

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

L. A. GEELHOED

van 19 januari 2006¹

1. Met deze hogere voorziening vordert de Commissie gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 29 april 2004 in de gevoegde zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, Tokai Carbon Co. Ltd en anderen/Commissie (hierna: „bestreden arrest”). De hogere voorziening beperkt zich tot zaak T-239/01.²

kader van haar onderzoeksbevoegdheid op grond van verordening nr. 17, in tegenstelling tot de vrijwillige medewerking op grond van de mededeling inzake medewerking.

I — Relevante bepalingen

2. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de boete verlaagd die de Commissie aan SGL had opgelegd bij beschikking 2002/271/EG van 18 juli 2001 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/E-1/36.490 — grafitelektroden).³

Verordening nr. 17

4. Artikel 15 van verordening nr. 17 van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG]⁴ (hierna: „verordening nr. 17”), bepaalt:

3. De middelen van de Commissie betreffen enkele aspecten van de medewerking door ondernemingen met de Commissie in het

„1. De Commissie kan bij beschikking aan ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste honderd en ten hoogste vijfduizend reke-

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Jurispr. blz. II-1181.

3 — PB 2000, L 100, blz. 1.

4 — PB 1962, blz. 204.

neenheden, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid: *De richtsnoeren*

[...]

- b) in antwoord op een verzoek als bedoeld in artikel 11, leden 3 en 5, [...] een onjuiste inlichting verstrekken [...]

2. Wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid:

- a) inbreuk maken op artikel [81], lid 1, [EG] of artikel [82 EG], [...]

kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeeneenheden, of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden.

Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk."

5. De mededeling van de Commissie getiteld „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd" (hierna: „richtsnoeren")⁵ verklaart in de considerans:

„De beginselen die deze richtsnoeren behelzen, zouden zowel ten aanzien van het bedrijfsleven als van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen van de Commissie moeten kunnen waarborgen, zonder afbreuk te doen aan de door de wetgever aan de Commissie bij de vaststelling van geldboeten beneden het maximum van 10 % van de totale omzet van de betrokken ondernemingen verleende discretionaire bevoegdheid. Deze beoordelingsvrijheid moet echter worden uitgeoefend in het raam van een samenhangend, niet-discriminerend beleid, dat op de bij de bestrijding van inbreuken op de mededingingsregels nagestreefde doelstellingen is afgestemd.

Het bedrag van de geldboete zal voortaan volgens de volgende, nieuwe methode worden berekend, die op de vaststelling van een basisbedrag berust, waarop bij verzwarende omstandigheden verhogingen, en bij verzachtende omstandigheden verminderingen worden toegepast."

5 — PB 1998, C 9, blz. 3.

De mededeling inzake medewerking

6. In haar mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen⁶ (hierna: „mededeling inzake medewerking”) heeft de Commissie de voorwaarden gedefinieerd waaronder ondernemingen die met de Commissie samenwerken wanneer deze een onderzoek naar een mededingingsregeling instelt, van geldboeten kunnen worden vrijgesteld of aanspraak kunnen maken op een vermindering van de boete die hun anders zou worden opgelegd, zoals neergelegd in hoofdstuk A, punt 3, van die mededeling.

7. Hoofdstuk A, punt 5, van de mededeling inzake medewerking luidt:

„Het feit dat een onderneming de Commissie haar medewerking verleent, is slechts een van de factoren waarmee de Commissie bij de vaststelling van de geldboete rekening houdt [...]”

8. Hoofdstuk D luidt:

„1. Wanneer een onderneming haar medewerking verleent zonder dat aan alle in deel B of C genoemde voorwaarden is

voldaan, komt zij in aanmerking voor een vermindering van 10 tot 50 % van de geldboete die haar zou zijn opgelegd.

2. Dit kan met name het geval zijn indien:

- een onderneming, voordat een mededeling van de punten van bezwaar is verzonden, aan de Commissie inlichtingen dan wel schriftelijke of andere bewijsstukken verstrekt die bijdragen tot het bewijs van het bestaan van de inbreuk;
- de onderneming na ontvangst van de mededeling van de punten van bezwaar aan de Commissie mededeelt dat zij de feiten waarop de Commissie haar beschuldigingen baseert, niet fundamenteel betwist.”

II — Feiten en achtergrond van de vaststelling van de bestreden beschikking

9. In het bestreden arrest heeft het Gerecht van eerste aanleg de feiten van de zaak weergegeven als volgt:

- „1. Bij beschikking 2002/271 [...] heeft de Commissie vastgesteld dat verschillende ondernemingen hebben deelgenomen aan een geheel van overeenkomsten en

⁶ — PB 1996, C 207, blz. 4.

onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: 'EER-Overeenkomst'), in de grafietelektrodensector.

waarvan er 280 miljoen ton werd geproduceerd in elektro-ovens [...]

[...]

2. Grafietelektroden worden vooral gebruikt bij de productie van staal in elektro-ovens. Staalproductie met elektro-ovens is in wezen een recyclageproces waarbij staalschroot wordt verwerkt tot nieuw staal, in tegenstelling tot het klassieke hoogoven/zuurstofconvectorprocédé voor ijzererts. Negen elektroden, gebundeld in kolommen van drie, worden gebruikt in de doorsnee elektro-oven om schrootstaal te smelten. Door de intensiteit van het smeltproces wordt gemiddeld om de acht uur één elektrode verbruikt. De productieduur van een elektrode bedraagt gemiddeld twee maanden. Er zijn geen producten die in het kader van dit productieproces in de plaats van grafietelektroden kunnen worden gebruikt.
3. De vraag naar grafietelektroden houdt rechtstreeks verband met de staalproductie in elektro-ovens; de afnemers zijn voornamelijk staalproducenten, die ongeveer 85 % van de vraag vertegenwoordigen. In 1998 bedroeg de wereldproductie van ruw staal 800 miljoen ton,
5. In de jaren tachtig resulteerden technologische verbeteringen in een aanzienlijke daling van het specifieke verbruik van elektroden per ton geproduceerd staal. Bovendien onderging de staalindustrie in die periode een ingrijpende herstructurering. Ingevolge de dalende vraag naar elektroden zette in de sector van de elektroden wereldwijd een herstructureringsproces in. Diverse installaties werden gesloten.
6. In 2001 leverden negen westerse producenten grafietelektroden op de Europese markt: [...]
7. Op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 [...] voerden ambtenaren van de Commissie gelijktijdig en onaangekondigd verificaties uit [...]
8. Agenten van het Federal Bureau of Investigation (FBI) voerden op dezelfde dag in de Verenigde Staten een huis-

zoeking uit bij een aantal producenten. Naar aanleiding van die onderzoeken is strafrechtelijke vervolging ingesteld tegen SGL [...] wegens onrechtmatige kartelvorming. Alle beklaagden gaven de ten laste gelegde feiten toe en stemden ermee in geldboeten te betalen, die voor SGL werden vastgesteld op 135 miljoen USD [...]

verzoeksters [...] werd verweten dat zij wereldwijd prijzen hadden vastgesteld en de nationale en regionale markten van het betrokken product volgens het beginsel van de thuismarktproducent hadden verdeeld: UCAR was de leider voor de Verenigde Staten en voor delen van Europa en SGL voor de rest van Europa [...]

[...]

10. Namens een groep afnemers zijn in de Verenigde Staten civiele vorderingen tot drievoudige schadevergoeding (triple damages) tegen SGL [...] ingesteld.
11. In Canada [...] bekende SGL [in juli 2000] schuld en stemde [zij] ermee in een boete van 12,5 miljoen CAD wegens dezelfde overtreding te betalen. In juni 1998 zijn door staalproducenten in Canada tegen SGL [...] civiele vorderingen wegens onrechtmatige kartelvorming ingesteld.
12. Op 24 januari 2000 deed de Commissie aan de betrokken ondernemingen een mededeling van punten van bezwaar toekomen. De administratieve procedure leidde op 18 juli 2001 tot de vaststelling van de beschikking waarbij
 - de prijzen van grafietelektroden moesten wereldwijd worden vastgesteld;
 - beslissingen over de prijsstelling van elke onderneming mochten alleen door de chairman of de general managers worden genomen;
 - de thuismarktproducent (home producer) (de markt leider) zou de marktprijs in zijn thuisgebied vaststellen en de andere producenten zouden hem volgen;
13. Volgens de gegevens in de beschikking golden voor het kartel de volgende basisbeginselen:
 - de prijzen van grafietelektroden moesten wereldwijd worden vastgesteld;
 - beslissingen over de prijsstelling van elke onderneming mochten alleen door de chairman of de general managers worden genomen;
 - de thuismarktproducent (home producer) (de markt leider) zou de marktprijs in zijn thuisgebied vaststellen en de andere producenten zouden hem volgen;

- voor niet-thuismarkten, dat wil zeggen de markten waar geen thuismarktproducent was, zouden de prijzen bij consensus worden vastgesteld;
 - de niet-thuismarkt-producenten mochten niet agressief met elkaar concurreren en zouden zich terugtrekken uit de thuismarkten van de andere producenten;
 - er mocht geen capaciteitsuitbreiding zijn (de Japanse producenten werden verondersteld hun capaciteit in te krimpen);
 - er mocht geen technologieoverdracht plaatsvinden buiten de kring van producenten die aan het kartel deelnemen.
14. De beschikking zet vervolgens uiteen dat die basisbeginselen ten uitvoer zijn gelegd bij kartelbijeenvakkomsten, die op verschillende niveaus werden gehouden: bijeenkomsten van topmannen, werkvergaderingen, groepsvergaderingen van de Europese producenten (zonder de Japanse ondernemingen), aan bepaalde markten gewijde nationale of regionale vergaderingen en bilaterale contacten tussen de ondernemingen.
- [...]
16. Op basis van de feitelijke vaststellingen en juridische beoordelingen in de beschikking heeft de Commissie de betrokken ondernemingen geldboeten opgelegd waarvan het bedrag is berekend volgens de methode die is uiteengezet in de richtsnoeren [...]
17. Artikel 3 van het dispositief van de beschikking legt de volgende geldboeten op:
- SGL: 80,2 miljoen euro;
18. Ingevolge artikel 4 van het dispositief moeten de betrokken ondernemingen de geldboeten binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van de beschikking betalen, anders is 8,04 % rente verschuldigd."

III — Het procesverloop voor het Gerecht en het bestreden arrest

10. Door SGL, bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 oktober 2001, en door andere ondernemingen tot welke de bestreden beschikking was gericht, is tegen deze beschikking beroep ingesteld.

11. In het bestreden arrest heeft het Gerecht van eerste aanleg onder meer geoordeeld als volgt:

„[...]”

2) In zaak T-239/01, SGL Carbon/Commissie:

— bepaalt het bedrag van de bij artikel 3 van beschikking 2002/271 aan verzoeker opgelegde geldboete op 69 114 000 euro;

— verworpt het beroep voor het overige.

— [...]”

I - 5924

12. In de punten 401 tot en met 412 oordeelde het Gerecht dat SGL niet verplicht was om bepaalde vragen van de Commissie te beantwoorden of bepaalde documenten over te leggen. Het feit dat SGL de gevraagde informatie niettemin heeft overgelegd, moest worden beschouwd als vrijwillige medewerking en worden beloond uit hoofde van punt D, lid 2, eerste streepje, van de mededeling inzake medewerking.

IV — De hogere voorziening

13. De Commissie vordert:

— vernietiging van het bestreden arrest voorzover het punt 2 van het dictum betreft;

— verwijzing van SGL in de kosten.

14. SGL vordert:

— afwijzing van de hogere voorziening;

— verwijzing van rekwirante in de kosten.

V — Middelen en voornaamste argumenten

15. De Commissie stelt dat enkele constatering van het Gerecht in de punten 401 tot en met 412 in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder artikel 15, gelezen in samenhang met artikel 11, van verordening nr. 17 en met de mededeling inzake medewerking. Voorts bevat het aangevochten deel van het arrest ook fouten van het Gerecht in de motivering.

16. De Commissie brengt één middel naar voren, bestaande uit twee onderdelen, en één subsidiair middel.

17. Het primaire middel, waarin de Commissie zich afvraagt of bepaalde antwoorden op een verzoek om inlichtingen in beginsel moeten leiden tot een vermindering van de boete, heeft betrekking op:

- 1) het verzoek om inlichtingen van 31 maart 1999 (punten 407-409 en de eerste drie zinnen van punt 410 van het bestreden arrest);
- 2) het verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997 (punt 412 van het bestreden arrest).

18. Het tweede, subsidiaire, middel heeft betrekking op de omvang van de vermindering van de boete in geval van bijdragen volgend op een verzoek om inlichtingen (punt 410).

19. Samengevat worden de volgende argumenten naar voren gebracht.

20. Ten aanzien van het eerste onderdeel van het primaire middel, betrekking hebbend op documenten, betoogt de Commissie dat zij steeds het recht heeft om de overlegging van documenten te verzoeken en dat een dergelijk verzoek niet in strijd is met de rechten van de verdediging. Het betreft geen vragen die een erkenning van het bestaan van een inbreuk zouden kunnen meebrengen. Het Gerecht is dus in de punten 408 en 409 van het bestreden arrest ingegaan tegen vaste rechtspraak. Deze benadering wijkt bovendien af van de punten 403, 406 en 407, waar het Gerecht naar die rechtspraak verwijst.

21. Voorts had het Gerecht moeten nagaan in hoeverre SGL werkelijk heeft geantwoord op het verzoek van de Commissie om overlegging van de gevraagde documenten. De formulering van het antwoord van 8 juni 1999 wijst erop dat dit niet het geval is. SGL heeft geantwoord dat zij niet beschikte over alle gevraagde documenten. Er is dan ook geen reden voor een verdere vermindering van de boete dan reeds is verleend. Ondanks het ontbreken van documenten heeft SGL een poging gedaan de feiten uit te leggen.

Met die medewerking heeft de Commissie rekening gehouden. De enige antwoorden waarmee de Commissie geen rekening heeft gehouden in het kader van de clementie-regeling, waren antwoorden die ingingen op het formele verzoek om inlichtingen. Met inlichtingen die verder gingen dan de medewerkingsverplichting is rekening gehouden.

genoemd die zij had gewaarschuwd, maar dat het door SGL gegeven antwoord niet verder ging dan de verplichting van SGL tot het verlenen van medewerking op grond van artikel 11 van verordening nr. 17. Voorts kunnen alleen bijdragen die de Commissie in staat hebben gesteld de inbreuk gemakkelijker vast te stellen, tot een vermindering van de boete leiden.

22. SGL stelt dat al haar verklaringen in de nota van 8 juni 1999, alsook de antwoorden op het verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997, moeten worden aangemerkt als volledige medewerking, daar er geen onderscheid kan worden gemaakt tussen een uitdrukkelijke bekentenis van een inbreuk en gehele of gedeeltelijke overlegging van documenten die bewijsmateriaal bevatten. Volgens haar bestaat er een absoluut zwijgrecht.

25. SGL is het eens met de vaststellingen van het Gerecht. Er is geen rechtsgrondslag voor een verzoek om inlichtingen, gezien het feit dat waarschuwingen aan andere kartelleden geen bestanddeel vormen van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG. Artikel 11 van verordening nr. 17 geeft de Commissie niet het recht dergelijke verzoeken te doen. Zo het waarschuwen van andere kartelleden valt aan te merken als een verzwarende omstandigheid, moet het feit dat zij dit heeft toegegeven, worden gezien als medewerking. Hoe dan ook heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat zij niet tot antwoorden verplicht was.

23. Voor het geval het Hof deze opvatting niet volgt, stelt SGL dat het bestreden arrest hoe dan ook in overeenstemming is met de rechtspraak.

24. Als tweede onderdeel van dit middel, dat betrekking heeft op het verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997, stelt de Commissie dat ook punt 412 van het arrest een aantal fouten bevat. Het Gerecht lijkt de Commissie een mening toe te dichten die zij zelf nooit heeft geuit. De Commissie benadrukt dat de reden waarom zij SGL minder heeft beloond niet was dat SGL niet alle bedrijven had

26. Ten slotte stelt de Commissie dat het Gerecht heeft verklaard dat een bijdrage in antwoord op een verzoek om inlichtingen aanleiding geeft tot dezelfde vermindering als een spontane bijdrage. Volgens de Commissie heeft het Gerecht op dat punt eraan voorbijgezien dat een vermindering van de boete enkel kan worden verleend voor een bijdrage die de taak van de Commissie gemakkelijker heeft gemaakt. Het is duidelijk

dat dit a fortiori geldt wanneer de bijdrage spontaan is, omdat deze in een vroeg stadium wordt gegeven en de Commissie bepaalde onderzoeksmaatregelen bespaart, zoals het redigeren van een verzoek om inlichtingen.

27. De door het Gerecht gemaakte vergelijking met punt C van de mededeling inzake medewerking geeft geen steun aan de opvatting van het Gerecht maar aan die van de Commissie. De visie dat een bijdrage in antwoord op een verzoek om inlichtingen op dezelfde manier moet worden beloofd als een spontane bijdrage is niet verenigbaar met de mededeling inzake medewerking. Indien het Gerecht van oordeel is dat beide situaties op dezelfde wijze moeten worden behandeld, is dit oordeel in strijd met artikel 15 van verordening nr. 17, in samenhang met de mededeling inzake medewerking.

VI — De relevante onderdelen van het arrest

28. In het eerste deel heeft het Gerecht om te beginnen het volgende overwogen:

— het wees erop dat het absolute zwijgrecht niet kon worden erkend, dat dit verder zou gaan dan hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van het recht van verdediging van ondernemingen en voor de Commissie een onge-

rechtvaardigde belemmering zou opleveren voor de vervulling van haar opdracht om de eerbiediging van de mededingingsregels in de gemeenschappelijke markt te verzekeren. Voorts herinnerde het eraan dat slechts een zwijgrecht kan worden verleend voorzover de betrokken onderneming anders antwoorden zou moeten geven waarmee zij het bestaan van de inbreuk zou erkennen, terwijl die bewijslast op de Commissie rust (punt 402);

— het herinnerde aan de rechtspraak volgens welke de Commissie ter waarborging van de nuttige werking van artikel 11 van verordening nr. 17 de ondernemingen kan verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis hebben, en om zo nodig de desbetreffende in hun bezit zijnde documenten over te leggen, ook wanneer deze bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels, en deze bevoegdheid van de Commissie om inlichtingen te verzamelen niet in strijd is met artikel 6, leden 1 en 2, EVRM en ook niet met de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (punten 403 en 404);

— vervolgens merkte het op dat, al heeft het Hof in het arrest Limburgse Vinyl

Maatschappij e.a./Commissie⁷ vastgesteld dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens na het arrest Orkem/Commissie⁸ verder is ontwikkeld in het arrest Funke en in de arresten Saunders/Verenigd Koninkrijk en het arrest J. B./Zwitserland, het toch in het arrest LVM zijn rechtspraak niet heeft omgebogen (punt 405);

- ten slotte concludeerde het dat de verplichting om zuiver feitelijke vragen van de Commissie te beantwoorden en gevolg te geven aan verzoeken van de Commissie om overlegging van bestaande documenten, geen schending oplevert van het fundamentele beginsel van het recht van verweer en van dat van het recht op een eerlijk proces, die op het vlak van het mededingingsrecht een evenwaardige bescherming bieden als artikel 6 EVRM (punt 406).

29. Vervolgens verklaarde het:

- wat de vraag betreft in hoeverre SGL volgens voormelde rechtspraak verplicht was te antwoorden op het verzoek om inlichtingen van 31 maart 1999, moet worden vastgesteld dat naast de

zuiver feitelijke vragen en de verzoeken om overlegging van bestaande documenten, de Commissie ook had verzocht om een beschrijving van het voorwerp en het verloop van een aantal bijeenkomsten waaraan SGL had deelgenomen, alsmede de resultaten/conclusies van die bijeenkomsten, terwijl het duidelijk was dat de Commissie vermoedde dat die bijeenkomsten de beperking van de mededinging tot doel hadden. Bijgevolg kon dat verzoek SGL verplichten haar deelneming aan een inbreuk op de communautaire mededingingsregels te bekennen. (punt 407).

30. In de volgende punten, waartegen de onderhavige hogere voorziening is gericht, verklaarde het Gerecht evenwel:

„408 Hetzelfde geldt voor de verzoeken om de notulen van die bijeenkomsten, de desbetreffende werkdocumenten en voorbereidende documenten, de desbetreffende handgeschreven nota's, de nota's en conclusies betreffende die bijeenkomsten, de plannings- en discussiedocumenten, alsmede de uitvoeringsvoorstellen met betrekking tot de prijsverhogingen tussen 1992 en 1998.

7 — Arrest van 15 oktober 2002 (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P—C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375).

8 — Arrest van 18 oktober 1989 (374/87, Jurispr. blz. 3283).

409 Daar SGL niet verplicht was dergelijke vragen in het verzoek om inlichtingen van 31 maart 1999 te beantwoorden,

dient het feit dat zij toch informatie over die punten heeft verstrekt, te worden beschouwd als een vrijwillige medewerking van de onderneming, die een verlaging van de geldboete overeenkomstig de mededeling inzake medewerking kan rechtvaardigen.

410 Aan die conclusie kan niet worden afgedaan door het argument van de Commissie dat de betrokken informatie niet vrijwillig, maar in antwoord op een verzoek om inlichtingen is verschaft. Punt D, lid 2, eerste streepje, van de mededeling inzake medewerking vereist immers niet een spontane handeling, die de betrokken onderneming uit eigen beweging heeft verricht, maar verlangt enkel inlichtingen die bijdragen tot ‚het bewijs’ van het bestaan van de inbreuk. Bovendien biedt zelfs punt C betreffende een aanzienlijker vermindering van de geldboete dan in punt D is bedoeld, de mogelijkheid een medewerking te belonen die is verleend ‚nadat [de Commissie] een bij beschikking gelaste verificatie bij de bij de mededingingsregeling betrokken ondernemingen heeft verricht’. Dat er op grond van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 een verzoek om inlichtingen aan SGL is verzonden, is dus geen beslissend argument om de medewerking van de onderneming op grond van punt D, lid 2, eerste streepje, van de mededeling inzake medewerking te relativeren, temeer daar een dergelijk verzoek minder dwingend is dan een bij beschikking gelaste verificatie.

411 Bijgevolg heeft de Commissie het belang van de door SGL in dit kader verleende medewerking verkeerd beoordeeld.”

31. Wat het verzoek om inlichtingen over de telefonische waarschuwingen betreft, verklaarde het Gerecht:

„412 Voorzover de Commissie SGL verwijt een onvolledig antwoord te hebben gegeven op de vraag welke ondernemingen SGL van de op handen zijnde verificaties van de Commissie in juni 1997 op de hoogte had gesteld, is het inderdaad zo dat SGL bij brief van 30 juli 1997 haar bekentenis heeft beperkt tot VAW en een andere onderneming, zonder te vermelden dat zij ook UCAR had ingelicht. De Commissie heeft er echter zelf op gewezen dat de waarschuwing van SGL de inbreuk ernstiger maakte, aanleiding gaf tot een geldboete waarvan de afschrikkende werking aanzienlijker dan gewoonlijk was, en grond opleverde om als verzwarende omstandigheid in aanmerking te worden genomen, daar dit gedrag van SGL de nodige voorwaarden voor de instandhouding van het kartel en de verlenging van de negatieve gevolgen ervan had geschapen. Het blijkt dus dat SGL niet verplicht was de Commissie mee te delen dat zij andere ondernemingen had gewaarschuwd. Die inlichtingen konden immers de sanctie verzwaren, die de Commissie aan SGL zou opleggen. De Commissie heeft dus ook op dit punt het gedrag van SGL verkeerd beoordeeld, waar zij haar verwijt dat zij een onvolledig antwoord heeft gegeven.”

VII — Juridische analyse

32. Zoals gezegd, betreft de hogere voorziening van de Commissie in het bijzonder de punten 408, 409, 410 en 412.

33. In haar beschikking heeft de Commissie SGL op basis van punt D, lid 2, eerste streepje, van de mededeling inzake medewerking een vermindering verleend van 30 % van de boete die zij SGL anders zou hebben opgelegd. Zoals in het bestreden arrest vermeld, is de Commissie van mening dat „een onderneming enkel een verlaging van de geldboete [verdient] indien haar medewerking ‚vrijwillig‘ is en buiten ‚de uitoefening van de bevoegdheden inzake verificatie‘ plaatsheeft; [de Commissie was] van mening dat ‚een belangrijk deel van de [door SGL] verschaft informatie in feite het antwoord van SGL op het formele verzoek om informatie van de Commissie vormt, [en dat] de verklaring van SGL slechts als een vrijwillige bijdrage in de zin van de clementieregeling [is] beschouwd voorzover uitgebreidere informatie is verschaft dan vereist is op grond van artikel 11. Bovendien heeft SGL haar verklaring van 8 juni 1999 pas verzonden na de aanmaning, waarin de Commissie zich het recht voorbeheld een formele beschikking ex artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 te geven.”⁹

34. In de procedure voor het Gerecht heeft SGL gesteld dat de Commissie haar medewerking in het kader van de medede-

ling inzake medewerking, geen recht had laten wedervaren. Zij was niet verplicht op bepaalde vragen van het verzoek om inlichtingen van de Commissie te antwoorden, omdat zij anders aan haar eigen veroordeling had moeten meewerken. Gelet op de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens mocht zij zelfs weigeren om actief mee te werken aan de vaststelling van haar eigen schuld.

35. Het Gerecht heeft verklaard dat de Commissie op verschillende punten het belang van de medewerking van SGL onjuist had beoordeeld en het verminderde daarom de boete.

36. Na te hebben herinnerd aan vaste rechtspraak (punten 402, 403 en 404), beoordeelde het Gerecht eerst het verzoek om inlichtingen van 31 maart 1999 (punten 407, 408 en 409) en vervolgens dat van 30 juni 1997 (punt 412).

37. Het verzoek om inlichtingen van 31 maart 1999 betrof vragen over bijeenkomsten tussen concurrenten in de sector grafietelektroden. De Commissie verzocht onder meer om een beschrijving van het onderwerp en het verloop van een aantal bijeenkomsten waaraan SGL had deelgenomen, alsmede de resultaten/conclusies van die bijeenkomsten. Verder vroeg zij om

⁹ — Punt 173 van de beschikking van de Commissie, zoals aangehaald in punt 401 van het arrest.

overlegging van bepaalde documenten, onder meer de uitnodigingen, agenda's, deelnemerslijsten, handgeschreven nota's, werkdocumenten, voorbereidende documenten, plannings en uitvoeringsvoorstellen met betrekking tot de prijsverhogingen gedurende een bepaalde periode.¹⁰

38. In haar verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997 verklaarde de Commissie eerst dat zij van een ander bedrijf had vernomen dat dit bedrijf door SGL was gewaarschuwd voor mogelijk ophanden zijnde onderzoeken, en vroeg zij vervolgens of SGL deze informatie had verkregen van een bedrijf dat in de betrokken sector actief was, en zo ja, de naam van dit bedrijf. Met haar tweede vraag vroeg de Commissie om de namen van de bedrijven die SGL deze waarschuwing had gegeven.¹¹

Het verzoek van 31 maart 1999

39. In de procedure voor het Gerecht heeft de Commissie erkend dat de vraag betref-

fende het onderwerp en het verloop van een aantal bijeenkomsten verder ging dan hetgeen zij mocht vragen op basis van artikel 11 van verordening nr. 17. Dit punt maakt geen deel uit van de onderhavige hogere voorziening.

40. Het Gerecht heeft dus in de punten 407 tot en met 409 en in punt 412 van het bestreden arrest geoordeeld dat de antwoorden van SGL op de ingevolge artikel 11, lid 2, van verordening nr. 17 tot haar gerichte verzoeken om inlichtingen, deze onderneming — in tegenstelling tot de opvatting waarvan de Commissie in de beschikking had blijkgegeven — recht gaf op een vermindering van haar boete overeenkomstig de mededeling inzake medewerking.

41. Voorts heeft het Gerecht het argument van de Commissie verworpen dat een vermindering vanwege de antwoorden van SGL in elk geval lager moest zijn dan het geval zou zijn geweest indien de onderneming zelf een vrijwillige onthulling zou hebben gedaan (zie punt 410).

10 — SGL antwoordde bij brief van 25 mei 1999 (in antwoord op de vragen 8-10 inzake omzet- en verkoopcijfers) en bij verklaring van 8 juni 1999 (waarin stond dat zij niet verplicht was om te antwoorden op de vragen 1-5 en 7 gedeeltelijk, en dat zij dus moest worden geacht vrijwillig te handelen. In de verklaring wordt een beschrijving gegeven van de bijeenkomsten en die documenten die nog intact en in haar bezit waren, zijn bijgevoegd).

11 — SGL antwoordde bij brief van 30 juli 1997. Alvorens de tweede vraag te beantwoorden, stelde zij dat deze vraag onwettig was en beriep zij zich op haar rechten van verweer.

42. Volgens de Commissie geven de aangehaalde passages blijk van een onjuiste rechtsopvatting en wijkt het arrest in zoverre af van artikel 11 van verordening nr. 17 en van de mededeling inzake medewerking. Voorts is ook de motivering gebrekkig (innerlijk tegenstrijdig) en is zij als zodanig eveneens rechtens onjuist.

43. Hoewel dit middel naar voren wordt gebracht in het kader van de toepassing van de mededeling inzake medewerking, heeft het in het bijzonder betrekking op het oordeel van het Gerecht inzake de omvang van het recht van ondernemingen om niet mee te werken aan hun eigen veroordeling.

44. Zoals bekend, is het de taak van de Commissie om inbreuken op de mededingingsregels in het EG-Verdrag te onderzoeken en te bestraffen. Om haar taak te kunnen vervullen, kan de Commissie volgens artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 om alle noodzakelijke inlichtingen verzoeken. Eerst moet zij om deze inlichtingen vragen door middel van een eenvoudig formeel verzoek om inlichtingen (artikel 11, lid 2), en wanneer een onderneming niet aan het verzoek voldoet, door middel van een formele beschikking (artikel 11, lid 5).¹²

45. In de bekende zaak Orkem/Commissie¹³, waarin het Hof de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie moest beoordelen in het licht van de rechten van verweer, stelde het Hof vast dat ondernemingen een verplichting hebben om actief mee te werken aan de onderzoeksmaatregelen.

46. De verplichting om actief medewerking te verlenen aan de Commissie betekent echter niet dat de onderneming moet meewerken aan haar eigen veroordeling door inbreuken op de mededingingsregels toe te geven.

47. Dienaangaande heeft het Hof onderscheid gemaakt tussen het geven van antwoord op vragen enerzijds, en het overleggen van documenten anderzijds. Wat het eerste betreft, heeft het Hof nog een nader onderscheid gemaakt. Het verklaarde dat de Commissie de bevoegdheid heeft om een onderneming te dwingen vragen te beantwoorden van feitelijke aard, maar niet om zodanige antwoorden te geven dat zij het bestaan van een inbreuk zou moeten erkennen. Het is dit laatste aspect waartegen een onderneming zich kan beroepen op haar zwijgrecht als onderdeel van haar rechten van verweer. Met betrekking tot documenten heeft het Hof de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie niet beperkt. De betrokken onderneming moet desverzocht bestaande documenten overleggen die verband houden met het onderwerp van het onderzoek, ook wanneer deze het bewijs kunnen opleveren van een inbreuk.¹⁴

48. Vervolgens heeft de Commissie om enkele van de ernstigste kartels te kunnen ontdekken een clementiebeleid ontwikkeld. Dit beleid is neergelegd in de zogeheten

¹² — Deze tweefasenprocedure is afgeschaft in verordening nr. 1/2003. Ingevolge artikel 18 van deze verordening kan de Commissie direct besluiten om van ondernemingen inlichtingen te verzoeken bij beschikking.

¹³ — Aangehaald in voetnoot 8; zie punten 22 en 27).

¹⁴ — Zie punten 34 en 35.

mededeling inzake medewerking. In ruil voor medewerking (het overleggen van relevante informatie, bewijsmateriaal) kan een vermindering van de boete — afhankelijk van de mate van clementie — worden verleend.

49. Ik wijs erop dat het clementiebeleid geen dwang inhoudt. Integendeel, het is gebaseerd op vrijwillige medewerking. Een vermindering van de boete in ruil voor medewerking is dus verenigbaar met de rechten van verweer en in het bijzonder met het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling.¹⁵

50. Verder zal een vermindering van de boete alleen dan worden verleend voor een bijdrage aan de administratieve procedure, wanneer die bijdrage de Commissie in staat heeft gesteld om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken.¹⁶

51. In deze hogere voorziening stelt de Commissie dat de op basis van artikel 11, lid 2, van verordening nr. 17 gevraagde informatie voldeed aan de Orkem-criteria

en niet kon worden beschouwd als medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking.

52. De rechtsvraag is dus of de reactie van SGL op het verzoek van de Commissie moet worden aangemerkt als vrijwillige medewerking of als het voldoen aan een verplichting.¹⁷ De eerste stap is dan ook, de aard van de door de Commissie gestelde vragen te onderzoeken. Met andere woorden, had de Commissie de gevraagde inlichtingen op basis van artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 kunnen verkrijgen? Zo ja, dan correspondeert de door de onderneming gegeven informatie eenvoudigweg met haar plicht om aan de verplichtingen op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 te voldoen. Dergelijke „medewerking” is geen medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking. Indien het antwoord echter ontkennend luidt en de betrokken onderneming de informatie desondanks overlegt, dan moet haar gedrag worden gezien als medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking.

53. Terzijde merk ik op dat, ingeval een onderneming de Commissie te kennen geeft dat zij bereid is medewerking te verlenen, de Commissie wellicht nadere informatie behoeft naast die welke door de onderne-

15 — Arrest van 14 juli 2005, *Acerinox* (C-57/02 P, Jurispr. I-6689, punten 87-89).

16 — Zie arrest van 16 november 2000, *SCA Holding/Commissie* (C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 36). Zie in de context van de mededeling inzake medewerking ook arrest van 28 juni 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 395 en 396).

17 — Juridisch gezien is een onderneming niet verplicht om een verzoek op grond van artikel 11, lid 2, te beantwoorden, maar weigert een onderneming te antwoorden dan moet de Commissie ingevolge artikel 11, lid 5, bij beschikking verzoeken om de inlichtingen te verschaffen. Op niet-naleving staan sancties. Aldus is het eindresultaat een verplichting om aan het verzoek van de Commissie te voldoen.

ming reeds is verschaft. De Commissie kan die informatie verkrijgen door middel van een schriftelijk verzoek. Dergelijke verzoeken en de antwoorden daarop moeten uiteraard worden meegenomen bij de algehele beoordeling van de coöperatieve houding van de betrokken onderneming in het kader van de mededeling inzake medewerking.

54. Ter beoordeling of een vermindering van de boete denkbaar was, heeft het Gerecht bovengenoemd criterium toegepast. Het onderzocht of SGL verplicht was om de gevraagde documenten over te leggen.

55. Bij zijn onderzoek of het verzoek om inlichtingen vragen bevat die de Commissie op basis van artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 niet mocht stellen, heeft het Gerecht terecht opgemerkt dat de vraag betreffende het onderwerp en het resultaat van een aantal bijeenkomsten, ontoelaatbaar was. Een antwoord op zulke vragen zou onvermijdelijk betekenen dat de onderneming moest meewerken aan haar eigen veroordeling. Zoals gezegd, heeft de Commissie dit voor het Gerecht erkend. Dit punt maakt geen deel uit van de onderhavige hogere voorziening.

56. Vervolgens merkte het Gerecht op dat hetzelfde geldt voor specifieke documenten. Het overwoog dat het verzoek om overlegging van die documenten van dien aard was dat daardoor van SGL werd verlangd haar deelneming aan een inbreuk op de communautaire mededingingsregels toe te geven. Het lijkt daarmee een onderscheid te hebben

gemaakt tussen „toelaatbare” en „ontoelaatbare” documenten. Met andere woorden, omdat de Commissie SGL niet kon dwingen de vragen over het onderwerp en de resultaten van die bijeenkomsten te beantwoorden, mocht zij ook niet om de documenten vragen die daarop betrekking hadden.

57. Naar mijn mening is deze beoordeling onjuist, althans gebrekkig, om drie verschillende redenen.

58. In de eerste plaats heeft het Gerecht, nu de informatie bedoeld in de punten 408 en 409 betrekking heeft op „documenten” en niet op een verzoek om „antwoorden”, niet het onderscheid aangebracht dat in de rechtspraak wordt gemaakt tussen documenten en antwoorden op vragen. Het heeft althans de in die rechtspraak neergelegde beginselen niet toegepast op de feiten van de zaak.

59. In de tweede plaats is de redenering van het Gerecht, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, in wezen tegenstrijdig. Ten eerste heeft het Gerecht de in het arrest Orkem/Commissie en in zijn eigen oordeel in het arrest Mannesmannröhren-Werke/Commissie¹⁸ neergelegde beginselen uit-

18 — Arrest van 20 februari 2001 (T-112/98, Jurispr. blz. II-729).

drukkelijk opnieuw verwoord. Zo verwijst het in de punten 403, 406 en 407 naar vaste rechtspraak, maar vervolgens gaat het in punt 408 tegen die rechtspraak in. Deze rechtspraak is vele malen bevestigd, laatstelijk in de zogeheten „legeringstoelag-zaken”.¹⁹

60. Het Hof heeft immers in het arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie²⁰, ook bekend als PVC II, opgemerkt dat na het arrest Orkem/Commissie de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens verder is ontwikkeld in de arresten Funke, Saunders/Verenigd Koninkrijk en J. B./Zwitserland. Het zag niettemin geen reden om van zijn eerdere rechtspraak terug te komen, zoals het Gerecht zelf opmerkt.²¹ Het oordeel van het Gerecht is dan ook duidelijk niet in overeenstemming met de bestaande rechtspraak. Bovendien valt voor dit feit, dat op zich opmerkelijk is, vergeefs te zoeken naar een specifieke motivering in de desbetreffende punten van het arrest.

61. Ofschoon het Gerecht dus concludeerde dat in LVM de vaste rechtspraak niet was gewijzigd, kwam het toch tot een ander resultaat. In het bestreden arrest wordt hiervoor geen motivering gegeven. Zoals gezegd, spreekt het tevens zichzelf tegen. Alleen reeds op deze gronden dient het oordeel van het Gerecht in punt 408 te worden vernietigd.

62. Het Hof hecht grote waarde aan de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens. Ook is waar dat het Hof, gezien het rechtsmiddel, dat schending van het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling inhield, dit punt in die zaak niet echt hoefde te beslechten.²² Meer in het algemeen zou men zich kunnen afvragen of er eigenlijk wel redenen zijn om af te wijken van de rechtspraak die is vastgelegd in het arrest Orkem/Commissie en die tot nu toe is gevolgd in het licht van de meer recente rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens. Ik zal uiteenzetten dat daarvoor naar mijn mening geen overtuigende redenen zijn.

63. Allereerst moet worden bedacht dat die rechtspraak betrekking had op natuurlijke personen in de context van „klassieke” strafzaken. Het mededingingsrecht betreft ondernemingen. De Commissie mag alleen boetes opleggen aan ondernemingen en ondernemingsverenigingen wegens schending van de artikelen 81 EG en 82 EG. Het is niet mogelijk om het oordeel van het Europees Hof voor de rechten van de mens zonder meer toe te passen op rechtspersonen of ondernemingen.²³ In dit verband verwijs ik naar andere jurisdicties, waar het recht om niet mee te werken aan eigen veroordeling is voorbehouden aan natuurlijke personen en niet kan worden ingeroepen door rechtspersonen.²⁴ Zo kunnen in de Verenigde

19 — Arrest Acerinox, punt 86, en arrest van 14 juli 2005, ThyssenKrupp/Commissie (C-65/02 P en C-73/02 P, Jurispr. blz. I-6773, punt 49).

20 — Aangehaald in voetnoot 7.

21 — Zie punt 405.

22 — LVM, punten 274-276.

23 — In sommige lidstaten kunnen de autoriteiten naar nationaal recht ook andere typen sancties opleggen, zoals gevangenisstraf voor directeuren of managers die verantwoordelijk zijn voor het feit dat hun bedrijf inbreuk heeft gemaakt op de artikelen 81 EG en 82 EG. Te verwachten valt dat er dan overeenkomstig sterkere procedurele rechten en garanties zullen bestaan.

24 — Supreme Court United States v Whit 322 U.S. 694(1944).

Staten bedrijven geen beroep doen op het Fifth Amendment van de Amerikaanse grondwet. Het Fifth Amendment luidt: „no person shall be compelled to be a witness against himself in any criminal case”. Dit recht om niet mee te werken aan eigen veroordeling is een persoonlijk recht. Het is alleen van toepassing op mensen. Een onderneming mag niet zwijgen met een beroep op het Fifth Amendment, met andere woorden, een onderneming moet documenten overleggen wanneer daarom wordt verzocht.

64. Ten tweede staat buiten kijf dat het Europees Hof voor de rechten van de mens bepaalde rechten en vrijheden heeft verruimd zodat zij ook gelden voor ondernemingen en andere bedrijfsvormen. Hetzelfde geldt voor het gemeenschapsrecht en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het Europees Hof voor de rechten van de mens maakt echter ook onderscheid tussen de mate van bescherming die wordt gegeven aan natuurlijke personen enerzijds en rechtspersonen anderzijds. Dit kan worden afgeleid uit andere grondrechten in het EVRM, zoals artikel 8. In het arrest Niemietz²⁵ bijvoorbeeld heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens aangegeven dat de bescherming van bedrijfsruimten mogelijk minder ver gaat dan die van de woning. Het Europees Hof oordeelde dat „woning” ook het kantoor van een vrijeberoepsbeoefenaar kan omvatten en dat die uitlegging de verdragsluitende staten niet overmatig zal hinderen, daar zij hun

recht om in te grijpen behouden in de mate als toegestaan door artikel 8, lid 2. Dit arrest is later bevestigd in het arrest Colas Est.²⁶ In dat arrest heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens, evenals in het arrest Niemietz, geoordeeld dat de in artikel 8 gegarandeerde rechten onder bepaalde omstandigheden in die zin kunnen worden uitgelegd dat zij ook het recht omvatten op eerbiediging van het hoofdkantoor, nevenvestigingen of andere bedrijfsruimten van een onderneming. Het Hof van Justitie heeft dan ook overeenkomstig die rechtspraak verklaard, in het arrest Roquette Frères²⁷, dat „[b]ij de bepaling van het toepassingsbereik van genoemd beginsel [...], waar het de bescherming van bedrijfslokalen van vennootschappen betreft, rekening [dient] te worden gehouden met de na het [...] arrest Hoechst/Commissie totstandgekomen rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, waaruit in de eerste plaats blijkt dat de bescherming van de woning waarvan in artikel 8 van het EVRM sprake is, zich in bepaalde omstandigheden ook kan uitstrekken tot genoemde lokalen [verwijzing naar arrest Colas Est, § 41], en in de tweede plaats dat het recht op inmenging op grond van artikel 8, lid 2, van het EVRM voor bedrijfslokalen of -activiteiten zeer wel veel verder zou kunnen gaan dan in andere gevallen [verwijzing naar arrest Niemietz, § 31]”.

65. Ten derde, en dit is wat artikel 6 van het EVRM betreft beslissend, is een verzoek om documenten niet in strijd met het recht om

26 — Arrest van 16 april 2002, Colas Est e.a./France, nr. 37971/97 ECHR 2002-III.

27 — Arrest van 22 oktober 2002 (C-94/00 Jurispr. blz. I-9011, punt 29).

25 — Arrest van 16 december 1992, Serie A nr. 251-B.

te zwijgen. Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft geen absoluut zwijgrecht erkend. In het arrest Saunders heeft het verklaard dat „het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling echter primair betrekking heeft op de wens van een verdachte om te zwijgen. In de gebruikelijke interpretatie die daaraan in de rechtsstelsels van de verdragsluitende staten en elders wordt gegeven, betreft dit niet tevens het gebruik in strafzaken van materiaal dat van de verdachte kan worden verkregen door middel van dwang, maar dat ook onafhankelijk van de wens van de verdachte bestaat, zoals onder meer *documenten* die zijn verkregen op basis van een dwangbevel, de resultaten van adem-, bloed- en urinetests en weefsel voor DNA-onderzoek.”²⁸ Dit oordeel is onlangs bevestigd in het arrest J.B./Zwitserland.

66. Het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling geldt dus niet voor informatie die ook onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals onder meer documenten. Om overlegging van die documenten kan worden gevraagd, en zij mogen worden gebruikt als bewijs. Ik noem in dit verband in het bijzonder informatie in documenten die betrekking heeft op en gebruikt wordt in de interne gang van zaken en besluitvorming van een onderneming, zoals marketing- of prijsstrategieën. Dergelijke informatie, die beschikbaar is voor intern gebruik, mag worden opgevraagd. Hieruit kan wellicht de waarschijnlijkheid van een kartel of een onderling afgestemde feitelijke gedraging blijken, maar dat is nog

geen medewerking aan de eigen veroordeling. Het is nog steeds mogelijk om die waarschijnlijkheid te weerleggen. Nog een stap verder gaan, zou de rechtspraak van het Hof zijn objectiviteit ontnemen, hetgeen het evenwicht in de handhaving zou verstoren.

67. Ten slotte moet worden gezegd dat de wisselwerking tussen de grondrechten van rechtspersonen en de handhaving van de mededinging een zoeken naar het juiste evenwicht blijft: op het spel staat de bescherming van grondrechten tegenover de effectieve handhaving van het communautaire mededingingsrecht. Zoals het Hof heeft verklaard in het arrest *Eco Swiss*²⁹, is artikel 81 EG een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Artikel 81 EG is een bepaling van openbare orde. Indien de Commissie niet meer bevoegd is om de overlegging van documenten te verzoeken, zal haar handhaving van het mededingingsrecht in de communautaire rechtsorde sterk afhankelijk worden van hetzij vrijwillige medewerking, hetzij het gebruik van andere dwangmiddelen, bijvoorbeeld dawn raids. Het spreekt vanzelf dat de effectieve handhaving met redelijke middelen van de basisprincipes van de communautaire openbare rechtsorde mogelijk moet blijven, en evenzo dat de rechten van de verdediging moeten worden gerespecteerd. Mijns inziens is dit laatste het geval. Bij de

28 — § 69 (mijn cursivering).

29 — Zie arrest van 1 juni 1999, (C-126/97 Jurispr. blz. I-3055).

huidige stand van de rechtspraak is een verweerder nog steeds in staat om hetzij tijdens de administratieve procedure, hetzij in de procedure voor de gemeenschapsrechter te verdedigen dat de overgelegde documenten een andere betekenis hebben dan de Commissie daaraan heeft toegeschreven.

68. In casu waren de betrokken documenten bestaande documenten, die uiteindelijk konden worden opgevraagd door middel van een beschikking ex artikel 11, lid 5, en die een onderneming moest overleggen wanneer zij deze in haar bezit had.

69. Naar mijn mening is er, daar het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dus ook geen reden voor een vermindering op grond van de mededeling inzake medewerking. Zoals de Commissie in de bestreden beschikking heeft verklaard, heeft zij geen beloning gegeven voor documenten die SGL naar haar mening in antwoord een verzoek om inlichtingen moest overleggen. Zij heeft met de door SGL overgelegde informatie die verder ging dan waarom was verzocht, rekening gehouden op grond van artikel 11, lid 2, van verordening nr. 17. Door de boete van SGL te verlagen heeft het Gerecht echter ook rekening gehouden met de vraag betreffende het verzoek om het onderwerp en de resultaten van een aantal bijeenkomsten te beschrijven. Aangezien de Commissie heeft toegegeven dat dit deel van het verzoek ongeoorloofd was, kon zij met dat deel geen rekening hebben gehouden bij het bepalen van de boete.

Het verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997

70. Wat het verzoek om inlichtingen van 30 juni 1997 betreft, dat wil zeggen de tweede vraag waarin SGL wordt verzocht de door haar gewaarschuwde ondernemingen te noemen, kunnen de volgende opmerkingen van nut zijn.

71. De Commissie stelt dat het Gerecht blijkens punt 412 van het bestreden arrest lijkt te menen dat de Commissie uit was op een erkenning van de inbreuk, en dat SGL zich daarom overeenkomstig de Orkem-rechtspraak kon beroepen op de rechten van de verdediging en bijgevolg op basis van de mededeling inzake medewerking recht had op vermindering van haar boete.

72. De Commissie betoogt dat haar vraag niet verder ging dan haar onderzoeksbevoegdheid, en dat het antwoord dus niet verder ging dan hetgeen op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 was gevraagd. Er was derhalve geen reden voor vermindering op grond van de mededeling inzake medewerking. Voorts is een tweede reden om geen vermindering op grond van de mededeling inzake medewerking te verlenen, dat het antwoord van SGL onvolledig en misleidend was.

73. De Commissie brengt naar voren dat de aan de orde zijnde vraag geen vraag is die leidt tot de erkenning van een inbreuk. In dit verband merkt de Commissie op dat het Gerecht zelf heeft geoordeeld dat de waarschuwingen geen inbreuk op artikel 81 EG vormden. Volgens de Commissie gaat het erom of het antwoord zal leiden tot de conclusie dat er een inbreuk is gepleegd en wel zo dat de onderneming uitsluitend op basis van dit antwoord aan een sanctie wordt blootgesteld. Volgens de Commissie is dit niet geval. Het feit dat de waarschuwingen als verzwarende omstandigheid worden beschouwd, doet aan die conclusie niet af. Om tot die conclusie te komen, moet de Commissie allereerst aantonen dat er sprake is van een inbreuk. De informatie over de waarschuwingen kan daarvoor niet in de plaats komen.

74. Voorts vertoont de redenering van het Gerecht, nog steeds volgens de Commissie, een fout tegen de logica. Het feit dat de Commissie de waarschuwingen heeft beschouwd als een verzwarende omstandigheid maakt geen deel uit van de vaststelling van de constitutieve elementen, maar van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie in haar boetebeleid. Zou de logica van het Gerecht worden gevolgd, dan zou het resultaat zijn dat, indien de Commissie had besloten de boete niet aan te passen vanwege een verzwarende omstandigheid, zij de vraag wel had mogen stellen.

75. Zoals ik in mijn conclusie in zaak C-308/04 P reeds heb uiteengezet, heeft het Gerecht terecht geconcludeerd dat het feit dat SGL andere ondernemingen voor de

ophanden zijnde verificaties had gewaarschuwd, geen specifieke en autonome inbreuk was, maar een gedraging die de ernst van de aanvankelijke inbreuken versterkte en dus in aanmerking mocht worden genomen als verzwarende omstandigheid bij het bepalen van de boete.

76. Deze gedraging vormt dus op zich geen inbreuk, en de Commissie moet, voordat zij daarmee als verzwarende omstandigheid rekening kan houden, eerst de oorspronkelijke inbreuk bewijzen. Niettemin is deze gedraging wel een gegeven dat tot verhoging van de boete kan leiden en de Commissie moet deze dus redelijkerwijze aantonen. Het feit dat de Commissie beschikt over een discretionaire bevoegdheid bij het bepalen van de boete maakt geen verschil. Zij heeft deze bevoegdheid ook ten aanzien van de oorspronkelijke inbreuk, maar dit doet niet af aan de kwestie of een bepaalde vraag medewerking aan de eigen veroordeling inhoudt.

77. Bijgevolg was SGL, zoals het Gerecht in punt 412 van het arrest terecht opmerkt, niet verplicht de Commissie mee te delen dat zij andere ondernemingen had gewaarschuwd. De Commissie kan wel een vraag stellen over deze waarschuwingen, maar zij had SGL nooit kunnen dwingen om deze te beant-

woorden. Anders dan de Commissie betoogt, heeft deze vraag geen betrekking op objectieve feiten.

Slotopmerkingen en oplossing

78. Opgemerkt zij echter dat, hoewel SGL niet verplicht was om deze vraag te beantwoorden, zij dat wel heeft gedaan, zij het op onvolledige en misleidende wijze. Men kan niet zeggen dat dit getuigt van een coöperatieve instelling en het arrest is op dit punt onjuist. Ik verwijs in dit verband slechts naar recente rechtspraak, waarin het Hof heeft verklaard dat een vermindering op grond van de mededeling inzake medewerking slechts gerechtvaardigd kan zijn, indien de verstrekte informatie en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming ter zake kunnen worden geacht blijk te geven van een werkelijke medewerking harerzijds en dat uit het begrip medewerking zelf, zoals dat wordt beklemtoond in de tekst van de mededeling inzake medewerking en met name in de inleiding en hoofdstuk D, punt 1, daarvan, volgt kan een vermindering op grond van de mededeling slechts worden toegekend wanneer het gedrag van de betrokken onderneming blijk geeft van een dergelijke coöperatieve instelling.³⁰

79. Er is daarom geen grond voor vermindering op basis van hoofdstuk D, punt 1, van de mededeling inzake medewerking.

80. Wat betreft de verhouding tussen „medewerking” in de zin van verordening nr. 17 en vrijwillige medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking, alsook de consequenties van de boete, volgt uit mijn opmerkingen dienaangaande en de rechtspraak dat:

- een onderneming in principe verplicht is om medewerking te verlenen aan de Commissie op grond van verordening nr. 17 (zie het arrest Orkem/Commissie);
- wanneer een onderneming haar medewerking beperkt tot datgene waartoe zij verplicht is op grond van verordening nr. 17 (thans verordening nr. 1/2003), die beperking nooit een verzwarende omstandigheid en dus een grond voor een bijstelling van de boete naar boven kan vormen³¹;
- wanneer een onderneming antwoordt op een verzoek om inlichtingen op grond van artikel 11 van verordening nr. 17 dat verder gaat dan de onder-

30 — Zie het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 16, punten 388-403.

31 — Zie het arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 16, punt 352.

zoeksbevoegdheden van de Commissie (wanneer de vragen van die aard zijn dat de Commissie de onderneming niet kan dwingen om daarop te antwoorden), dit antwoord kan worden beschouwd als medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking;

- een onderneming een gunstige behandeling kan krijgen in de zin van de mededeling inzake medewerking indien zij blijkt geeft van een coöperatieve instelling en die medewerking de Commissie in staat stelt om een inbreuk met minder moeilijkheden vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken.

81. Uit de voorgaande overwegingen blijkt dat het bestreden arrest onjuistheden rechs tens bevat. Ingevolge artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie moet het Hof de beslissing van het Gerecht vernietigen in geval van gegrondheid van het verzoek om hogere voorziening. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

82. Naar mijn mening is aan de voorwaarden voor afdoening voldaan. Het komt erop

neer dat het Gerecht SGL een verdere vermindering heeft verleend van 10 % op basis van hoofdstuk D, lid 2, eerste en tweede streepje, van de mededeling inzake medewerking, evenals het geval is voor enkele andere leden van het kartel³², maar deze vervolgens weer met 2 % heeft verlaagd tot 8 % in verband met de houding van SGL.³³ Een deel van deze 10 % moet dus worden toegeschreven aan het tweede streepje van hoofdstuk D, lid 2, terwijl blijkens het arrest ook de vermindering met 2 % verbonden is aan dat deel. Het andere deel van de vermindering was bedoeld als beloning voor de antwoorden van SGL op de vraag van de Commissie, die werd beschouwd als verdergaand dan de bevoegdheid van de Commissie en dus door het Gerecht werd aangemerkt als coöperatief gedrag in de zin van de mededeling inzake medewerking. Zoals hiervoor uiteengezet, zie punt 69, ging slechts een klein deel van de door de Commissie gestelde vragen verder dan waartoe zij de betrokken onderneming had kunnen verplichten te antwoorden. Dit beloopt ruwweg 1/5 van de informatie waarom was verzocht en die in geschil is. Het komt mij dan ook voor dat een totale vermindering van 4 % naast die van 30 % die door de Commissie was verleend, gerechtvaardigd is. Dit betekent dat de boete moet worden bepaald op 75,7 miljoen EUR.

32 — Volgens de beschikking van de Commissie (zie punt 41) heeft geen van de karteldeelnemers de feiten waarop de Commissie haar mededeling van punten van bezwaar had gebaseerd, wezenlijk betwist. De aan SGL, UCAR, C/G en VAW verleende vermindering was echter uitsluitend gebaseerd op hoofdstuk D, lid 2, eerste streepje. De Commissie betoogde voor het Gerecht dat, ofschoon zij toegaf abusievelijk het tweede streepje van dat hoofdstuk niet te hebben genoemd, de verleende vermindering beide streepjes van hoofdstuk D, lid 2, betrof. Het Gerecht oordeelde dat dit in de beschikking had moeten worden vermeld (zie punt 415 van het arrest). Het Gerecht verleende dan ook verdere verminderingen van respectievelijk 10 %, 10 % en 20 % (VAW had geen hogere voorziening ingesteld), wat een correctie inhield op grond van zowel het eerste als het tweede streepje van hoofdstuk D, lid 2, van de mededeling inzake medewerking: een herbeoordeling van coöperatief gedrag volgens het eerste en een beoordeling wegens niet-betwisting van de feiten volgens het tweede streepje.

33 — Zie punt 418 van het bestreden arrest.

VIII — Conclusie

83. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- het arrest van het Gerecht van 29 april 2004 in zaak T-239/01 te vernietigen;
- de boete vast te stellen op 75,7 miljoen EUR;
- SGL te verwijzen in de kosten.