CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 18 mei 1989 *

Inhoud

I — Het ontbreken van een tot CdF Chimie SA gericht voorafgaand verzoek om inlichtingen ... 3302

II — De bestreden beschikkingen als „mededelingen van punten van bezwaar" ... 3308

III — Het onrechtmatig gebruik van de bevoegdheid om inlichtingen in te winnen ... 3314

IV — De noodzakelijkheid van de gevraagde inlichtingen ... 3318

V — Het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen ... 3324

VI — Het vermoeden van onschuld en de rechten van CdF Chimie als verdachte ... 3341

VII — De omkering van de bewijslast ... 3341

VIII — Slotbeschouwingen en conclusie ... 3342

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. CdF Chimie SA verzoekt krachtens artikel 173 EEG-Verdrag om nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 9 november 1987, waarbij deze haar krachtens artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (hierna: verordening nr. 17) [1] heeft verzocht bepaalde inlichtingen mee te delen. De Commissie heeft deze beschikking gegeven in het kader van een onderzoek naar het vermoede bestaan van met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag strijdige overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector thermoplastische stoffen, met name voor wat polyethyleen van lage dichtheid (hierna: LdPE) betreft, welk produkt in de Gemeenschap onder meer door CdF Chimie SA wordt vervaardigd en verkocht.

2. Solvay verzoekt eveneens krachtens artikel 173 EEG-Verdrag om nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 24 november 1987, waarbij deze haar krachtens dezelfde bepaling van verordening nr. 17 verzocht bepaalde inlichtingen mee te delen. Ook deze beschikking houdt verband met het onderzoek van de Commissie in de sector thermoplastische stoffen, doch ditmaal met betrekking tot polyvinylchloride (hierna: PVC), een produkt dat in de Gemeenschap met name door Solvay wordt vervaardigd en verkocht.

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

3. De twee beschikkingen van de Commissie, ten aanzien van CdF Chimie SA en Solvay, betreffen niet hetzelfde produkt en dus ook niet dezelfde, eventueel door artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Wel lopen de door de twee ondernemingen aangevoerde middelen zozeer parallel, dat het Hof besloten heeft de twee beroepen tegelijkertijd te behandelen, zodat ik vandaag in de twee zaken tegelijkertijd conclusie neem.

4. Ter verduidelijking van de context van de twee beroepen wijs ik erop, dat het diepgaande onderzoek van de Commissie in de sector thermoplastische stoffen, dat hoofdzakelijk is toegespitst op LdPE en op PVC, na de beschikkingen van november 1987 verder is gegaan. Overigens zijn ook tot andere producenten-verkopers van LdPE en PVC soortgelijke beschikkingen gericht als tot CdF Chimie SA en Solvay. Naar aanleiding van dit onderzoek zijn op 24 maart 1988 twee procedures ingeleid wegens inbreuken op artikel 85, lid 1; de eerste betreffende LdPE [2] en de andere betreffende PVC [3]. Na afloop van deze twee procedures gaf de Commissie op 21 december 1988 twee beschikkingen, waarbij zij voor sommige producenten van LdPE en van PVC inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag vaststelde en hun geldboeten oplegde. Tot die ondernemingen behoren CdF Chimie SA, onder haar nieuwe benaming Orkem SA, voor LdPE en Solvay voor PVC. [4] Zoals bekend, stelde Orkem SA evenals andere ondernemingen op 14 april jongstleden beroep in tot nietigverklaring van de beschikking van 21 december 1988.

5. Voordat de Commissie de litigieuze beschikking van 9 november 1987 tegen CdF Chimie SA gaf, had zij op 20 augustus 1987 een *verzoek* om inlichtingen verzonden als bedoeld in artikel 11, leden 2 en 3, van verordening nr. 17. Van mening dat CdF Chimie SA ten onrechte had geweigerd haar „de meeste van de gevraagde inlichtingen" [5] mee te delen, heeft de Commissie haar krachtens artikel 11, lid 5, bij *beschikking* om inlichtingen verzocht. Zo ook vond de Commissie het onaanvaardbaar dat Solvay in antwoord op haar *verzoek* om inlichtingen van 20 augustus 1987 „geen van de gevraagde inlichtingen ... betreffende producentenbijeenkomsten en vermoede kartelafspraken over verkoopprijzen en quota" [6] heeft meegedeeld, zodat zij bij wege van een beschikking die inlichtingen van de onderneming heeft verlangd.

I — Het ontbreken van een tot CdF Chimie SA gericht voorafgaand verzoek om inlichtingen

6. Aan de omstandigheid dat de procedure van het verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 in twee fasen verloopt, namelijk het gewone *verzoek* om inlichtingen, gevolgd door een verzoek bij *beschikking*, ontleent CdF Chimie SA een primair middel, dat alleen haar betreft. De Commissie heeft weliswaar de beschikking met het verzoek om inlichtingen tot haar gericht, maar niet het „gewone" verzoek, dat aan haar dochteronderneming

2 — Procedure IV/31.866 — LdPE.

3 — Procedure IV/31.865 — PVC.

4 — Beschikkingen 89/191/EEG (PB 1989, L 74, blz. 21) en 89/190/EEG (ibidem, blz. 1).

5 — Bestreden beschikking ten aanzien van CdF Chimie SA, blz. 2.

6 — Bestreden beschikking ten aanzien van Solvay, blz. 2.

CdF Chimie EP was gericht, waardoor volgens haar sprake is van een schending van het EEG-Verdrag en van artikel 11, inzonderheid lid 5 daarvan, van verordening nr. 17.

7. Volgens artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 kan de Commissie ter vervulling van de haar in artikel 89 opgedragen taken, te weten waken „over de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen", „alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen bij de Regeringen en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, alsmede bij ondernemingen en ondernemersverenigingen". Artikel 11, leden 2 tot 4, van verordening nr. 17 bepaalt, aan welke vormvereisten een verzoek om inlichtingen moet voldoen. Indien, aldus artikel 11, lid 5, „een onderneming of ondernemersvereniging de gevraagde inlichtingen niet binnen de door de Commissie gestelde termijn dan wel onvolledig verstrekt, verlangt de Commissie de inlichtingen bij beschikking".

8. In zijn arrest van 26 juni 1980 wees het Hof er uitdrukkelijk op, dat artikel 11 blijkens de tekst

„inderdaad een procedure in twee fasen voorziet, waarvan de tweede, bestaande in de vaststelling door de Commissie van een beschikking waarin ‚de gevraagde inlichtingen worden omschreven', slechts kan worden ingeleid indien de eerste fase — een verzoek aan de ondernemingen of ondernemersverenigingen om inlichtingen — zonder resultaat is gebleven". [7]

9. Met een beroep op dit arrest stelt CdF Chimie SA, dat de litigieuze beschikking onregelmatig is, omdat de eerste fase voor wat haar betreft, werd overgeslagen; zoals gezegd, was het voorafgaande verzoek om inlichtingen namelijk niet aan haar, doch aan CdF Chimie EP gericht.

10. De Commissie reageert hierop met te stellen, dat CdF Chimie EP een 100% dochter van CdF Chimie SA is, dat deze ondernemingen, ook al zijn het twee verschillende rechtspersonen, niettemin deel uitmaken van dezelfde groep en dat volgens de rechtspraak van het Hof, inzonderheid het arrest van 14 juli 1972, ICI/Commissie,

„het feit dat..., gelet op de eigen rechtspersoonlijkheid, in formele zin van twee verschillende vennootschappen sprake is, er niet aan afdoet dat hun marktgedrag, voor wat de toepassing van de mededingingsregelen betreft, als een eenheid moet worden opgevat". [8]

Volgens de Commissie blijkt deze eenheid in marktgedrag vooral uit de omstandigheid, dat CdF Chimie SA en CdF Chimie EP ieder vanaf het begin van het LdPE-onderzoek kennelijk steeds op de hoogte waren van de brieven die de ander van de Commissie ontving, ongeacht aan wie ze formeel waren gericht. Volgens de Commissie, die er bovendien aan herinnert dat volgens de rechtspraak van het Hof een beschikking is betekend wanneer zij op regelmatige wijze binnen het bereik van de adressaat is gekomen, is er dus geen sprake van schending van de twee-fasenprocedure van artikel 11.

7 — Zaak 136/79, National Panasonic, Jurispr. 1980, blz. 2033, r. o. 5.

8 — Zaak 48/69, Jurispr. 1972, blz. 619, r. o. 140.

11. CdF Chimie SA reageert op deze argumenten met de relevantie te betwisten van het begrip eenheid van onderneming, dat het Hof heeft ontwikkeld in verband met de toerekenbaarheid van handelingen van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij; in haar geval gaat het namelijk om een procedurekwestie en niet om een materiële vraag. Zij stelt in wezen, dat de juridische identiteit van een onderneming, ook al is die ten gronde misschien niet beslissend, in procedureel opzicht in ieder geval moet worden geëerbiedigd, zeker wanneer de litigieuze maatregel wordt genomen in een fase van de procedure, waarin absoluut niet mag worden vooruitgelopen op de grond van de zaak, namelijk de eventuele eenheid in gedrag van juridisch onderscheiden ondernemingen. Het in de rechtspraak ontwikkelde begrip „bereik van een onderneming" kan niet van de adressaat van een handeling tot alle andere vennootschappen van een zelfde groep worden uitgebreid zonder het beginsel van de individualiteit en autonomie van de natuurlijke of rechtspersonen te miskennen, dat zowel in de nationale rechtstelsels als in internationale verdragen is erkend.

12. Buiten kijf staat, dat het verzoek om inlichtingen van 20 augustus 1987 formeel tot CdF Chimie EP was gericht en de beschikking van 9 november 1987 tot CdF Chimie SA. Zuiver procedureel gezien, lijkt dit zeker moeilijk te verenigen met artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17. Het lijkt mij evenwel niet overbodig een overzicht te geven van de stappen die de Commissie ten aanzien van CdF Chimie SA en CdF Chimie EP in het kader van haar onderzoek naar overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in verband met LdPE heeft ondernomen.

13. Op 15 januari 1987 geeft de Commissie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 een verificatiebeschikking die is gericht aan „CdF Chimie, Tour Aurore..., Paris La Défense". Haar beschikking betreft twee produkten, LdPE en PVC. Deze beschikking wordt op 20 januari 1987 betekend aan de heer Henwood, secretaris-generaal van CdF Chimie EP.

14. Op 9 april 1987 richt de Commissie krachtens artikel 11, leden 2 tot 4, van verordening nr. 17 een verzoek om inlichtingen, uitsluitend betreffende LdPE, tot „CdF Chimie SA, Tour Aurore..., Paris Défense". Op 6 mei 1987 wordt dit verzoek beantwoord, en wel door CdF Chimie EP, die als postadres „Tour Aurore..., Paris Défense" heeft. De brief begint als volgt: „In bijlage laten wij u de antwoorden toekomen op uw verzoek om inlichtingen van 9 april, dat wij op 15 april 1987 hebben ontvangen."

15. Op 2 juli 1987 geeft de Commissie krachtens artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 een beschikking, waarbij zij CdF Chimie SA, Tour Aurore (enz.) om inlichtingen verzoekt. Op 28 juli 1987 zendt CdF Chimie EP een brief aan de Commissie, die begint met een verwijzing naar „de beschikking van de Commissie van 2 juli 1987, die op 9 juli daaropvolgend is betekend aan CdF Chimie en waarbij zij wordt verzocht binnen drie weken een aantal inlichtingen mee te delen".

16. Op 20 augustus 1987 verstuurt de Commissie een nieuw verzoek om inlichtingen, doch ditmaal aan CdF Chimie EP. Deze antwoordt bij brief van 1 oktober 1987, en op 9 november 1987 geeft de Commissie tegen CdF Chimie SA de beschikking die vandaag ter discussie staat.

17. Uit dit feitenrelaas blijkt — zelfs als wij de eerste stap van de Commissie van 15 januari 1987 buiten beschouwing laten, die formeel „CdF Chimie" zonder de vermelding „SA" of „EP" betrof —, dat een inlichtingenverzoek van 9 april 1987 en vervolgens een inlichtingenverzoek bij beschikking van 2 juli 1987, die beide uitdrukkelijk aan „CdF Chimie SA" waren gericht, telkens door CdF Chimie EP werden beantwoord (respectievelijk op 6 mei en 28 juli 1987). Belangrijk is mijns inziens, dat in die twee antwoorden geen enkele opmerking of voorbehoud wordt gemaakt in de zin van een eventueel tussen CdF Chimie SA en CdF Chimie EP te maken onderscheid. Anders dan misschien ter terechtzitting is verklaard, is overigens vóór de litigieuze beschikking de Commissie niet erop attent gemaakt, dat tussen de twee vennootschappen onderscheid diende te worden gemaakt. In de hele briefwisseling tussen de Commissie en de ene of de andere van de twee vennootschappen wordt voor het eerst een voorbehoud gemaakt in het antwoord van 26 november 1987 van CdF Chimie SA op de litigieuze beschikking van 9 november 1987.

18. Bij de zoëven geschetste feiten en de argumenten van partijen wil ik het volgende opmerken.

19. Ten eerste heeft CdF Chimie SA mijns inziens geen ongelijk waar zij stelt, dat in de onderzoeksfase een eenheid in het gedrag van moeder- en dochtervennootschap op een bepaalde markt niet mag worden vermoed, ook niet wanneer het om een 100% dochtermaatschappij gaat. Weliswaar heeft het Hof verklaard dat

„... de omstandigheid dat de dochteronderneming eigen rechtspersoonlijkheid heeft, de mogelijkheid niet vermag uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend" [9],

doch in een andere zaak, waarin BMW Belgium, 100% dochteronderneming van BMW München, stelde dat het geen ander doel kon nastreven dan door de moedermaatschappij was gesteld, was het Hof van oordeel dat

„de economische afhankelijkheidsverhouding tussen een moedermaatschappij en een dochteronderneming niet uitsluit dat beide een verschillende gedragslijn volgen of zelfs verschillende belangen hebben". [10]

Hieruit valt mijns inziens duidelijk af te leiden, dat de rechtspositie van een 100% dochteronderneming op zich geen grond is om een eenheid in marktgedrag te vermoeden en om op procedureel vlak voorbij te gaan aan de juridische identiteit van de respectieve ondernemingen. In beginsel kan slechts van deze eenheid van gedrag worden uitgegaan, wanneer de Commissie heeft vastgesteld dat dit werkelijk zo is.

20. Niettemin geloof ik eveneens, dat wanneer twee ondernemingen door hun gedrag min of meer constant laten blijken dat zij ten aanzien van de procedurehandelingen van de Commissie uitwisselbaar zijn, geen van deze twee ondernemingen, wanneer zij achteraf formalistische scrupules krijgt, zich op haar juridische identiteit kan beroepen na eerst in aanzienlijke mate tot het vervagen daarvan te hebben bijgedragen. Vóór de litigieuze beschikking van 9 november 1987

9 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215, r. o. 15.

10 — Arrest van 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36-82/78, Jurispr. 1979, blz. 2435, r. o. 24.

hebben CdF Chimie SA en CdF Chimie EP ongetwijfeld voor verwarring gezorgd, of ze althans mogelijk gemaakt, aangezien CdF Chimie EP tot tweemaal toe, en zonder daarvoor enige verklaring te geven, heeft geantwoord op een handeling die aan CdF Chimie SA was gericht. Nu CdF Chimie EP daarover nooit enige opmerking heeft gemaakt, kon de Commissie, die overigens wist dat CdF Chimie EP een 100% dochteronderneming van CdF Chimie SA was en dat de twee vennootschappen op hetzelfde adres waren gehuisvest, op goede gronden ervan uitgaan, dat CdF Chimie EP bevoegd was om zich namens CdF Chimie SA uit te spreken over vragen die de LdPE-markt betroffen, en dat tussen de twee ondernemingen geen onderscheid behoefde te worden gemaakt. Ik wil er overigens op wijzen, dat CdF Chimie EP in haar brief van 28 juli 1987 in antwoord op de beschikking van de Commissie van 2 juli 1987 aan CdF Chimie SA verwijst naar „de beschikking ... van 2 juli 1987, die aan de vennootschap CdF Chimie is betekend". De verwijzing naar „CdF Chimie" kon in dit verband de idee, dat CdF Chimie SA en CdF Chimie EP als het ware één geheel vormden, alleen nog maar versterken.

21. Wat het begrip „bereik van de geadresseerde" betreft, dat het Hof in zijn arrest Alma van 10 december 1957[11] heeft ontwikkeld, ben ik van mening, dat het gedrag van de twee betrokken ondernemingen, waarvan de ene, namelijk CdF Chimie SA, de geadresseerde is van handelingen waarop de andere, CdF Chimie EP, reageert alsof dit normaal en zelfs routine is, de opvatting wettigt dat zij binnen hetzelfde „bereik" vallen. Men kan dan ook stellen, dat een handeling die tot de ene onderneming is gericht, binnen het bereik van de andere komt en omgekeerd.

22. Een dergelijke versoepeling van de procedurele regels lijkt mij in overeenstemming te zijn met de rechtspraak van het Hof, die tot op zekere hoogte de voorrang geeft aan de daadwerkelijke kennis van een beschikking boven de strikt formele regelmatigheid van de betekening ervan. Zo stelde het Hof in het arrest ICI, dat waar verzoekster volledig kennis had gekregen van de inhoud van een beschikking en tijdig van haar beroepsrecht gebruik had gemaakt,

„de vraag of er bij de kennisgeving mogelijk onregelmatigheden zijn begaan, haar belang verliest".[12]

De voorrang van de daadwerkelijke kennis boven de strikte naleving van vormvoorschriften blijkt eveneens uit het arrest Continental Can, waarin het Hof verklaarde dat

„van een beschikking naar behoren, in de zin van het Verdrag, kennis is gegeven, zodra zij is medegedeeld aan degene tot wie zij is gericht en deze in staat is gesteld daarvan kennis te nemen;

dat zulks in casu is geschied, daar Continental van de litigieuze beschikking in feite mededeling heeft ontvangen en aan deze mededeling de werking niet kan ontnemen door zich te beroepen op haar eigen weigering daarvan kennis te nemen".[13]

23. Het Hof zou mijns inziens in de lijn van zijn rechtspraak blijven, wanneer het besliste, dat een dochteronderneming die in de briefwisseling in het kader van een on-

11 — Zaak 8/56, Jurispr. 1957, blz. 193, blz. 201.

12 — Zaak 48/69, reeds aangehaald, r. o. 43.

13 — Zaak 6/72, reeds aangehaald, r. o. 10.

derzoek op grond van verordening nr. 17 bevoegd blijkt om de brieven van de Commissie aan de moedermaatschappij te beantwoorden, binnen het bereik van de moedermaatschappij valt, in de zin van 's Hofs rechtspraak, en dat derhalve in het verdere verloop van de procedure de moedermaatschappij geacht wordt kennis te hebben gehad van de formeel tot de dochtermaatschappij gerichte maatregelen.

24. Bovendien, en ofschoon dit argument slechts bijkomstig is ten opzichte van dat betreffende het bereik van de moedermaatschappij, komt het mij voor dat het begrip „estoppel" uit de common law eraan in de weg staat, dat degene die een feitelijke verwisseling in het leven roept dan wel gedoogt, zich achteraf op de daardoor veroorzaakte proceduregebreken beroept.

25. Ten slotte denk ik dat het Hof niet ongevoelig zal zijn voor het argument van de Commissie, dat de verwisseling van CdF Chimie SA en CdF Chimie EP zelfs tijdens de procedure voor het Hof is blijven bestaan, aangezien het in het antwoord op de schriftelijke vraag van het Hof aan verzoekster CdF Chimie SA heet: „Alvorens de vraag van het Hof te beantwoorden, wil Norsolor erop wijzen..." Nu is Norsolor de nieuwe benaming van CdF Chimie EP, terwijl de vraag van het Hof aan CdF Chimie SA, thans Orkem, was gericht... Mijns inziens, en het Hof zal het daar wellicht mee eens zijn, kan van de Commissie moeilijk worden verwacht, dat zij bij haar procedurehandelingen beter onderscheid weet te maken tussen CdF Chimie SA Orkem en CdF Chimie EP Norsolor dan die twee ondernemingen zelf.

26. Ik stel het Hof derhalve voor aan te nemen, dat CdF Chimie SA kennis heeft gekregen van het tot CdF Chimie EP gerichte verzoek om inlichtingen van 20 augustus 1987, aangezien deze onderneming door haar optreden in de eerdere fase van hetzelfde onderzoek blijkbaar binnen het bereik van de eerste valt. Indien het Hof mij hierin volgt, zal het beslissen, dat aan het in artikel 11, lid 5, gestelde vereiste van een voorafgaand verzoek om inlichtingen is voldaan en dat het primaire middel van CdF Chimie SA ter zake ongegrond is.

27. Ik kom nu tot de bespreking van de middelen van Solvay en CdF Chimie SA (hierna: CdF Chimie), die eigenlijk elkaar dekken. Hoe verschillend die middelen ook mogen lijken, toch draaien ze alle om de rechten van de verdediging in de fase van het onderzoek van de Commissie die poogt gegevens te verzamelen over eventueel bestaande met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Overigens zal het Hof het wellicht met mij eens zijn, dat dit verband niet altijd even helder naar voren komt, want sommige grieven lijken onderling tegenstrijdig of niet consequent onderbouwd te zijn. Zo is niet op het eerste gezicht erg duidelijk, hoe de stelling dat de gevraagde inlichtingen niet noodzakelijk waren omdat de Commissie reeds over voldoende belastende bewijzen tegen de „ondervraagde" ondernemingen beschikte, te verenigen is met de stelling dat de Commissie, door globale en zeer algemene vragen te stellen, heeft gepoogd de bewijslast om te keren, zodat de ondernemingen met hun antwoord op deze zeer indringende vragen genoopt waren zelf het bewijsmateriaal, dat de Commissie niet kon verkrijgen, bijeen te brengen. Ook lijkt de idee van een zwijgrecht of van een recht om zichzelf niet te moeten belasten, dat zou worden aangetast wanneer de Commissie naar concrete situaties verwijst, mij niet di-

rekt in overeenstemming met de voorstelling die de jurist in de regel van zulk een recht heeft.

28. Achter al deze schijnbare tegenstellingen gaat evenwel een logica schuil, zoals ter terechtzitting vrij duidelijk is gebleken; verzoeksters willen, dat de ondervraagde te weten komt, wat de ondervrager reeds weet. Ik geloof dat ik niemand onrecht aandoe, wanneer ik stel, dat het erom gaat dat de ondernemingen in het kader van een onderzoek van de Commissie op mededingingsgebied weten, wat zij nog kunnen verbergen. Op zich vind ik dat geenszins verwerpelijk. Is het immers niet de essentie van de verdediging om de door het recht gelaten speelruimte zo volledig mogelijk te benutten en te trachten, dat een zo ruim mogelijke opvatting van deze speelruimte als positief recht wordt erkend ? Verzoeksters blijven dus perfect binnen hun rol, wanneer zij met een reeks van argumenten hun „recht van medeweten" in de onderzoeksfase ingang willen doen vinden. Het staat evenwel aan het Hof de strekking van de in deze fase toepasselijke rechtsregels te preciseren en vast te stellen, of zulk een recht uiteindelijk wel bestaat.

29. Tegen de algemene achtergrond van deze vraag dienen de middelen van verzoeksters dus te worden gezien.

II — De bestreden beschikkingen als „mededelingen van punten van bezwaar"

30. Ik zou in de eerste plaats de primaire klacht van Solvay willen onderzoeken, die praktisch identiek is aan de tweede subsidiaire klacht van CdF Chimie. De twee ondernemingen stellen, dat de bestreden beschikkingen in werkelijkheid mededelingen van punten van bezwaar zijn en slechts in schijn beschikkingen waarbij het verstrekken van inlichtingen wordt gelast, zodat de Commissie niet alleen verordening nr. 17 van de Raad heeft geschonden, doch ook haar eigen verordening nr. 99/63 [14] en het beginsel van de rechten van de verdediging, dat Solvay een „algemeen" en CdF Chimie een „fundamenteel beginsel" noemt. Samengevat komt de redenering van verzoeksters hierop neer, dat de Commissie hen in de bestreden beschikkingen beschuldigt van deelneming aan een met artikel 85 strijdig kartel, waarvoor zij in de tekst zelf van de beschikkingen zegt over bewijzen te beschikken. Aangezien de Commissie hen derhalve van een inbreuk op artikel 85 beschuldigde, moest zij de voorwaarden van verordeningen nrs. 17 en 99/63 met betrekking tot de rechten van de verdediging naleven, dit wil zeggen de betrokken ondernemingen de gegevens mededelen waarop de grieven waren gebaseerd, en hun de mogelijkheid bieden om hun standpunt terzake uiteen te zetten, zonder dat de ondernemingen vanaf dat ogenblik konden worden gedwongen enige vraag te beantwoorden. In de litigieuze beschikkingen worden de gegevens die de grondslag vormen voor de geformuleerde grieven niet in bijzonderheden uiteengezet en wordt de indruk gewekt, dat de ondernemingen op straffe van een geldboete of dwangsom dienen te voldoen aan verzoeken om inlichtingen.

31. De Commissie antwoordt in wezen, dat de onderzoeksfase losstaat van de mededeling van punten van bezwaar en daaraan

14 — Verordening van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad, PB 1963, blz. 2268.

voorafgaat, en dat zij om te voldoen aan de vereisten van artikel 11, lid 3, van verordening nr. 17 betreffende de verzoeken om inlichtingen, bewijzen heeft aangevoerd voor de inbreuk die het voorwerp was van het onderzoek. De vermelding van zulke bewijzen is geenszins een kenmerk van de mededeling van punten van bezwaar als bedoeld in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, en de betrokken ondernemingen hebben geen grond om schending van de rechten van de verdediging aan te voeren, die aan een dergelijke mededeling zijn verbonden.

32. Zoals reeds is gebleken uit de samenvatting van de voornaamste argumenten van partijen, ligt het belang van de klacht, dat de litigieuze beschikkingen verkapte mededelingen van punten van bezwaar vormen, hierin dat in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 de bescherming van de rechten van de verdediging in de context van de mededeling van punten van bezwaar een veel belangrijkere plaats inneemt dan in die van de eigenlijke onderzoekshandelingen van de Commissie.

33. Volgens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, stelt de Commissie „alvorens beschikkingen te geven op grond van de artikelen 2, 3, 6, 7, 8, 15 en 16, ... de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen in de gelegenheid hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen". Wat meer in het bijzonder het optreden van de Commissie betreft om aan inbreuken op artikel 85, lid 1, een einde te maken of om sancties op te leggen, wijs ik erop dat artikel 19, lid 1, van toepassing is voordat „de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking (worden verplicht) aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken" [15] en voordat bij beschikking een geldboete wordt opgelegd aan de „ondernemingen en ondernemersverenigingen" die „opzettelijk of uit onachtzaamheid... inbreuk maken op artikel 85, lid 1". [16]

34. Verordening nr. 99/63 bepaalt in artikel 2, lid 1, eerste volzin, dat „de Commissie... de ondernemingen en ondernemersverenigingen schriftelijk op de hoogte (stelt) van de punten van bezwaar, die in aanmerking genomen zijn", en in artikel 3, dat „de ondernemingen en ondernemersverenigingen... schriftelijk binnen de vastgestelde termijn hun standpunt kenbaar (maken) ter zake van de in aanmerking genomen punten van bezwaar", waarbij zij „in hun schriftelijke uiteenzettingen alle middelen en feiten (kunnen) aanvoeren, die tot hun verdediging kunnen bijdragen", „voorzover nodig stukken overleggen", en „de Commissie voorstellen personen te horen die de aangevoerde feiten kunnen bevestigen". Bovendien bepaalt artikel 7, lid 1, van deze verordening dat „de Commissie ... personen, die dit bij hun schriftelijke opmerkingen hebben verzocht, in de gelegenheid (stelt) hun standpunt mondeling toe te lichten, wanneer deze personen aantonen daarbij voldoende belang te hebben of wanneer de Commissie hun een geldboete of een dwangsom wil opleggen". Ten slotte bepaalt artikel 4 van de verordening, dat „de Commissie ... in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking (neemt), waarover de ondernemingen en ondernemersverenigingen, tegen wie de beslissing gericht is, in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken".

35. Over de „consistentie" van de mededeling van punten van bezwaar heeft het Hof herhaaldelijk uitspraak gedaan. In het arrest Hoffmann-La Roche van 13 februari 1979 leidde het Hof zowel uit voormelde bepalingen van de verordeningen nrs. 17 en 99/63 als uit het algemene beginsel van de rechten

15 — Verordening nr 17/62, artikel 3, lid 1.

16 — Ibidem, artikel 15, lid 2.

van de verdediging, „dat erin wordt toegepast", af dat de eerbiediging van deze rechten

„(medebrengt) dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure behoorlijk in staat moet zijn geweest haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op artikel 86 van het Verdrag heeft gestaafd". [17]

36. Uit artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 volgt evenwel uitdrukkelijk, dat de krachtens de artikelen 11 of 14 ervan gegeven beschikkingen buiten het regime vallen, dat ik zoëven in grote lijnen heb geschetst. Het arrest National Panasonic (reeds aangehaald) is op dat punt zeer duidelijk. Toen werd aangevoerd, dat een onderneming het recht zou zijn ontzegd om te worden gehoord vooraleer jegens haar krachtens artikel 14, lid 3, een verificatiebeschikking werd gegeven, verklaarde het Hof dat

„een dergelijk recht van verweer hoofdzakelijk past in het kader van gerechtelijke of bestuursrechtelijke procedures die tot doel hebben een inbreuk te doen staken of een wettelijke onverenigbaarheid vast te stellen, zoals de procedures bedoeld in verordening nr. 99/63... De verificatieprocedure ... dient niet om een inbreuk te doen staken of een wettelijke onverenigbaarheid vast te stellen, maar enkel om de Commissie in staat te stellen de noodzakelijke bewijsstukken te verzamelen om de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan."

17 — Zaak 85/76, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 11.

Het Hof voegde daaraan toe, dat

„eerst wanneer de Commissie meent dat de aldus verzamelde beoordelingselementen het inleiden van een procedure in de zin van voormelde verordening nr. 99/63 rechtvaardigen, ... de betrokken onderneming of ondernemersvereniging ... (moet) worden gehoord vooraleer een dergelijk besluit wordt genomen." [18]

37. Deze zeer uitgesproken juridische differentiatie tussen de verificatie, die berust op de onderzoeksbevoegdheid van de Commissie, en de eigenlijke mededeling van punten van bezwaar — „de eerste handeling tijdens de administratieve procedure", aldus het Hof in zijn arrest Hoffmann-La Roche [19] — geldt ongetwijfeld ook voor de andere onderzoeksmaatregel die de Commissie in het kader van haar bevoegdheid terzake kan nemen, namelijk het verzoek om inlichtingen. Evenmin als de verificatie is het verzoek om inlichtingen bedoeld om een inbreuk te doen staken of een wettelijke onverenigbaarheid te doen vaststellen, doch dient het uitsluitend om de Commissie in staat te stellen de noodzakelijke inlichtingen te verzamelen om de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan. De rechten waarover de verdediging beschikt wanneer volgens de Commissie is voldaan aan de voorwaarde voor het openen van een procedure, gelden dus evenmin in het geval van een verzoek om inlichtingen. Op dit punt sluit ik mij zonder voorbehoud aan bij de zienswijze van de Commissie en van de Franse Republiek. Dit standpunt wordt overigens door niemand tegengesproken, ook niet door de rechtsleer waarbij verzoeksters voor sommige hunner argumenten steun zoeken. In zijn recent werk *Les droits de la défense et le droit com-*

18 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 21.

19 — Zaak 85/76, reeds aangehaald, r. o. 10.

munautaire de la concurrence schrijft A. Pliakos, dat de ondernemingen slechts na afloop van het onderzoek hun opmerkingen kenbaar kunnen maken met betrekking tot de grieven die de Commissie voornemens is in haar beschikkingen tegen hen aan te voeren. [20]

38. Ik ben dan ook van mening, dat de onderhavige klacht alleen dan zou kunnen slagen, als zou blijken dat de litigieuze beschikkingen niet tot doel hadden de Commissie in staat te stellen de noodzakelijke inlichtingen te verzamelen om de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan, doch tot uiting brengen, dat de beoordelingsgegevens waarover zij beschikt nagenoeg zeker grond opleveren voor het openen van een administratieve procedure als bedoeld in verordening nr. 99/63 en in de hiervoor onderzochte rechtspraak van het Hof. De vraag is nu, of dit in casu inderdaad het geval is.

39. In de tot CdF Chimie gerichte beschikking van 9 november 1987 heet het, dat de Commissie een onderzoek instelt naar „met artikel 85, lid 1, strijdige overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen" [21] in de sector thermoplastische stoffen, die onder meer LdPE omvat, een produkt dat door CdF Chimie wordt geproduceerd en verkocht, en verder dat tevoren bij verzoekster en bij andere ondernemingen verrichte verificaties en ingewonnen inlichtingen bij haar „het vermoeden hebben gewekt", dat CdF Chimie „betrokken is geweest" [22] bij de vaststelling van streefprijzen voor de verkoop en bij de invoering van quota of volumestreefcijfers door de producenten die in de Gemeenschap thermoplastische stoffen leveren. Voorts herinnert de Commissie eraan, dat zij op 20 augustus 1987 een verzoek om inlichtingen aan verzoeksters heeft gericht, en zet zij uiteen op welke gronden deze laatste heeft geweigerd de meeste van die inlichtingen te verstrekken. In wezen betwist verzoekster het recht van de Commissie om de betrokken inlichtingen te vragen. Onder verwijzing naar artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 en naar de artikelen 15, lid 1, sub b, en 16, lid 1, sub c, daarvan, betreffende de bevoegdheid van de Commissie om de ondernemingen die onjuiste inlichtingen verstrekken of weigeren volledige en juiste gegevens te verstrekken geldboeten of dwangsommen op te leggen, gelast de Commissie ten slotte verzoekster binnen twee weken de in een bijlage bij de beschikking vermelde inlichtingen mee te delen.

40. De in bijlage gevraagde inlichtingen zijn in vier rubrieken onderverdeeld. Onder de eerste rubriek, „Producentenbijeenkomsten", heet het: „Blijkens het bewijsmateriaal waarover de Commissie beschikt, heeft uw onderneming aan deze bijeenkomsten deelgenomen en er zelfs enkele van georganiseerd". Dan volgen vragen, waarop ik niet in bijzonderheden zal ingaan. Zij betreffen de datum, de plaats, de frequentie van de bijeenkomsten, de bijeenkomsten waarop CdF Chimie was vertegenwoordigd, de andere ondernemingen die daaraan deelnamen, of zij regelmatig aanwezig waren, welke de identiteit en/of de hoedanigheid was van de personen die de ondernemingen vertegenwoordigden. De Commissie verlangt een afschrift van alle op die bijeenkomsten betrekking hebbende documenten die voor, tijdens of na de bijeenkomsten werden opgesteld.

41. Onder de rubriek „Streefprijzen of minimumprijzen" wijst de Commissie erop, dat blijkens in haar bezit gekomen documenten een van de voornaamste onderwerpen die tijdens de bijeenkomst ter sprake kwamen, de initiatieven betrof om een voor alle deelnemers bevredigend prijsniveau voor LdPE vast te stellen en te handhaven.

20 — Blz. 242, uitgeverij Bruylant, Brussel 1987.

21 — Beschikking van 9 november 1987, blz. 1, tweede alinea.

22 — Ibidem, derde alinea.

Dan volgen vragen over alle initiatieven die de deelnemers sedert 1 januari 1976 eventueel hebben besproken, voorgesteld, overwogen of goedgekeurd, met data en prijslijsten, en vragen over de prijsinstructies van verzoeksters hoofdkantoor aan haar agenten en de verslagen van die agenten aan het hoofdkantoor. In het bijzonder wordt gevraagd kopie over te leggen van alle documenten „van welke aard ook, die in het bezit van uw onderneming zijn en waaruit blijkt, welke de streef- of adviesprijzen waren voor de belangrijkste kwaliteiten in elk land van de gemeenschappelijke markt".

42. In de rubriek „Quota, doelstellingen of verdeling tussen LdPE-producenten" zet de Commissie uiteen, dat blijkens in haar bezit gekomen documenten tijdens de producentenbijeenkomsten voor elke onderneming jaarlijkse verkoopdoelen werden vastgesteld, waarbij een schatting werd gemaakt voor de hele beschikbare Europese markt die dan onder de producenten werd verdeeld. Dan volgen vragen over de wijze van verdeling, het toezicht op de naleving van de quota en de door verzoekster aan andere producenten meegedeelde inlichtingen betreffende haar eigen LdPE-produktie en verkoopcijfers.

43. Onder het opschrift „Mededeling van gegevens aan Fides en levering van statistieken door Fides" worden vragen gesteld over het door Fides georganiseerde systeem van informatie-uitwisseling over LdPE, met name met betrekking tot de inlichtingen die verzoekster aan Fides heeft doorgegeven en die welke zij elke maand van Fides kreeg.

44. Afgezien van de details van de gevraagde inlichtingen, valt op, dat in het eerste deel van de beschikking, inzonderheid op bladzijde 1, de voorwaardelijke en in heel de bijlage in de regel de aantonende wijs wordt gebruikt. Zo wordt verzoekster gevraagd, mede te delen aan welke bijeenkomst(en) zij „heeft deelgenomen", welke de identiteit en de hoedanigheid is van de personen die „haar vertegenwoordigden", copie over te leggen van alle documenten „waaruit blijkt, welke de streef- of adviesprijzen waren voor de belangrijkste kwaliteiten in elk land van de gemeenschappelijke markt", mee te delen welke informatie zij aan een of meer producenten „heeft meegedeeld" over de omvang van haar produktie of afzet van LdPE, enzovoort.

45. Wat nu de tegen Solvay gerichte beschikking van 24 november 1987 betreft, wil ik alleen vermelden dat, afgezien van sommige verschillen in de data en het betrokken thermoplastisch produkt, namelijk niet LdPE maar PVC, het verzoek om inlichtingen hetzelfde is geformuleerd als het verzoek aan CdF Chimie. De gevraagde inlichtingen zijn evenwel minder talrijk dan in het geval van CdF Chimie, hoewel de eerdere verzoeken aan de twee ondernemingen nagenoeg identiek waren. Misschien komt dit, doordat Solvay, anders dan CdF Chimie, zich bereid heeft getoond tot het verstrekken van sommige tevoren reeds gevraagde inlichtingen over de bijeenkomsten, prijzen, quota en aan Fides meegedeelde informatie.

46. Gezien de formulering van de twee litigieuze beschikkingen zou ik in de eerste plaats willen vaststellen, dat zij aangeven dat de twee ondernemingen op basis van bij verificaties of verzoeken om inlichtingen verkregen informatie ervan worden verdacht te hebben deelgenomen aan bij artikel 85, lid 1, verboden overeenkomsten tussen pro-

ducenten. Voor mij betekent dit evenwel nog niet, dat de betrokken ondernemingen in die beschikkingen van een inbreuk op deze bepaling worden beschuldigd. Met het uiten van de verdenking van het bestaan van met artikel 85, lid 1, strijdige overeenkomsten, waarmee zij haar inlichtingenverzoeken rechtvaardigt, heeft de Commissie naar mijn mening namelijk niets anders gedaan dan zich conformeren aan artikel 11, lid 3, van verordening nr. 17, bepalende dat zij het doel van haar verzoek moet meedelen. Wat de verificatiebeschikking betreft, die volgens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 eveneens het doel van de verificatie moet vermelden, verklaarde het Hof in zijn arrest National Panasonic, dat de Commissie, waar zij melding had gemaakt van het met de verificatie nagestreefde doel, namelijk te onderzoeken of er

„omstandigheden zijn waaruit zou kunnen blijken van het bestaan van een met het EEG-Verdrag strijdig exportverbod" [23],

haar beschikking zodanig had gemotiveerd dat daarmee aan de vereisten van verordening nr. 17 was voldaan. Deze oplossing dient eveneens te gelden voor het doel van het inlichtingenverzoek. Door het uitspreken van de verdenking van het bestaan van een inbreuk, doet de Commissie niet meer dan zich naar de eisen van artikel 11, lid 3, van verordening nr. 17 inzake het doel van het inlichtingenverzoek schikken. Het uiten van de verdenking van het bestaan van afspraken tussen LdPE-producenten of tussen PVC-producenten, kan dus niet a priori worden beschouwd als aanwijzing, dat de litigieuze beschikkingen geen verzoeken om inlichtingen zijn.

47. Ook in de omstandigheid, dat de verdenking van het bestaan van een inbreuk op artikel 85, lid 1, „geïndividualiseerd" is, dat wil zeggen dat verzoeksters uitdrukkelijk worden verdacht van deelneming, zie ik geen reden om in de onderhavige omstandigheden de betrokken beschikkingen niet als verzoeken om inlichtingen, doch als mededelingen van punten van bezwaar aan te merken. Wanneer de mededeling van een vermoede inbreuk door Europese LdPE- en PVC-producenten op artikel 85, lid 1, voldoet aan de wettelijke vereisten, wordt mijns inziens uit een inlichtingenverzoek nog geen mededeling van punten van bezwaar, alleen omdat aan een Europese LdPE- of PVC-producent, aan wie het inlichtingenverzoek is gericht, formeel wordt meegedeeld dat hij wordt verdacht van deelneming aan de eventuele inbreuk. Het uitspreken van een verdenking tegen een onderneming zou pas als een mededeling van punten van bezwaar kunnen worden beschouwd, indien de Commissie in haar beschikking laat blijken de onderneming op grond van deze vermoedens schuldig te achten aan de inbreuk, zonder echt behoefte te hebben aan nieuwe inlichtingen om deze overtuiging hard te maken. Wat de litigieuze beschikkingen betreft, is zulks evenwel niet het geval.

48. Zeker wekt het gebruik van de aantonende wijs in de formulering zelf van het verzoek om inlichtingen de indruk, dat die inlichtingen niet een middel zijn om uit te maken of de betrokken onderneming al dan niet een inbreuk heeft gepleegd, maar om een juister idee te krijgen van de draagwijdte van de inbreuk waarvan het bestaan lijkt vast te staan. Deze formulering acht ik dan ook ongelukkig. Bij de beoordeling van de gevolgen daarvan moet men echter toch enigszins nuanceren. Mijns inziens volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het bestaan van reeds vrij duidelijk omlijnde beschuldigingen tegen een onderneming geen beletsel

23 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 26.

vormt voor een verzoek om inlichtingen, zodat het formuleren van deze beschuldigingen een dergelijk verzoek niet uitsluit.

49. Zoals reeds gezegd, bestaat blijkens het arrest National Panasonic het wezenlijk onderscheid tussen onderzoekshandelingen en het openen van de eigenlijke procedure, met de mededeling van de punten van bezwaar, hierin, dat het onderzoek ertoe dient om de nodige inlichtingen te verzamelen om

„de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan" [24],

terwijl de eigenlijke procedure eerst wordt geopend, wanneer het standpunt van de Commissie vaststaat en zij van mening is, dat de verzamelde beoordelingsgegevens opening van een procedure rechtvaardigen. In casu worden in de beschikkingen weliswaar reeds beschuldigingen geuit tegen de betrokken ondernemingen inzake de deelneming aan een inbreuk, doch worden die ondernemingen ongetwijfeld ook om tal van inlichtingen verzocht. Daarmee is het de Commissie mijns inziens erom te doen, inlichtingen te verzamelen om op zijn minst over de draagwijdte van de vermoede inbreuk duidelijkheid te verkrijgen. Aangezien het kennelijk om indringende vragen gaat en niet om bijkomstigheden of pro forma vragen, kan niet worden gesteld dat het standpunt van de Commissie vaststaat. Volgens de rechtspraak van het Hof vindt de mededeling van de punten van bezwaar eerst plaats, wanneer de Commissie de verzamelde beoordelingsgegevens toereikend acht om de eigenlijke procedure te openen. In die fase heeft zij dus niet langer behoefte aan inlichtingen om haar standpunt te bepalen. Het feit dat inlichtingen worden gevraagd die duidelijk en onbetwistbaar relevant zijn, wijst erop dat de Commissie nog niet zover is, dat zij over voldoende beoordelingsgegevens meent te beschikken, al was het alleen maar over de draagwijdte en niet meer over het feitelijke bestaan van een inbreuk. Omgekeerd zou men kunnen stellen, dat de gevraagde inlichtingen zo substantieel zijn, dat de Commissie niet kan worden vermoed reeds tot de overtuiging te zijn gekomen dat de situatie met volstrekte zekerheid het openen van een procedure rechtvaardigt.

50. Na de samenvatting die ik ervan heb gegeven, behoef ik niet meer in te gaan op het brede spectrum van de inlichtingen die in de bestreden beschikkingen worden gevraagd. Ongeacht de daarin aan het adres van verzoeksters uitdrukkelijk of stilzwijgend geformuleerde beschuldigingen, zijn de gevraagde inlichtingen objectief zo belangrijk, dat de beschikkingen onmogelijk kunnen worden beschouwd als verkapte mededelingen van punten van bezwaar. De desbetreffende middelen van verzoeksters lijken mij dan ook ongegrond.

III — Het onrechtmatig gebruik van de bevoegdheid om inlichtingen in te winnen

51. Ik wil nu ingaan op een reeks argumenten van CdF Chimie. In het kader van haar eerste subsidiaire middel, ontleend aan schending van verordening nr. 17 en van de fundamentele beginselen van de rechten van de verdediging, voert zij aan, dat de Commissie niet om inlichtingen en documenten

24 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 21.

kan verzoeken die naar hun aard en omvang geen inlichtingen in de zin van artikel 11 van verordening nr. 17 zijn. Volgens verzoekster vraagt de Commissie met de bestreden beschikking niet om inlichtingen, doch is het de Commissie erom te doen documenten en informatie te verzamelen, waardoor zij de normale gang van zaken van de onderzoeksprocedure omkeert. Weliswaar kan de Commissie volgens artikel 11 alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen, doch zij kan niet zonder de strekking van deze bepaling te miskennen de ondernemingen dwingen om zelf deze taak te vervullen. Wanneer ten slotte, zoals in casu het geval was, het verzoek om inlichtingen volgt op een verificatie krachtens artikel 14 van verordening nr. 17, dient het om verduidelijkingen te gaan over welbepaalde, niet geheel opgehelderde punten, en mag het niet zo uitgebreid zijn dat van de betrokken onderneming eigenlijk wordt verlangd, dat zij in plaats van de Commissie een heel dossier samenstelt met bewijsstukken voor haar eigen bekentenissen en de resultaten van eigen speurwerk bij andere producenten.

52. Ik moet bekennen dat de juridische relevantie van deze grieven voor mij niet op het eerste gezicht evident was. Bij nader inzien geloof ik evenwel, dat verzoekster de bevoegdheid van de Commissie wil betwisten om krachtens artikel 11 de mededeling te verlangen van:

1) inlichtingen waarover de betrokken onderneming nog niet beschikt en die zij dus bij derden zou moeten verzamelen;

2) documenten, aangezien die krachtens artikel 14 moeten worden gevraagd;

3) andere inlichtingen dan verduidelijkingen over bepaalde, bij een eerdere verificatie niet opgehelderde punten, omdat het feit dat zulk een verificatie heeft plaatsgevonden verzoeken van grote omvang uitsluit.

53. De Commissie heeft op dit alles geantwoord, dat verordening nr. 17 geen grond oplevert om te denken, dat het begrip inlichtingen niet ook de documenten zou omvatten waarin de betrokken inlichtingen te vinden zijn, en dat het gebruik in artikel 11 van de verordening van de uitdrukking „alle noodzakelijke inlichtingen" overigens elke idee van een kwantitatieve beperking uitsluit.

54. Ik geloof niet, dat op verzoeksters argumenten zeer diep moet worden ingegaan.

55. In de eerst plaats is het duidelijk, dat de Commissie van een onderneming alleen inlichtingen mag verlangen die reeds in het bezit van die onderneming zijn, ook al moet zij die eventueel in een bepaalde vorm gieten. Met het verzoek om inlichtingen kan van een onderneming niet worden verlangd, dat zij inlichtingen opzoekt die in het bezit zijn van derden. Wanneer de Commissie inlichtingen zou vragen waarvan zij weet, dat de betrokken onderneming ze niet heeft of niet kan hebben, dan zou dat ongetwijfeld onrechtmatig zijn. Die onrechtmatigheid moet evenwel af te leiden zijn uit objectieve feiten en niet alleen uit de verklaringen van de onderneming. In de onderhavige zaak volgt noch uit de tekst van de litigieuze beschikking noch uit enig ander element van het dossier, dat de Commissie CdF Chimie

inlichtingen zou hebben gevraagd die kennelijk niet in haar bezit waren of konden zijn. Zelfs wanneer bij voorbeeld sprake is van bijeenkomsten die CdF Chimie niet heeft bijgewoond, wordt in de beschikking om inlichtingen gevraagd over elke bijeenkomst „waarvan zij weet heeft".[25] Indien er geen objectief gegeven is, dat de inlichtingen welbewust worden gevraagd aan een onderneming die ze niet heeft of niet kan hebben, staat het aan de onderneming om het bewijs van de gestelde onrechtmatigheid te leveren, eventueel in een beroep bij het Hof tegen een beschikking waarbij de Commissie een geldboete oplegt wegens het verstrekken van onjuiste gegevens dan wel een dwangsom ten einde volledige en juiste gegevens te verkrijgen. Zolang niet op objectieve gronden tot zulk een onrechtmatigheid kan worden geconcludeerd, staat de bestreden beschikking op dit punt boven elke kritiek.

56. Wat nu de mogelijkheid betreft — die volgens verzoekster niet bestaat — om via een inlichtingenverzoek aan documenten te komen, moet worden opgemerkt, dat nergens uit verordening nr. 17 blijkt dat de verificatie als bedoeld in artikel 14 de enige mogelijkheid is om de hand te leggen op documenten. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, heeft het Hof in zijn rechtspraak zelfs voor de tegenovergestelde oplossing geopteerd: in het arrest AM & S van 18 mei 1982[26] verklaarde het Hof, dat de Commissie ingevolge de artikelen 11 en 14 van verordening nr. 17 inlichtingen kan inwinnen en de voor het optreden tegen inbreuken op de mededingingsregels noodzakelijke verificaties kan verrichten, en dat de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt, voor zover betrekking hebbend op de marktactiviteit van de onderneming die „cliënt" is, onder de categorie van de „in de artikelen 11 en 14 bedoelde bescheiden" valt. Aldus erkende het Hof indirect, doch uitdrukkelijk, dat documenten zowel op basis van artikel 11 als op basis van artikel 14 kunnen worden opgevraagd. In zijn conclusie in een eerdere zaak had advocaat-generaal Warner overigens op deze mogelijkheid gewezen, waar hij stelde dat

„artikel 11 de Commissie de bevoegdheid verleent de betrokken onderneming te verzoeken of te verplichten mee te werken bij het verstrekken van gegevens die vervat kunnen zijn in bescheiden welke in het bezit van de onderneming zijn".[27]

Ik heb hieraan niets toe te voegen, zodat dit punt mij voldoende duidelijk lijkt.

57. Ten slotte moet ik toegeven, dat ik in verordening nr. 17 of in de rechtspraak van het Hof niets heb gevonden dat erop zou wijzen, dat wanneer de Commissie vooraf gebruik maakt van haar verificatiebevoegdheid krachtens artikel 14, dit een beperking zou meebrengen van haar bevoegdheid om in het kader van hetzelfde onderzoek krachtens artikel 11 om inlichtingen te verzoeken. Ik heb de ter terechtzitting door de vertegenwoordiger van CdF Chimie aangehaalde arresten nog eens doorgenomen, maar daarin geen argumenten gevonden voor de opvatting, dat met een inlichtingenverzoek na een verificatie alleen om toelichting kan worden verzocht van informatie die reeds in het bezit van de Commissie is. Ik heb de indruk, dat CdF Chimie het arrest National Panasonic niet helemaal juist heeft begrepen.

58. In dat arrest verklaarde het Hof, dat de gemachtigden van de Commissie bij de verificatie de bevoegdheid hebben om

25 — Bijlage bij de beschikking, rubriek I, vraag 5.

26 — Zaak 155/79, Jurispr. 1982, blz. 1575, r. o. 16.

27 — Zaak 136/79, National Panasonic, reeds aangehaald, blz. 2066.

„inlichtingen te vragen over problemen die bij het onderzoek van de boeken en bescheiden rijzen" [28],

wat inhoudt dat de personeelsleden van de Commissie in de loop van een verificatie bevoegd zijn om in beperkte mate inlichtingen te vragen. Dit vindt zijn rechtvaardiging hierin, zoals in het arrest wordt benadrukt, dat een gewoon verzoek om inlichtingen verplicht vooraf dient te gaan aan een beschikking waarbij om inlichtingen wordt verzocht, terwijl een verificatiebeschikking kan worden gegeven zonder dat de Commissie vooraf bij wege van een gewone opdracht heeft gepoogd een verificatie te verrichten. Daarom mag in de loop van een verificatie slechts in beperkte mate om inlichtingen worden verzocht, opdat de Commissie niet in de verleiding komt zich frequent van dit procédé te bedienen om aan inlichtingen te komen, en aldus de verplichting om vooraf bij gewoon verzoek inlichtingen te vragen te omzeilen. Ik zie evenwel niet, in welk opzicht dit een beperking zou kunnen meebrengen van de bevoegdheid om, met eerbiediging van de twee-fasenprocedure van artikel 11, inlichtingen te vragen nadat een verificatie heeft plaatsgevonden.

59. Evenals advocaat-generaal Warner in zijn conclusie in de zaak National Panasonic wil ook ik herinneren aan een arrest van het Hof in verband met artikel 47, eerste alinea, EGKS-Verdrag. Daarin heet het dat „de Hoge Autoriteit ... de voor de vervulling van haar taak noodzakelijke inlichtingen (kan) inwinnen. Indien nodig kan zij deze doen verifiëren." In deze bepaling, aldus het arrest van het Hof van 14 april 1960, Acciaieria di Brescia,

„(wordt) in de eerste plaats... vastgesteld, dat de ondernemingen verplicht zijn tot het verstrekken van inlichtingen en (wordt) in de tweede plaats ... aangegeven, hoever de bijbehorende onderzoekingsbevoegdheid zich uitstrekt". [29]

Het Hof was van oordeel, dat het argument van verzoekster in die zaak niet kon slagen, dat de bevoegdheid tot het vragen van inlichtingen en de bevoegdheid tot verificatie

„afzonderlijk en achtereenvolgens moeten worden uitgeoefend, en dat er een bepaalde rangorde tussen bestaat, (welke bewering) in de tekst van het Verdrag geen steun vindt". [30]

60. Hoewel in casu niet artikel 47 EGKS-Verdrag, maar verordening nr. 17 aan de orde is, meen ik dat ook deze verordening en de rechtspraak van het Hof geen grond opleveren om te stellen, dat er tussen het verzoek om inlichtingen en de verificatie een „rangorde" of een ondergeschiktheidsverhouding bestaat. Op dit punt sluit ik mij dus aan bij de zienswijze van de Commissie, dat deze twee onderzoeksinstrumenten betrekkelijk los van elkaar staan en dat zij ze alternatief dan wel cumulatief kan aanwenden naar gelang van de behoeften van het onderzoek, zonder dat het gebruik van de ene procedure de mogelijkheid beperkt om later nog de andere toe te passen.

61. Geen van de argumenten waarmee CdF Chimie zich op onrechtmatig gebruik van de bevoegdheid om inlichtingen te vragen beroept, acht ik derhalve overtuigend.

28 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 15.

29 — Zaak 31/59, Jurispr. 1960, blz. 155, inzonderheid blz. 175.

30 — Ibidem, blz. 176.

IV — De noodzakelijkheid van de gevraagde inlichtingen

62. Ik zou nu een argument willen bespreken, dat eigenlijk zowel door CdF Chimie als door Solvay wordt voorgedragen, namelijk dat de met de litigieuze beschikking gevraagde inlichtingen niet noodzakelijk waren in de zin van artikel 11 van verordening nr. 17. Aan dit argument, dat het tweede onderdeel van het subsidiaire middel van Solvay vormt en het tweede argument van het eerste subsidiaire middel van CdF Chimie, kan het derde argument van laatstbedoeld middel worden vastgeknoopt, betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel.

63. Volgens verzoeksters heeft de Commissie inlichtingen gevraagd die niet noodzakelijk waren, aangezien zij had laten weten over bewijzen te beschikken voor het bestaan van een inbreuk en hun deelneming daaraan. Ingevolge artikel 11 van verordening nr. 17 is de Commissie evenwel alleen bevoegd om *noodzakelijke* inlichtingen in te winnen. Volgens verzoeksters volstaat het niet, dat de inlichtingen enkel van nut zijn. Bovendien is CdF Chimie van mening, dat de beschikking jegens haar in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, aangezien daarin van haar de mededeling van documenten en inlichtingen wordt verlangd die buiten alle verhouding staan tot die waarover de Commissie beweert reeds te beschikken, zonder dat precieze indicaties worden gegeven die haar in staat zouden stellen de noodzakelijkheid van het verzoek te beoordelen.

64. Het antwoord van de Commissie luidt, dat hoewel volgens artikel 11 de noodzakelijkheid inderdaad een criterium is, het Hof haar in zijn rechtspraak een ruime beoordelingsbevoegdheid ter zake heeft toegekend. Bovendien heeft zij zeker niet beweerd, dat zij het bewijs van verzoeksters' schuld reeds in handen had; met de inlichtingenverzoeken had zij haar onderzoek juist willen voortzetten ten einde de betrokken ondernemingen niet lichtvaardig te beschuldigen en ieders verantwoordelijkheid precies vast te stellen. Zij is dan ook verbaasd dat haar dit verwijt wordt gemaakt, want zou zij in mededingingsprocedures anders optreden, dan zou zij het gevaar lopen door het Hof wegens ontoereikend bewijs terecht te worden gewezen.

65. Inderdaad mag de Commissie van de haar bij artikel 11 en ook bij artikel 14 van verordening nr. 17 toegekende onderzoeksbevoegdheden alleen gebruik maken, wanneer, aldus de tekst van deze artikelen, dit noodzakelijk is. De Commissie kan „alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen bij... ondernemingen en ondernemersverenigingen" [31] en „alle noodzakelijke verificaties verrichten bij ondernemingen en ondernemersverenigingen". [32] Ook laat het Hof de Commissie in ruime mate vrij om deze noodzaak te beoordelen. Zo heeft het Hof het in zijn analyse van artikel 11 in het arrest Panasonic over „inlichtingen die de Commissie het gewenst acht te verkrijgen". [33] In een meer recent arrest (AM & S) verklaarde het Hof in verband met artikel 14, lid 1, dat aangezien de Commissie die documenten kan opeisen

„waarvan zij ... kennisneming ‚noodzakelijk' acht om inbreuken op de verdragsbepalingen inzake mededinging op te sporen, ... het in beginsel de Commissie zelf (is) en niet de betrokken onderneming of een derde — deskundige dan wel arbiter — die heeft te bepalen of een document haar moet worden overgelegd". [34]

31 — Artikel 11, lid 1.
32 — Artikel 14, lid 1.
33 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 13.
34 — Zaak 155/79, reeds aangehaald, r. o. 7.

66. De beoordeling van de noodzakelijkheid van inlichtingen of verificaties kan evenwel niet volledig aan de Commissie worden overgelaten. In de rechtsleer zijn voor dit begrip bepaalde criteria uitgewerkt. Zo stellen Thiesing, Schröter en Hochbaum, dat „de Commissie de haar bij artikel 11 toegekende rechten slechts kan gebruiken, indien en voor zover zulks onontbeerlijk blijkt ter verwezenlijking van het doel waarvoor de inlichtingen worden gevraagd". Voorts, aldus nog steeds dezelfde auteurs, mag „het recht om inlichtingen in te winnen dus niet worden gebruikt om feiten te verzamelen die de Commissie reeds kent of die voor een ieder toegankelijk zijn", en „zijn bovendien ontoelaatbaar de verzoeken om inlichtingen, die er alleen toe strekken het werk van de administratie te vergemakkelijken". Ten slotte onderstrepen zij, dat „het middel van het inwinnen van inlichtingen evenredig moet zijn aan het nagestreefde doel". [35] Uit de rechtspraak van het Hof kan evenwel niet worden afgeleid, dat het Hof zou moeten toezien op de absolute naleving — tot in de kleinste details — van de door de rechtsleer opgestelde regels. Te oordelen naar de door het Hof aan de Commissie toegekende speelruimte bij de beoordeling van de noodzakelijkheid, lijkt het Hof enkel te toetsen, of de onderzoeksmaatregelen van de Commissie niet buitensporig, onevenredig zijn.

67. In het arrest Acciaieria di Brescia verklaarde het Hof in verband met artikel 47 EGKS-Verdrag, dat

„inderdaad uit de beschikking moet blijken, dat de door de Hoge Autoriteit verlangde inlichtingen noodzakelijk zijn",

en dat daartoe

„alleen het beoogde doel als criterium kan gelden". [36]

Naderhand besliste het Hof, eveneens in verband met onderzoeksmaatregelen van de Hoge Autoriteit krachtens dezelfde bepaling, dat

„de vraag, welke grens bij de toepassing van artikel 47 aan de bevoegdheden van de Hoge Autoriteit is gesteld, wordt bepaald door hetgeen voor de uitoefening van controle noodzakelijk is" [37],

en dat het Hof tot taak heeft

„na te gaan of de door de Hoge Autoriteit genomen maatregelen tot het instellen van onderzoek het normale te buiten gingen". [38]

In dat verband oordeelde het Hof, dat een verzoek om overlegging van electriciteitsrekeningen door ondernemingen

„niet overdreven was en niet in een wanverhouding stond tot het beoogde doel". [39]

68. Wat nu het EEG-Verdrag en verordening nr. 17 betreft, verklaarde het Hof in verband met een verificatiebeschikking die niet was voorafgegaan door een verificatie bij enkele opdracht, en waartegen schending van het evenredigheidsbeginsel werd aange-

35 — *Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE. Commentaire des articles 85 à 90 du traité CEE et de leurs textes d'application*, édition Jupiter, édition de Navarre, Parijs 1977, blz. 494-495.

36 — Zaak 31/59, reeds aangehaald, blz. 177.

37 — Arrest van 14 december 1962, gevoegde zaken 5 tot en met 11 en 13 tot en met 15/62, Acciaierie San Michele en anderen, Jurispr. 1962, blz. 899, 923.

38 — Ibidem, blz. 925.

39 — Ibidem.

voerd op grond dat verificatie van laatstbedoeld type had volstaan, dat

„de bestreden beschikking enkel erop was gericht de Commissie in staat te stellen de nodige gegevens te verzamelen om een mogelijke schending van het Verdrag op te sporen",

en dat dus niet bleek

„dat de handelwijze van de Commissie in casu onevenredig was aan het nagestreefde doel en daardoor inbreuk heeft gemaakt op het evenredigheidsbeginsel". [40]

69. Uitgaande van zowel de aan de Commissie toekomende beoordelingsmarge als de geest van de zoëven aangehaalde rechtspraak, meen ik dat de noodzakelijkheid van de verzoeken om inlichtingen moet worden getoetst op twee punten, die elkaar overigens aanvullen. Het eerste is, of het *voorwerp* van de verzoeken in overeenstemming is met het nagestreefde doel. In concreto betekent dit, dat de door de Commissie gevraagde inlichtingen *naar alle schijn* verband moeten houden met de onderzochte inbreuk. Het tweede is, of de *omvang* van de gevraagde inlichtingen in overeenstemming is met het beoogde doel. Dit houdt in, dat de gevraagde inlichtingen, ook al zijn zij objectief gerechtvaardigd door het onderzoek naar een inbreuk niet *kennelijk* — en ik leg de nadruk op het woord kennelijk — buiten elke verhouding en overdreven zijn ten opzichte van het nagestreefde doel.

70. Vanuit dit gezichtspunt moet mijns inziens worden onderzocht, of de in de litigieuze beschikkingen geformuleerde verzoeken om inlichtingen „noodzakelijk" in de zin van artikel 11 van verordening nr. 17 waren.

71. Wat in de eerste plaats de producentenbijeenkomsten betreft, laat de Commissie CdF Chimie en Solvay weten, dat zij over bewijzen voor hun deelneming aan zulke bijeenkomsten beschikt en dat eerstbedoelde onderneming bovendien sommige van die bijeenkomsten heeft georganiseerd. Mijns inziens vormt dit vertrekpunt geenszins een beletsel om, zoals in de twee litigieuze beschikkingen is gebeurd, inlichtingen te vragen over datum en plaats van de bijeenkomsten, identiteit van de deelnemende ondernemingen, hoedanigheid van de personen die de ondernemingen vertegenwoordigden en identiteit van de vertegenwoordigers van verzoeksters tijdens deze bijeenkomsten. Dergelijke inlichtingen lijken integendeel geschikt om vast te stellen, of de voorwaarden voor een inbreuk op artikel 85, lid 1, zijn vervuld, in het bijzonder of er „overeenkomsten tussen ondernemingen" als bedoeld in die bepaling zijn. Zij kunnen niet op voorhand als niet noodzakelijk worden beschouwd. Wat in het bijzonder verzoeksters betreft, lijkt het mij geenszins onbelangrijk precies na te gaan, in welke mate zij hun stempel hebben gedrukt op de bijeenkomsten. Wat het alleen aan CdF Chimie gerichte verzoek betreft om alle documenten over een der bijeenkomsten over te leggen, lijkt mij het feit, dat de gevraagde documenten verband houden met de producentenbijeenkomsten, eveneens de mogelijkheid te bieden om te onderzoeken, of aan bepaalde voorwaarden voor een inbreuk is voldaan. Bovendien heb ik in de verschil-

40 — Zaak 136/79, National Panasonic, reeds aangehaald, r. o. 30.

lende verzoeken niets aangetroffen, dat kennelijk buiten elke verhouding zou zijn.

72. Inzake prijzen stelt de Commissie in haar beschikkingen ten aanzien van CdF Chimie en van Solvay, dat blijkens de in haar bezit zijnde documenten de bijeenkomsten de vaststelling en handhaving van de prijzen van respectievelijk LdPE en PVC tot doel hadden. De verschillende vragen die zijn gesteld over de details van de organisatie van de prijsinitiatieven in het algemeen alsook, in de beschikking tegen CdF Chimie, over de manier waarop deze onderneming in het bijzonder zich op dat vlak gedraagt, zijn mijns inziens dan ook zeker van belang om vast te stellen, of een andere voorwaarde voor een inbreuk op artikel 85, lid 1, is vervuld, daar het zich ook richt tegen overeenkomsten die bestaan in „het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de prijzen". Zo gezien, lijken deze verzoeken om inlichtingen mij evenmin buiten verhouding.

73. In verband met de quota stelt de Commissie, dat volgens haar informatie, de producenten tijdens hun bijeenkomsten voor elke onderneming prijsdoelen hebben vastgesteld, en geeft zij een beschrijving van de grote lijnen van het systeem. Mijns inziens was het voor de Commissie helemaal niet overbodig om verzoeksters te vragen, volgens welke regels de quota werden vastgesteld en hoe de naleving ervan wordt gecontroleerd, of om CdF Chimie te vragen welke inlichtingen over haar LdPE-produktie zij aan de andere producenten heeft meegedeeld. Dit is volgens mij bepaald niet zonder belang voor de vaststelling, of het gaat om overeenkomsten gericht op „het verdelen van de markten" als bedoeld in artikel 85, lid 1. Dat deze verzoeken eventueel buitensporig zouden zijn, blijkt volgens mij geenszins uit de formulering ervan.

74. Wat ten slotte de aan Fides meegedeelde cijfers betreft, lijken de vragen, die uitsluitend aan CdF Chimie zijn gericht, betrekking te hebben op een systeem van informatieuitwisseling tussen LdPE-producenten. Een georganiseerde uitwisseling van informatie tussen producenten waarvan wordt vermoed, dat zij over de prijzen en de verdeling der markten afspraken hebben gemaakt, kan ertoe bijdragen om met artikel 85, lid 1, strijdige gedragingen nauwkeuriger te karakteriseren. Ik geloof dan ook niet dat de vragen betreffende een dergelijk systeem als overbodig kunnen worden beschouwd. Zoals de Commissie ze heeft geformuleerd, lijken ze mij bovendien ook niet te ver te gaan.

75. Weliswaar stellen verzoeksters ten betoge dat de gevraagde inlichtingen niet noodzakelijk zijn, dat de Commissie hun tegelijk met de verzoeken om inlichtingen heeft meegedeeld, dat de twee ondernemingen volgens haar informatie aan bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen zouden hebben deelgenomen. Voor zover deze omstandigheid al niet buiten beschouwing dient te blijven, dient zij in ieder geval te worden gerelativeerd. Waar de Commissie namelijk stelt dat zij een eventuele inbreuk op artikel 85, lid 1, opspoort, voegt zij zich naar het bepaalde in artikel 11, lid 3, van verordening nr. 17, dat het doel van het verzoek moet worden meegedeeld. Zoals gezegd in verband met het middel betreffende de „verkapte" mededeling van punten van bezwaar, doet het er in dit opzicht nauwelijks toe dat de Commissie de ondernemingen niet alleen laat weten dat zij het bestaan van een inbreuk wil verifiëren, doch ook dat zij hen van deelneming daaraan verdenkt. Van de Commissie kan moeilijk worden verlangd, dat zij geen maatrege-

len van onderzoek neemt tegen ondernemingen die volgens haar informatie mogelijk bij inbreuken op artikel 85, lid 1, betrokken zijn. Ik ben het integendeel eens met Thiesing, Schröter en Hochbaum, dat „wanneer de Commissie een onderzoek begint wegens inbreuk op de mededingingsregels, er reeds bepaalde aanwijzingen voorhanden dienen te zijn die een schending van rechtsregels laten vermoeden" en „dat het niet aangaat louter uit voorzorg om inlichtingen te verzoeken".[41] Overigens verklaarde de Commissie ter terechtzitting, dat zij uitsluitend op basis van aanwijzingen en nooit bij wijze van steekproef een onderzoek begint.

76. Wanneer de Commissie een onderneming meedeelt dat zij over aanwijzingen beschikt inzake haar deelneming aan een inbreuk op artikel 85, lid 1, is dat mijns inziens dan ook niet voldoende om haar de mogelijkheid van een onderzoek tegen die onderneming te ontzeggen op grond dat zulke maatregelen buiten elke verhouding, kennelijk niet noodzakelijk zouden zijn. Deze conclusie zou alleen mogelijk zijn, wanneer de Commissie een onderzoek zou voorwenden terwijl zij over voldoende bewijzen beschikt, of wanneer dat onderzoek kennelijk bedoeld zou zijn om meer bewijzen te verzamelen dan zij nodig heeft om het bestaan en de draagwijdte van de inbreuk aan te tonen.

77. Het onderzoek van de rechtmatigheid van de litigieuze beschikkingen kan voor het Hof evenwel geen aanleiding zijn om de „absolute bewijsbehoefte" van de Commissie te beoordelen. Volgens de wetten van de fysica kookt water bij 100 en nog niet bij 99 graden, doch voor het onderhavige gebied beschikken wij niet over even precieze referentiepunten. Men kan immers niet a priori en met volstrekte zekerheid vaststellen, vanaf welk ogenblik de Commissie overbodige of te veel bewijzen verlangt. De beoordeling van de „bewijsbehoefte" van de Commissie vraagt dus een behoorlijke relativering.

78. Van belang is mijns inziens eveneens, dat volgens de rechtspraak van het Hof de nasporingen van de Commissie krachtens de artikelen 11 en 14 van verordening nr. 17, haar in staat moeten stellen om

„de noodzakelijke bewijsstukken te verzamelen om de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan".[42]

Zoals gezegd in verband met de „oneigenlijke" mededeling van punten van bezwaar, mag de Commissie alle gegevens opsporen waarmee zij het bestaan en de precieze draagwijdte van een inbreuk kan vaststellen. Daaraan moeten de „noodzakelijkheid" of de „bewijsbehoefte" worden afgemeten. Zelfs wanneer de Commissie dus over bewijzen beschikt waaruit met zekerheid blijkt van de deelneming van de ene of de andere onderneming aan handelingen die een inbreuk vormen op artikel 85, lid 1, mag zij mijns inziens tegen *alle* ondernemingen die zij eventueel verdenkt, haar nasporingen voortzetten om de precieze omvang van de inbreuk te beoordelen. Concreet kan de Commissie misschien reeds kennis hebben van bepaalde producentenbijeenkomsten, van de deelneming van sommige ondernemingen aan die bijeenkomsten, van overeenkomsten voor bepaalde tijdvakken en geografische gebieden; niettemin mag zij onderzoeken, of de inbreuk verder teruggaat in de tijd en op een ruimer gebied betrek-

41 — Op. cit., blz. 493, zie ref. in voetnoot 35.

42 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 21.

king heeft. Ik zou zelfs willen zeggen dat dit haar plicht is, want anders zou zij zich, afgezien van haar specifiek „repressieve" taak, niet naar behoren kwijten van de meer algemene opdracht waarmee het Verdrag haar belast, namelijk toezien op de naleving van de mededingingsregels.

79. Als de Commissie onderzoeksmaatregelen treft, hoewel zij over aanwijzingen van een inbreuk beschikt en over bewijzen voor de deelneming van bepaalde ondernemingen, dan valt daarvoor nog een andere bestaansreden aan te wijzen, die is gelegen in de eisen die de controle van het Hof meebrengt, wanneer ondernemingen beroep instellen tegen de vaststelling van inbreuken waarvoor geldboeten worden opgelegd. Uit de op zulke beroepen gewezen arresten blijkt, dat het Hof de tot staving van de beschikkingen van de Commissie aangevoerde bewijzen grondig onderzoekt ten einde het bestaan van de inbreuk en de mate van betrokkenheid van de beboete ondernemingen vast te stellen.

80. Het is dan ook volkomen normaal, dat de Commissie een onderzoek wil instellen om voldoende bewijzen te verzamelen opdat een eventuele beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld en een boete wordt opgelegd, de toets van de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde vereisten van gemeenschapsrecht kan doorstaan.

81. Rekening houdend met al die omstandigheden, hoeft het niet te verbazen als de Commissie, wanneer zij reeds over bepaalde bewijzen beschikt, op regelmatige wijze nasporingen doet en vervolgens, ook wanneer die geen dan wel slechts een gedeeltelijk resultaat lijken op te leveren, een procedure opent en in die context mededeling van punten van bezwaar doet. Zij zal dan een minder belangrijke inbreuk vaststellen dan verwacht, doch niettemin voldoende bewijzen aanwezig achten om een inbreuk vast te stellen voor bepaalde ondernemingen wegens bepaalde gedragingen gedurende bepaalde tijdvakken. Dit behoeft evenwel nog niet te betekenen, dat haar nasporingen niet „noodzakelijk" in de zin van verordening nr. 17 waren.

82. De door verzoeksters aangevoerde omstandigheid dat de Commissie, hoewel de meeste van de aan hen gerichte vragen onbeantwoord waren gebleven, tegen hen een procedure heeft geopend en hun mededeling van de punten van bezwaar heeft gedaan, vormt mijns inziens dus geenszins het bewijs, dat de gevraagde en niet verkregen inlichtingen niet „noodzakelijk" in de zin van verordening nr. 17 waren. In mijn opvatting is een verzoek om inlichtingen niet buitensporig, als de Commissie meer, doch wel als zij kennelijk te veel bewijzen zoekt. „Meer" is niet hetzelfde als „te veel", en de vaststelling dat inbreuk is gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kan gebaseerd zijn op meer of minder bewijzen, zonder dat „minder bewijzen" betekent, dat de Commissie onrechtmatig zou hebben gehandeld door een — zij het niet volledig geslaagde — poging te ondernemen om „meer bewijzen" te verzamelen. Het komt mij trouwens voor, dat de noodzaak om inlichtingen in te winnen enkel a priori kan worden beoordeeld, en niet op basis van de verkregen resultaten.

83. Mijns inziens heeft het onderzoek van de twee litigieuze beschikkingen dus niet aangetoond, dat de daarin aan verzoeksters gevraagde inlichtingen niet noodzakelijk waren geweest voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 85, lid 1, meer bepaald

voor een zo nauwkeurig mogelijke beoordeling van de omvang, de mechanismen en de gevolgen ervan. De argumenten van verzoeksters, dat de gevraagde inlichtingen niet noodzakelijk waren en de bestreden beschikkingen dus onrechtmatig zijn, zijn dus ongegrond. Zonder dat daarop nader behoeft te worden ingegaan, geldt hetzelfde voor het argument van CdF Chimie betreffende de schending van het evenredigheidsbeginsel.

V — Het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen

84. Ook dit argument is eigenlijk door beide verzoeksters voorgedragen. Het is te vinden in het eerste en het vierde onderdeel van het subsidiaire middel van Solvay, en het tweede subsidiaire middel van CdF Chimie. In wezen bestaat het hierin, dat de litigieuze beschikkingen zijn gegeven met miskenning van het beginsel dat niemand kan worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen.

85. Volgens CdF Chimie is het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, een algemeen rechtsbeginsel dat deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht, en erkenning heeft gevonden in voor de Lid-Staten bindende internationale verdragen en in hun juridische traditie. Volgens Solvay is het een grondrecht, dat tot de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht behoort, waarvan het Hof in de lijn van de constitutionele tradities die de Lid-Staten gemeen hebben en van de internationale verdragen, de naleving verzekert. De omstandigheid dat de Raad heeft geweigerd het zwijgrecht in verordening nr. 17 te erkennen, kan volgens verzoeksters het Hof niet binden.

86. De Commissie brengt hiertegen in, dat er geen algemeen beginsel bestaat, dat het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, moet worden geëerbiedigd in administratieve procedures die uitsluitend tegen rechtspersonen zijn gericht. Verzoeksters' stelling zou slechts kunnen slagen, indien de bepalingen van de verordening zelf in strijd waren met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, wat haars inziens hier echter niet in geding is.

87. Er is een punt dat mijns inziens moet worden opgehelderd vooraleer de discussie over de belangrijke thema's die thans aan de orde zijn, wordt aangevat. Uitgemaakt moet worden, of verordening nr. 17 zelf een recht kent voor ondernemingen om verzoeken om inlichtingen naast zich neer te leggen, wanneer zij met de antwoorden zichzelf zouden belasten, anders gezegd een inbreuk op artikel 85 zouden erkennen met het risico de daarvoor voorziene sancties op te lopen. De vraag of rekening moet worden gehouden met de tradities die de Lid-Staten gemeen hebben of met internationale verdragen, is immers eerst dan relevant, wanneer het recht om zichzelf niet te belasten niet reeds door verordening nr. 17 is gewaarborgd.

88. Over het antwoord hierop bestaat niet de minste twijfel. Het is volstrekt zeker, dat de Raad, die verordening nr. 17 heeft vastgesteld, de ondernemingen aan wie een verzoek om inlichtingen wordt gericht, geen zwijgrecht heeft willen toekennen. Dit vloeit mijns inziens voort uit de juridische regeling van het inlichtingenverzoek in artikel 11

van verordening nr. 17. Hoe valt anders te verklaren dat de Commissie, na krachtens de leden 2 tot 4 een verzoek om inlichtingen aan een onderneming te hebben gericht, krachtens lid 5 bij beschikking de mededeling kan gelasten van de inlichtingen die de onderneming niet of slechts onvolledig heeft verstrekt, wanneer die onderneming het recht zou hebben niet tegen zichzelf te getuigen? Hoe valt dit te verklaren, waar toch in een dergelijke beschikking bovendien moet worden gewezen op de in de artikelen 15, lid 1, sub b, en 16, lid 1, sub c, van verordening nr. 17 voorziene sancties? Zoals bekend, kan de Commissie krachtens eerstbedoelde bepaling de ondernemingen een geldboete opleggen, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid een onjuiste inlichting verstrekken of een inlichting niet binnen de vastgestelde termijn verstrekken, en krachtens de tweede bepaling kan zij hun dwangsommen opleggen „ten einde hen te dwingen tot het volledig en juist verschaffen van een inlichting welke de Commissie heeft verlangd bij ... beschikking". Dergelijke dwangmiddelen zijn logisch niet te verzoenen met een zwijgrecht.

89. Dat was mijns inziens overigens ook de opvatting van advocaat-generaal Warner in zijn conclusie in de zaak National Panasonic, waar hij stelde

„dat artikel 11 de Commissie de bevoegdheid verleent de betrokken onderneming te verzoeken of te verplichten mee te werken bij het verstrekken van gegevens". [43]

90. Over de vraag, of het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, al dan niet moet worden erkend, is in de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 17 interessante informatie te vinden. Tijdens de behandeling door het Europees Parlement van het ontwerp van de latere verordening nr. 17 werd namens de commissie interne markt een ontwerp opgesteld door M. Deringer. In punt 121 van het „rapport Deringer" [44] werden een aantal opmerkingen gemaakt waarvan ik er hier enkele wil aanhalen. Over de bepaling uit de ontwerp-verordening betreffende verzoeken om inlichtingen wordt gezegd: „Deze regeling is naar de mening van de Commissie op verschillende punten niet in overeenstemming met de algemene beginselen van een rechtsstaat, zodat het gevaar bestaat dat de verordening door het Hof van Justitie nietig wordt verklaard." [45] Het rapport wees erop dat „in elk geval ... personen die gebonden zijn inlichtingen te verschaffen, het gebruikelijke verschoningsrecht (dienen) te hebben". [46]

91. Op basis van dit rapport diende de commissie interne markt bij het Parlement een ontwerp-resolutie in, waarin het haar voorgelegde verordeningsvoorstel op tal van punten werd gewijzigd. Met betrekking tot de verzoeken om inlichtingen heette het in artikel 9 van de ontwerp-resolutie onder het opschrift „Verzoek om inlichtingen": „De tot het verstrekken van inlichtingen verplichte personen kunnen inlichtingen weigeren met betrekking tot vragen, waarvan de beantwoording hen zelf ofwel een bloed- of aanverwant die volgens het nationale procesrecht het recht heeft zich te verschonen ofwel de door hen vertegenwoordigde ondernemingen of verenigingen van ondernemingen, zou blootstellen aan het gevaar van een strafrechtelijke vervolging." Deze tekst kwam ook voor in de resolutie die het Parlement tijdens zijn vergadering van 19 oktober 1961 heeft aanvaard. [47] Zoals bekend,

43 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, blz. 2066.

44 — Doc. 57 van 7 september 1961, Europees Parlement.

45 — Ibidem, blz. 30.

46 — Ibidem.

47 — PB van 15 november 1961, blz. 1406.

heeft de Raad dit amendement in de definitieve tekst niet overgenomen.

92. Na het relaas van deze ontwikkelingen te hebben gedaan, en daaraan de bedenking te hebben vastgeknoopt dat hij

„ten zeerste (betwijfelt) of men bij de uitlegging van een verordening van de Raad te rade mag gaan bij de ontstaansgeschiedenis ervan" [48],

merkte advocaat-generaal Warner in zijn conclusie in de zaak AM & S op:

„Het is begrijpelijk dat de Raad in het huidige artikel 11 van de verordening niet de bepaling wilde opnemen dat van iemand niet mag worden geëist belastende vragen te beantwoorden, omdat daarmee juist het doel van het artikel zou zijn voorbij gestreefd of althans dat artikel grotendeels krachteloos zou zijn gemaakt." [49]

93. De ontstaansgeschiedenis en het ondubbelzinnige commentaar van advocaat-generaal Warner op juist dit punt wijzen er vrij duidelijk op, dat het niet in de bedoeling van de Raad lag aan de ondernemingen in artikel 11 van verordening nr. 17 een recht toe te kennen om niet tegen zichzelf te getuigen. Dat de bedoeling om een dergelijk recht uit te sluiten aanwezig was, wordt in het algemeen niet serieus bestreden. Wel gaan in de doctrine soms stemmen op die beweren, dat de Raad ongelijk had of onbevoegd was dit te doen, maar niemand betwist dat de Raad dit recht niet heeft voorzien. Zo stelt bij voorbeeld A. Pliakos in verband met het recht om zichzelf niet te belasten, dat „de communautaire mededingingsregels dit recht niet voorzien" voor personen die gehouden zijn inlichtingen te verstrekken, en hij wijst erop dat de Raad op dit punt het voorstel van het Parlement niet heeft gevolgd. [50]

94. Nu in verordening nr. 17 niet het recht is voorzien om niet tegen zichzelf te getuigen, rijst de vraag of dit meteen de afwezigheid van een dergelijk recht in het communautair mededingingsrecht impliceert. Anders gezegd, indien de gemeenschapswetgever — zoals inderdaad het geval is — een dergelijk recht heeft willen uitsluiten, betekent dit dan dat het gemeenschapsrecht in zijn geheel beschouwd een dergelijk recht niet kent? Ik wijs erop dat, anders dan de Commissie beweert, het niet om het onderzoek van een middel gaat, dat eerst ter terechtzitting — en dus te laat — zou zijn voorgesteld en waarmee de geldigheid zou worden bestreden. De vraag is veeleer, of sommige rechtsbeginselen die van toepassing zijn in het communautaire mededingingsrecht en die formeel los staan van verordening nr. 17, niet boven deze verordening prevaleren. Overigens wil ik wel opmerken, dat als er in het gemeenschapsrecht eventueel een boven verordening nr. 17 prevalerend rechtsbeginsel zou bestaan, inhoudende dat een ieder het recht heeft niet tegen zichzelf te moeten getuigen, dat niet behoeft te leiden tot formele ongeldigheid van de verordening, aangezien de wil van de Raad om een dergelijk recht uit te sluiten, niet in een uitdrukkelijke bepaling is terug te vinden. Zo gezien, gaat het hier veeleer om de uitlegging van een verordening in de geest van een hoger beginsel, dan om de eventuele ongeldigheid van die verordening.

48 — Zaak 155/79, reeds aangehaald, blz. 1621.

49 — Ibidem.

50 — Op. cit. blz. 38 et 287 tot en met 293, zie voetnoot 20 hierboven.

95. De vraag is dus, of er buiten verordening nr. 17 een beginsel van gemeenschapsrecht bestaat dat het recht erkent om niet tegen zichzelf te moeten getuigen wanneer krachtens artikel 11 van die verordening om inlichtingen wordt verzocht.

96. Verzoeksters beroepen zich in dat verband op een algemeen beginsel dat alle rechtsstelsels van de Lid-Staat gemeen hebben, alsmede op internationale verdragen, in het bijzonder het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en op het op 19 december 1966 in het kader van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties gesloten Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

97. Partijen zijn in de processtukken uitvoerig ingegaan op hoe in de nationale rechtsstelsels van de Lid-Staten de problematiek van het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, is geregeld. Hun uiteenzettingen hebben bij mij soms de indruk doen ontstaan, dat zij via de vergelijking van de nationale rechtsstelsels niet hebben gevonden wat zij zochten, doch wel wat zij zich voorgenomen hadden te vinden.

98. Ik zou zeggen, dat het onderzoek van de nationale rechtsstelsels zeker heeft aangetoond dat het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen een gemeenschappelijk beginsel is, zij het dat ook aan het licht is gekomen dat het gemeenschappelijk karakter ervan minder evident wordt naarmate men zich verder verwijdert van wat ik het klassieke strafprocesrecht zou willen noemen.

99. Het recht om zichzelf niet te moeten belasten kent in Spanje, waar het uitdrukkelijk in artikel 24 van de grondwet is opgenomen, een zeer ruim toepassingsgebied. Volgens de heersende opvatting is dit fundamentele beginsel zo algemeen geformuleerd, dat het voor natuurlijke en voor rechtspersonen geldt. Sinds het tribunal constitucional in een arrest van 1981 besliste, dat de fundamentele beginselen van artikel 24 eveneens gelden voor administratieve procedures die tot oplegging van sancties kunnen leiden, wordt aangenomen dat het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen geldt in nationale administratieve procedures waarin inbreuken op de mededingingsregels met sancties kunnen worden bestraft.

100. Ook in de Bondsrepubliek Duitsland vindt dit beginsel ruime toepassing. Weliswaar is het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, anders dan in Spanje niet formeel in de grondwet opgenomen; het behoort namelijk niet tot de grondrechten van de artikelen 1 tot 19 van het Grundgesetz en evenmin tot de in de artikelen 101 tot 104 daarvan erkende rechten. In de Duitse wetgeving wordt dit recht evenwel veelvuldig toegepast. Wat in het bijzonder het mededingingsrecht betreft, kunnen natuurlijke personen zich zowel in de administratieve procedure als in het „Bußgeldverfahren" op dit recht beroepen, wat naar het schijnt ook geldt voor rechtspersonen, wanneer zij in het kader van laatstbedoelde procedure een geldboete kunnen oplopen. Onzekerheid bestaat blijkbaar alleen over de vraag, of rechtspersonen zich in de administratieve procedure op dit recht kunnen beroepen; de rechtspraak schijnt dit niet toe te laten.

101. Het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen is in het Verenigd Koninkrijk zeker als een fundamenteel recht te beschouwen voor wat de klassieke strafrechte-

lijke procedure betreft, met inbegrip van het vooronderzoek. Wanneer men het heeft over het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, verwijst men trouwens graag naar de Angelsaksische rechtstraditie. Ook in de burgerlijke rechtspleging heeft dit recht algemene gelding. Het geldt zowel voor natuurlijke als voor rechtspersonen. Blijkbaar wordt in sommige wetten evenwel van het algemene beginsel afgeweken, voor zover de beantwoording van vragen wordt voorgeschreven ook wanneer het antwoord voor de betrokkenen belastend kan zijn. Waar de wetgever niet tegelijkertijd bepaalt, dat de antwoorden niet in latere strafzaken zullen mogen worden gebruikt tegen degenen die ze hebben gegeven, lijken de antwoorden als bewijsmateriaal te kunnen worden aanvaard. Wat nu het mededingingsrecht betreft, moet vooraf worden opgemerkt dat de bevoegde autoriteiten wel een onderzoek kunnen instellen, doch geen geldboete opleggen. In deze materie is de wetgeving niet geheel uniform: in de *Competition Act* van 1980 en de *Fair Trading Act* van 1973 zijn onderzoeksbevoegdheden voorzien die niet prevaleren boven het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, terwijl in de *Restrictive Trade Practices Act* van 1976 niets erop wijst dat dit recht met succes kan worden ingeroepen.

102. In Ierland zijn alle van overheidswege opgelegde sancties strafsancties. Het strafrecht waarborgt zowel tijdens het proces als tijdens het onderzoek het recht om niet tegen zichzelf te getuigen. In het mededingingsrecht kent de *Restrictive Practices Act* van 1972 aan de *Examiner for Restrictive Practices Orders* onderzoeksbevoegdheden toe op grond waarvan hij van de onderneming alle inlichtingen kan verlangen die hij redelijkerwijs bij de vervulling van zijn opdracht nodig kan hebben. Indien het onderzoek op een strafvervolging uitloopt, rijst de vraag, of het openbaar ministerie zich in de loop van het proces kan beroepen op tijdens het onderzoek verzamelde inlichtingen. Aangenomen wordt, dat dit niet zeker is.

103. In Nederland is het recht om niet tegen zichzelf te getuigen neergelegd in het Wetboek van strafvordering. Het vindt algemene toepassing in strafzaken en in administratieve procedures waarin een geldboete kan worden opgelegd. Zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen zich erop beroepen. Inbreuken op het mededingingsrecht hebben een strafrechtelijk karakter. In de Wet economische mededinging is de verplichting voorzien om inlichtingen mee te delen aan de Commissie economische mededinging, welk orgaan geen sancties kan opleggen. Het schijnt, dat het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, niet kan worden ingeroepen wanneer vóór de eigenlijke strafvervolging inlichtingen worden gevraagd aan personen die nog niet in staat van beschuldiging zijn gesteld, doch is zulks wel mogelijk wanneer een „potentiële verdachte" wordt gelast inlichtingen te verstrekken die in een latere strafzaak zouden kunnen worden gebruikt.

104. In het Deense recht wordt zowel in strafzaken als in burgerlijke zaken, en zonder onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen, het recht van partijen en van getuigen om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, in zeer ruime mate erkend. Krachtens sommige „administratieve" wetten, inzonderheid de wet betreffende monopolies en mededinging, kan de administratie van een burger inlichtingen verlangen. Er zijn aanwijzingen, dat het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen niet geldt in het kader van een administratieve procedure, doch de rechtsleer neigt tot de opvatting, dat in sommige gevallen de burger niet tot antwoorden verplicht is, wanneer hij als verdachte is te beschouwen. Hoewel de uitlegging van de wet moeilijk schijnt te zijn, wordt niettemin aangenomen, dat de zwaarwichtigheid van de verdenkingen bepalend is om uit te maken of de burger als „verdachte" is te beschouwen.

105. In België heeft de beschuldigde of beklaagde in strafzaken het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, hoewel het krachtens het strafprocesrecht niet verboden is hem te ondervragen of hem niet op zijn zwijgrecht te attenderen. Zolang iemand processueel niet de hoedanigheid van beschuldigde of beklaagde heeft, wordt hij als getuige onder ede gehoord en heeft hij blijkbaar niet het recht om niet te antwoorden. In het belastingrecht kan de administratie op straffe van een fiscale boete alle documenten of inlichtingen opvragen om een belastingsituatie te onderzoeken. In het economisch recht verlenen verscheidene wetten de administratie ruime onderzoeksbevoegdheden, doch bestaat er maar weinig ervaring mee. Hoewel die wetten straffen stellen op de weigering om de gevraagde inlichtingen mee te delen, kan men zich afvragen, of de rechtspraak thans niet geneigd zou zijn het recht om niet tegen zichzelf te getuigen te erkennen.

106. In Luxemburg wordt in strafzaken het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, ongeveer onder dezelfde voorwaarden als in België en Frankrijk erkend. Hoewel geen enkele bepaling de verdachte in de loop van het contradictoire onderzoek uitdrukkelijk een zwijgrecht toekent, wordt aangenomen, dat dit recht inherent is aan de regeling van het onderzoek. De getuige heeft dit recht in beginsel niet. Een wetsontwerp dat thans door de Chambre des députés wordt behandeld, voorziet de invoering in de code de procédure criminelle van een bepaling die identiek is met artikel 105 van de Franse code de procédure pénale, voorschrijvende dat niet als getuige kan worden gehoord degene tegen wie „sterke en met elkaar overeenstemmende aanwijzingen bestaan, dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd". Bevoegd om in het kader van het mededingingsrecht op te treden tegen verboden kartels, is de minister van Economische Zaken. Hij wordt bijgestaan door een „commission des pratiques commerciales restrictives", die inlichtingen, verklaringen en getuigenissen verzamelt en zich alle documenten en gegevens kan laten overleggen die zij voor de uitvoering van haar opdracht nodig acht. Op verzoek van die commissie kan de minister ambtenaren en andere functionarissen met de nodige onderzoekingen belasten. Zij hebben daarbij de bevoegdheden die in de prijzenwetgeving zijn voorzien, zodat zij de betrokkenen en ieder ander die inlichtingen kan verstrekken, kunnen ondervragen. Het weigeren of het laattijdig verstrekken van inlichtingen dan wel het bewust verstrekken van onjuiste inlichtingen wordt gestraft met geldboeten of gevangenisstraf. Deze regeling kent dus de economische subjecten tegen wie een onderzoek loopt, geen zwijgrecht toe.

107. In Portugal is het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, in het strafrecht algemeen erkend. In het mededingingsrecht is de situatie onduidelijk. Mededingingsbeperkende gedragingen kunnen worden aangemerkt als *„contra-ordenaçoes"*, dit wil zeggen overtredingen die minder ernstig zijn dan strafrechtelijke delicten, en met geldboeten en in ernstige gevallen met gevangenisstraf kunnen worden bestraft. De besluitwet over de *„contra-ordenaçoes"* voorziet voor wat de procedureregels betreft, in de subsidiaire toepassing van het wetboek strafvordering. De besluitwet over de mededinging verleent het directoraat-generaal mededinging evenwel de bevoegdheid om in het kader van de opsporing van onwettige praktijken, van de ondernemingen bepaalde inlichtingen te verlangen, en stelt de weigering om de gevraagde inlichtingen mee te delen gelijk aan het strafbaar feit van de „crime de desobediência". De vraag is nu, welke van deze twee teksten voorrang heeft. Men zou tot

de opvatting kunnen neigen, dat de voorrang dient te worden gegeven aan het wetboek van strafvordering, en dus aan het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, doch in rechtspraak of doctrine zijn hiervoor geen duidelijke indicaties te vinden.

108. In Griekenland kent het wetboek van strafvordering de getuigen en de verdachte het recht toe om niet tegen zichzelf te moeten getuigen. In administratieve onderzoeken van het directoraat toezicht op de mededinging van het Ministerie van Handel, is dit recht evenwel niet beschermd. De ondernemingen, ondernemersverenigingen en andere natuurlijke of rechtspersonen zijn gehouden deze overheidsinstantie op haar verzoek onmiddellijk volledig en nauwkeurig in te lichten. Na afloop van het onderzoek kan de minister van Handel sancties opleggen, in het bijzonder voor het niet dan wel te laat of na verzet meedelen van de gevraagde inlichtingen. Op het belemmeren van de mededeling van de verlangde inlichtingen, staan strafrechtelijke sancties.

109. In Italië kent het wetboek van strafvordering de verdachte het recht toe om niet tegen zichzelf te moeten getuigen. Het nieuwe wetboek van strafvordering, dat in oktober 1989 in werking treedt, kent dit recht eveneens toe aan een ieder tegen wie een vooronderzoek loopt, en meer in het algemeen aan een ieder die bij de politie verklaringen aflegt die aanwijzingen van een strafbaar feit tegen hem kunnen opleveren. Buiten het strafrecht lijkt het recht om niet tegen zichzelf te getuigen, evenwel niet beschermd. De Corte Costituzionale heeft in belastingzaken beslist, dat de bescherming van de rechten van de verdediging niet geldt in administratieve onderzoeken naar de naleving van wettelijke verplichtingen. Waar Italië thans geen werkelijk mededingingsrecht kent, wil ik nog vermelden, dat de belastingautoriteiten op grond van de wetten inzake de BTW en de inkomstenbelasting geldboeten kunnen opleggen, wanneer de belastingplichtigen nalaten de hun gevraagde inlichtingen mee te delen dan wel onvolledige of onjuiste inlichtingen meedelen.

110. In Frankrijk ten slotte kent de code de procédure pénale aan een ieder die strafbare feiten ten laste zouden kunnen worden gelegd, in het kader van het gerechtelijk onderzoek een zwijgrecht toe, doch niet in het kader van het opsporingsonderzoek. Het mededingingsrecht is in hoofdzaak geregeld in een „ordonnance" van 1 december 1986, die onderzoeksbevoegdheden toekent aan de personeelsleden van de „direction générale de la concurrence" en beslissingsbevoegdheid aan de „conseil de la concurrence", die een administratief orgaan is. De onderzoekers kunnen zich na convocatie dan wel ter plaatse alle noodzakelijk geachte inlichtingen en bewijsstukken verschaffen. Het onderzoek en de procedure voor de conseil de la concurrence zijn volledig contradictoir, doch dienen partijen de vragen van de rapporteur te beantwoorden en hem alle voor de vaststelling van de feiten noodzakelijke documenten over te leggen. Elk verzet tegen de uitoefening door de onderzoekers en rapporteurs van hun functie, wordt met gevangenisstraf of geldboeten gestraft. Algemeen aanvaard is, dat die straffen ook gelden voor de weigering om mondelinge of schriftelijke inlichtingen mede te delen. In de administratieve procedure in mededingingszaken kunnen partijen zich kennelijk niet beroepen op het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen. Na afloop van het onderzoek kan de conseil de la concurrence de beëindiging van mededingingsbeperkende praktijken gelasten en eventueel een geldboete opleggen.

111. Uit dit beknopte overzicht van de nationale rechtsstelsels blijkt mijns inziens, dat het succes van het zoeken naar een gemeenschappelijk beginsel afhangt van het rechtsgebied dat men bekijkt. In het klassieke strafrecht kan zonder al te veel moeilijkheden een in alle rechtsstelsels erkend beginsel worden gevonden. Voor dat gebied kan zonder twijfel een gemeenschappelijk beginsel worden aangenomen. Elk nationaal rechtsstelsel beschermt in meer of mindere mate de personen die in een strafrechtelijke procedure stricto sensu worden gehoord. Er bestaan ongetwijfeld aanzienlijke verschillen. Sommige rechtsstelsels erkennen het recht om niet tegen zichzelf te getuigen voor elke fase van de procedure, terwijl andere rechtsstelsels geen bescherming toekennen tijdens het vooronderzoek. Sommige rechtsstelsels beschermen zonder onderscheid getuigen en personen die formeel in staat van beschuldiging zijn gesteld, terwijl andere alleen de tweede categorie beschermen. In geen enkel rechtsstelsel echter wordt dit recht onthouden aan formeel in staat van beschuldiging gestelde personen in de eigenlijke gerechtelijke fase.

112. Wanneer men over de grenzen van het strafrecht stricto sensu heen naar de procedures op mededingingsgebied kijkt, lijken de conclusies van het onderzoek van de nationale rechtsstelsels evenwel minder evident.

113. In drie Lid-Staten, Griekenland, Luxemburg en Frankrijk, kan men zich namelijk in administratieve procedures inzake mededinging niet beroepen op het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen. In Italië bestaat een vergelijkbare situatie, als men naar het belastingrecht kijkt, doch men kan zich moeilijk uitspreken over de regeling die zou bestaan indien Italië een werkelijk mededingingsrecht kende.

114. In een aantal landen is de situatie betrekkelijk onzeker. De conclusies van het onderzoek van het Portugese of van het Belgische mededingingsrecht zijn nogal speculatief en berusten veelmeer op de rechtsleer dan op een beschrijving van de positiefrechtelijke oplossingen.

115. In andere Lid-Staten, waar over het algemeen onderscheid wordt gemaakt tussen onderzoeken van de administratie en de sanctiebevoegdheid van de rechter in het kader van het eigenlijke strafrecht, is bovendien niet altijd duidelijk waar de overgang tussen de twee fasen ligt. Zoals gezegd, hebben wij niet met zekerheid kunnen vaststellen of in Ierland de openbare aanklager voor de strafrechter inlichtingen mag gebruiken die de administratie, dit wil zeggen de *Examiner for Restrictive Practices*, eventueel heeft opgevraagd. In Nederland schijnt het recht om niet te hoeven te antwoorden op vragen van de Commissie economische mededinging ervan af te hangen, of de tegen een onderneming ingebrachte beschuldigingen zo ernstig zijn, dat zij potentieel een verdachte is. Deze situatie vertoont een zekere gelijkenis met die in Denemarken, waar men kennelijk de mogelijkheid om de door de administratie verlangde inlichtingen te weigeren, afhankelijk wil maken van de vraag, of de verdenkingen die op de betrokken onderneming rusten zo zwaarwichtig zijn dat zij als „verdachte" kan worden beschouwd.

116. Ook in de Engelse wetgeving is de situatie niet overal identiek, aangezien het recht om geen inlichtingen mee te delen in de *Restrictive Trade Practices Act* van 1976 kennelijk niet wordt erkend, terwijl de andere wetten op mededingingsgebied niet van dit beginsel afwijken. Vermeldenswaard is, dat in het Verenigd Koninkrijk de wetgever afwijkingen kan voorzien van het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen.

117. Alleen in Spanje en in de Bondsrepubliek Duitsland kan men zich dus zowel in het onderzoek naar concurrentiebeperkende gedragingen als in de sanctieprocedures beroepen op het recht om niet tegen zichzelf te getuigen; in de Bondsrepubliek Duitsland geldt dit echter weer niet in de administratieve procedure tegen rechtspersonen. Bovendien kan dit recht in de Bondsrepubliek voor de ondernemingen moeilijk als een grondrecht worden beschouwd. Ik zie daarin veeleer een uitbreiding door de wetgever van waarborgen die alleen voor natuurlijke personen eventueel het karakter van grondrechten hebben.

118. Is van zo uiteenlopende nationale oplossingen een synthese mogelijk ? Enkele jaren geleden had het Hof zich uit te spreken in een zaak waarin de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt als een gemeenschappelijk beginsel van de rechtsstelsels der Lid-Staten werd geponeerd.[51] In die zaak hebben toen twee advocaten-generaal conclusie genomen. De tweede, Sir Gordon Slynn, heeft zijn betoog opgebouwd volgens een methode, die ook voor de onderhavige zaak zeer belangwekkend is. Zijn vertrekpunt was dat, ondanks onvermijdelijke verschillen tussen de Lid-Staten, er niettemin een beginsel van de vertrouwelijkheid van de relatie advocaat-cliënt viel aan te wijzen, dat weliswaar niet in alle Lid-Staten even ruim is, maar toch als een regel van gemeenschapsrecht is te beschouwen. Vervolgens stelde hij, dat dit beginsel in het gemeenschapsrecht zo moest worden toegepast en in een zodanige mate,

„dat men tot de beste en meest adequate oplossing komt, niet alleen met het oog op de praktijk in de verschillende Lid-Staten, maar ook in het belang van de Gemeenschap en haar instellingen, van haar Lid-Staten en van de justitiabelen die aan haar recht zijn onderworpen".[52]

119. Vanuit die optiek vroeg hij zich af, of bij de afweging van de verschillende aspecten van het algemeen belang de rechtsstelsels van de Lid-Staten de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt laten wijken voor

„de bevoegdheid om beweerde inbreuken op het mededingingsrecht te onderzoeken".[53]

Zijn antwoord daarop was:

„Mij is geen enkele nationale bepaling bekend die elk recht op ‚legal confidence' uitsluit bij onderzoeken of procedures op het gebied van de mededeling."[54]

Verderop in zijn conclusie stelde hij, dat duidelijk lijkt

„dat er geen universele of zelfs in brede kring aanvaarde regel is, volgens welke deze bescherming van het beroepsgeheim in de bestaande vorm is uitgesloten in mededingingsaangelegenheden. Hooguit kan in sommige gevallen twijfel bestaan; de algemene regel is dat de bescherming in stand blijft."[55]

51 — Zaak 155/79, reeds aangehaald.

52 — Ibidem, blz. 1654.
53 — Ibidem, blz. 1656.
54 — Ibidem.
55 — Ibidem, blz. 1658.

120. Men voelt direct, dat een analyse van het probleem van het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, volgens deze methode niet tot resultaten kan leiden die in dezelfde richting gaan. Uit het onderzoek van de rechtsstelsels van de Lid-Staten kan immers wel een recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen worden afgeleid voor het strafrecht, maar men kan niet zeggen, dat geen enkele Lid-Staat een dergelijk recht uitsluit in procedures betreffende met de mededingingsregels strijdige gedragingen, of dat er hooguit in sommige gevallen twijfel is. Drie Lid-Staten (Griekenland, Frankrijk en Luxemburg) sluiten dit recht zonder meer uit, in twee andere Lid-Staten (België en Portugal) is de situatie eerder onduidelijk, en in drie verdere Lid-Staten (Denemarken, Ierland en Nederland) wordt dit recht niet erkend gedurende het onderzoek, althans niet zolang de tegen de ondervraagde persoon bestaande verdenking niet een bepaalde — moeilijk te definiëren — graad overschrijdt.

121. Moet ik onder die omstandigheden op basis van het recht van de Lid-Staten als tussenoplossing voorstellen om het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen in mededingingsprocedures *gedeeltelijk* te erkennen ? Preciezer gezegd, moet naar het voorbeeld van de in sommige Lid-Staten, blijkbaar geldende regeling worden vastgesteld, dat in het verdere verloop van de procedure tegen een onderneming naar gemeenschapsrecht niet als bewijsmiddelen in aanmerking mogen worden genomen de inlichtingen die tijdens het onderzoek van haar konden worden verlangd ? Die regeling zou alleen nut hebben in een systeem waarin de bevoegdheid om een onderzoek in te stellen en de bevoegdheid om inbreuken te vervolgen, niet aan hetzelfde orgaan toekomen, wat in het gemeenschapsrecht niet het geval is. Overigens heeft het Hof in het arrest Musique Diffusion van 7 juni 1983 een middel afgewezen dat zich keerde tegen een stelsel „waarin de Commissie zowel de functie van aanklager als die van rechter vervult".[56] Ik geloof dan ook niet, dat het enig nut heeft de aangegeven oplossing te bevestigen op grond van de rechtsstelsels van de Lid-Staten.

122. Hoewel dus bij vergelijking van de rechtsstelsels van de Lid-Staten kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een algemeen beginsel dat niemand kan worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen, is tevens aan het licht gekomen, dat dit beginsel niet zo „sterke werking" heeft dat het op een gebied zoals het mededingingsrecht niet terzijde kan worden geschoven, aangezien de rechtsstelsels van verschillende Lid-Staten precies op dit punt afwijkingen voorzien. Ik sluit mij wat dit betreft aan bij de zienswijze van Sir Gordon Slynn, die in zijn eerder reeds aangehaalde conclusie stelde dat

„het... aan de Lid-Staten en (binnen de onderscheiden bevoegdheden) de communautaire wetgevende instanties (staat) om te beslissen of het bestaande algemene beginsel moet worden gemodificeerd of buiten toepassing gesteld".[57]

Overigens had advocaat-generaal Warner een vergelijkbare opvatting verdedigd in de eerste conclusie in de zaak betreffende het beginsel van vertrouwelijkheid van de relaties tussen advocaat en cliënt; hij zag daarin een recht

„dat de wettelijke regelingen van beschaafde landen in het algemeen erkennen en dat niet lichtvaardig mag worden miskend, doch dat niet zo diep verankerd is, dat de Raad het op gemeenschaps-

56 — Gevoegde zaken 100 tot en met 103/80, Jurispr. 1983, blz. 1825, r. o. 6 tot en met 11.

57 — Zaak 155/79, reeds aangehaald, blz. 1650.

niveau nooit zou kunnen opheffen of beperken". [58]

123. In casu is de uitzondering op het beginsel juist in verordening nr. 17 voorzien; om de hierboven uiteengezette redenen wilde de Raad de mogelijkheid voor de ondernemingen uitsluiten om zich in de loop van het onderzoek te beroepen op een recht om niet tegen zichzelf te getuigen. Belangrijk is daarbij dat het Hof, waar het zoals hierboven uiteengezet toeziet op de noodzakelijkheid van de gevraagde inlichtingen, de mogelijkheid heeft erover te waken, dat de Commissie niet kennelijk misbruik maakt van haar bevoegdheden door de onderzoeksfase kunstmatig te rekken.

124. Ik wil er zekerheidshalve op wijzen, dat de Raad, door het in alle Lid-Staten erkende algemene beginsel dat niemand kan worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen, terzijde te schuiven in het belang van de opsporing van inbreuken op de communautaire mededingingsregels, mijns inziens niet buiten de grenzen van zijn bevoegdheid is getreden, aangezien de naleving van die regels voor de Europese Economische Gemeenschap van openbaar belang is en dit algemene beginsel wel van toepassing is vanaf de mededeling van punten van bezwaar.

125. Mijns inziens vormen de litigieuze beschikkingen dus geen schending van dit algemene beginsel, aangezien ze zijn gegeven in een kader waarin de toepassing van dit beginsel door verordening nr. 17 is uitgesloten.

126. Waar het onderzoek van de rechtsstelsels van de Lid-Staten niet een zo „sterk" beginsel heeft opgeleverd, dat de bestreden beschikkingen als een miskenning daarvan zouden kunnen worden beschouwd, rijst de vraag of een dergelijk beginsel in het reeds aangehaalde Internationaal Verdrag van de Verenigde Naties zou kunnen worden aangetroffen. In artikel 14, lid 3, daarvan heet het, dat „bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging ... een ieder in volle gelijkheid, recht (heeft) op de volgende minimumgaranties:

...

g) niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen".

127. Bij mijn weten heeft het Hof dit Verdrag nog niet genoemd als een van de verdragen waardoor het zich laat leiden om de in het gemeenschapsrecht geldende grondrechten te bepalen. Anderzijds heeft het Hof van de in dit verband relevante internationale verdragen nooit een limitatieve opsomming gegeven. Ik weet niet, of de door de Commissie aangevoerde omstandigheid, dat Griekenland dit Internationaal Verdrag niet heeft geratificeerd, voor het Hof een beletsel is om met dat Verdrag rekening te houden. Dit zou evenwel hoe dan ook niet beslissend zijn, aangezien uit de preambule van het Internationaal Verdrag duidelijk volgt dat het alleen geldt voor de individuele mens, de menselijke persoon, en niet voor rechtspersonen zoals ondernemingen. Overigens zijn tot staving van de opvatting, dat de betrokken bepaling ook zou gelden voor ondernemingen in administratieve mededingingsprocedures, geen vindplaatsen in de voorbereidende werken, de rechtsleer of de rechtspraak vermeld. Ik behoef dus niet eens in te gaan op de vraag, of het begrip „strafbaar feit" in artikel 14, lid 3, sub g,

58 — Ibidem, blz. 1636.

door het Hof strikt moet worden uitgelegd, wat volgens mij inderdaad het geval is, dan wel of in het communautaire mededingingsrecht niet eerst vanaf de mededeling van de punten van bezwaar een parallel kan worden getrokken tussen de situatie van de betrokkene en die van een „persoon die wordt vervolgd".

128. Zo gezien, zal het Hof niet lang hoeven stil te staan bij de ontvankelijkheidsvraag die de Commissie heeft opgeworpen, omdat CdF Chimie zich eerst in repliek formeel op schending van het Internationaal Verdrag heeft beroepen. Volgens de Commissie gaat het om een nieuw middel, dat als zodanig niet ontvankelijk is ingevolge artikel 92, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering. Inderdaad heeft CdF Chimie deze schending in geen van beide vóór het verstrijken van de beroepstermijn ingediende memories aan de orde gesteld. Dit middel moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard wat, indien het Hof zich bij mijn redenering aansluit, weinig gevolgen zal hebben voor de kans van slagen van het beroep.

129. Nu de miskenning door de litigieuze beschikkingen van een recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, niet als een schending van een in de rechtsstelsels van alle Lid-Staten gehuldigd beginsel en evenmin als een schending van het Internationaal Verdrag is te beschouwen, rijst de vraag, of de beschikkingen niet toch onwettig zijn wegens schending van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Volgens verzoeksters zou in casu met name artikel 6 van het Europees Verdrag zijn geschonden.

130. Solvay beroept zich meer in het bijzonder op artikel 6, leden 1 en 2, van het Europees Verdrag, inzake het recht op een eerlijk proces en het vermoeden van onschuld, terwijl CdF Chimie meer in het bijzonder verwijst naar lid 3 van dat artikel, betreffende de rechten van de verdediging.

131. De kern van het betoog van de twee verzoeksters is, dat de — weliswaar formeel administratieve — vervolging van inbreuken op de mededingingsregels gepaard moet gaan met de toepassing van de in artikel 6 voor het geval van strafvervolging voorziene waarborgen. Zij beroepen zich hiervoor op het arrest van 21 februari 1984 van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Öztürk.[59] Voorts, aldus verzoeksters, gelden de bepalingen van artikel 6 evengoed voor natuurlijke als voor rechtspersonen, wat zowel het Hof te Luxemburg als het Hof te Straatsburg hebben erkend.

132. Hierbij zou ik twee opmerkingen willen maken. Ten eerste dat het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet formeel en uitdrukkelijk het recht toekent om in strafzaken niet tegen zichzelf te moeten getuigen. En ten tweede, dat in geen enkel arrest van het Europese Hof voor de rechten van de mens en in geen enkele beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens, krachtens enige bepaling van het Europees Verdrag het bestaan van dit recht is erkend. Solvay beroept zich op een beslissing van voormelde Commissie die, toen zij zich had uit te spreken over de ontvankelijkheid van een grief ontleend aan schending van artikel 6, leden 1 en 2, doordat de betrokkene verplicht zou zijn geweest zichzelf te beschuldigen, deze grief heeft afgewezen op grond dat de betrokkene in werkelijkheid nooit tot het afleggen van een verklaring was gedwongen en evenmin was vervolgd. Met een dergelijke beslis-

59 — Publication de la Cour européenne des droits de l'homme, serie A, deel 1973.

sing, die een grief in de fase van de ontvankelijkheid verwerpt, kan niets worden bewezen.

133. In haar beslissing van 6 oktober 1988 inzake de ontvankelijkheid van een klacht van M. Funke tegen Frankrijk, wees de Europese Commissie voor de rechten van de mens erop, dat haars inziens deze klacht ingewikkelde problemen aanroerde, met name vanwege de vraag of de omstandigheid dat verzoeker door de douane werd verplicht „documenten ter beschikking van de vervolgende overheid te stellen die kunnen worden gebruikt om hem in staat van beschuldiging te stellen, ... verenigbaar was met de waarborgen inzake een eerlijk proces en het vermoeden van onschuld". Zij voegde eraan toe, dat deze problemen zo ingewikkeld waren dat dit deel van de klacht niet kennelijk ongegrond kon worden verklaard.[60] De eindbeslissing van de Commissie voor de rechten van de mens zal ongetwijfeld bijzonder interessant zijn voor het onderhavige vraagstuk. Doch in de huidige stand van de rechtspraak van de door het Europees Verdrag ingestelde instanties kan de opvatting, dat in een van de bepalingen van artikel 6 daarvan het recht is erkend om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, voorlopig alleen in de rechtsleer worden aangetroffen.

134. Gesteld evenwel dat artikel 6 dit recht inderdaad erkent, moet het dan ook worden erkend in het kader van onderzoeken die wegens mogelijke inbreuken op de mededingingsregels worden ingesteld door een administratief orgaan dat tevens bevoegd is om sancties op te leggen? Deze vraag is niet relevant voor artikel 6, lid 1. Daarin wordt namelijk bepaald, onder welke voorwaarden een eerlijk proces plaatsvindt voor een „onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie". Uit de arresten Van Landewyck van 29 oktober 1980[61] en Musique Diffusion[62] volgt mijns inziens duidelijk, dat artikel 6, lid 1, volgens het Hof niet van toepassing is op procedures van de Commissie op het vlak van het communautaire mededingingsrecht. Sir Gordon Slynn wees in zijn conclusie in laatstbedoelde zaak erop, dat de in het Europees Verdrag erkende fundamentele rechten weliswaar

„reeds lang (worden) geacht een integrerend deel uit te maken van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, die stellig, mutatis mutandis, zowel in mededingingszaken als in andere zaken moeten worden geëerbiedigd",

waaruit evenwel niet volgt,

„dat de bevoegdheden van de Commissie bij het onderzoek van dergelijke beweerde inbreuken in mededingingszaken ... onderworpen zijn aan artikel 6, lid 1, van de Europese Conventie. De procedure voor de Commissie is geen gerechtelijke doch een administratieve procedure".[63]

In het arrest Musique Diffusion wordt er, onder verwijzing naar het arrest Van Landewyck, niet de geringste twijfel over gelaten dat

„de Commissie niet (kan) worden aangemerkt als ‚rechterlijke instantie' in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag".[64]

60 — Verzoekschrift nr. 10828/84.

61 — Gevoegde zaken 209 tot en met 215 en 218/78, Jurispr. 1980, blz. 3125.

62 — Gevoegde zaken 100 tot en met 103/80, reeds aangehaald.

63 — Gevoegde zaken 100 tot en met 103/80, reeds aangehaald, blz. 1920.

64 — Gevoegde zaken 100 tot en met 103/80, reeds aangehaald, r. o. 7.

135. De garanties waarvan wij ons moeten afvragen of zij mutatis mutandis ook gelden in gevallen als de onderhavige, zijn dus alleen die van de leden 2 en 3 van artikel 6.

136. Concreet luidt de vraag, of het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging (lid 2 respectievelijk lid 3), *gesteld* dat zij het recht inhouden om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, gelden voor een onderneming tegen wie een onderzoek van de Commissie op mededingingsgebied loopt. Kan in dat kader de onderneming worden beschouwd als een persoon „die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd"? Hier rijst de vraag van de toepassing van de in de leden 2 en 3 voorziene garanties op administratieve sanctieprocedures. In voormeld arrest Öztürk lijkt het begrip „persoon die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd" vrij ruim te zijn geïnterpreteerd. Het Europese Hof voor de rechten van de mens verklaarde daar, dat „in de regel onder het strafrecht vallen de strafbare feiten waarvan de daders straffen kunnen oplopen, die onder meer zijn bedoeld ter afschrikking en die gewoonlijk bestaan in vrijheidsstraffen en geldboeten".[65] Het besliste verder, dat „het algemene karakter van de rechtsregel en het tegelijkertijd preventieve en repressieve doel van de sanctie (volstaan) om het strafrechtelijke karakter van het betrokken strafbare feit in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag te kunnen aannemen"[66], en dit hoewel het in die zaak om een administratieve overtreding ging.

137. Voor mij staat evenwel niet onomstotelijk vast, dat het arrest Öztürk aldus moet worden geïnterpreteerd, dat het begrip „persoon die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd" in de zin van het Europees Verdrag zich ook uitstrekt tot ondernemingen waarvan in een administratieve procedure moet worden vastgesteld, of zij al dan niet de mededingingsregels hebben overtreden. In dat arrest ging het namelijk om de overtredingen, die eertijds in de Bondsrepubliek Duitsland onder het klassieke strafrecht vielen en naderhand aan de administratie waren „overgedragen", waarbij de gesanctioneerde betrokkene evenwel de mogelijkheid heeft zich tot de rechter te wenden. De klager was bestraft wegens een verkeersovertreding. Het Hof te Straatsburg heeft er in de motivering van zijn arrest evenwel uitdrukkelijk op gewezen, dat een dergelijke inbreuk in de meeste verdragsluitende staten nog steeds onder het strafrecht valt.

138. Zonder mijn rechtsvergelijkende studie inzake mededinging te willen uitbreiden tot alle Lid-Staten die het Europees Verdrag voor de rechten van de mens hebben ondertekend, vind ik het toch op zijn minst twijfelachtig, of men a priori kan beweren dat inbreuken op het mededingingsrecht in die landen in de regel onder het „klassieke" strafrecht vallen. Ik behoef u niet te herinneren aan de niet onaanzienlijke verschillen die wij tussen de rechtsstelsels van de Lid-Staten van de Gemeenschap hebben kunnen vaststellen. In die landen heeft het mededingingsrecht een overwegend administratief karakter, en zulks mijns inziens van „huis uit", aangezien die materie van meet af aan los stond van het strafrecht. Voor mij staat dan ook geenszins vast, dat het Hof te Straatsburg ten aanzien van inbreuken op de mededingingsregels in dezelfde zin zou redeneren als in de zaak Öztürk.

139. Ten slotte mag ik vooral niet nalaten eraan te herinneren dat, waar het gemeenschapsrecht fundamentele rechten kent die

65 — Voormeld arrest, zie voetnoot 59 bij punt 53.

66 — Ibidem.

aan het Europees Verdrag voor de rechten van de mens zijn ontleend, dit blijkens de rechtspraak niet te zien is als een eenvoudige toepassing van dit Verdrag zoals het door de instanties te Straatsburg wordt uitgelegd. In de arresten Nold van 14 mei 1974[67] en Hauer van 13 december 1979[68] verklaarde het Hof, dat het bij de vervulling van zijn opdracht die erin bestaat de fundamentele rechten die een integrerend deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, te verzekeren,

„aan internationale wilsverklaringen inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de Lid-Staten hebben medegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten ook aanwijzingen (kan ontlenen) waarmee in het raam van het gemeenschapsrecht rekening dient te worden gehouden".[69]

De meest gezaghebbende commentatoren van de rechtspraak van het Hof wijzen er overigens op, dat het Hof het Europees Verdrag voor de rechten van de mens meestal „louter als aanknopingspunt gebruikt", hoewel het „op die weg zo ver als mogelijk" gaat en daarbij „rechtstreeks of indirect een eigen jurisprudentiële interpretatie van het Europees Verdrag ontwikkelt".[70]

140. Wat dit Verdrag betreft, kan het Hof dus uitgaan van een uitlegging die niet volledig overeenstemt met die welke de instanties te Straatsburg, en meer in het bijzonder het Hof voor de rechten van de mens, daaraan geven. Het Hof is niet gebonden, in die zin dat het voor de grondrechten van het gemeenschapsrecht de door die instanties aan het verdrag gegeven uitlegging niet systematisch behoeft over te nemen. Het Hof lijkt mij in casu *a fortiori* niet gebonden, omdat van het Europees Verdrag *geen geautoriseerde* interpretatie bestaat waaruit zou blijken, dat op administratieve inbreuken op het mededingingsrecht artikel 6, leden 2 en 3, moet worden toegepast, dan wel dat die bepalingen voor dit gebied het recht erkennen om niet tegen zichzelf te moeten getuigen.

141. Wat de strekking van artikel 6, leden 2 en 3, van het Europees Verdrag in de onderhavige zaak betreft, lijkt het Hof mij dus meer te moeten letten op de standpunten die het in verband met de toepassing van grondrechten in het communautaire mededingingsrecht reeds heeft ingenomen, dan aansluiting te zoeken bij het standpunt van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Öztürk.

142. Het standpunt van het Hof van Justitie is zeer duidelijk. In het arrest Hoffmann-La Roche verklaarde het Hof namelijk dat

„eerbiediging van de rechten der verdediging in iedere procedure die tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs in een administratieve procedure moet worden in acht genomen".[71]

67 — Zaak 4/73, Jurispr. 1974, blz. 491.

68 — Zaak 44/79, Jurispr. 1979, blz. 3727.

69 — Zaak 4/73, r. o. 13, en zaak 44/79, r. o. 15.

70 — Boulouis, J. en Chevallier, R.-M.: *Grands arrêts de la CJCE*, 4e druk, 1987, deel 1, blz. 105 en 106.

71 — Zaak 85/76, reeds aangehaald, r. o. 9.

In het arrest National Panasonic heeft het Hof in de door de Commissie gevoerde mededingingsprocedures een onderscheid gemaakt tussen de onderzoeksfase, die dient om de Commissie in staat te stellen

„de noodzakelijke bewijsstukken te verzamelen om de juistheid en de strekking van een bepaalde feitelijke of rechtstoestand na te gaan" [72],

en de fase die wordt ingeleid met de mededeling van de punten van bezwaar, waarmee een procedure in de zin van verordening nr. 99/63 wordt ingeleid. Deze laatste fase begint pas, wanneer de in de loop van het onderzoek verzamelde beoordelingselementen dit naar het oordeel van de Commissie rechtvaardigen. Dit „wezenlijke onderscheid" [73] tussen de beschikkingen gegeven in de loop van het onderzoek en die gegeven na afloop van een eigenlijke procedure, verklaarde volgens het Hof, waarom verordening nr. 17 de rechten van de verdediging in de twee fasen niet in dezelfde mate waarborgt. Wat nu concreet het recht betreft om niet te moeten antwoorden, herinner ik eraan dat verordening nr. 17 dit recht uitsluit vóór de aanvang van de procedure, doch dat dit recht wel zal gelden zodra de procedure is ingeleid. De onderneming heeft dan het *recht* te worden gehoord, doch niet meer de *plicht* om inlichtingen mee te delen.

143. Op basis van de in de rechtspraak tot uitdrukking komende opvatting van het Hof over het evenwicht tussen de rechten van de verdediging en de bevoegdheden van de Commissie, meen ik te kunnen stellen dat de omstandigheid, dat een onderneming eerst kan weigeren tegen zichzelf te getuigen wanneer de Commissie haar mededeling heeft gedaan van welke inbreuken op de mededingingsregels zij haar beschuldigt, geen schending vormt van het vermoeden van onschuld of van de rechten van de verdediging in de zin van artikel 6, leden 2 en 3, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, voor zover die bepalingen voor het betrokken gebied al ter zake dienend zijn. Deze situatie is echter precies die welke door het gemeenschapsrecht wordt geregeld. Naar mijn gevoel kan namelijk zonder ook maar in het minst in te gaan tegen de betrokken bepalingen van het Europees Verdrag, die, zoals gezegd, van toepassing zijn op „een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd", worden gesteld dat een onderneming waartegen de Commissie in het kader van verordening nr. 17 stappen onderneemt, eerst dan kan worden geacht „wegens een strafbaar feit te worden vervolgd" in de zin van het Europees Verdrag, wanneer de punten van bezwaar haar zijn meegedeeld. Vóór die mededeling wordt zij niet „vervolgd", en in die fase zijn artikel 6, leden 2 en 3, niet van toepassing. Deze zienswijze lijkt mij trouwens volkomen verenigbaar met de algemene definitie die het Hof te Straatsburg gegeven heeft van het begrip „strafvervolging" in de zin van artikel 6, en in het arrest Öztürk heeft herhaald: „de officiële mededeling door de bevoegde autoriteit, dat men ervan wordt beschuldigd een strafbaar feit te hebben gepleegd". [74]

144. In die omstandigheden ben ik van mening, dat de litigieuze beschikkingen geen schending opleveren van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, voor zover dit al een recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen garandeert.

145. Het zal u niet ontgaan zijn dat ik de vraag, of de door verzoeksters aangevoerde bepalingen ook gelden voor rechtspersonen, buiten beschouwing heb gelaten. Mijns inziens levert dit punt hier namelijk geen moeilijkheden op. In het arrest Agosi van 24 oktober 1986 [75] verklaarde het Europees

72 — Zaak 136/79, reeds aangehaald, r. o. 21.

73 — Ibidem.

74 — Arrest Öztürk, reeds aangehaald, blz. 21, punt 55.

75 — *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, serie A, deel 108.

Hof voor de rechten van de mens een op artikel 6, lid 2, van het Europees Verdrag gebaseerde klacht van een Duitse onderneming ongegrond. Het Hof van Justitie van zijn kant refereerde in het reeds aangehaalde arrest Acciaieria di Brescia aan het beginsel van de onschendbaarheid van de woning, hoewel het om een ijzer- en staalbedrijf ging. Dit beginsel staat in artikel 8 van het Europees Verdrag. Wat dit artikel betreft, onderzocht het Hof in zijn arrest National Panasonic een klacht van een onderneming, dat deze bepaling was geschonden door een verificatiebeschikking krachtens artikel 14 van verordening nr. 17. Hoe vrijblijvend dit arrest ook is geformuleerd, aangezien daarin naar artikel 8 wordt verwezen „voor zover (het) ... van toepassing zou zijn op rechtspersonen", toch komt het mij voor, dat het Hof in zijn rechtspraak niet geneigd is de ondernemingen in het mededingingsrecht van de toepassing van de bepalingen van het Europees Verdrag uit te sluiten, enkel omdat zij rechtspersonen zijn.

146. Over de problematiek van het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, zou ik nog een laatste opmerking willen maken, die is ingegeven door ter terechtzitting ontwikkelde argumenten. Daarbij is gebleken dat verzoeksters het recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, niet als een onvoorwaardelijk recht zien. Zij zijn van mening dat dit recht kan worden ingeroepen, wanneer de Commissie inlichtingen vraagt zonder mee te delen over welke aanwijzingen zij reeds beschikt. Anders gezegd, de Commissie kan de ondernemingen alleen dwingen te antwoorden, wanneer zij hun meedeelt op welke aanwijzingen haar vragen zijn gebaseerd. Deze, ten opzichte van de schriftelijke uitlatingen nieuwe opvatting is verbluffend. Het in de verzoekschriften ingeroepen recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen, is, daar waar het toepassing vindt, onvoorwaardelijk. De afgezwakte versie die ter terechtzitting werd uiteengezet, heeft met een dergelijk recht nog maar heel weinig te maken.

147. In feite is de door verzoeksters ter terechtzitting in antwoord op vragen uiteengezette opvatting, ik zou zeggen andermaal, erop gericht de Commissie de punten van bezwaar, waaruit voor de ondernemingen blijkt op welk bewijsmateriaal de bezwaren zijn gebaseerd, vroeger te doen meedelen. Ik begrijp heel goed waarom de ondernemingen daar zo op gebrand zijn, maar de regeling van verordening nr. 17, waaronder de Commissie pas na het onderzoek de in haar bezit zijnde aanwijzingen kenbaar moet maken, lijkt daaraan in de weg te staan. Ik zie niet in, in welk opzicht deze regeling afbreuk zou doen aan artikel 6, leden 2 en 3, van het Europees Verdrag, gesteld dat deze bepalingen relevant zouden zijn. Een ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, heeft weliswaar het recht „onverwijld ... op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging" [76], doch een onderzoekshandeling zoals een verzoek om inlichtingen is geen beschuldiging. In het kader van verordening nr. 17 wordt de beschuldiging geformuleerd in de mededeling van de punten van bezwaar, waarin de Commissie onthult waarop haar bezwaren zijn gebaseerd.

148. Ik zie dan ook niet in, hoe het feit dat de Commissie een onderneming om inlichtingen vraagt zonder bekend te maken over welke aanwijzingen zij reeds beschikt, een schending van enig beginsel van het Europees Verdrag zou kunnen vormen, aangezien de onderneming nog niet formeel wordt „vervolgd".

149. Mijn conclusie is dan ook, dat de litigieuze beschikkingen geen recht om niet te moeten getuigen, hebben geschonden.

76 — Artikel 6, lid 3, sub a, van het Europees Verdrag.

VI — Het vermoeden van onschuld en de rechten van CdF Chimie als verdachte

150. Ik kom nu tot het vierde respectievelijk derde subsidiaire middel van CdF Chimie. Verzoekster stelt schending van het Verdrag en van de met name in het Europees Verdrag gegarandeerde grondrechten, doordat de Commissie noch het vermoeden van onschuld noch de rechten van verzoekster als verdachte zou hebben geëerbiedigd. Hier wordt opnieuw beroep gedaan op de leden 2 en 3 van artikel 6 van het Europees Verdrag, zij het niet meer in verband met het specifieke recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen. In de loop van deze conclusie heb ik deze argumenten voor het grootste deel reeds beantwoord, dunkt mij, zodat ik hierover kort kan zijn.

151. In feite keert CdF Chimie zich opnieuw ertegen, dat de Commissie, toen zij haar om inlichtingen verzocht, heeft vermeld over aanwijzingen voor haar deelneming aan een inbreuk te beschikken, wat in strijd zou zijn met het vermoeden van onschuld. Zij vindt namelijk, dat wanneer de Commissie tot de overtuiging is gekomen dat een onderneming bij een inbreuk betrokken is, die onderneming de rechten van een verdachte toekomen en dus mag weigeren materiaal tegen zichzelf aan te brengen. Hierover zou ik enkel willen opmerken, dat de bij de litigieuze beschikking verlangde inlichtingen zo uitgebreid zijn, dat ook al beschikte de Commissie over aanwijzingen die bij haar vermoedens hadden gewekt, zij niettemin kennelijk nog niet zeker was van de strafbaarheid van CdF Chimie of ten aanzien van de haar te laste te leggen feiten. Daarom ook ben ik van mening, dat de gevraagde inlichtingen noodzakelijk waren. Ik geloof dan ook niet, dat in casu sprake is van een miskenning van het vermoeden van onschuld van CdF Chimie.

152. Wat nu de rechten van de verdachte betreft, wil ik er alleen aan herinneren dat, voor zover ondernemingen in het communautaire mededingingsrecht binnen de werkingssfeer van artikel 6, lid 3, van het Europees Verdrag vallen, zij eerst dan als verdachte zijn te beschouwen, wanneer de Commissie hun mededeling heeft gedaan van haar bezwaren. De beschikkingen waarbij vóór de eventuele mededeling van punten van bezwaar inlichtingen worden gevraagd, zijn niet gericht tot ondernemingen die de hoedanigheid van „verdachte" hebben.

153. Mijns inziens is dit middel dan ook ongegrond.

VII — De omkering van de bewijslast

154. Aan het einde van mijn bespreking van deze twee zaken gekomen, denk ik dat de antwoorden die ik op een aantal argumenten en middelen heb gesuggereerd, het laatste argument elke betekenis ontnemen. Ik heb het over de gestelde omkering van de bewijslast, in het verzoekschrift van Solvay het derde onderdeel van het tweede middel (eerste subsidiaire middel), en in dat van CdF Chimie het tweede argument van het derde middel (tweede subsidiaire middel). Nu de Commissie de ondernemingen om inlichtingen heeft gevraagd, die voor het bewijs van inbreuken door deze ondernemingen noodzakelijk waren, en zij zulks kon doen zonder een vermeend recht om niet tegen zichzelf te moeten getuigen te schenden, komt het mij voor, dat de bewering dat de Commissie met haar beschikkingen de bewijslast zou hebben omgekeerd, noodzakelijkerwijs ongegrond is. Wat meer in het bijzonder het beroep van CdF Chimie betreft, wier bezwaar zowel misbruik van bevoegdheid als misbruik van procedure betreft, zij opgemerkt, dat de Commissie de haar door het gemeenschapsrecht toegekende bevoegdheid om „noodzakelijke" inlichtingen te vragen heeft gebruikt om aan

informatie te komen die werkelijk noodzakelijk was, en dat zij die bevoegdheid dus niet heeft misbruikt, en voorts heeft zij geen verkapte mededeling van punten van bezwaar gedaan, zodat er geen sprake is van misbruik van procedure doordat zij de voor een dergelijke mededeling voorziene garanties niet in acht heeft genomen.

VIII — Slotbeschouwingen en conclusie

155. Ik zou mijn conclusie willen besluiten met de volgende bedenking. Artikel 11, zo wordt vaak gezegd, wil tussen de ondernemingen en de Commissie in het kader van onderzoeken in mededingingszaken een samenwerking tot stand brengen. Indien evenwel alle ondernemingen op een onderzoek van de Commissie reageren zoals verzoeksters in de onderhavige zaken hebben gedaan, kan men zich afvragen, of het niet enigszins naïef is om nog van samenwerking of medewerking van de ondernemingen met de Commissie in mededingingsprocedures te willen spreken. Louter abstract redenerend valt zeker wat te zeggen voor de opvatting, dat de verhouding tussen de Commissie en een onderneming die verdacht wordt van een inbreuk op de communautaire mededingingsregels, tegen de achtergrond van de strafrechtspleging, meer in het bijzonder die van het Angelsaksische type, moet worden gezien. Dit zou dan de overgang betekenen van een systeem van ten minste gedeeltelijke samenwerking naar een systeem van confrontatie. In een dergelijk kader zou de Commissie mijns inziens evenwel, wil haar optreden en dus ook het communautaire mededingingsrecht een minimum aan effectiviteit hebben, op ruime schaal gebruik moeten maken van vergaande onderzoeksbevoegdheden. Zou de Commissie dus om een of andere reden het recht worden ontnomen om inlichtingen te vragen of om ze met kans op succes te vragen, dan zou zij bijna systematisch een beroep moeten doen op meer uitgesproken dwangmaatregelen. Ik vraag mij af, of de ondernemingen daar meer voor zouden voelen dan voor de huidige situatie.

156. Concluderend geef ik het Hof in overweging:

— de beroepen te verwerpen;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.