CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 3 september 2015 [1]

Zaak C-154/14 P

SKW Stahl-Metallurgie GmbH
SKW Stahl-Metallurgie Holding AG
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Artikel 27 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad — Artikelen 12 en 14 van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie — Procedurevoorschriften voor het onderzoek naar schendingen van de mededingingsregels van de Unie — Recht om te worden gehoord — Mondelinge behandeling — Besloten hoorzitting voor de Commissie”

1. Ondernemingen hebben ongetwijfeld het recht om te worden gehoord in onderzoeken naar schendingen van de mededingingsregels van de Unie. Maar bestaat er ook een recht om vertrouwelijk te worden gehoord? Dat is de kernvraag in deze hogere voorziening. Om de hieronder uiteengezette redenen ben ik van mening dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

2. Rekwirantes verzoeken het Hof om vernietiging van een arrest van het Gerecht [2] houdende bekrachtiging van een beschikking van de Commissie [3] waarbij hun een boete van 13 300 000 EUR was opgelegd wegens deelname aan een kartel in de calciumcarbide- en de magnesiumsector. Rekwirantes stellen in hoofdzaak dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de Commissie niet terecht te wijzen vanwege het feit dat zij hun in de loop van de administratieve procedure ingediende verzoek om een besloten hoorzitting [4] had afgewezen.

3. Ik zal de door rekwirantes ter ondersteuning van de hogere voorziening aangevoerde middelen beknopt behandelen en vervolgens nader ingaan op het eerste middel.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 23 januari 2014 in de zaak SKW Stahl-Metallurgie Holding AG en SKW Stahl-Metallurgie/Commissie, T-384/09, EU:T:2014:27 (hierna: „bestreden arrest”).

3 — Beschikking van de Commissie van 22 juli 2009 [C(2009) 5791 definitief] betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 (EG) en artikel 53 van de [Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte; PB 1994, L 1, blz. 3 („EER-Overeenkomst”)] (Zaak COMP/39.396 – Calciumcarbide en op magnesium gebaseerde reagentia voor de staal- en gasindustrie) (PB 2009, C 301, blz. 18; hierna: „bestreden beschikking”).

4 — In deze conclusie versta ik onder „besloten hoorzitting” („in camera”) niet een hoorzitting die niet openbaar is, maar een bijeenkomst tussen een partij in een administratieve procedure en de beschikkende autoriteit waarbij geen andere partijen aanwezig zijn („ex parte in camera”).

I – **Toepasselijke bepalingen**

4. Artikel 27 van verordening (EG) nr. 1/2003 [5] („Het horen van partijen, klagers en derden”) bepaalt:

„1. Alvorens een beschikking op grond van de artikelen 7, 8, 23 of artikel 24, lid 2, te geven, stelt de Commissie ondernemingen en ondernemersverenigingen die het voorwerp van haar procedure uitmaken in de gelegenheid hun standpunt ten aanzien van de door haar in aanmerking genomen bezwaren kenbaar te maken. De Commissie doet haar beschikkingen slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken. [...]

2. Het recht van verdediging van de partijen wordt in de loop van de procedure ten volle geëerbiedigd. [...]”

5. Krachtens artikel 33, lid 1, onder c), van verordening nr. 1/2003 heeft de Commissie uitvoeringsbepalingen vastgesteld met betrekking tot onder meer de nadere regeling van de in artikel 27 van die verordening bedoelde hoorzittingen. Deze bepalingen zijn vastgelegd in verordening (EG) nr. 773/2004 [6]. Onder het kopje „Recht om te worden gehoord” is in artikel 12, lid 1, van verordening nr. 773/2004 bepaald dat de Commissie de partijen aan wie zij een mededeling van punten van bezwaar richt, in de gelegenheid stelt tijdens een hoorzitting hun standpunt toe te lichten, indien zij in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken.

6. Artikel 14 van verordening nr. 773/2004 („Verloop van de hoorzitting”) bepaalt:

„6. De hoorzitting is niet openbaar. Eenieder kan afzonderlijk of in aanwezigheid van andere opgeroepenen worden gehoord, met inachtneming van het rechtmatige belang van de ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens.

7. De raadadviseur-auditeur kan de partijen aan wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, de klagers, de op de hoorzitting uitgenodigde andere personen, de diensten van de Commissie en de autoriteiten van de lidstaten toestaan vragen te stellen tijdens de hoorzitting.

8. De verklaringen van eenieder die wordt gehoord, worden geregistreerd. Op verzoek wordt de registratie van de hoorzitting ter beschikking gesteld van de personen die aan de hoorzitting deelnamen. Er wordt rekening gehouden met het rechtmatige belang van de partijen bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens.”

7. Tot slot bepaalt artikel 16, lid 1, van verordening nr. 773/2004 dat geen mededeling wordt gedaan van noch toegang wordt verleend tot gegevens, met inbegrip van documenten, die zakengeheimen of andere vertrouwelijke gegevens van een persoon bevatten.

II – **Voorgeschiedenis van het geding**

A – *Overzicht*

8. Voor zover relevant voor de onderhavige procedure heeft de Commissie volgens het bestreden arrest in haar litigieuze beschikking onderzocht of de belangrijkste aanbieders van calciumcarbide en magnesium voor de staal- en gasindustrie artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst hebben geschonden in de vorm van één enkele en voortdurende inbreuk op die bepalingen in de

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

6 — Verordening (EG) nr. 773/2004 van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag (PB 2006, L 362, blz. 1), zoals gewijzigd.

periode van 7 april 2004 tot 16 januari 2007.[7] De inbreuk bestond in de onderlinge verdeling van de markt, toewijzing van klanten, prijsafspraken en de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie door aanbieders van calciumcarbide- en magnesiumgranulaten op een belangrijk deel van de markt van de Europese Economische Ruimte (hierna: „betrokken inbreuk").

9. Inzonderheid constateerde de Commissie in artikel 1, onder f), van de litigieuze beschikking dat SKW Stahl-Metallurgie GmbH (hierna: „SKW") van 22 april 2004 tot 16 januari 2007 en SKW Stahl-Metallurgie Holding AG (hierna: „SKW Holding") van 30 augustus 2004 tot 16 januari 2007 hadden deelgenomen aan de betrokken inbreuk. De Commissie was van oordeel dat personeelsleden van SKW in de voornoemde periode rechtstreeks waren betrokken bij de kartelafspraken en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die in de litigieuze beschikking worden beschreven. Tussen 30 augustus 2004 en 16 januari 2007 was SKW voor 100 % rechtstreeks in handen van SKW Holding. Op basis van de eigendomsverhoudingen ging de Commissie ervan uit dat SKW Holding de zeggenschap over SKW had – een veronderstelling die volgens de Commissie werd geschraagd door verdere feitelijke elementen[8] – en dat SKW Holding een economische eenheid vormde met SKW en dus aansprakelijk kon worden gehouden voor de door SKW gepleegde inbreuk op de mededingingsregels.

B – *Administratieve procedure voor de Commissie*[9]

10. In hun antwoord van 6 oktober 2008 op de mededeling van de punten van bezwaar van de Commissie van 24 juni 2008 stelden rekwirantes dat in werkelijkheid Degussa in plaats van SKW Holding beslissende invloed op SKW uitoefende, en verzochten om een hoorzitting om dit te kunnen toelichten. Nadat zij voor een hoorzitting waren uitgenodigd, verzochten rekwirantes in een e-mail van 31 oktober 2008 om een besloten hoorzitting over hun argumentatie met betrekking tot de rol van Degussa. Rekwirantes motiveerden hun verzoek met de bewering dat SKW voor haar economische voortbestaan afhankelijk was van de onderneming Degussa, de leverancier van vrijwel al het door haar afgezette calciumcarbide, en dat SKW op dat tijdstip onderhandelingen met Degussa voerde over een nieuw leveringscontract. Rekwirantes betoogden voorts dat hun handelsbetrekkingen ernstig in gevaar zouden komen en mogelijk represailles te verwachten zouden zijn indien zij hun standpunt in het bijzijn van Degussa kenbaar zouden maken. Bij e-mail van 5 november 2008 stelden rekwirantes als praktische oplossing voor om Degussa na afloop van het jaar 2008 dan wel na sluiting van een nieuwe leveringsovereenkomst inzage te geven in tijdens de besloten hoorzitting gemaakte opmerkingen. Rekwirantes stuurden op 6 november 2008 een verdere e-mail aan de raadadviseur-auditeur, waarin zij deze kwesties opnieuw aan de orde stelden.

11. Bij schrijven van 6 november 2008 wees de raadadviseur-auditeur het verzoek om een besloten hoorzitting af. Zij was van oordeel dat het verzoek strikt gezien niet op de bescherming van zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens van rekwirantes was gebaseerd en beoordeelde het verzoek derhalve vanuit het oogpunt van het recht om te worden gehoord. Het door rekwirantes aangevoerde argument, aldus de raadadviseur-auditeur verder, had betrekking op het gedrag van Degussa en moest aan de hand van een verklaring van Degussa worden geverifieerd om als

7 — Zie de punten 1-4 van het bestreden arrest (het arrest is alleen beschikbaar in het Duits en het Frans).

8 — Tot die elementen behoorde onder meer i) dat SKW deel uitmaakte van de divisie Poeders en granulaten van SKW Holding; ii) dat SKW Holding betrokken was bij het dagelijkse zakelijke verkeer van haar dochterondernemingen; iii) dat SKW Holding verantwoordelijk was voor de strategische ontwikkeling van SKW; iv) dat SKW Holding beslissingen nam op het gebied van personeel, aanwerving en financiering; v) dat SKW maandelijks financiële gegevens rapporteerde aan SKW Holding; vi) dat SKW de handtekening van een lid van de raad van bestuur van SKW Holding nodig had om overeenkomsten te kunnen sluiten met banken, en vii) dat de inkomsten van SKW meegerekend werden in de economische resultaten van SKW Holding. De Commissie vond geen bewijs voor de stelling dat SKW Holding slechts als vertegenwoordiger voor de handel met Evonik Degussa GmbH („Degussa") of als investeerder fungeerde.

9 — Zie de punten 24-33 van het bestreden arrest.

verzachtende omstandigheid in aanmerking te kunnen worden genomen.[10] Daarnaast was de raadadviseur-auditeur van opvatting dat Degussa in het geval van een besloten hoorzitting het recht op wederhoor ten aanzien van de beweringen van rekwirantes zou worden ontnomen. Tot slot achtte de raadadviseur-auditeur de door rekwirantes voorgestelde oplossing niet werkbaar, aangezien geen duidelijkheid bestond over de uitkomst en de duur van de onderhandelingen.

12. Op 10 en 11 november 2008 werd een hoorzitting gehouden.

13. Bij schrijven van 28 januari 2009 deelden rekwirantes de raadadviseur-auditeur mee dat SKW en Degussa een nieuwe leveringsovereenkomst hadden gesloten en dat er geen bezwaar meer bestond tegen een hoorzitting in aanwezigheid van Degussa. Zij verzochten om een nieuwe hoorzitting om hun standpunt over het gedrag van Degussa te kunnen uiteenzetten, wat zij tijdens de reeds gehouden hoorzitting niet hadden gedaan.

14. Bij schrijven van 3 februari 2009 wees de raadadviseur-auditeur het verzoek om een nieuwe hoorzitting af op grond dat slechts eenmaal gebruik kan worden gemaakt van het recht om te worden gehoord, dat het uitvloeisel is van een mededeling van punten van bezwaar. Wel bood de raadadviseur-auditeur rekwirantes de mogelijkheid om binnen een aanvullende termijn schriftelijke opmerkingen in die aangelegenheid te maken.

15. Ten slotte hebben rekwirantes bij brief van 10 februari 2009 aan de raadadviseur-auditeur bezwaar aangetekend tegen het door haar ingenomen standpunt. Zij voerden aan dat het recht om mondeling te worden gehoord geen recht is waarvan slechts eenmalig gebruik kan worden gemaakt, maar dat dit recht gedurende de gehele procedure moet worden gewaarborgd. Aangezien de door rekwirantes reeds eerder schriftelijk meegedeelde argumenten de Commissie er niet toe hadden bewogen de rol van Degussa en de afhankelijkheid van SKW van Degussa onder de loep te nemen, waren rekwirantes van mening dat de mogelijkheid om een schriftelijke verklaring in te dienen geen behoorlijke vervanging vormde voor het recht om mondeling te worden gehoord.

16. Op 9 juli 2009 legde de raadadviseur-auditeur naar aanleiding van de ontwerpbeschikking betreffende de betrokken inbreuk[11] een eindverslag voor, dat opmerkingen bevatte over het verzoek van rekwirantes om in een besloten hoorzitting te worden gehoord. De raadadviseur-auditeur kwam in haar verslag tot de conclusie dat de ontwerpbeschikking alleen de bezwaren behandelde ten aanzien waarvan de partijen hun standpunt kenbaar hadden kunnen maken en dat de rechten van alle deelnemers aan de procedure om te worden gehoord waren gerespecteerd.

III – **Procedure voor het Gerecht**

17. Bij verzoekschrift neergelegd op 1 oktober 2009 hebben rekwirantes beroep ingesteld tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking. Rekwirantes voerden zes middelen tot nietigverklaring aan, te weten: i) schending van het recht om te worden gehoord; ii) onjuiste toepassing van artikel 81 EG; iii) schending van de motiveringsplicht; iv) schending van het beginsel van gelijke behandeling; v) inbreuk op de artikelen 7 en 23 van verordening nr. 1/2003 alsook op het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de legaliteit van straffen, en vi) inbreuk op artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003.

10 — Er zij op gewezen dat in de brief van de raadadviseur-auditeur van 6 november 2008 wordt vermeld dat informatie over het gedrag van Degussa van belang zou kunnen zijn „met het oog op een eventuele ontheffing van aansprakelijkheid [van rekwirantes] *of* als mogelijke verzachtende omstandigheid" (mijn cursivering). De brief bevat niets waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de raadadviseur-auditeur de argumenten van rekwirantes uitsluitend onder het aspect van verzachtende omstandigheden heeft beschouwd (zie hieronder punt 31).

11 — PB C 301, blz. 16-17.

18. Na een op 16 april 2013 gehouden openbare terechtzitting wees het Gerecht alle aangevoerde middelen tot nietigverklaring af. Daarnaast verwees het rekwirantes in de eigen kosten en in die van de Commissie.

IV – **Procedure voor het Hof en conclusies van partijen**

19. Met hun op 2 april 2014 bij het Hof ingestelde hogere voorziening verzoeken rekwirantes het Hof om:

— het bestreden arrest in zijn geheel te vernietigen voor zover de vorderingen van rekwirantes zijn afgewezen, en de vorderingen in eerste aanleg in hun geheel toe te wijzen;

— subsidiair, het bestreden arrest gedeeltelijk te vernietigen;

— meer subsidiair, de bij artikel 2, onder f) en g), van de litigieuze beschikking aan rekwirantes opgelegde geldboeten in goede justitie te verlagen;

— meer subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

20. In haar op 13 juni 2014 ingediende memorie van antwoord verzoekt de Commissie het Hof om:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— rekwirantes te veroordelen in de kosten.

21. Rekwirantes en de Commissie zijn door het Hof gehoord ter terechtzitting van 13 mei 2015.

V – **Analyse**

A – *Inleidende opmerkingen*

22. Ter onderbouwing van hun hogere voorziening voeren rekwirantes vier middelen aan, die in wezen het volgende behelzen: i) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en inbreuk gemaakt op het evenredigheidsbeginsel en op het verbod van anticiperende waardering van het bewijs, door niet te beslissen dat de Commissie in de administratieve procedure procedurele rechten van rekwirantes, zoals het recht om te worden gehoord, heeft geschonden; ii) het Gerecht heeft eveneens blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door voorbij te gaan aan het feit dat de Commissie artikel 101 VWEU onjuist heeft toegepast en de motiveringsplicht van artikel 296 VWEU niet is nagekomen; iii) door de litigieuze beschikking te bekrachtigen heeft het Gerecht het beginsel dat een sanctie duidelijk moet zijn en het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties geschonden; iv) tot slot heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat een door rekwirantes in het geding gebracht argument als nieuw en dus niet-ontvankelijk moest worden aangemerkt.

23. Afgezien van de kwestie van de ontvankelijkheid van het *eerste onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening* – die door de Commissie wordt betwist –, stellen rekwirantes dat SKW Holding geen economisch belang had bij de betrokken inbreuk en dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met deze omstandigheid. Het Hof heeft evenwel vastgesteld dat wanneer de Commissie erin geslaagd is bewijsstukken met betrekking tot de gestelde inbreuk te verzamelen en deze voldoende bewijs opleveren van het bestaan van een mededingingsverstorende overeenkomst, niet hoeft te

worden nagegaan of de betrokken onderneming een commercieel belang had bij het sluiten van die overeenkomst.[12] Dit onderdeel van het tweede middel is daarom niet ter zake dienend.

24. Met het *tweede onderdeel van hun tweede middel in hogere voorziening* stellen rekwirantes dat het Gerecht met zijn bekrachtiging van de litigieuze beschikking een onjuiste uitleg heeft gegeven aan artikel 296 VWEU. Meer specifiek verwijten zij het Gerecht geen bezwaar te hebben gemaakt tegen het feit dat de Commissie niet al hun argumenten in aanmerking heeft genomen en daarmee in strijd heeft gehandeld met haar „verzwaarde" motiveringsplicht in het geval van aansprakelijkstelling van een moederonderneming voor het gedrag van een dochteronderneming. Zoals ik elders reeds heb uiteengezet, ben ik echter niet van mening dat het Hof uitdrukkelijk heeft verklaard dat in dergelijke situaties een zwaardere motiveringsplicht geldt.[13] In elk geval dunkt mij dat de motivering van de litigieuze beschikking naar behoren is onderzocht in het bestreden arrest, waarin een van de door de Commissie in de procedure aangevoerde redenen als niet-steekhoudend (en overigens overbodig) is afgewezen. Het Gerecht heeft artikel 296 VWEU dus niet onjuist uitgelegd, zodat ook het tweede onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening ongegrond is.

25. Het argument van rekwirantes in *hun derde middel in hogere voorziening* dat de Commissie de verdeling van de geldboete tussen de individuele deelnemers van het kartel had moeten specificeren, is door het Hof inmiddels afgewezen in de zaak Commissie/Siemens Österreich e.a.[14] Uit het arrest in die zaak volgt dat dit middel evenmin gegrond is, ondanks het feit dat rekwirantes ter terechtzitting hebben getracht hun standpunt te nuanceren.

26. Tot slot behoeft niet meer te worden ingegaan op het *vierde middel in hogere voorziening*. Met dit middel bekritiseren rekwirantes het Gerecht vanwege het niet-ontvankelijk verklaren van hetzelfde argument dat zij in het kader van hun derde middel in hogere voorziening hebben aangevoerd met betrekking tot de verdeling van de geldboete. Op grond van het voornoemde arrest is het vierde middel in hogere voorziening derhalve ondeugdelijk.

27. Gezien het voorgaande zal ik hieronder ingaan op het eerste middel in hogere voorziening.

B – *Eerste middel in hogere voorziening*

1. Vaststellingen van het bestreden arrest[15]

28. In de punten 35 tot en met 40 van het bestreden arrest wees het Gerecht eerst op het belang van de rechten van verdediging en het geheimhoudingsbeginsel met betrekking tot zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens, om vervolgens in te gaan op de uitlegging van artikel 14, lid 6, van verordening nr. 773/2004. Het Gerecht was van oordeel dat die bepaling niet uitsluit dat betrokkenen in aanwezigheid van anderen worden gehoord, en merkte daarnaast op dat rekening moet worden gehouden met het legitieme belang van ondernemingen bij de bescherming van zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. Op grond hiervan is de Commissie volgens het Gerecht verplicht om per geval het juiste evenwicht te vinden tussen enerzijds de doelstelling om de rechten van de verdediging te beschermen van ondernemingen die van schending van de mededingingsregels van de Unie worden verdacht, en anderzijds het legitieme belang van derden bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens in de loop van het onderzoek.

12 — Arrest Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie, C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 46. Zie in deze zin ook het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 335.

13 — Zie mijn conclusie in de zaak Total/Commissie, C-597/13 P, EU:C:2015:207, punt 133.

14 — C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, waarbij het arrest in de zaak Siemens en VA Tech Transmission & Distribution/Commissie, T-122/07–T-124/07, EU:T:2011:70, werd vernietigd.

15 — Zie de punten 19-63 van het bestreden arrest.

29. Vervolgens beoordeelde het Gerecht in punt 41 van het bestreden arrest of de argumenten die rekwirantes in een besloten hoorzitting wensten aan te voeren van essentieel belang waren voor hun verdediging.

30. Volgens de punten 42 tot en met 44 van het bestreden arrest had de Commissie geconstateerd dat alleen personeel dan wel de directie van SKW rechtstreeks betrokken was geweest bij de betrokken inbreuk. De aansprakelijkheid van SKW Holding voor die inbreuk op de mededingingsregels berustte evenwel op het feit dat die onderneming een beslissende invloed uitoefende op SKW. Het Gerecht oordeelde vervolgens in de punten 47 tot en met 52 van het bestreden arrest dat rekwirantes niet aannemelijk hebben kunnen maken dat zij van hun aansprakelijkheid waren bevrijd doordat Degussa mogelijkerwijs een beslissende invloed op SKW uitoefende. Meer specifiek was het Gerecht van oordeel dat de vraag of Degussa een dergelijke invloed op SKW uitoefende, niet van belang was voor de vraag of SKW Holding het vermoeden had kunnen weerleggen dat zij, op grond van het feit dat zij in het bezit was van alle aandelen in die onderneming, beslissende invloed op SKW uitoefende.

31. Tegen die achtergrond concludeerde het Gerecht in de punten 53 tot en met 56 van het bestreden arrest dat de argumenten van rekwirantes in elk geval niet toereikend waren om hen van hun aansprakelijkheid te kunnen ontslaan. Het leidde daaruit af dat de raadadviseur-auditeur in haar brief van 6 november 2008 (zie hierboven, punt 11) het verzoek om een besloten hoorzitting terecht alleen in het licht van de rol van Degussa als mogelijke verzachtende omstandigheid had beoordeeld, aangezien alleen aldus opgevat rekwirantes baat konden hebben bij de desbetreffende argumentatie. Op dit punt was het Gerecht van oordeel dat de betrokkenheid van Degussa als mogelijke verzachtende omstandigheid voor de aansprakelijkheid van rekwirantes moest worden besproken in het kader van het tweede onderdeel van hun vijfde middel tot nietigverklaring.

32. Wat het eerste middel tot nietigverklaring betreft, oordeelde het Gerecht in de punten 57 tot en met 63 van het bestreden arrest dat het argument dat rekening moest worden gehouden met de rol van Degussa als verzachtende omstandigheid voor rekwirantes, omgekeerd zou betekenen dat Degussa in grotere mate aansprakelijk zou zijn. De raadadviseur-auditeur had daarom terecht geconcludeerd dat het verzoek om een besloten hoorzitting niet kon worden ingewilligd, aangezien Degussa het recht had om op het betoog van rekwirantes te reageren. Het Gerecht was het met de raadadviseur-auditeur eens dat de door rekwirantes voorgestelde praktische oplossing niet voorzag in het recht van Degussa om ter hoorzitting mondeling op de beschuldigingen van rekwirantes te antwoorden. Aangezien met het oog op de regelmatigheid van de administratieve procedure binnen een redelijke termijn een besluit moet worden genomen, was het Gerecht van oordeel dat de raadadviseur-auditeur mocht weigeren een aanvullende hoorzitting te houden, omdat de partijen volgens het Gerecht niet elke keer recht hebben op een nieuwe hoorzitting wanneer een belemmering voor het aanvoeren van bepaalde argumenten wegvalt. Aangezien de raadadviseur-auditeur rekwirantes in de gelegenheid had gesteld aanvullende schriftelijke opmerkingen te maken, wees het Gerecht het eerste middel van rekwirantes tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking af.

2. Argumenten van de partijen

33. Rekwirantes voeren aan dat het Gerecht is voorbijgegaan aan het feit dat de afwijzing van hun verzoek om een besloten hoorzitting door de Commissie in strijd was met een essentieel procedureel vereiste. Volgens hen was de afwijzing van dat verzoek volstrekt onevenredig, onder meer omdat hun verzoek absoluut redelijk was en geen afbreuk deed aan de procedurele rechten van anderen. Derhalve heeft het Gerecht in strijd met hun rechten van verdediging gehandeld, hoewel artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat „het recht van verdediging van de partijen [...] in de loop van de procedure ten volle [wordt] geëerbiedigd”. Bij een hoorzitting in aanwezigheid van Degussa zouden rekwirantes niet in staat zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken aan de Commissie, omdat zij

eventuele represailles van Degussa vreesden. Daarom hebben rekwirantes om een korte bijeenkomst van ongeveer 30 minuten verzocht. Daarnaast hebben rekwirantes tevergeefs verschillende andere oplossingen aangedragen waardoor hun recht om te worden gehoord volgens hen had kunnen worden geëerbiedigd.

34. Rekwirantes stellen dat het Gerecht, in navolging van de Commissie, hun rechtmatige belangen kennelijk niet in acht heeft genomen. Zij verwijzen naar artikel 14, lid 6, van verordening nr. 773/2004, dat betrekking heeft op het belang van ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen. Zij betogen daarnaast dat indien een besloten hoorzitting kan worden gehouden om zakengeheimen te beschermen (en *moet* worden gehouden voor zover er geen andere mogelijkheid is om dergelijke geheimen te beschermen), dit a fortiori moet gelden indien een dergelijke hoorzitting naar alle waarschijnlijkheid waarborgt dat de rechten van verdediging van de betrokken onderneming naar behoren worden beschermd en indien het voortbestaan van die onderneming in het geval van een niet-besloten hoorzitting in gevaar zou komen.

35. Rekwirantes stellen dat alleen een hoorzitting de mogelijkheid biedt om een dialoog met de Commissie te voeren, twijfels weg te nemen en te reageren op eventueel rijzende vragen. Weliswaar heeft het Gerecht in de punten 38 tot en met 62 van het bestreden arrest terecht vastgesteld dat een afweging moet worden gemaakt tussen de belangen van de om een besloten hoorzitting verzoekende onderneming en het belang van andere ondernemingen bij de mogelijkheid zich tegen potentiële beschuldigingen te verweren, maar het heeft ten onrechte geoordeeld dat de belangen van laatstgenoemde ondernemingen hoger moeten worden aangeslagen en een afwijzing van de door rekwirantes aangedragen alternatieve oplossingen rechtvaardigden. Daarmee heeft het Gerecht volgens hen een beoordelingsfout gemaakt, doordat het de Commissie niet heeft gelast prioriteit te geven aan de oplossing die recht zou hebben gedaan aan de belangen van alle betrokken partijen, zodat de afweging door het Gerecht onevenredig in het nadeel van rekwirantes is uitgevallen.

36. Rekwirantes voeren vervolgens aan dat het Gerecht in de eerste plaats het bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze vooraf heeft beoordeeld, door te stellen dat hun argumentatie niet volstond om hen van hun aansprakelijkheid te ontslaan en dat een eventuele beslissende invloed van Degussa op SKW niet van belang was voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van SKW Holding. In de tweede plaats is het Gerecht voorbijgegaan aan het feit dat het bewijs dat een onderneming nog steeds controle over een vroegere dochteronderneming uitoefent, onzekerheid schept aangaande de invloed die de nieuwe moederonderneming op de dochteronderneming heeft. Voorts stellen zij dat hun argument met betrekking tot de rol van Degussa niet alleen een argument voor een verzachtende omstandigheid vormde, maar ook ter onderbouwing diende van het standpunt dat SKW Holding niet aansprakelijk kon worden gehouden.

37. Met betrekking tot de gevolgen van de schending van hun procedurele rechten betogen rekwirantes tot slot dat het, zoals zij in eerste aanleg hebben gesteld, voor de nietigverklaring van de litigieuze beschikking volstaat wanneer aannemelijk is dat de administratieve procedure zonder procedurefout van de Commissie tot een ander resultaat had kunnen leiden.

38. De Commissie wijst de argumenten van rekwirantes volledig van de hand. Met betrekking tot de door SKW Holding uitgeoefende invloed op SKW stelt de Commissie dat rekwirantes het Gerecht niet zozeer de toepassing van een onjuiste bewijsmaatstaf verwijten, maar opkomen tegen de feitelijke vaststellingen en de bewijswaardering door het Gerecht, zonder evenwel een onjuiste opvatting van het bewijs te stellen; haars inziens is dit betoog in hogere voorziening niet-ontvankelijk.

3. Beoordeling

a) Ontvankelijkheid

39. Wat betreft het niet-ontvankelijkheidsbezwaar dat de Commissie terloops aanvoert (zie hierboven, punt 38) zij eraan herinnerd dat rekwirantes met hun eerste middel in hogere voorziening niet de op grond van haar beslissende invloed op SKW veronderstelde aansprakelijkheid van SKW Holding betwisten (deze grief ligt veeleer ten grondslag aan hun tweede middel in hogere voorziening), maar klagen over schending van hun procedurele rechten, inzonderheid het recht om naar behoren te worden gehoord. Volgens hen heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het belang van rekwirantes bij een besloten hoorzitting niet goed af te wegen tegen het belang van de andere partijen – met name Degussa – bij de mogelijkheid om op beweringen van rekwirantes te reageren, en door hun alternatieve voorstellen te verwerpen. Dit is een rechtsvraag waarover het Hof bevoegd is te beslissen krachtens artikel 256, lid 1, VWEU en artikel 58 van het Statuut.

b) Algemene overwegingen betreffende het recht om te worden gehoord in administratieve procedures voor de Commissie

40. De administratieve procedure voor de Commissie in procedures krachtens artikel 101 VWEU is onderverdeeld in twee onderscheiden, opeenvolgende fasen die elk zijn gekenmerkt door een eigen logica: een vooronderzoeksfase en een contradictoire fase. Het vooronderzoek, dat duurt tot de mededeling van de punten van bezwaar, moet de Commissie in staat stellen alle relevante bewijzen te verzamelen die al of niet het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels bevestigen, en een eerste standpunt in te nemen over het verdere verloop van de procedure. Daarentegen is de contradictoire fase, die loopt van de mededeling van de punten van bezwaar tot aan de vaststelling van de definitieve beschikking, bedoeld om de Commissie in staat stellen zich definitief uit te spreken over de verweten inbreuk. De betrokken onderneming wordt pas bij aanvang van de contradictoire fase, door middel van de mededeling van punten van bezwaar, ingelicht over de wezenlijke elementen waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert. Die partij kan dus pas na de verzending van bedoelde mededeling de rechten van de verdediging ten volle uitoefenen. [16]

41. In de contradictoire fase kunnen de partijen het recht om te worden gehoord in twee opeenvolgende stappen uitoefenen: schriftelijk en vervolgens mondeling.

42. Wat betreft de eerste stap bepaalt artikel 10, lid 1, van verordening nr. 773/2004 dat de Commissie de betrokken partijen de jegens hen aangevoerde bezwaren schriftelijk meedeelt en dat de mededeling van punten van bezwaar schriftelijk ter kennis wordt gebracht aan elk van de partijen tegen welke bezwaren zijn aangevoerd. Volgens artikel 10, leden 2 en 3, van de verordening hebben de partijen het recht om binnen de daartoe door de Commissie vastgestelde termijn schriftelijk op de mededeling van punten van bezwaar te antwoorden en alle feiten uiteen te zetten die dienstig kunnen zijn voor hun verdediging. De Commissie is niet verplicht rekening te houden met schriftelijke opmerkingen die zij na het verstrijken van die termijn ontvangt.

43. Overeenkomstig artikel 16, lid 2, van verordening nr. 773/2004 moeten partijen die de mededeling van punten van bezwaar beantwoorden, met opgave van redenen duidelijk aangeven welke elementen zij als vertrouwelijk beschouwen, en de Commissie binnen de vastgestelde termijn voor het kenbaar maken van hun standpunt een afzonderlijke, niet-vertrouwelijke versie verstrekken. Volgens artikel 16, lid 3, van die verordening kan de Commissie ook ambtshalve verlangen dat een partij dit doet. Bij

16 — Zie arrest Elf Aquitaine/Commissie, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punten 113 en 115.

gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel mag de Commissie aannemen dat de betrokken documenten of verklaringen niet vertrouwelijk zijn (artikel 16, lid 4, van die verordening). In dit verband zij erop gewezen dat de partijen krachtens artikel 15, lid 1, van de verordening om toegang tot het dossier kunnen verzoeken voor wat betreft niet-vertrouwelijke informatie.

44. Uit het bovenstaande volgt dat het de partijen vrijstaat te bepalen hoeveel of hoe weinig informatie zij de Commissie in hun schriftelijke opmerkingen verstrekken. Hierbij moeten zij zelf uitmaken of zij gegevens van vertrouwelijke aard willen verstrekken en dit in voorkomend geval aangeven. Ingeval de Commissie in dezen een andere mening is toegedaan – behoudens toetsing door de Unierechter – loopt een partij die dergelijke gegevens verstrekt dus vanuit bedrijfsoogpunt onvermijdelijk het risico dat een andere partij die gegevens bij inzage van het dossier in handen krijgt.

45. Wat de tweede stap betreft, namelijk het recht om mondeling te worden gehoord – een recht waarin de administratieve procedure niet van meet af aan heeft voorzien [17] –, hebben de partijen volgens artikel 12, lid 1, van verordening nr. 773/2004 het recht om ter hoorzitting voor de Commissie te verschijnen, mits zij daarom in hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben verzocht.

46. De hoorzitting wordt gehouden overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 773/2004. Volgens artikel 14, lid 6, van die verordening kan eenieder afzonderlijk of in aanwezigheid van anderen worden gehoord, met inachtneming van het rechtmatige belang van de betrokkenen bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. De verklaringen van eenieder die wordt gehoord, moeten krachtens artikel 14, lid 8, van de verordening worden geregistreerd, en de registratie van de hoorzitting kan ter beschikking worden gesteld van de personen die aan de hoorzitting deelnamen, wederom rekening houdend met de bescherming van vertrouwelijke gegevens van de partijen.

47. Partijen die een mededeling van punten van bezwaar hebben beantwoord, hebben dus de optie te verzoeken om mondeling te worden gehoord. De uitoefening van die optie is een verdere zakelijke beslissing waarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat andere partijen aanwezig zijn en dat verstrekte informatie in handen van anderen kan vallen. Ik wil echter benadrukken dat de partijen niet verplicht zijn om een hoorzitting bij te wonen.

48. Ten slotte heeft het recht om te worden gehoord een essentieel inhoudelijk aspect: de doeltreffende procedurele bescherming van de betrokken partijen. In procedures waarbij geldboeten kunnen worden opgelegd, is de inachtneming van de rechten van de verdediging een fundamenteel beginsel van Unierecht waaraan ook in administratieve procedures moet worden voldaan. [18] Volgens artikel 11, lid 2, van verordening nr. 773/2004 mag de Commissie in haar beschikkingen slechts de bezwaren in aanmerking nemen ten aanzien waarvan de partijen tot welke zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, hun opmerkingen hebben kunnen maken.

17 — De rechtssituatie ter zake is in de loop der tijd veranderd. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB nr. 127 van 20.08.1963 blz. 2269) bepaalde 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”. Later werd in artikel 8 van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (PB L 354, blz. 18) simpelweg bepaald dat de Commissie „in voorkomend geval de verzoekers en de klagers in de gelegenheid [kan] stellen hun standpunt mondeling toe te lichten, wanneer zij in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken”.

18 — Zie arrest Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

49. De bijzonderheid van deze zaak is gelegen in de omstandigheid dat zij in werkelijkheid draait om de vraag welke *vorm* het recht om voor de Commissie te worden gehoord moet hebben, en niet zozeer om de inhoud ervan. Op zichzelf is het geen probleem dat partijen schriftelijk in plaats van mondeling worden gehoord. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") volstaat het wanneer de betrokken partijen in administratieve procedures waarin geldboeten kunnen worden opgelegd, er recht op hebben achteraf voor een onpartijdige en onafhankelijke rechter mondeling te worden gehoord. [19]

c) Beoordeling van het eerste middel in hogere voorziening

50. In het kader van het eerste middel van rekwirantes in hogere voorziening worden twee onderscheiden argumenten aangevoerd, die beide gebaseerd zijn op het recht om te worden gehoord: ten eerste heeft het Gerecht de afwijzing van het verzoek om een besloten hoorzitting door de Commissie ten onrechte niet afgekeurd. Ten tweede heeft het Gerecht in strijd met het evenredigheidsbeginsel gehandeld door de Commissie niet terecht te wijzen wegens het feit dat zij weigerde in te stemmen met de door rekwirantes voorgestelde alternatieve oplossingen. Hieronder zal ik deze argumenten één voor één onderzoeken.

i) Bestaat er een recht op een besloten hoorzitting?

51. Om te beginnen zou ik erop willen wijzen dat de raadadviseur-auditeur naar het schijnt van oordeel was dat de gegevens waarnaar rekwirantes ter onderbouwing van hun verzoek om een besloten hoorzitting verwezen, in kwalitatief opzicht voldoende grond opleverden om het verzoek toe te staan. [20]

52. Hoe het ook zij, voor zover ik kan beoordelen, bestaat er geen recht op een besloten hoorzitting. [21]

53. Noch in verordening nr. 1/2003 noch in verordening nr. 773/2004 is er sprake van een dergelijk recht. Inzonderheid bepaalt artikel 12, lid 1, van verordening nr. 773/2004 slechts dat de Commissie de partijen aan wie zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, in de gelegenheid moet stellen tijdens een hoorzitting hun standpunt toe te lichten, indien zij in hun schriftelijke opmerkingen daarom verzoeken. In die bepaling wordt echter geen gewag gemaakt van een besloten hoorzitting.

54. Evenmin valt uit de bewoordingen, de context of het doel van artikel 14 – en met name lid 6 – van verordening nr. 773/2004 een dergelijk recht af te leiden.

55. Volgens de *bewoordingen* van artikel 14, lid 6, van verordening nr. 773/2004 *kan* eenieder afzonderlijk of in aanwezigheid van andere opgeroepenen worden gehoord, met inachtneming van het rechtmatige belang van de ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. Het gaat hierbij niet zozeer om een eenvoudige machtiging, maar meer om

19 — Zie onder meer arrest van 29 september 2011 in de zaak Flisar/Slovenië, nr. 3127/09, punten 33-35. Bovendien is zelfs in gerechtelijke procedures die tot strafrechtelijke sancties kunnen leiden, niet altijd een hoorzitting voorgeschreven. Zie onder meer arrest Jussila/Finland [GK], nr. 73053/01, punt 43, EHRM 2006-XIII.

20 — Desondanks wees de Commissie er nogmaals op dat rekwirantes ten eerste hebben erkend dat Degussa moet hebben beseft dat het antwoord van rekwirantes op de mededeling van punten van bezwaar in het nadeel van Degussa was uitgevallen en dat Degussa ten tweede moet hebben geweten waarom rekwirantes hebben beweerd dat Degussa op afstand controle uitoefende over SKW, zodat het zeer de vraag is of de gegevens een vertrouwelijk karakter hadden voor Degussa.

21 — Waarmee afbreuk zou worden gedaan aan het recht op een hoorzitting; overigens is er geen recht om *niet* in een besloten hoorzitting te worden gehoord.

een keuze in plaats van een verplichting. Uitgaande van de tweede volzin van artikel 14, lid 6, van die verordening zal die keuze afhankelijk zijn van de beoordeling door de Commissie van het belang dat de ondernemingen hebben bij de bescherming van hun zakelijke geheimen en andere vertrouwelijke gegevens.

56. Mijns inziens betogen rekwirantes in wezen dat de uitdrukking „kan" in dit geval dient te worden gelezen als „moet". Dit argument druist echter in tegen de intuïtie en snijdt om verschillende redenen geen hout.

57. De *context* van artikel 14, lid 6, van verordening nr. 773/2004 bevestigt ten eerste dat het aan de raadadviseur-auditeur is om te beoordelen of er een besloten hoorzitting moet worden gehouden. Artikel 14, lid 7, van verordening nr. 773/2004 bepaalt dat de raadadviseur-auditeur de partijen aan wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht, de klagers en de op de hoorzitting uitgenodigde andere personen *kan* toestaan vragen te stellen tijdens de hoorzitting. Ten tweede valt uit het kopje van artikel 14 van verordening nr. 773/2004 („Verloop van de hoorzitting") op te maken dat artikel 14 hoofdzakelijk ten doel heeft regels te stellen voor een soepel verloop van de door de raadadviseur-auditeur gehouden hoorzittingen, wat betekent dat de raadadviseur-auditeur een zekere sturende bevoegdheid moet hebben. Wanneer omgekeerd specifieke rechten worden verleend aan de ondernemingen (of een verplichting wordt opgelegd aan de raadadviseur-auditeur), wordt zulks duidelijk in de tekst zelf aangegeven, bijvoorbeeld in artikel 12, lid 1, of in artikel 14 van verordening nr. 773/2004, een bepaling waarin herhaaldelijk bewoordingen worden gebruikt die geen enkele marge laten. Dat is zeker geen toeval.

58. Bovendien valt uit het *doel* van verordening nr. 773/2004 evenmin een recht op een besloten hoorzitting op te maken. Er zij aan herinnerd dat uit artikel 33, lid 1, onder c), van verordening nr. 1/2003 volgt dat verordening nr. 773/2004 ten doel heeft nadere regelingen te treffen om te waarborgen dat de ondernemingen die aan een onderzoek door de Commissie zijn onderworpen, *in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord* over de door haar in aanmerking genomen bezwaren, en dat haar uiteindelijke beschikkingen slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen *opmerkingen hebben kunnen maken*. De verordening heeft daarentegen niet ten doel te waarborgen dat de ondernemingen *daadwerkelijk* worden gehoord (laat staan in privé) – de ondernemingen moeten er zelf om vragen. Zoals gezegd lijkt het ontbreken van een recht op een besloten hoorzitting vanuit het oogpunt van de grondrechten bovendien geen problemen op te leveren (zie hierboven, punt 49). Het feit dat rekwirantes menen dat het doeltreffender is wanneer zij mondeling worden gehoord in plaats van schriftelijk, is een kwestie van voorkeur en geen kwestie van recht.

59. Meer algemeen lijkt de procedure voor de Commissie gebaseerd op het ongeschreven beginsel dat de bevoegdheid om over een besloten hoorzitting te beslissen, bij het onpartijdige orgaan berust dat de hoorzitting houdt (ambtshalve of op verzoek). Het Hof is zich terdege ervan bewust dat de beslissing om een besloten hoorzitting te houden in procedures voor de Unierechter niet onder de verantwoordelijkheid van de partijen valt, maar onder die van de rechterlijke instantie.[22] Hetzelfde geldt voor hoorzittingen voor het EHRM.[23] Daarnaast zij eraan herinnerd dat een eenzijdig verzoek om een besloten hoorzitting – dat wil zeggen een bijeenkomst met alleen de rechtsprekende formatie, want daar komt het verzoek van rekwirantes op neer – in een gerechtelijke procedure hoogst ongebruikelijk moet worden geacht.[24]

22 — Zie artikel 31 van het Statuut; artikel 79, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof; artikel 109 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, en artikel 63, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voor ambtenarenzaken.

23 — Zie Rule 63 van de Rules of Court van 1 juni 2015; vgl. ook Rule A1, lid 5.

24 — Zie in die zin het arrest ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punt 56.

60. Dit ongebruikelijke scenario is echter irrelevant in de onderhavige zaak. De procedure voor de Commissie is van administratieve aard, en de instelling heeft geen rechterlijke bevoegdheid. Het gaat om een procedure tussen de betrokken partij en de Commissie, niet om een contradictoire procedure tussen verschillende particuliere partijen die verdacht worden van deelneming aan een ernstige inbreuk. Daarom is de Commissie bijvoorbeeld niet verplicht om de partijen in de gelegenheid te stellen getuigen te ondervragen en om hun verklaringen te analyseren in de onderzoeksfase [25] (of, om dezelfde reden, in de fase tussen partijen). Dit betekent evenwel ook dat de Commissie alleen sancties kan opleggen voor inbreuken op de mededingingsregels waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken. Indien een partij vertrouwelijke gegevens bekend wenst te maken die belastend kunnen zijn voor een andere partij in de administratieve procedure, spreekt het mijns inziens vanzelf dat de Commissie een aanvullende mededeling van bezwaar moet richten tot die andere partij indien zij haar beslissing op die gegevens wil steunen [26] (waarin de Commissie geen andere punten van bezwaar in aanmerking hoeft te nemen). Hieruit volgt dat de Commissie in de onderhavige zaak geen rekening hoefde te houden met de belangen van Degussa: indien de Commissie op basis van de gegevens van rekwirantes mede Degussa ter verantwoording had willen roepen, had zij een aanvullende mededeling van bezwaar tot Degussa moeten richten. De motivering die de raadadviseur-auditeur heeft gegeven voor haar weigering om een besloten hoorzitting te houden, die door het Gerecht werd bevestigd, was derhalve niet juist. [27]

61. In het licht van de bovenstaande algemene opmerkingen is het niet verwonderlijk dat het aan de raadadviseur-auditeur is te beslissen of die partij afzonderlijk mondeling wordt gehoord, als dit bijvoorbeeld nodig is om de zakengeheimen of andere vertrouwelijke gegevens van die partij te beschermen. Ambtenaren van de Unie zijn verplicht dergelijke geheimen te beschermen [28], en de administratieve procedure verloopt zoals gezegd volgens regels die op dat doel zijn gericht. Interessant genoeg wordt echter met betrekking tot de vertrouwelijkheid in de formulering van artikel 14, lid 6, van verordening nr. 773/2004 geen onderscheid gemaakt tussen besloten en gezamenlijke hoorzittingen.

62. Dit brengt mij bij het volgende punt: in verordening nr. 773/2004 is geen steun te vinden voor het standpunt dat gegevens die tijdens een besloten – of, nauwkeuriger, een *afzonderlijke* – hoorzitting worden verstrekt, automatisch als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt. Het hangt er helemaal van af wat er tijdens een dergelijke hoorzitting wordt meegedeeld. Terwijl verzoeken om vertrouwelijke behandeling van schriftelijke antwoorden op een mededeling van punten van bezwaar achteraf worden beoordeeld, moet de Commissie in het geval van een verzoek om een besloten hoorzitting een voorlopige beoordeling vooraf maken om te bepalen of de gegevens die de partij voornemens is haar mee te delen, daadwerkelijk een vertrouwelijk karakter hebben. Het moge duidelijk zijn dat niet-vertrouwelijke gegevens die tijdens een besloten hoorzitting worden verstrekt, rechtens niet kunnen worden onthouden aan andere partijen die inzage in het dossier willen nemen.

63. Indien een verzoek om een besloten hoorzitting wordt afgewezen, zal de verzoekende partij dus zorgvuldig moeten overwegen of zij nog wel aan de gezamenlijke hoorzitting wil deelnemen, en zo ja, wat zij in dat kader wil meedelen. Die partij is niet verplicht ten overstaan van alle deelnemers vertrouwelijke informatie bekend te maken. Als alternatief zou die partij er in een vroeger stadium voor kunnen kiezen om vertrouwelijke gegevens schriftelijk mee te delen aan de Commissie in het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en te verzoeken om vertrouwelijke behandeling ervan. Ook hieraan eveneens een commercieel risico verbonden zijn, maar al naargelang de

25 — Zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 200.

26 — Zie in die zin arrest LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, T-128/11, EU:T:2014:88, punt 110 en aldaar aangehaalde rechtspraak (bevestigd bij arrest LG Display en LG Display Taiwan/Commissie, C-227/14 P, EU:C:2015:258).

27 — Er zij echter op gewezen dat de motiveringsplicht moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering; zie onder meer arrest Nederland/Commissie, C-159/01, EU:C:2004:246, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

28 — Zie artikel 339 VWEU, artikel 28 van verordening nr. 1/2003 („Geheimhoudingsplicht”) en artikel 16 van verordening nr. 773/2004 („Identificatie en bescherming van vertrouwelijke gegevens”).

omstandigheden kan dit een betere optie zijn dan verzoeken om een besloten hoorzitting. Dientengevolge waarborgt de administratieve procedure dat de partijen kunnen beslissen of zij gegevens die zij vertrouwelijk achten aan de Commissie verstrekken, en zo ja, of zij dit beter schriftelijk of mondeling kunnen doen (hoewel zij niet het laatste woord hebben over de vertrouwelijkheid). De uitoefening van het recht om te worden gehoord vergt derhalve in elk geval ook commerciële beslissingen van de partijen. [29] In de onderhavige zaak tekent zich het volgende beeld af: rekwirantes besloten (begrijpelijkerwijs) prioriteit te geven aan een commercieel doel – het economische voortbestaan – boven een ander, namelijk de mogelijke verlaging van de op te leggen geldboeten.

64. Wanneer de Commissie vertrouwelijke gegevens onrechtmatig bekendmaakt, kan de betrokken partij uiteraard een schadevordering instellen overeenkomstig artikel 268 VWEU. [30] Het is echter van het hoogste belang om voor ogen te houden dat de vraag of gegevens al dan niet rechtmatig zijn bekendgemaakt geen verband houdt met het recht om te worden gehoord. Met andere woorden, de onrechtmatige bekendmaking van vertrouwelijke gegevens doet niet per se afbreuk aan de geldigheid van een boetebeschikking van de Commissie.

65. Tot slot valt de beslissing om een besloten hoorzitting te houden weliswaar onder de bevoegdheid van de Commissie als overheidsorgaan, maar die bevoegdheid moet rechtmatig worden uitgeoefend. Hoewel ik van mening ben dat de Unierechter slechts zelden inhoudelijk bezwaar zou maken tegen een in een administratieve procedure naar behoren gemotiveerde beslissing over een eventuele besloten hoorzitting, is nietigverklaring niet uitgesloten in het geval van misbruik van bevoegdheid, ontoereikende motivering (met inbegrip van niet-beantwoording van verzoeken), onjuiste beoordeling van de feiten of een kennelijke beoordelingsfout. [31] Maar afgezien van het feit dat ik verwacht dat de Commissie, wanneer zij beslissingen neemt over besloten hoorzittingen, rekening houdt met het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten neergelegde recht op behoorlijk bestuur, acht ik het in casu niet nodig om de grenzen van de rechterlijke toetsing precies te bepalen.

66. Toch volgt uit het bovenstaande dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 39 van het bestreden arrest de Commissie verplicht te achten om per geval het juiste evenwicht te vinden tussen enerzijds de doelstelling om de rechten van de verdediging te beschermen van ondernemingen die van schending van de mededingingsregels van de Unie worden beschuldigd, en anderzijds het legitieme belang van derden bij de bescherming van hun zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens in de loop van het onderzoek.

67. Die onjuiste rechtsopvatting leidt er echter niet toe dat het eerste middel in hogere voorziening gegrond is. Het betoog van rekwirantes dat zij recht hadden op een besloten hoorzitting gaat namelijk zelf eveneens mank en is daarom in eerste aanleg terecht verworpen. Zoals hieronder zal blijken, is dit middel, net als de andere middelen in hogere voorziening, ook voor het overige ongegrond. En het is vaste rechtspraak dat een hogere voorziening moet worden afgewezen wanneer in de motivering van een arrest van het Gerecht weliswaar blijkt van een schending van het Unierecht, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt. [32]

29 — Dit wordt onder meer geïllustreerd door het feit dat in de brief van rekwirantes van 28 januari 2009 (zie hierboven, punt 13) werd gesteld dat het „voor onze cliënten om commerciële redenen niet mogelijk is om de rol van Degussa tijdens een openbare hoorzitting te bespreken”.

30 — Overeenkomstig het beginsel dat is vastgesteld in het arrest Adams/Commissie, 145/83, EU:C:1985:448.

31 — Zie met betrekking tot i) het recht een verzoekschrift tot het Europees Parlement te richten, arrest Schönberger/Parlement, C-261/13 P, EU:C:2014:2423, punten 23 en 24; ii) door de Commissie afgewezen klachten over vermeende mededingingsverstorende gedragingen, arrest Automec/Commissie, T-24/90, EU:T:1992:97, punten 71-79, en iii) beroepen tot nietigverklaring van besluiten van de Commissie om geen niet-nakomingsprocedure in te leiden tegen een lidstaat, beschikking Ruipérez Aguirre en ATC Petition/Commissie, C-111/11 P, EU:C:2011:491, punten 11-13 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

32 — Zie arrest FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, EU:C:2008:476, punt 187 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68. Aangezien het in de hoofdzaak om een zuivere rechtsvraag gaat, geef ik het Hof in overweging de onjuiste motivering in de punten 35 tot en met 59, 62 en 63 van het bestreden arrest te vervangen door de vaststelling dat er in onderzoeken van inbreuken op de mededingingsregels geen recht op een besloten hoorzitting voor de Commissie bestaat. Hierdoor zou ook het argument komen te vervallen dat het Gerecht het bewijs op onrechtmatige wijze vooraf heeft beoordeeld, zodat het hierboven in punt 50 beschreven eerste hoofdargument van rekwirantes zou moeten worden verworpen.

ii) Door rekwirantes aangedragen alternatieve oplossingen

69. Rekwirantes stellen tevens dat het Gerecht onevenredig heeft gehandeld door de Commissie niet te kritiseren wegens het feit dat zij de twee door rekwirantes voorgestelde alternatieve oplossingen niet heeft aanvaard. Ter herinnering: die alternatieve oplossingen voorzagen oorspronkelijk in de mogelijkheid om Degussa na afloop van het jaar 2008 dan wel na sluiting van een nieuwe leveringsovereenkomst inzage te geven in de tijdens de besloten hoorzitting gemaakte opmerkingen. Na de sluiting van die overeenkomst verzochten rekwirantes om een aanvullende hoorzitting waarbij Degussa aanwezig zou kunnen zijn.

70. Wat de eerste alternatieve oplossing betreft, moet worden gezegd dat er, zoals hierboven aangegeven, geen recht op een besloten hoorzitting bestaat. Dit voorstel is bovendien temeer verwonderlijk indien men bedenkt dat de uitoefening van het recht om te worden gehoord in beginsel geen kwestie van geven en nemen is. Daarnaast is het niet aan rekwirantes om te beslissen welke gegevens vertrouwelijk zijn, anders zouden de rechten van de andere partijen op niet-vertrouwelijke informatie worden ingeperkt.

71. Wat betreft het tweede voorstel van rekwirantes ben ik van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 61 van het bestreden arrest te overwegen dat met het oog op de regelmatigheid van de administratieve procedure binnen een redelijke termijn een besluit moet worden genomen, zodat de partijen geen recht hebben op een aanvullende hoorzitting. Hierin klinkt artikel 10, lid 2, van verordening nr. 773/2004 door, waarin is bepaald dat de Commissie niet verplicht is rekening te houden met schriftelijke opmerkingen die zij na het verstrijken van die termijn ontvangt. Rekwirantes zijn in de gelegenheid gesteld mondelinge opmerkingen te maken (waarbij hun spreektijd overigens zou zijn uitgebreid ingeval zij een besloten hoorzitting wensten). Het recht om te worden gehoord heeft ten doel ondernemingen de mogelijkheid te bieden opmerkingen te maken, maar dit niet noodzakelijkerwijs op het tijdstip dat hun het beste uitkomt.

72. Tot slot heeft het Gerecht er terecht op gewezen dat de raadadviseur-auditeur rekwirantes in de gelegenheid heeft gesteld om schriftelijke opmerkingen in te dienen. Dit lijkt in overeenstemming te zijn met de bestaande praktijk.[33] Rekwirantes hebben derhalve ruimschoots de kans gehad om hun standpunten kenbaar te maken, al dan niet mondeling.

73. In dit licht moet het argument dat het Gerecht het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden met betrekking tot het recht van rekwirantes om te worden gehoord, worden afgewezen, en dienovereenkomstig ook de hogere voorziening als zodanig.

d) Subsidiaire overwegingen: gevolgen van de schending van de procedurele rechten van rekwirantes

74. Voor het geval dat het Hof, anders dan ik, van opvatting is dat rekwirantes recht hadden op een besloten hoorzitting, wil ik het volgende opmerken.

33 — Zie artikel 12, lid 4, van het besluit van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 275, blz. 29).

75. Volgens de rechtspraak worden de rechten van de verdediging geschonden indien zonder de door de Commissie begane onregelmatigheid de door haar gevoerde administratieve procedure tot een ander resultaat had kunnen leiden. Om een dergelijke schending te bewijzen, moet een onderneming genoegzaam aantonen, niet dat de beslissing van de Commissie anders zou hebben geluid, maar wel *dat zij zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen*. [34]

76. Het is echter niet altijd eenvoudig om te bewijzen dat er sprake is van een dergelijke schending. [35] Hiervoor zijn uiteenlopende redenen aan te wijzen, zoals de – gehele of gedeeltelijke – niet-ontvankelijkheid van een aangevoerd middel of eenvoudig het feit dat er geen onjuiste rechtsopvatting kan worden aangetoond. [36] Anderzijds heeft het Hof in gevallen waarin er duidelijk sprake was van een procedurele onregelmatigheid, de beoordeling door het Gerecht van de vraag of de onderneming zich zonder die onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen, aan een nauwgezette toetsing onderworpen en de uitspraak van het Gerecht in voorkomend geval vernietigd. [37] En terecht, want de bewijslast mag niet te zwaar zijn en eventuele onzekerheid moet in het voordeel van de verzoekende onderneming worden uitgelegd. [38]

77. Overigens vraag ik mij af waarom de bewijslast als zodanig bij de betrokken onderneming dient te liggen. Er zijn immers grenzen aan het vermoeden van rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen. Indien een verzoekende onderneming heeft aangetoond dat een beschikking van de Commissie procedurele gebreken vertoont, is er geen plaats meer voor dit vermoeden. In wezen zou dan *de Commissie moeten* bewijzen dat de betrokken procedurefout geen inhoudelijke gevolgen had voor die beschikking.

78. Rekwirantes hebben verzuimd nader toe te lichten in hoeverre de administratieve procedure mogelijkerwijs tot een ander resultaat had kunnen leiden. Niettemin komt uit het bestreden arrest en uit de door rekwirantes (in eerste aanleg en in hogere voorziening) ingediende schriftelijke opmerkingen naar voren dat rekwirantes van mening waren dat een besloten hoorzitting hun de mogelijkheid zou bieden de Commissie ervan te overtuigen dat zij vanwege de rol van Degussa niet, of slechts in mindere mate, aansprakelijk konden worden gesteld voor de betrokken inbreuk. Deze indruk werd tijdens de terechtzitting bevestigd.

79. Mijns inziens moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de vraag of een partij zich mogelijk beter had kunnen verdedigen indien haar toegang was verleend tot het volledige dossier, en anderzijds de vraag of dit het geval was geweest wanneer een besloten hoorzitting was gehouden. In het geval van documenten waarin in strijd met de procedurele regels geen inzage is verleend, kan het belang ervan achteraf worden beoordeeld [39], maar voor een besloten hoorzitting geldt dat niet: er kan onmogelijk met zekerheid worden gezegd wat er tijdens een dergelijke bijeenkomst zal gebeuren. Ook is er geen beletsel voor een partij om tijdens een dergelijke hoorzitting aan de Commissie andere relevante vertrouwelijke gegevens mee te delen, die nog niet aan bod zijn gekomen. Indien derhalve een partij recht heeft op een besloten hoorzitting en er slechts één hoorzitting wordt gehouden – zoals in de onderhavige zaak –, kan de partij aan wie een besloten hoorzitting is ontzegd ondanks dat

34 — Zie arrest Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 — Zie bijvoorbeeld arrest SGL Carbon/Commissie, C-308/04 P, EU:C:2006:433, punten 97 en 98, met betrekking tot een klacht over onvoldoende toegang tot het dossier.

36 — Ibidem, punten 95 en 96.

37 — In zijn arrest Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C-141/08 P, EU:C:2009:598, heeft het Hof, in afwijking van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston (EU:C:2009:307), het arrest van het Gerecht vernietigd, waarin het de mogelijkheid van een andere uitkomst van een antidumpingprocedure had uitgesloten ondanks het feit dat de Commissie zich niet had gehouden aan de minimumtermijn van 10 dagen voor het indienen van opmerkingen (zie met name de punten 88, 94, 96 en 102-104). Het feit dat de Commissie deze termijn niet heeft afgewacht alvorens een voorstel voor definitieve maatregelen voor te leggen aan de Raad, komt erop neer dat de betrokken onderneming in het geheel niet werd gehoord.

38 — Zie voor een gelijkluidend standpunt P. Craig, *EU Administrative Law*, 2e druk, Oxford, 2012, blz. 333.

39 — Zij bijvoorbeeld arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582, punten 649-688.

zij daar recht op had, *niet worden geacht überhaupt te zijn gehoord*.[40] Gezien het beginsel dat op zichtbare wijze recht moet worden gedaan, ben ik absoluut niet overtuigd van het argument dat de besloten hoorzitting terecht bij voorbaat is geweigerd omdat de betrokken partij er hoe dan ook geen baat bij kon hebben.

80. Bovendien volstaat het niet om de benadeelde partij ter compensatie de gelegenheid te bieden aanvullende schriftelijke opmerkingen in te dienen. Een schriftelijke verklaring kan geen vervanging vormen voor een besloten hoorzitting, als de partijen daar recht op hebben.

81. Dit brengt mij bij mijn laatste punt: ik ben niet van opvatting dat rekwirantes op enige wijze kan worden verweten niet te zijn opgekomen tegen de vaststellingen van het Gerecht inzake het tweede onderdeel van hun vijfde middel tot nietigverklaring, dat betrekking had op vermeende verzachtende omstandigheden in verband met de rol van Degussa. Het besluit om geen hogere voorziening in te stellen, houdt niet in dat zij die vaststellingen erkennen. Overigens is het enige waarvan het Hof overtuigd hoeft te zijn, dat rekwirantes hebben aangetoond dat zij zich beter hadden kunnen verdedigen indien zij in de gelegenheid waren gesteld in een besloten hoorzitting te worden gehoord.

82. Volgens mij is dat het geval. Mocht het Hof dus beslissen dat rekwirantes recht hadden op een besloten hoorzitting voor de Commissie, dient het bestreden arrest te worden vernietigd wegens schending van een wezenlijk vormvereiste, namelijk artikel 12, lid 1, van verordening nr. 773/2004, gelezen in samenhang met artikel 14, lid 6, van die verordening. Aangezien het Hof in voldoende mate is ingelicht om uitspraak te kunnen doen op het in eerste aanleg ingestelde beroep, dient eveneens de litigieuze beschikking te worden nietig verklaard, overeenkomstig de oorspronkelijke vordering van rekwirantes.

83. Desalniettemin blijf ik erbij dat rekwirantes geen aanspraak konden maken op een recht op een besloten hoorzitting en dat de hogere voorziening bijgevolg moet worden afgewezen.

VI – **Kosten**

84. Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat wanneer de hogere voorziening ongegrond is, het Hof over de kosten beslist. Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dat is gevorderd.

85. Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

VII – **Conclusie**

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

— de hogere voorziening af te wijzen;

— rekwirantes te veroordelen in de kosten.

40 — In die zin is er sprake van een soortgelijke situatie als in de zaak die heeft geleid tot het arrest Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C-141/08 P, EU:C:2009:598.