de ambtenaren van de Commissie.

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

96 Derhalve is het voor de schending van de rechten van de verdediging zonder belang, dat verzoekster en Solvay in zekere mate stukken hebben uitgewisseld, eerst tijdens de administratieve procedure, toen verzoekster inderdaad enkele stukken aan Solvay heeft gezonden (zie r. o. 12 van het arrest van heden, zaak T-30/91, Solvay, Jurispr. 1995, blz. II-1775), en vooral vanaf het tijdstip waarop de twee ondernemingen op de betrokken markt geen concurrenten meer waren, dat wil zeggen eind 1991. Een dergelijke samenwerking tussen ondernemingen, die overigens wisselvallig is, kan in geen geval de Commissie ontheffen van de plicht om tijdens de instructie van een inbreuk op het mededingingsrecht zelf de eerbiediging van de rechten van de verdediging van de betrokken ondernemingen te waarborgen.

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

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

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

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

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

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

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

103 Zo het problemen had opgeleverd, de zakengeheimen van Solvay of andere gevoelige gegevens te beschermen door de vervaardiging van niet-vertrouwelijke versies van alle betrokken documenten, had de Commissie gebruik kunnen maken van de tweede methode en verzoekster een lijst van documenten met nummer IV kunnen toezenden. In dat geval had verzoekster inzage kunnen verlangen in specifieke

documenten in de „dossiers" van de Commissie. Alvorens haar toegang te verlenen tot documenten die eventueel zakengeheimen bevatten, had de Commissie contact kunnen opnemen met Solvay om te bepalen, welke passages gevoelige gegevens betroffen en dus voor verzoekster verborgen moesten blijven. Vervolgens had verzoekster dan toegang kunnen krijgen tot de documenten waaruit de zakengeheimen van Solvay waren verwijderd.

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

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

106 Vervolgens moet worden onderzocht, of een dergelijke schending van de rechten van de verdediging los staat van de manier waarop de betrokken onderneming zich tijdens de administratieve procedure heeft gedragen en of die onderneming verplicht was, de Commissie te verzoeken haar toegang tot het dossier te verlenen dan wel haar bepaalde stukken te doen toekomen. In dit verband moet worden opgemerkt, dat noch verordening nr. 17, noch verordening nr. 99/63/EEG van de

Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268) bepaalt, dat vooraf een dergelijk verzoek moet worden ingediend, of dat de rechten van de verdediging vervallen indien dit achterwege blijft. In casu staat vast, dat verzoekster in elk geval tijdens de administratieve procedure, in haar brief van 23 mei 1990, een verzoek om „toegang tot het dossier" en overlegging van een lijst heeft ingediend. Tijdens de hoorzitting is dit verzoek niet onderzocht, daar de raadadviseur-auditeur dit naar de discretie van het Gerecht had verwezen.

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

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

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

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

110 Anders dan bij het onderzoek van het eerste onderdeel van het middel het geval was, kent het Gerecht niet de stukken afkomstig van Solvay welke niet nummer IV hebben, waartoe verzoekster ingevolge de weigering van de Commissie geen toegang heeft gekregen. Verzoekster betoogt evenwel terecht, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer bewezen is, indien de Commissie moet vaststellen dat een van de ondernemingen autonoom is opgetreden, zonder samenspanning met haar vermeende partner. Indien Solvay zich had kunnen disculperen, had de Commissie in casu ook tegen verzoekster geen onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen aannemen. Bijgevolg konden de documenten betreffende de gedragingen van Solvay ook voor verzoeksters verdediging dienstig zijn.

111 Herhaald zij, dat het niet aan de Commissie staat om uit te maken of de in het kader van de instructie van de onderhavige zaken in beslag genomen documenten de betrokken ondernemingen disculpeerden. Het beginsel van procedurele gelijkheid en de wijze waarop dit in mededingingszaken tot uitdrukking komt, namelijk dat de Commissie en de verdediging in gelijke mate over informatie dienen te beschikken, vereisten dat verzoekster de bewijskracht kon beoordelen van de van ICI afkomstige documenten die de Commissie niet bij de mededeling van de punten van bezwaar had gevoegd. Het Gerecht acht het onaanvaardbaar, dat de Commissie over de inbreuk heeft beslist terwijl zij als enige beschikte over de stukken in de „dossiers" 2-14 (Solvay, Brussel), 50-52 (Solvay Spanje) en 59, en dus als enige kon beslissen om deze al dan niet te gebruiken tot staving van de inbreuk, terwijl verzoekster er geen toegang toe had en dus niet de overeenkomstige beslissing kon nemen om de stukken al dan niet voor haar verdediging te gebruiken. Bijgevolg had de Commissie ten minste een voldoende gedetailleerde lijst moeten opstellen om verzoekster in staat te stellen te beoordelen, of het zin had, inzage te vragen in

specifieke stukken van Solvay, die voor de verdediging van de beide partners van de vermeende onderling afgestemde feitelijke gedraging dienstig konden zijn. Aangezien men niet van verzoekster kan verlangen, dat zij de bewijskracht aantoont van de specifieke documenten die Solvay eventueel disculpeerden — en die haar bij gebreke van een lijst onbekend zijn —, moet de mogelijkheid dat dergelijke documenten bestaan voldoende zijn om een schending van de rechten van de verdediging vast te stellen. Daarmee is een tweede schending van de rechten van de verdediging komen vast te staan.

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

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

— Het derde onderdeel van het middel, volgens hetwelk verzoekster geen inzage is verleend in de documenten van andere natriumcarbonaatproducenten in de Gemeenschap

114 Aangaande de toegang tot de „dossiers" die de documenten afkomstig van de andere continentale natriumcarbonaatproducenten bevatten (zie hiervoor, r. o. 62),

herinnert het Gerecht eraan, dat tussen partijen vaststaat, dat die producenten evenmin als Solvay handel hebben gedreven aan de andere kant van het Kanaal, zonder dat de Commissie hen evenwel heeft verweten, te hebben deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging, en ook al stelt zij zowel in de mededeling van de punten van bezwaar als in de punten 28 en 29 van de beschikking vast, dat er sprake was van een „thuismarktbeginsel", dat tot de jaren zeventig door alle producenten strikt werd geëerbiedigd. Zij verwijst daartoe in de mededeling van de punten van bezwaar en haar beschikking naar bij „verscheidene" producenten verkregen stukken.

115 Nu de praktijken van de andere producenten niet in het geding zijn gebracht, kan het Gerecht niet uitsluiten, dat die producenten hun verkopen van natriumcarbonaat om autonome, objectieve en geoorloofde economische redenen tot continentaal West-Europa hebben beperkt. Op grond van dezelfde redenering kan het Gerecht constateren, dat niet valt uit te sluiten dat de identieke commerciële strategie van Solvay door soortgelijke redenen is ingegeven. In dat geval zou voor het parallelle en passieve gedrag van Solvay in de zin van eerdergenoemd arrest Ahlström Osakeyhtiö een andere verklaring kunnen worden gegeven dan een voorafgaande afstemming met verzoekster. Dan zou het verwijt van een onderling afgestemd optreden tegenover verzoekster evenmin kunnen worden volgehouden. Aldus bezien hadden de documenten betreffende het gedrag van de andere producenten derhalve ook voor verzoeksters verdediging dienstig kunnen zijn.

116 Blijkens de overwegingen inzake het eerste en tweede onderdeel van het middel had de Commissie in de specifieke omstandigheden van het onderhavige geval ook een lijst kunnen opstellen van de documenten die in de in rechtsoverweging 62 genoemde „dossiers" van de andere producenten voorkwamen. Nogmaals dient te worden vastgesteld, dat de Commissie over die documenten beschikte en dat, ook indien zij had besloten deze niet ten bewijze van de inbreuk te gebruiken, de procedurele gelijkheid niettemin vereiste, dat verzoekster de gelegenheid kreeg de overeenkomstige beslissing te nemen om deze al dan niet voor haar verdediging te gebruiken.

117 Voorts moet worden opgemerkt, dat sommige stukken die betrekking hadden op of afkomstig waren van andere producenten, door de Commissie als bewijsmiddel zijn gebruikt. In die omstandigheden had verzoekster het recht, op zijn minst een

lijst te vragen van de andere stukken in de betrokken dossiers, teneinde eventueel na te gaan wat precies de inhoud daarvan was en of zij voor haar verdediging dienstig konden zijn. In het bijzonder had zij recht op toegang tot de van AKZO afkomstige dossiers 31-38 en 53-58, aangezien de relaties tussen Solvay en AKZO in paragraaf 29 van de beschikking onder de loep zijn genomen om aan te tonen, dat het „thuismarktbeginsel" was geëerbiedigd, een van de argumenten die de Commissie heeft gebruikt om de inbreuk te bewijzen. Door haar weigering om een lijst te verschaffen, heeft de Commissie verzoeksters rechten van de verdediging derhalve geschonden. Aangezien van verzoekster niet kan worden gevergd, op basis van stukken die haar wegens het ontbreken van een lijst onbekend zijn, aan te tonen dat een onderneming als AKZO of Matthes & Weber de autonome beslissing heeft genomen om niet naar het Verenigd Koninkrijk te exporteren, en aangezien de economische context van een dergelijke autonome beslissing ook op Solvay kan worden toegepast, moet de mogelijkheid dat dergelijke documenten bestaan, volstaan om een schending van de rechten van de verdediging te constateren. Daarmee is een derde schending van de rechten van de verdediging komen vast te staan.

118 Mitsdien moet het middel ontleend aan schending van de rechten van de verdediging in zijn drie onderdelen worden aanvaard en de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover zij verzoekster treft, zonder dat behoeft te worden ingegaan op de subsidiaire conclusies van verzoekster, strekkende tot het verkrijgen van instructiemaatregelen opdat de dossiers door haar raadslieden of het Gerecht kunnen worden onderzocht. Evenmin behoeven de andere tot staving van de conclusies tot nietigverklaring opgeworpen middelen te worden onderzocht, in het bijzonder het middel ontleend aan een gebrek aan objectiviteit, dat zou moeten blijken uit weglatingen uit de documenten die bij het tweede deel van de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd, het middel volgens hetwelk de bewijzen tot staving van bepaalde constateringen in de beschikking niet aan verzoekster zijn meegedeeld, en het middel ontleend aan onregelmatigheid van de authentisatie van de aangevochten beschikking, dat geen betrekking heeft op de gehele administratieve procedure voor de Commissie (zie ten aanzien van dit laatste het arrest van heden, zaak T-32/91, Solvay, Jurispr. 1995, blz. II-1825).

Kosten

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

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

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

rechtdoende:

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

2) Verwijst de Commissie in de kosten.

Cruz Vilaça Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 juni 1995.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça