

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 14 april 2011¹

Inhoud

I — Inleiding	I - 10337
II — Achtergrond van het geding	I - 10338
III — Procedure voor het Hof	I - 10340
IV — Verzoek om vernietiging van het bestreden arrest	I - 10341
A — Enkele rechtsvragen in verband met de toepassing van artikel 82 EG (zesde, zevende, achtste en negende middel)	I - 10341
1. Opmerkingen vooraf	I - 10341
2. Omschrijving van de geografisch relevante markt (zesde middel)	I - 10342
a) Eerste onderdeel van het zesde middel	I - 10342
b) Tweede onderdeel van het zesde middel	I - 10344
c) Enkele andere argumenten in het kader van het zesde middel	I - 10345
d) Tussenconclusie	I - 10346
3. De machtspositie van Solvay (zevende middel)	I - 10346
a) Solvay's verwijzingen naar haar zesde middel	I - 10347

¹ — Oorspronkelijke taal: Duits.

b)	De machtspositie op nationale markten (tweede onderdeel van het zevende middel)	I - 10347
i)	Vermeende focusering van de analyse van het Gerecht op louter marktaandelen	I - 10347
ii)	Vermeende verwaarlozing van diverse argumenten van Solvay	I - 10348
iii)	Onvoldoende bewijs van de marktaandelen	I - 10349
c)	Vermeende buitengewone omstandigheden (derde onderdeel van het zevende middel)	I - 10349
i)	Eisen inzake de motivering van het bestreden arrest	I - 10349
ii)	Eisen inzake de motivering van de litigieuze beschikking	I - 10350
iii)	Schending van artikel 102 VWEU (artikel 82 EG)	I - 10351
d)	Tussenconclusie	I - 10351
4.	Misbruik van machtspositie door Solvay (achtste en negende middel)	I - 10351
a)	Groepskorting voor Saint-Gobain (achtste middel)	I - 10351
i)	Ontbrekende exclusiviteit	I - 10352
ii)	De geringe hoogte van de groepskorting	I - 10354
iii)	Geen gevolgen voor de mededinging	I - 10355
iv)	Tussenconclusie	I - 10356
		I - 10333

b)	Het discriminerende karakter van de handelspraktijken van Solvay (negende middel)	I - 10356
i)	Eerste onderdeel van het negende middel	I - 10356
—	Onjuiste voorstelling van het gestelde in Solvay's memo- ries	I - 10356
—	De materieelrechtelijke fout	I - 10357
ii)	Tweede onderdeel van het negende middel	I - 10361
—	Onjuiste voorstelling van de stellingen in Solvay's memo- ries	I - 10361
—	Gebrekkige motivering	I - 10361
iii)	Tussenconclusie	I - 10363
B —	Verbod om de in het kader van de verificatie van april 1989 verkregen bewijs- stukken te gebruiken (tweede middel)	I - 10363
1.	Ontvankelijkheid van het tweede middel	I - 10363
2.	Gegrontheid van het tweede middel	I - 10364
a)	Het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel (schen- ding van de artikelen 14, lid 3, en 20, lid 1, van verordening nr. 17) ..	I - 10364
b)	Derde onderdeel van het tweede middel (verwijt van onjuiste voor- stelling van feiten)	I - 10367
c)	Tussenconclusie	I - 10368
C —	Rechten van de verdediging (derde, vierde en vijfde middel)	I - 10368
1.	Recht op toegang tot het dossier (derde en vierde middel)	I - 10369
a)	Ontvankelijkheid van het derde en het vierde middel	I - 10371

b)	De stukken die uitsluitend bij het Gerecht konden worden ingezien (vierde middel)	I - 10372
i)	Eerste onderdeel van het vierde middel	I - 10372
ii)	Tweede onderdeel van het vierde middel	I - 10375
iii)	Tussenconclusie	I - 10377
c)	Verdwenen stukken (derde middel)	I - 10377
2.	Recht om te worden gehoord (vijfde middel)	I - 10381
a)	Eerste onderdeel van het vijfde middel	I - 10381
b)	Tweede onderdeel van het vijfde middel	I - 10382
c)	Tussenconclusie	I - 10386
D —	Recht op een beslissing binnen een redelijke termijn (eerste middel)	I - 10386
1.	Criteria betreffende de beoordeling van de duur van de procedure (eerste en tweede onderdeel van het eerste middel)	I - 10386
a)	De voorafgaande vraag betreffende ondeugdelijkheid van de grieven van Solvay	I - 10387
b)	Noodzaak van beoordeling van de totale duur van de procedure (eerste onderdeel van het eerste middel)	I - 10387
c)	Vermeend motiveringsgebrek (tweede onderdeel van het eerste middel)	I - 10389
2.	Rechtsgevolgen van een buitensporig lange procedure (derde tot en met vijfde onderdeel van het eerste middel)	I - 10390
a)	Vereiste van een inperking van de rechten van de verdediging (derde onderdeel van het eerste middel)	I - 10390

b)	Gevolgen van duur van de procedure voor Solvay's verdedigingsmogelijkheden in casu (vierde onderdeel van het eerste middel)	I - 10393
i)	Motiveringsgebrek	I - 10394
ii)	Inhoudelijke onjuistheid	I - 10394
iii)	Enkele andere grieven	I - 10396
iv)	Tussenconclusie	I - 10396
c)	Solvay zou van een vermindering van de geldboete hebben afgezien (vijfde onderdeel van het eerste middel)	I - 10396
3.	Tussenconclusie	I - 10398
E —	Vernietiging van het bestreden arrest	I - 10398
F —	Beslissing op het beroep in eerste aanleg	I - 10399
1.	Recht op toegang tot het dossier	I - 10399
2.	Recht om te worden gehoord	I - 10400
3.	Recht op een beslissing binnen een redelijke termijn	I - 10400
4.	Tussenconclusie	I - 10403
V —	Verzoek om vermindering van de geldboete	I - 10403
A —	Opmerking vooraf	I - 10404
B —	Vermindering van de geldboete	I - 10406
1.	De buitensporige duur van de administratieve en de gerechtelijke procedure	I - 10406
2.	Omvang van de vermindering van de geldboete	I - 10409
VI —	Kosten	I - 10411
VII —	Conclusie	I - 10412
I -	10336	

I — Inleiding

1. De tijd heelt alle wonden zegt een oud spreekwoord, maar bij de onderhavige zaak moet hieraan serieus worden getwijfeld. Meer dan twintig jaar houdt dit geschil het bestuur en de rechterlijke macht in Europa nu al bezig. Hele generaties juristen hebben zich erin verdiept, stukken zijn verdwenen en de gerechtelijke procedures slepen zich al jaren voort.

2. Zijn oorsprong vindt dit geschil in het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw. De Europese Commissie verwijt de Belgische onderneming Solvay onder meer, van 1983 tot en met 1990 misbruik te hebben gemaakt van haar machtspositie op de markt voor natriumcarbonaat.² Zij heeft twee keer (in 1990 en 2000) een aanloop genomen om Solvay een geldboete ter zake op te leggen, waartegen deze zich tot de dag van vandaag voor de rechter verzet.

3. Het Hof dient in deze zaak thans voor de tweede keer in hogere voorziening uitspraak te doen. In het huidige stadium stellen partijen — naast tal van andere punten — in wezen

nog twee fundamentele juridische vraagstukken aan de orde, waarvan het ene het recht van toegang tot dossier en het andere het beginsel van de redelijke termijn betreft.

4. Solvay stelt enerzijds niet naar behoren toegang tot het dossier te hebben gekregen waardoor haar rechten van de verdediging zouden zijn geschonden. In dit verband wordt het Hof onder meer geconfronteerd met de vraag hoe het feit dat de Commissie een deel van de stukken van de administratieve procedure niet meer terug kan vinden, moet worden beoordeeld.

5. Anderzijds voert Solvay aan dat de administratieve en gerechtelijke procedure in casu buitensporig lang heeft geduurd. Zij ziet hierin een schending van het fundamentele recht op een beslissing binnen een redelijke termijn, waar een adequate sanctie tegenover moet staan.

6. Het verwijt van een buitensporig lange duur van de procedure voert Solvay overigens behalve in de onderhavige hogere voorziening ook aan in een beroep bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”), dat tegen alle 27 lidstaten van de

2 — Natriumcarbonaat wordt bij de glasproductie (zwaar natriumcarbonaat) en in de chemische en de metaalverwerkende industrie (licht natriumcarbonaat) gebruikt. Er moet worden onderscheiden tussen natuurlijk natriumcarbonaat (zwaar natriumcarbonaat) en synthetisch natriumcarbonaat (zwaar en licht natriumcarbonaat). Natuurlijk natriumcarbonaat wordt verkregen door erts te vermalen, te zuiveren en te calcineren. Synthetisch natriumcarbonaat wordt van gewoon zout en kalksteen vervaardigd middels het „ammoniak-natrium”-proces, dat in 1863 is uitgevonden door de gebroeders Solvay.

Europese Unie is gericht en gebaseerd is op schending van artikel 6, lid 1, EVRM³.⁴

misbruik te hebben gemaakt van haar machtspositie op de natriumcarbonaatmarkt.

II — Achtergrond van het geding

7. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld⁵, verichtte de Commissie in april 1989 krachtens artikel 14 van verordening nr. 17⁶ onaangekondigd inspecties („verificaties”) in de kantoren van diverse op de natriumcarbonaatmarkt actieve ondernemingen, waaronder de Belgische vennootschap Solvay.⁷ Later verzocht zij de betrokken ondernemingen om aanvullende inlichtingen.

8. Na afronding van haar onderzoek beschuldigde de Commissie Solvay enerzijds aan kartels te hebben deelgenomen, en anderzijds

9. In de onderhavige procedure gaat het uitsluitend om het door de Commissie vastgestelde misbruik van machtspositie.⁸ Daarvoor heeft de Commissie Solvay in 1990 in een eerste beschikking ex artikel 86 EEG-Verdrag juncto verordening nr. 17 (beschikking 91/299/EEG⁹) een — voor toenmalige begrippen naar verhouding hoge — geldboete van omgerekend 20 miljoen EUR¹⁰ opgelegd. Aangezien bij die eerste beschikking echter vormvoorschriften inzake de waarneming waren geschonden, werd zij door de rechter nietig verklaard.¹¹ Vervolgens stelde de Commissie in 2000 zonder verdere procedurele stappen

3 — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”, ondertekend te Rome op 4 november 1950).

4 — Het verzoekschrift van Solvay aan het EHRM is gedateerd 26 februari 2010 en is in de onderhavige procedure als bijlage bij haar verzoekschrift in hogere voorziening gevoegd.

5 — Zie hierover, en voor het volgende, de punten 19-59 van het bestreden arrest.

6 — Verordening (EEG) nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

7 — Solvay SA (vroeger Solvay et Cie SA) is een vennootschap naar Belgisch recht die actief is in de farmaceutische, de chemische, de verwerkende en de kunststoffenindustrie. Verificaties werden voorts verricht bij AKZO, Chemische Fabrik Kalk (CFK), Imperial Chemical Industries (ICI), Matthes & Weber en Rhône Poulenc. De grondslag voor de verificaties was de verificatiebeschikking van de Commissie van 5 april 1989, waaruit in punt 19 van het bestreden arrest wordt geciteerd.

8 — Aangaande de door de Commissie vastgestelde deelname van Solvay aan een kartel, verwijs ik naar mijn conclusie van vandaag in de bij het Hof aanhangige parallelle procedure Solvay/Commissie (C-110/10 P).

9 — Beschikking 91/299/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 86 EEG-Verdrag (IV/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay; PB 1991, L 152, blz. 21). Die beschikking is er slechts een van de vier die de Commissie op die dag richtte tot de op de natriumcarbonaatmarkt actieve ondernemingen. De andere beschikkingen waren gericht tegen respectievelijk Solvay en ICI [beschikking 91/297/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/33.133-A: Natriumcarbonaat — Solvay/ICI; PB 1991, L 152, blz. 1)], Solvay en CFK [beschikking 91/298/EEG van de Commissie van 19 december 1990 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/33.133-B: Natriumcarbonaat — Solvay/CFK; PB 1991, L 152, blz. 16)] en ICI [beschikking 91/300/EEG van de Commissie van 19 december inzake een procedure op grond van artikel 86 EEG-Verdrag (IV/33.133-D: Natriumcarbonaat — ICI; PB 1991, L 152, blz. 40)].

10 — Destijds 20 miljoen ECU.

11 — Arrest van het Gerecht van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-32/91, Jurispr. blz. II-1825), bekrachtigd door het arrest van het Hof van 6 april 2000, Commissie/Solvay (C-287/95 P en C-288/95 P, Jurispr. blz. I-2391).

te hebben ondernomen¹² — met name zonder Solvay opnieuw te hebben gehoord — een tweede beschikking vast, dit keer op basis van artikel 82 EG juncto verordening nr. 17, waarin zij Solvay opnieuw een boete tot hetzelfde bedrag oplegde (beschikking 2003/6/EG).¹³ De laatstgenoemde beschikking vormt het uitgangspunt van de onderhavige procedure.

11. Chronologisch kunnen de belangrijkste stappen tot dusver in dit geschil als volgt worden samengevat:

— *Administratieve procedure tot aan de vaststelling van de eerste boetebeschikking*

April 1989: Inspecties van de Commissie

Maart 1990: Mededeling van de punten van bezwaar

December 1990: Boetebeschikking 91/299 van de Commissie

10. In eerste aanleg heeft Solvay met haar tegen beschikking 2003/6 ingestelde beroep tot nietigverklaring slechts marginaal succes gehad: bij arrest van 17 december 2009 verlaagde het Gerecht de hoogte van de geldboete weliswaar met 5% tot 19 miljoen EUR, maar verklaarde het beroep van Solvay voor het overige ongegrond.¹⁴ Tegen dat arrest, dat na niet minder dan acht jaar en negen maanden is gewezen, komt Solvay¹⁵ thans op met de onderhavige hogere voorziening.

— *Gerechtelijke procedure tot nietigverklaring van de eerste boetebeschikking*

Mei 1991: Beroep tot nietigverklaring van Solvay voor het Gerecht (T-32/91)

Juni 1995: Nietigverklaring van beschikking 91/299

Augustus 1995: Hogere voorziening van de Commissie (C-288/95 P)

April 2000: Afwijzing van de hogere voorziening

12 — Punt 455 van het bestreden arrest.

13 — Beschikking 2003/6/EG van de Commissie van 13 december 2000 in een procedure op grond van artikel 82 EG (COMP/33.133-C: Natriumcarbonaat — Solvay; PB 2003, L 10, blz. 10; hierna ook: „litigieuze beschikking”). Diezelfde dag gaf de Commissie ook beschikking 2003/5/EG in een procedure op grond van artikel 81 EG (COMP/33.133-B: Natriumcarbonaat — Solvay, CFK; PB 2003, L 10, blz. 1), die ten grondslag ligt aan de parallelle hogere voorziening in zaak C-110/10 P, Solvay/Commissie.

14 — Arrest Gerecht van 17 december 2009, Solvay/Commissie (T-57/01, Jurispr. blz. II-4621). Diezelfde dag heeft het Gerecht ook uitspraak gedaan in de parallelle procedure Solvay/Commissie (T-58/01, Jurispr. blz. II-4781); dat arrest is het voorwerp van de hogere voorziening in zaak C-110/10 P, Solvay/Commissie.

15 — Hierna: „rekwirante”.

- *Administratieve procedure tot aan de vaststelling van de tweede boetebeschikking*

December 2000: Boetebeschikking 2003/6 van de Commissie

- het beroep op de vernietigde punten opnieuw te onderzoeken en de beschikking van de Commissie van 13 december 2000 geheel of ten dele, afhankelijk van de aanvaarde middelen, nietig te verklaren;

- *Gerechtelijke procedure sinds de vaststelling van de tweede boetebeschikking*

Maart 2001: Beroep tot nietigverklaring van Solvay bij het Gerecht (T-57/01)

- de geldboete van EUR 19 miljoen nietig te verklaren, althans in zeer aanzienlijke mate te verlagen ter vergoeding van de ernstige schade die rekwirante door de buitensporig lange duur van de procedure heeft geleden;

December 2009: Bestreden arrest van het Gerecht (T-57/01)

- de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure in hogere voorziening en in die van de procedure voor het Gerecht.

Maart 2010: Onderhavige hogere voorziening van Solvay (C-109/10 P)

- 13. De Commissie verzoekt het Hof,

- de hogere voorziening af te wijzen en

III — Procedure voor het Hof

12. In de onderhavige hogere voorziening verzoekt Solvay,

- het bestreden arrest van 17 december 2009 te vernietigen;

- rekwirante te verwijzen in de kosten.

14. Voor het Hof is de hogere voorziening eerst schriftelijk en vervolgens op 18 januari 2011 mondeling behandeld. De mondelinge behandeling in de zaken C-109/10 P en C-110/10 P heeft op dezelfde zitting plaatsgevonden.

IV — Verzoek om vernietiging van het bestreden arrest

15. Solvay vordert primair, op basis van in totaal negen middelen, vernietiging van het bestreden arrest. Ik zal deze middelen in gewijzigde volgorde bespreken: de rechtsvragen in verband met de toepassing van artikel 82 EG komen aan het begin aan de orde (zie deel A van deze conclusie), vervolgens de procedureproblemen (zie delen B en C), en tot besluit zal ik aandacht besteden aan de middelen die verband houden met het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn (zie deel D).

16. Alhoewel op de onderhavige zaak nog de oude antitrustverordening in de redactie van verordening nr. 17 van toepassing was, zijn de aan de orde gestelde rechtsvragen ook voor de tijd na de modernisering van het antitrustrecht door verordening (EG) nr. 1/2003¹⁶ onverminderd relevant.

16 — Verordening (EG) nr. 1/2003 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). Deze verordening is luidens artikel 45, tweede alinea, ervan sinds 1 mei 2004 van toepassing.

A — Enkele rechtsvragen in verband met de toepassing van artikel 82 EG (zesde, zevende, achtste en negende middel)

17. Met haar zesde, zevende, achtste en negende middel stelt Solvay verschillende vragen betreffende de toepassing van artikel 82 EG op het onderhavige geval aan de orde.

1. Opmerkingen vooraf

18. Voordat ik zal ingaan op de door Solvay aangevoerde grieven, wil ik twee korte opmerkingen maken over enerzijds de toepasselijke materieelrechtelijke bepalingen en anderzijds de relevantie van bepaalde uitspraken van de Commissie inzake het mededingingsbeleid.

19. Wat de toepasselijke materieelrechtelijke bepalingen betreft, verwijst Solvay continu naar artikel 102 VWEU. Aangezien echter de rechtssituatie relevant is die bestond op het tijdstip waarop de litigieuze beschikking werd gegeven, ben ik van mening dat verwijzing naar artikel 82 EG de voorkeur verdient.¹⁷ Voor de juridische beoordeling van de hogere voorziening maakt dit uiteraard geen verschil,

17 — Aangezien de litigieuze beschikking van december 2000 dateert, is hierop het EG-Verdrag in de versie van het Verdrag van Amsterdam (ondertekend op 2 oktober 1997 en in werking getreden op 1 mei 1999) van toepassing.

aangezien beide bepalingen, voor zover hier van belang, inhoudelijk identiek zijn.

2. Omschrijving van de geografisch relevante markt (zesde middel)

20. Aangaande de opmerkingen van de Commissie inzake het mededingingsbeleid, verwijst Solvay in haar verzoekschrift in hogere voorziening herhaaldelijk naar een mededeling uit 2009, „Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie”.¹⁸

21. Die mededeling kan bij de beoordeling van de onderhavige hogere voorziening niet in aanmerking worden genomen. De vraag hoe de Commissie haar mededingingsbeleid tegen de achtergrond van artikel 102 VWEU (oud artikel 82 EG) voortaan wenst in te vullen, speelt in casu geen rol. In de eerste plaats kunnen eventuele nieuwe accenten bij de toepassing van die bepaling alleen van belang zijn voor toekomstige beschikkingen van de Commissie, maar niet voor de juridische beoordeling van een reeds gegeven beschikking. In de tweede plaats zou de Commissie ook in geval van een wijziging van haar bestuurspraktijk moeten handelen binnen het kader van de Verdragen, zoals uitgelegd door het Hof.¹⁹

22. Het zesde middel, dat gericht is tegen de punten 252 tot en met 259 van het bestreden arrest, kritiseert de vaststellingen van het Gerecht betreffende de omschrijving van de geografisch relevante markt.

23. Solvay verwijt het Gerecht in wezen het bestreden arrest ontoereikend te hebben gemotiveerd: ten eerste acht zij de motivering van het arrest onduidelijk en tegenstrijdig (eerste onderdeel van het zesde middel), ten tweede is zij van mening dat die motivering lacunes vertoont en niet ingaat op tal van argumenten die zij in eerste aanleg heeft aangevoerd (tweede onderdeel van het zesde middel). In dit middel staat dus de verplichting van het Gerecht centraal, zijn arresten met redenen te omkleden (artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof).

a) Eerste onderdeel van het zesde middel

24. Aan het eerste onderdeel van het zesde middel ligt een zekere begripsverwarring in de litigieuze beschikking ten grondslag. Daar definieert de Commissie de geografisch relevante markt namelijk als „de markt voor natriumcarbonaat in de Gemeenschap (met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk

¹⁸ — PB 2009, C 45, blz. 7.

¹⁹ — Zie mijn conclusie van 23 maart 2006 in de zaak *British Airways/Commissie* (hierna: „*British Airways*”, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 28).

en Ierland)”²⁰, maar gebruikt soms ook uitdrukkingen als „de Gemeenschap”, „West-Europa” en „West-Europese markt”.²¹ Indien de Commissie in de litigieuze beschikking een duidelijke en uniforme terminologie had gebruikt, hadden de Unierechters zich niet met de ter zake aangevoerde argumenten hoeven bezighouden.

25. Volgens Solvay valt uit het bestreden arrest niet op te maken of het Gerecht van mening is dat de begrippen „Gemeenschap”, „de Gemeenschap, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland”, „West-Europa” en „West-Europese markt” al dan niet inhoudelijk dezelfde strekking hebben.

26. Deze grief houdt bij nader onderzoek geen stand.

27. Volgens vaste rechtspraak moet de motivering van het arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden van de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.²²

20 — Punt 136 van de considerans van de litigieuze beschikking, weergegeven in punt 251 van het bestreden arrest.

21 — Zie de verwijzingen in punt 253 van het bestreden arrest.

22 — Arresten van 14 mei 1998, Raad/de Nil en Impens (C-259/96 P, Jurispr. blz. I-2915, punten 32 en 33); 17 mei 2001, IECC/Commissie (C-449/98 P, Jurispr. blz. I-3875, punt 70); 2 april 2009, France Télécom/Commissie (C-202/07 P, Jurispr. blz. I-2369, punt 29), en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 136).

28. Indien men de punten 251 tot en met 254 van het bestreden arrest in onderling verband leest, blijkt duidelijk en ondubbelzinnig dat het Gerecht geen inhoudelijk verschil tussen de genoemde begrippen heeft aangenomen.

29. Bij zijn overwegingen is het Gerecht uitgegaan van de door de Commissie gegeven omschrijving van de geografisch relevante markt als de „markt voor natriumcarbonaat in de Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland”.²³ Tevens heeft de Commissie in eerste aanleg op verzoek van het Gerecht bevestigd dat verwijzingen naar de „West-Europese markt”, „West-Europa” of de „Gemeenschap” in bepaalde punten van de litigieuze beschikking betrekking hebben op dezelfde geografische markt, dus eveneens op „de markt voor natriumcarbonaat in de Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland”.²⁴ Bovendien heeft het Gerecht benadrukt dat de aldus luidende omschrijving van de relevante geografische markt in punt 136 van de litigieuze beschikking niet in tegenspraak is met andere punten ervan.²⁵

30. Dit betekent dat het bestreden arrest op het door Solvay gelaakte punt duidelijk en ondubbelzinnig gemotiveerd is. Het moge zo zijn dat Solvay de vaststellingen van het Gerecht betreffende de geografisch relevante markt inhoudelijk onjuist acht. Het loutere

23 — Punt 251 van het bestreden arrest.

24 — Punten 252 en 253 van het bestreden arrest.

25 — Punt 254, eerste volzin, van het bestreden arrest.

feit dat het Gerecht ten gronde tot een andere conclusie is gekomen dan rekwirante, betekent echter niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek bevat.²⁶ Het verwijt van een gebrekkige motivering kan derhalve niet slagen.

geacht”. Het is alleen subsidiair op het vraagstuk van de nationale markten ingegaan, voor het geval dat de Commissie de geografisch relevante markt — zoals door Solvay gesteld — niet correct als „markt voor natriumcarbonaat in de Gemeenschap met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Ierland”²⁷ mocht hebben omschreven.²⁸

b) Tweede onderdeel van het zesde middel

31. In het tweede onderdeel van het zesde middel verwijt Solvay het Gerecht, niet nader te hebben toegelicht waarom het bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking nationale markten relevant acht. Op tal van argumenten die Solvay in eerste aanleg ter zake had aangevoerd, zou het Gerecht bovendien niet zijn ingegaan.

32. Dit onderdeel van het zesde middel kan om twee redenen niet slagen.

33. Ten eerste berust Solvay’s grief op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Anders dan Solvay meent, is het niet zo dat het Gerecht „nationale markten relevant heeft

34. Dit betekent dat de grief van rekwirante betreffende de nationale markten zich in wezen tegen een punt van de motivering richt dat slechts ten overvloede is aangevoerd, en niet tegen een van de gronden waarop het dictum van het arrest is gebaseerd. Dergelijke grieven moeten volgens vaste rechtspraak als „ondoeltreffend” of „ondeugdelijk” (Frans: „inopérant”) worden afgewezen.²⁹

35. Ten tweede stelt rekwirante in haar grief overdreven eisen aan de omvang van de motiveringsplicht voor arresten in eerste aanleg. Volgens vaste rechtspraak houdt die verplichting namelijk niet in dat het Gerecht bij zijn redenering alle door partijen in het geding aangevoerde argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering

²⁶ — Arresten van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 80), en 20 mei 2010, Gogos/Commissie (C-583/08 P, Jurispr. blz. I-4469, punt 35).

²⁷ — Zie nogmaals punt 136 van de considerans van de litigieuze beschikking en punt 251 van het bestreden arrest.

²⁸ — Dit wordt met name duidelijk in punt 259 van het bestreden arrest.

²⁹ — Arresten van 18 maart 1993, Parlement/Frederiksen (C-35/92 P, Jurispr. blz. I-991, punt 31); 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (hierna: „Sumitomo”, C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punt 106), en 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665, punten 148 en 152), en arrest Deutsche Telekom/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 108).

kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden eruit kunnen opmaken waarom het Gerecht hun argumentatie niet is gevolgd, en het Hof er voldoende aanknopingspunten in kan vinden om zijn toezicht uit te oefenen.³⁰

een EG-markt zonder het Verenigd Koninkrijk en Ierland, en niet van nationale markten, zoals juist was) niet tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking kon leiden.³³ Die duidelijke conclusie behoefde niet nader te worden toegelicht.

36. Nu is het Gerecht gehouden in zijn arrest op alle in eerste aanleg gelaakte onregelmatigheden in te gaan.³¹ Juist in een omvangrijke mededingingszaak kan het echter gezien de beperkte middelen niet de taak van de Unierechters zijn, intensief op ieder zij het nog zo marginaal argument van partijen in te gaan. In een geval als het onderhavige is enkel van belang dat het Gerecht — zij het ook in beknopte vorm — op navolgbare wijze uiteenzet waarom het de litigieuze Commissiebeschikking rechtmatig acht.

c) Enkele andere argumenten in het kader van het zesde middel

37. Aan deze vereisten heeft het Gerecht in casu voldaan door uiteen te zetten dat Solvay, ook uitgaande van de nationale markten in elk van de lidstaten waar haar inbreuken werden verweten, over een machtspositie beschikte.³² Daaruit heeft het Gerecht logisch juist geconcludeerd dat zelfs een mogelijk onjuiste omschrijving van de geografisch relevante markt door de Commissie (dat wil zeggen dat zij ten onrechte was uitgegaan van

38. In het kader van het zesde middel stelt Solvay bovendien schending van artikel 102 VWEU (artikel 82 EG). De desbetreffende grieven hebben echter ten opzichte van de door Solvay gelaakte motiveringsgebreken geen zelfstandige betekenis, zodat zij niet apart behoeven te worden behandeld. Hierop is hetgeen ik hierboven betreffende het motiveringsgebrek heb gezegd, naar analogie van toepassing.³⁴

39. Solvay beweert bovendien dat het Gerecht feiten en bewijsmiddelen verkeerd heeft voorgesteld. Ook deze grief mist echter zelfstandige betekenis. In het bijzonder voldoet Solvay niet aan de vereisten die volgens vaste rechtspraak voortvloeien uit artikel 256

30 — Arresten van 9 september 2008, FIAMM e.a./Raad en Commissie (C-120/06 P en C-121/06 P, Jurispr. blz. I-6513, punt 96), en 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, Jurispr. blz. I-6413, punt 135); arrest Gogos/Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 30), en arrest van 16 december 2010, AceaElectrabel Produzione/Commissie (C-480/09 P, Jurispr. blz. I-13355, punt 77).

31 — Arrest van 25 oktober 2007, Komninou e.a./Commissie (C-167/06 P, punt 22).

32 — Punt 258 van het bestreden arrest.

33 — Punt 259 van het bestreden arrest.

34 — Zie de punten 24-37 van deze conclusie.

VWEU, artikel 58, lid 1, van het Statuut en artikel 112, lid 1, eerste alinea, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.³⁵ Het verzoekschrift vermeldt niet precies welke bewijsmiddelen het Gerecht verkeerd zou hebben voorgesteld en welke beoordelingsfouten het in dit verband zou hebben gemaakt.

wenselijk dit ook moge zijn. De Commissie onderstreept terecht dat de geografisch relevante markt in het mededingingsrecht een functioneel begrip is, waarvan de afbakening in eerste instantie afhangt van economische overwegingen.

40. Ten slotte stelt Solvay schending van artikel 299, lid 1, EG (oud artikel 227, lid 1, EEG-Verdrag), waarin het grondgebied van de Europese Gemeenschap wordt omschreven.³⁶ Zij is van mening dat de begrippen „Europese Gemeenschap”, „West-Europa” en „West-Europese markt” in het licht van die bepaling niet aan elkaar mogen worden gelijkgesteld.

d) Tussenconclusie

42. Het zesde middel is derhalve in zijn geheel ongegrond.

41. Ook die argumentatie snijdt geen hout. Al is het een feit dat het geografische respectievelijk politieke begrip „West-Europa” in het normale spraakgebruik niet overeenkomt met het grondgebied van de toenmalige Europese Gemeenschap, mag de Commissie (en bij uitbreiding de rechters van de Unie) in een kartelrechtelijke beschikking eigen begrippen gebruiken die niet noodzakelijkerwijs overeenstemmen met traditionele geografische of politieke ideeën, hoe weinig

3. De machtspositie van Solvay (zevende middel)

43. Het zevende middel heeft betrekking op de machtspositie van Solvay en richt zich tegen de punten 275 tot en met 305 van het bestreden arrest. Volgens Solvay heeft het Gerecht ten onrechte ingestemd met de vaststellingen van de Commissie betreffende de machtspositie. Hierdoor zou het in strijd met de motiveringsplicht (artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het

35 — Arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (hierna: „Aalborg Portland”, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 50); arrest Komninou e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 31, punt 41), en arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie (C-413/08 P, Jurispr. blz. I-5361, punt 16).

36 — Strikt genomen gaat het om het geografische toepassingsgebied van het E(E)G-Verdrag.

Hof) en met artikel 102 VWEU (artikel 82 EG) hebben gehandeld.

b) De machtspositie op nationale markten (tweede onderdeel van het zevende middel)

a) Solvay's verwijzingen naar haar zesde middel

46. Het tweede onderdeel van het zevende middel heeft betrekking op de eisen die aan het bewijs van een machtspositie worden gesteld.

44. In het eerste onderdeel — evenals in bepaalde passages van het tweede en het derde onderdeel — van haar zevende middel verwijst Solvay in wezen alleen maar naar haar argumenten betreffende het zesde middel. Aangezien onduidelijkheden zouden bestaan omtrent de omschrijving van de geografisch relevante markt, mag het Gerecht volgens rekwirante niet vaststellen dat zij op „de markt voor natriumcarbonaat in de Gemeenschap”³⁷ een machtspositie heeft.

i) Vermeende focusering van de analyse van het Gerecht op louter marktaandelen

47. Solvay stelt dat het Gerecht in strijd met artikel 102 VWEU (artikel 82 EG) heeft gehandeld door alleen uitgaande van de marktaandelen aan te nemen dat zij op de nationale markten een machtspositie had, zonder andere relevante factoren in aanmerking te nemen.

45. De hier aangevoerde grieven hangen inhoudelijk volledig af van het lot van het zesde middel, waarnaar zij vrijwel uitsluitend verwijzen. Indien het eerste onderdeel van het zesde middel, zoals door mij bepleit, wordt afgewezen³⁸, dan moet dit ook voor het eerste onderdeel van het zevende middel gelden. En ook de passages in het tweede en derde onderdeel van het zevende middel die uitsluitend verband houden met de problematiek van de omschrijving van de markt, moeten derhalve worden afgewezen.

48. Deze grief weet mij niet te overtuigen en berust op een kennelijk onjuiste lezing van het bestreden arrest.

49. Het Gerecht heeft de focus geenszins alleen op de marktaandelen gelegd. Het heeft zich veeleer in eerste instantie georiënteerd op de rechtspraak, volgens welke een machtspositie in het algemeen ontstaat door een

37 — Punt 283 van het bestreden arrest.

38 — Zie de punten 24-30 en 38 van deze conclusie.

combinatie van verscheidene factoren die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn.³⁹

50. In een tweede stap is het Gerecht echter terecht ervan uitgegaan dat zeer grote marktaandeelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds bewijs van een machtspositie vormen.⁴⁰ Bovendien stelde het correct vast dat een marktaandeel van 50%, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, zonder meer bewijs van een machtspositie oplevert.⁴¹

51. Als derde stap is het Gerecht ten slotte ingegaan op een aantal in eerste aanleg aangevoerde aspecten die volgens Solvay als buitengewone omstandigheden moesten worden beschouwd en derhalve het vermoeden van een machtspositie konden ontkrachten.⁴²

52. Dit betekent dat het Gerecht, in tegenstelling tot hetgeen door Solvay wordt beweerd, ook aandacht heeft besteed aan andere aspecten dan marktaandelen. Het heeft het vermoeden van een machtspositie, dat marktaandelen van meer dan 50% opleveren, als uitgangspunt van zijn beoordeling genomen, maar deze vervolgens aangevuld met

overwegingen over het eventuele bestaan van buitengewone omstandigheden. Een dergelijke benadering strookt geheel met de uit artikel 82 EG (artikel 102 VWEU) voortvloeiende vereisten en de rechtspraak ter zake.

ii) Vermeende verwaarlozing van diverse argumenten van Solvay

53. Solvay stelt voorts dat het Gerecht op tal van haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten niet is ingegaan. Het gaat hierbij enerzijds om het verschil tussen de marktaandelen van Solvay en die van haar concurrenten, en anderzijds om de productiecapaciteiten. Deze grief is in wezen een motiveringsklacht.⁴³

54. Om de reeds bij de bespreking van het zesde middel genoemde redenen⁴⁴ kan deze grief niet slagen. Zolang het Gerecht op alle vermeende onregelmatigheden gemotiveerd antwoordt, zoals in casu, behoeft het niet op ieder specifiek argument van partijen in detail in te gaan.

39 — Punt 276 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar het arrest van 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continental/Commissie* (hierna: „*United Brands*”, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 66).

40 — Punt 277 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar het arrest van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie* (hierna: „*Hoffmann-La Roche*”, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 41).

41 — Punt 279 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar het arrest van 3 juli 1991, *AKZO/Commissie* (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60).

42 — Punten 286-304 van het bestreden arrest.

43 — Arrest *Gogos/Commissie* (aangehaald in voetnoot 26, punt 29); in dezelfde zin reeds arresten van 1 oktober 1991, *Vidrányi/Commissie* (C-283/90 P, Jurispr. blz. I-4339, punt 29), en 17 december 1992, *Moritz/Commissie* (C-68/91 P, Jurispr. blz. I-6849, punten 37-39).

44 — Punten 35 en 36 van deze conclusie.

iii) Onvoldoende bewijs van de marktaandelen

55. Solvay stelt ten slotte dat het bewijs van de marktaandelen op basis waarvan is geconcludeerd dat zij een machtspositie heeft, onvoldoende is.

56. Dit middel dient zonder nader onderzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard, aangezien het neerkomt op een toetsing van de beoordeling die het Gerecht aan de feiten en bewijzen heeft gegeven, waartoe het Hof in hogere voorziening niet bevoegd is.⁴⁵

c) Vermeende buitengewone omstandigheden (derde onderdeel van het zevende middel)

57. In het derde onderdeel van het zevende middel verwijt Solvay het Gerecht, niet te zijn ingegaan op haar argumenten betreffende het bestaan van buitengewone omstandigheden die volgens haar tegen een machtspositie van rekwirante pleitten.

58. Dit middel is volledig ongefundeerd. Niet minder dan 19 punten van het bestreden arrest⁴⁶ hebben betrekking op de beoordeling van eventuele buitengewone omstandigheden en de argumenten van Solvay ter zake.

i) Eisen inzake de motivering van het bestreden arrest

59. Zoals reeds uiteengezet, houdt de motiveringsplicht niet in dat het Gerecht bij zijn redenering alle door partijen bij het geding aangevoerde argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden eruit kunnen opmaken waarom het Gerecht hun argumentatie niet is gevolgd, en voldoende aanknopingspunten biedt voor het Hof om zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen.⁴⁷

60. Het moge zo zijn dat Solvay de redenen waarom het Gerecht het bestaan van buitengewone omstandigheden heeft ontkend, inhoudelijk onjuist acht. Hieruit kan op zich echter niet worden geconcludeerd dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek bevat.⁴⁸

45 — Arresten Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punten 47-49), Wunenburger/Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 66), Sumitomo (aangehaald in voetnoot 29, punt 38) en Commissie/Schneider Electric (aangehaald in voetnoot 30, punt 103).

46 — Punten 286-304 van het bestreden arrest.

47 — Zie de in voetnoot 30 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak.

48 — Zie punt 30 en voetnoot 26 van deze conclusie.

61. Anders dan door rekwirante wordt beweerd, sluit het Gerecht het bestaan van buitengewone omstandigheden ook niet alleen onder verwijzing naar Solvay's grote markt-aandelen uit. Het gaat in de betrokken passage van het bestreden arrest veeleer in op tal van andere factoren, zoals de vermeende substitutiemogelijkheden voor de producten van Solvay⁴⁹ en het vraagstuk van de compenserende marktmacht van de klanten.⁵⁰

door de litigieuze beschikking van de Commissie niet wegens een motiveringsgebrek betreffende de compenserende marktmacht van de klanten van Solvay te kritiseren.

64. Ook deze grief kan niet slagen.

62. Behoudens onjuiste voorstelling van de feiten of de bewijsmiddelen, hetgeen in het onderhavige geval niet wordt gesteld, mag het Hof in hogere voorziening zijn eigen beoordeling van de feiten niet in de plaats stellen van die van het Gerecht.⁵¹

65. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 253 EG (artikel 296 VWEU) vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen.⁵²

ii) Eisen inzake de motivering van de litigieuze beschikking

63. In het derde onderdeel van het zevende middel verwijt Solvay het Gerecht bovendien zijdelings in strijd met artikel 296 VWEU (oud artikel 253 EG) te hebben gehandeld

66. De instelling die een dergelijke handeling heeft verricht, hoeft evenwel geen standpunt in te nemen over zaken die duidelijk van ondergeschikte betekenis zijn, dan wel vooruit te lopen op potentiële bezwaren.⁵³ Net als het Gerecht in het bestreden arrest hoefde ook de Commissie in de litigieuze beschikking niet per se op ieder argument van Solvay in te gaan.

49 — Het Gerecht onderzoekt met name „de mogelijkheid om natriumcarbonaat te vervangen door bijtend sodaloog en breukglas” (punten 295-298 van het bestreden arrest).

50 — Punten 299-303 van het bestreden arrest, die betrekking hebben op de door de „klanten uitgeoefende concurrentiedruk”.

51 — Zie de in voetnoot 45 aangehaalde rechtspraak.

52 — Arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63), en 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (hierna: „Impala”, C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 166), en arrest Deutsche Telekom/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 130).

53 — Arrest van 25 oktober 2005, Duitsland en Denemarken/Commissie (hierna: „Feta”, C-465/02 en C-466/02, Jurispr. blz. I-9115, punt 106), en arrest Impala (aangehaald in voetnoot 52, punt 167).

iii) Schending van artikel 102 VWEU (artikel 82 EG)

a) Groepskorting voor Saint-Gobain (achtste middel)

67. In het kader van het derde onderdeel van het zevende middel stelt Solvay ten slotte tal van keren schending van artikel 102 VWEU (artikel 82 EG). Die bepaling wordt echter zonder nadere toelichting in één adem met het gestelde motiveringsgebrek genoemd.⁵⁴ Een dergelijke grief heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft niet apart te worden onderzocht.

d) Tussenconclusie

68. In het licht van het voorgaande stel ik vast dat het zevende middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond is.

4. Misbruik van machtspositie door Solvay (achtste en negende middel)

69. In het achtste en het negende middel stelt Solvay dat het Gerecht herhaaldelijk blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het door de Commissie vastgestelde misbruik van machtspositie door Solvay.

70. Het achtste middel heeft betrekking op de groepskorting van 1,5% die Solvay de Franse onderneming Saint-Gobain, één van haar belangrijkste klanten, in een „geheim protocol” had toegekend. In de litigieuze beschikking heeft de Commissie die korting, hierin gevolgd door het Gerecht, gekwalificeerd als misbruik van machtspositie door Solvay.⁵⁵ Solvay maakt in dit verband bezwaar tegen de overwegingen van het Gerecht in de punten 348 tot en met 358 van het bestreden arrest: haars inziens heeft het Gerecht de voornoemde groepskorting ten onrechte aangemerkt als een met artikel 82 EG onverenigbare, misbruik opleverende getrouwheidskorting.⁵⁶

71. In het bijzonder stelt Solvay enerzijds schending van artikel 102 VWEU (artikel 82 EG) en anderzijds schending van de motiveringsplicht voor arresten in eerste aanleg (artikel 36 en artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof). De gelaakte schending van de motiveringsplicht heeft echter geen zelfstandige betekenis ten opzichte van de gelaakte onjuistheden betreffende het materiële recht. In werkelijkheid verschilt Solvay namelijk *inhoudelijk* van mening met het Gerecht wat de beoordeling van de groepskorting betreft. Meningsverschillen van inhoudelijke aard hebben echter, zoals ik reeds heb toegelicht, niets te maken met

54 — In de opmerkingen betreffende het zevende middel zijn geregeld formuleringen te vinden als „l'arrêt attaqué ne motive pas régulièrement sa décision et viole de surcroît l'article 102 TFUE”.

55 — Punten 161-165 van de considerans van de litigieuze beschikking en punt 48 van het bestreden arrest.

56 — Zie met name punten 354, 355 en 358 van het bestreden arrest.

de motiveringsplicht⁵⁷, en derhalve moet de grief van een motiveringsgebrek zonder meer worden afgewezen. Ik zal het achtste middel derhalve uitsluitend vanuit het oogpunt van de gestelde schending van artikel 82 EG (artikel 102 VWEU) bezien.

beschouwing te hebben gelaten dat juridisch doorslaggevend was: het criterium van de exclusiviteit of quasi-exclusiviteit van de leveringen aan de ontvanger van de kortingen door de onderneming met een machtspositie. Of een dergelijk exclusiviteitscriterium juridisch relevant is met betrekking tot de vraag of er sprake is van misbruik in de zin van artikel 82 EG, is een rechtsvraag, zodat dit punt door het Hof in hogere voorziening kan worden onderzocht.⁵⁸

i) Ontbrekende exclusiviteit

72. Ten eerste verwijt Solvay het Gerecht de groepskorting voor Saint-Gobain ten onrechte als getrouwheidskorting te hebben gekwalificeerd. Het Gerecht is in haar ogen voorbijgegaan aan het feit dat Solvay destijds slechts ongeveer 67% van de behoefte van Saint-Gobain dekte, in Frankrijk zelfs maar 15%. De door Solvay toegekende groepskorting was dus niet gekoppeld aan de voorwaarde van exclusiviteit of quasi-exclusiviteit voor de leveringen aan Saint-Gobain, wat volgens rekwirante echter noodzakelijk is om van een onrechtmatige getrouwheidskorting te kunnen spreken.

73. Op het eerste gezicht lijkt het erop dat Solvay het Hof met dit argument op ontoelaatbare wijze ertoe wil bewegen, in hogere voorziening zijn eigen beoordeling van de feiten en bewijzen in de plaats te stellen van die van het Gerecht. In werkelijkheid verwijt Solvay het Gerecht echter bij de beoordeling van de groepskorting een element buiten

74. Solvay meent uit de bestaande rechtspraak van het Hof te kunnen opmaken dat getrouwheidskortingen slechts dan als oneerlijke handelspraktijk moeten worden beschouwd, wanneer zij gekoppeld zijn aan exclusieve of vrijwel exclusieve leveringen van de onderneming met een machtspositie aan de klant.

75. Deze opvatting is niet juist. Solvay verwijst ook enkel maar naar het arrest Hoffmann-La Roche⁵⁹. Andere relevante arresten van het Hof over de kortingsproblematiek,

⁵⁷ — Zie punt 30 van deze conclusie en de in voetnoot 26 aangehaalde rechtspraak.

⁵⁸ — In dezelfde zin arrest *Deutsche Telekom/Commissie* (aangehaald in voetnoot 22, punten 77, 155 en 195), waarin het Hof verschillende grieven ontvankelijk achtte waarin werd gesteld dat het Gerecht in het arrest in eerste aanleg was uitgegaan van juridisch onjuiste criteria; zie ook arresten *Sumitomo* (aangehaald in voetnoot 29, punt 40) en *Impala* (aangehaald in voetnoot 52, punt 117), en arrest van 16 december 2008, *Masdar (UK)/Commissie* (C-47/07 P, Jurispr. blz. I-9761, punt 77).

⁵⁹ — Aangehaald in voetnoot 40.

met name de arresten Michelin I⁶⁰ en British Airways⁶¹, worden nog niet eens terloops genoemd.

Voorts moet worden vastgesteld of de toegekende kortingen of premies vanuit economisch oogpunt objectief gerechtvaardigd zijn.⁶⁵

76. Zoals het Hof heeft benadrukt, mag uit zijn eerdere arresten betreffende artikel 86 EEG-Verdrag (artikel 82 EG) geenszins worden afgeleid dat de door een onderneming met een machtspositie toegekende premies en kortingen slechts in de daarin omschreven omstandigheden misbruik vormen.⁶²

78. Dat kortingen alleen misbruik opleveren in geval van een exclusieve of quasi-exclusieve binding van de klant aan de onderneming met een machtspositie, valt uit de bestaande rechtspraak niet af te leiden. Integendeel, de zaken Michelin I⁶⁶ en British Airways⁶⁷ hadden betrekking op kortingssystemen respectievelijk premiereregelingen *zonder* een dergelijke exclusiviteitsbinding.

77. Om uit te maken of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt door kortingen toe te kennen, moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, met name de toekenningscriteria en modaliteiten van de kortingen.⁶³ Doorslaggevend is of de kortingen een *uitsluitingseffect* kunnen hebben, dat wil zeggen of zij voor de concurrenten van de onderneming met een machtspositie de toegang tot de markt moeilijker of zelfs onmogelijk maken en voor haar medecontractanten de keuze tussen verschillende bevoorradingsbronnen of handelspartners moeilijker of zelfs onmogelijk maken.⁶⁴

79. Ik stel derhalve vast dat het Gerecht, door niet uitdrukkelijk in te gaan op het vraagstuk van de exclusieve of quasi-exclusieve leveringen van Solvay aan Saint-Gobain, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.⁶⁸

60 — Arrest van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (hierna: „Michelin I”, 322/81, Jurispr. blz. 3461).

61 — Arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (hierna: „British Airways”, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331).

62 — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 64).

63 — Arresten Michelin I (aangehaald in voetnoot 60, punt 73) en British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 67).

64 — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 68); in dezelfde zin reeds arrest Michelin I (aangehaald in voetnoot 60, punt 73).

65 — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punten 69 en 84-86); algemeen met betrekking tot het criterium van een objectieve economische rechtvaardiging van het marktgedrag van een onderneming met een machtspositie, zie arrest United Brands (aangehaald in voetnoot 39, punt 184), en arresten van 16 september 2008, Sot. Lelos kai Sia (C-468/06–C-478/06, Jurispr. blz. I-7139, punt 39); 11 december 2008, Kanal 5 en TV 4 (C-52/07, Jurispr. blz. I-9275, punt 47), en 17 februari 2011, TeliaSönera Sverige (C-52/09, Jurispr. blz. I-527, punten 31 en 75).

66 — Arrest Michelin I (aangehaald in voetnoot 60, met name punt 72); zie ook arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 65).

67 — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punten 3-9).

68 — In het bestreden arrest (punten 349 en 352) wordt alleen maar vastgesteld dat de groepskorting van 1,5% „werd berekend over Saint-Gobain's „totale aankopen” van natriumcarbonaat bij verzoekster in Europa”. Dit betekent niet per se dat Saint-Gobain haar gehele behoefte aan natriumcarbonaat in Europa uitsluitend of vrijwel uitsluitend bij Solvay dekte.

80. Slechts volledigheidshalve wijs ik erop dat het — weinig gesubstantieerde — verwijt van Solvay ongegrond is, dat de rechtspraak van het Hof inzake getrouwheidskortingen formalistisch is en economisch niet gefundeerd. Zoals reeds vermeld, kijkt het Hof bij de beoordeling van kortingssystemen naar alle omstandigheden van het individuele geval en laat uitdrukkelijk de mogelijkheid van een objectieve economische rechtvaardiging open.⁶⁹ Dit is allesbehalve formalistisch.

ii) De geringe hoogte van de groepskorting

81. Solvay stelt ten tweede dat de groepskorting van 1,5 % te gering was om merkbare gevolgen voor de zakelijke beslissingen van de Saint-Gobain groep te kunnen hebben. Het Gerecht legt haars inziens niet uit in hoeverre de door Solvay toegekende korting in concreto geschikt was het gedrag van de Saint-Gobain groep te beïnvloeden.

82. Het Gerecht is in punt 355 van het bestreden arrest inderdaad slechts zeer summier ingegaan op de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen van de groepskorting. Zijn lapidaire vaststelling dat „zelfs een redelijk

bedrag van een getrouwheidskorting van invloed is op de mededingingsvoorwaarden” moet echter in de context van zijn eerdere opmerkingen worden gezien. Het Gerecht heeft met name benadrukt dat de groepskorting van Solvay is toegekend los van economische voordelen, zoals efficiëntie en schaalvoordelen, en gold voor alle natriumcarbonaat die Saint-Gobain in Europa bij Solvay aankocht.⁷⁰

83. Dat dergelijke kortingen een mededingingsbeperkende werking kunnen hebben, is in de rechtspraak erkend. Zoals het Hof heeft uiteengezet, kunnen een verbintenis van een medecontractant jegens de onderneming met een machtspositie en de op hem uitgeoefende pressie bijzonder stringent zijn wanneer de korting of de premie niet alleen is gerelateerd aan een stijgende omzet die deze medecontractant gedurende de in aanmerking genomen periode met de afname of de verkoop van producten van deze onderneming realiseert, maar ook wordt toegepast op de totale omzet van afgenomen of verkochte producten.⁷¹

84. Bovendien is het voor de concurrenten van de marktbeheersende onderneming bijzonder moeilijk om op te bieden tegen

69 — Arrest *British Airways* (aangehaald in voetnoot 61, met name punten 67, 69 en 84-86).

70 — Punten 349, 352 en 354 van het bestreden arrest.

71 — Arrest *British Airways* (aangehaald in voetnoot 61, punt 73).

kortingen of premies op basis van het totale verkoopvolume. Alleen al wegens haar aanmerkelijk grotere marktaandeel vormt de onderneming met een machtspositie doorgaans een onvermijdelijke handelspartner op de markt. Meestal zijn de door een dergelijke onderneming op basis van de totale omzet toegekende kortingen of premies absoluut gezien het aantrekkelijkst, zelfs vergeleken met gunstigere aanbiedingen van haar concurrenten. Om de medecontractanten van de onderneming met een machtspositie aan te lokken of om van hen een voldoende groot aantal orders te krijgen, zouden deze concurrenten hen aanzienlijk hogere kortingen of premies moeten aanbieden.⁷²

85. De kortingen respectievelijk provisies die in de rechtspraak tot dusver als onrechtmatig zijn aangemerkt, lagen soms niet hoger dan 1 %⁷³, dus zelfs nog onder de in casu litigieuze groepskorting van 1,5 %.

86. Tegen deze achtergrond valt op de vaststelling van het Gerecht dat „zelfs een redelijk bedrag van een getrouwheidskorting van invloed is op de mededingingsvoorwaarden” in

juridisch opzicht niets aan te merken, gezien de omstandigheden van de zaak. Zij berust op rationele economische overwegingen.

iii) Geen gevolgen voor de mededinging

87. Solvay maakt in de derde plaats bezwaar tegen de vaststelling van het Gerecht, dat zij niets heeft aangevoerd om haar stellingen betreffende het gedrag van de nationale dochterondernemingen van Saint-Gobain te ondersteunen. Die vaststelling heeft betrekking op het door Solvay in eerste aanleg aangevoerde argument dat de nationale dochterondernemingen van Saint-Gobain erin geslaagd waren voordeliger contractvoorwaarden te bedingen en zelfs hun overeenkomst op te zeggen, zoals in het geval van Saint-Gobain Frankrijk.⁷⁴

88. Het Gerecht heeft dat argument van Solvay inderdaad als onvoldoende gesubstantieerd afgewezen.⁷⁵ Of het argument van Solvay werkelijk niet voldoende gesubstantieerd of onderbouwd was, kan echter in het midden blijven. Feit is namelijk dat het, zoals het Gerecht terecht heeft benadrukt, geen doel treft.⁷⁶ Het mededingingsbeperkende karakter van een handelspraktijk van een

72 — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 75).

73 — Zie arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 9), waarin wordt uiteengezet dat iedere reisagent in het Verenigd Koninkrijk voor de verkoop van biljetten voor binnenlandse vluchten van BA naast de normale basisprovisie een bijkomende provisie kon ontvangen die „tot 1 % kon oplopen”.

74 — Punt 346 van het bestreden arrest.

75 — Punt 357 van het bestreden arrest.

76 — Het Gerecht benadrukt in punt 357 van het bestreden arrest dat het betrokken argument „geen betrekking heeft op een uitzonderlijke omstandigheid die het als misbruik van machtspositie gekwalificeerde gedrag rechtvaardigt”.

onderneming met een machtspositie wordt niet anders door het feit dat hieraan de wens van een klant ten grondslag ligt⁷⁷, en al helemaal niet door het feit dat de klant er door goed te onderhandelen⁷⁸ in slaagt de onderneming met een machtspositie tot verdere toezeggingen te bewegen.

bestreden arrest betreffende het discriminerende karakter van de handelspraktijken van Solvay in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

89. Ook het derde argument van Solvay kan derhalve niet slagen.

i) Eerste onderdeel van het negende middel

iv) Tussenconclusie

90. Het achtste middel is in zijn geheel ongegrond.

92. In het eerste onderdeel van het negende middel kritiseert Solvay met name de punten 397 tot en met 400 van het bestreden arrest en stelt dat het Gerecht het gestelde in haar memories onjuist heeft voorgesteld en in strijd met artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU (artikel 82, tweede alinea, sub c, EG) heeft gehandeld.

b) Het discriminerende karakter van de handelspraktijken van Solvay (negende middel)

— Onjuiste voorstelling van het gestelde in Solvay's memories

91. Het negende middel heeft betrekking op de punten 397 tot en met 402 van het

93. Rekwerant maakt om te beginnen bezwaar tegen de passage van het bestreden arrest waarin het Gerecht opmerkt dat Solvay de vaststellingen betreffende het in Frankrijk toegepaste kortingssysteem niet heeft betwist.⁷⁹ Dit oordeel staat volgens Solvay haaks op de stellingen in haar verzoekschrift en in repliek, die het Gerecht onjuist heeft voorgesteld.

77 — Arresten Hoffmann-La Roche (aangehaald in voetnoot 40, punt 89) en AKZO/Commissie (aangehaald in voetnoot 41, punt 149); arrest van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 44), en beschikking van 28 september 2006, Unilever Bestfoods/Commissie (C-552/03 P, Jurispr. blz. I-9091, punt 129, laatste volzin).

78 — Zie in dat verband de opmerking in het door Solvay zelf vermelde punt 84 van de considerans van de litigieuze beschikking, dat „Saint-Gobain (duidelijk tot ongenoegen van Solvay) gebruik [maakte] van haar aanwezigheid in een aantal landen om op de differentiële prijszetting van Solvay druk uit te oefenen”.

79 — Zie met name punt 397 van het bestreden arrest.

94. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een onjuiste voorstelling wanneer, zonder gebruik te maken van nieuw bewijs, de beoordeling van het voorhanden bewijs kennelijk onjuist is.⁸⁰ Dit betekent in casu dat de stellingen van rekwirante in eerste aanleg slechts dan door het Gerecht onjuist zijn voorgesteld, indien het deze kennelijk verkeerd heeft begrepen of de strekking ervan verkeerd heeft weergegeven.

95. Hiervoor bestaan in het onderhavige geval onvoldoende aanwijzingen.

96. Solvay erkent zelf⁸¹ dat de opmerkingen betreffende de afzonderlijke landen in haar verzoekschrift in eerste aanleg betrekking hadden op de Duitse markt. Verder heeft zij enkel in algemene zin betwist dat de door haar gehanteerde kortingen het karakter van getrouwheidskortingen hadden. Noch in het verzoekschrift, noch in repliek is zij destijds specifiek op de Franse markt ingegaan. Ook de door Solvay in het bijzonder benadrukte passages van haar repliek in eerste aanleg⁸²

reppen slechts geheel zijdelings van de Franse markt en houden in elk geval geen verband met de hier relevante problematiek van discriminatie van handelspartners.⁸³

97. Tegen deze achtergrond kan het Gerecht niet worden verweten de stellingen van Solvay kennelijk onjuist te hebben opgevat of qua strekking verkeerd te hebben weergegeven. De grief van een onjuiste voorstelling moet derhalve worden afgewezen.

— De materieelrechtelijke fout

98. Daarnaast stelt Solvay schending van artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU (artikel 82, tweede alinea, sub c, EG) in de punten 398 en 400 van het bestreden arrest. Het Gerecht heeft volgens haar blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet te onderzoeken of er tussen de bij wijze van voorbeeld genoemde klanten van Solvay telkens sprake was van een concurrentieverhouding, en wel enerzijds tussen twee Franse klanten (Durant en Perrier) en anderzijds tussen de Duitse producenten van vlakglas en van hol glas.

99. Volgens de Commissie is die grief *niet-ontvankelijk* omdat Solvay in eerste aanleg

80 — Arresten van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 37), en 22 november 2007, Sniace/Commissie (C-260/05 P, Jurispr. blz. I-10005, punt 37), en arrest Lafarge/Commissie (aangehaald in voetnoot 35, punt 17).

81 — Punten 329 en 330 van het beroep in hogere voorziening.

82 — Solvay verwijst naar de punten 375 en 387 van haar repliek in eerste aanleg.

83 — De punten 464-474 van de repliek in eerste aanleg hadden betrekking op de discriminatieproblematiek, maar ook hierin werd niet specifiek op Frankrijk ingegaan.

geen schending van artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU heeft gesteld. Slechts in verband met het vermeende ontbreken van discriminatie is gesteld dat de producenten van vlakglas en van hol glas op verschillende markten actief zijn en dus niet in vergelijkbare situaties verkeren.

100. Ik moet toegeven dat dit argument in mijn ogen uiterst formalistisch en weinig overtuigend is. In de litigieuze beschikking werd met betrekking tot het discriminerende karakter van het kortingssysteem van Solvay uitdrukkelijk naar artikel 82, tweede alinea, sub c, EG verwezen.⁸⁴ Het is derhalve niet meer dan logisch dat ook de discriminatieproblematiek waarover voor het Gerecht werd gediscussieerd, tegen de achtergrond van die bepaling moet worden gezien, ook al hebben partijen haar in hun opmerkingen niet meer uitdrukkelijk aangehaald.⁸⁵

101. Bovendien mogen in hogere voorziening weliswaar geen nieuwe middelen worden aangevoerd volgens artikel 42, lid 2, juncto artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, maar de rekwirant mag de in eerste aanleg aangevoerde middelen wel met nieuwe argumenten aanvullen, met name als reactie op de in het bestreden

arrest tot uiting gekomen rechtsopvatting van het Gerecht.⁸⁶

102. Dit is in casu het geval: volgens de samenvatting van de argumenten van partijen in het bestreden arrest had Solvay reeds in eerste aanleg erop gewezen dat de producenten van vlakglas op een andere markt actief zijn dan die van hol glas.⁸⁷ De vraag of ondernemingen op verschillende markten actief zijn, waarover in eerste aanleg is gediscussieerd, en de thans aan de orde gestelde vraag of tussen die ondernemingen een concurrentieverhouding bestaat, zijn twee kanten van dezelfde medaille. Dit betekent dat Solvay met haar grief betreffende de concurrentieverhouding in hogere voorziening alleen maar de argumenten verder ontwikkelt die zij reeds in eerste aanleg had aangevoerd.

103. Overigens heeft deze grief van Solvay ook niet tot doel het Hof aan te zetten tot een in hogere voorziening niet toegestane beoordeling van de feiten. Het gaat veeleer om de vraag of het Gerecht, door niet op de concurrentieverhouding tussen de producenten van vlakglas en die van hol glas in te gaan, een criterium buiten beschouwing heeft gelaten dat in het kader van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG juridisch gezien in aanmerking had moeten

⁸⁴ — Punt 180 van de considerans van de litigieuze beschikking.

⁸⁵ — Het Gerecht verwijst in elk geval in verband met de discriminatieproblematiek wel degelijk naar artikel 82, tweede alinea, sub c, EG (zie punt 396 van het bestreden arrest).

⁸⁶ — Arrest PKK en KNK/Raad (aangehaald in voetnoot 80, punten 64 en 66) en arrest van 11 december 2008, Commissie/Département du Loiret (C-295/07 P, Jurispr. blz. I-9363, punt 99); in dezelfde zin arrest van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punten 38 en 39; zie ook punt 28 van mijn conclusie van 23 april 2009 in die zaak).

⁸⁷ — Punt 393, laatste volzin, van het bestreden arrest.

worden genomen. Dit is een rechtsvraag die in hogere voorziening kan worden getoetst.⁸⁸

104. Ten aanzien van de *gegrondheid van deze grief* wil ik om te beginnen eraan herinneren dat artikel 82, tweede alinea, sub c, EG (artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU) voorziet in een toetsing in twee fasen. De formulering „hun daarmede nadeel berokkend bij de mededinging” heeft een zelfstandig gehalte en is meer dan slechts een verklarende aanvulling met declaratoire werking.⁸⁹

105. Bijgevolg is slechts voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG wanneer komt vast te staan dat het gedrag van de onderneming met een machtspositie op een gegeven markt niet alleen discriminerend is, maar ook tot doel heeft deze concurrentieverhouding scheef te trekken, dat wil zeggen, afbreuk te doen aan de mededingingspositie van een deel van de handelspartners van deze onderneming jegens de anderen.⁹⁰

106. Aan artikel 82, tweede alinea, sub c, EG ligt de overweging ten grondslag dat het commerciële gedrag van de onderneming met een machtspositie de mededinging op een upstream- of downstreammarkt, dus de mededinging tussen leveranciers of tussen afnemers van die onderneming, niet mag vervalsen. De medecontractanten van de onderneming mogen geen voordeel of nadeel ondervinden bij de mededinging die zij onderling voeren.⁹¹

107. Met betrekking tot het onderhavige geval betekent dit dat het Gerecht bij de toetsing aan artikel 82, tweede alinea, sub c, EG de onderlinge concurrentieverhoudingen tussen de verschillende klanten van Solvay geenszins buiten beschouwing mocht laten. Een inbreuk op artikel 82, tweede alinea, sub c, EG door Solvay mocht slechts worden aangenomen voor zover de klanten van Solvay met elkaar concurreerden, waarvoor niet naar de markt voor natriumcarbonaat, maar naar de downstream-markt(en) voor glas moest worden gekeken. Het Gerecht heeft dus blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 400 van het bestreden arrest alleen de markt voor natriumcarbonaat en niet de markt voor glas relevant te achten.

108. Weliswaar kan worden uitgegaan van misbruik in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG zodra is vastgesteld dat het gedrag van de onderneming met een

88 — Zie punt 73 van deze conclusie en de in voetnoot 58 aangehaalde rechtspraak.

89 — Zie mijn conclusie in de zaak *British Airways* (aangehaald in voetnoot 19, punt 124).

90 — Arresten *British Airways* (aangehaald in voetnoot 61, punt 144) en *Kanal 5 en TV 4* (aangehaald in voetnoot 65, punt 44); in die zin reeds arresten van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie* (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jurispr.* blz. 1663, punten 523 en 524), en *United Brands* (aangehaald in voetnoot 39, punten 232–234).

91 — Arrest *British Airways* (aangehaald in voetnoot 61, punt 143).

machtspositie, gelet op alle omstandigheden van het concrete geval, tot doel heeft de mededinging tussen haar handelspartners te verstoren. In een dergelijk geval kan niet worden geëist dat bovendien het bewijs wordt geleverd van een kwantificeerbare daadwerkelijke verslechtering van de mededingingspositie van de individuele handelspartners.⁹² Hierop heeft de Commissie terecht de aandacht gevestigd.

109. Er is evenwel sprake van een onjuiste rechtsopvatting wanneer de concurrentieverhoudingen op de downstreammarkt waarop de klanten van de onderneming met een machtspositie actief zijn, geheel irrelevant worden verklaard, zoals het Gerecht in casu heeft gedaan.

110. In tegenstelling tot de opvatting van de Commissie kan die onjuistheid niet terzijde worden geschoven met het argument dat het bij de genoemde Franse klanten Durrant en Perrier evenals bij de Duitse klanten uit de sectoren hol en vlakglas alleen maar om individuele voorbeelden gaat. Indien het Gerecht — naar aanleiding van een grief van een partij — individuele voorbeelden uit de litigieuze beschikking toetst op beoordelingsfouten, dan dient het dit aan de hand van

juridisch adequate criteria te doen. Dit is in casu niet gebeurd.

111. Ook uit de arresten Hoffmann-La Roche⁹³ en Michelin I⁹⁴ kan niets anders worden opgemaakt. De door de Commissie aangevoerde passages van die arresten hebben niet specifiek betrekking op de toepassing van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG⁹⁵, maar bevatten algemene opmerkingen betreffende het oneerlijke karakter van kortingssystemen van ondernemingen met een machtspositie.

112. Dat de concurrentieverhoudingen tussen de handelspartners van de onderneming met een machtspositie in het kader van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG in aanmerking moeten worden genomen, blijkt overigens uit het arrest betreffende Portugese luchthaventarieven, waaruit de Commissie citeert. Het Hof wees daarin uitdrukkelijk op het ongerechtvaardigde economische voordeel dat de handelspartners die korting krijgen „ten opzichte van hun concurrenten” genieten.⁹⁶

113. Het eerste onderdeel van het negende middel is derhalve gegrond.

⁹² — Arrest British Airways (aangehaald in voetnoot 61, punt 145).

⁹³ — Arrest Hoffmann-La Roche (aangehaald in voetnoot 40, punt 90).

⁹⁴ — Arrest Michelin I (aangehaald in voetnoot 60, punt 85); in dat arrest werd reeds ontkend dat er sprake was van discriminatie, zodat het probleem van de nadelen op het vlak van de mededinging niet aan de orde was.

⁹⁵ — Destijds artikel 86, lid 2, sub c, EEG-Verdrag.

⁹⁶ — Arrest van 29 maart 2001, Portugal/Commissie (C-163/99, Jurispr. blz. I-2613, punt 52).

ii) Tweede onderdeel van het negende middel

114. In het tweede onderdeel van het negende middel kritiseert Solvay met name punt 401 van het bestreden arrest. Die passage heeft betrekking op de argumentatie van Solvay in eerste aanleg betreffende de geringe kosten van natriumcarbonaat voor de glasproducenten. Het Gerecht verklaart dat Solvay haar „stelling” niet heeft „gestaafd” en dat deze „evenmin van dien aard [is] dat zij het discriminerende karakter van de aan rekwirante verweten praktijken kan ontkrachten”. Volgens Solvay heeft het Gerecht hiermee enerzijds het gestelde in haar memories in eerste aanleg onjuist voorgesteld, en anderzijds de motiveringsplicht van artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof en artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU (artikel 82, tweede alinea, sub c, EG) geschonden.

— Onjuiste voorstelling van de stellingen in Solvay’s memories

115. Dit verwijt is mijns inziens niet gegrond. Niets duidt erop dat het Gerecht de

memories van rekwirante in eerste aanleg kennelijk onjuist heeft opgevat of de strekking ervan verkeerd heeft weergegeven.⁹⁷ Ik herinner eraan dat Solvay in eerste aanleg had gesteld dat natriumcarbonaat de belangrijkste grondstof voor de glasproductie vormt, maar slechts ongeveer 2 tot 6% van de gemiddelde verkoopprijs van glas uitmaakt. Die argumentatie heeft het Gerecht juist weergegeven.⁹⁸ Het loutere feit dat hierop lijkende, aanvullende stellingen van Solvay in repliek in het bestreden arrest niet uitdrukkelijk zijn vermeld, betekent niet dat het Gerecht de argumentatie van Solvay in dit opzicht onjuist heeft voorgesteld.

— Gebrekkige motivering

116. Dit geldt echter niet voor de grief betreffende de gebrekkige motivering. Zoals reeds vermeld, moet de motivering van het arrest de redenering van het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking brengen, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden van de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle

97 — Aangaande de beoordelingsmaatstaf voor een onjuiste voorstelling van de argumenten van partijen, zie punt 94 van deze conclusie.

98 — De betrokken stellingen zijn in punt 394 van het bestreden arrest samengevat.

kan uitoefenen.⁹⁹ Aan deze vereisten voldoet punt 401 van het bestreden arrest zelfs bij uiterst welwillende lezing niet.

verklaring kunnen feitelijk goede gronden bestaan¹⁰², in het bestreden arrest worden ze echter nog niet eens aangestipt.

117. Het Gerecht legt met geen woord uit waarom het de argumenten van Solvay betreffende de geringe kosten van natriumcarbonaat voor de glasproducenten „niet gestaafd” acht. In het bijzonder volgt uit de motivering van het arrest niet of het Gerecht überhaupt kennis heeft genomen van de opmerkingen die Solvay in haar repliek had aangevoerd. Hierin had Solvay ter onderbouwing van haar stelling dat de kosten van natriumcarbonaat gering zijn, verwezen naar een antidumping-verordening van de Commissie¹⁰⁰, waarin het aandeel van natriumcarbonaat in de kosten van de glasproductie met maximaal 8 % wordt becijferd.¹⁰¹

119. Was het Gerecht van oordeel dat het kostenaandeel van een belangrijke grondstof *in het algemeen niet ter zake doet* voor de beoordeling van een eventuele discriminatie tussen de klanten van ondernemingen met een machtspositie? Of dat een kostenaandeel *van de door Solvay genoemde omvang* (2 tot 6 %) niet van invloed was op het discriminerende karakter van de betrokken commerciële praktijken? En zo ja, waarom? Een paar aanvullende zinnen in de motivering van het arrest hadden hier voor de nodige duidelijkheid kunnen en moeten zorgen.

118. Het Gerecht legt evenmin uit waarom een vermeend laag aandeel van natriumcarbonaat in de kosten van de glasproductie niet „van dien aard [is] dat [dit] het discriminerende karakter van de aan rekwiante verweeten praktijken kan ontcrachten”. Voor deze

120. Uit de opmerkingen van het Gerecht in punt 401 van het bestreden arrest valt niet op te maken waarom het de argumentatie van Solvay betreffende de vermeende lage kosten van natriumcarbonaat bij de glasproductie afwijst. Op deze basis is ook het Hof niet in

⁹⁹ — Zie de in voetnoot 22 aangehaalde rechtspraak.

¹⁰⁰ — Verordening (EG) nr. 823/95 van de Commissie van 10 april 1995 tot instelling van een voorlopig antidumpingrecht op de invoer van natriumcarbonaat van oorsprong uit de Verenigde Staten van Amerika (PB L 83, blz. 8).

¹⁰¹ — In punt 62 van de considerans van verordening nr. 823/95 wordt erop gewezen dat „de prijs van natriumcarbonaat (partij na recyclage) ongeveer 8 % bedraagt van de prijs van 1 ton glas”.

¹⁰² — De concurrentie tussen handelspartners van de onderneming met een machtspositie wordt niet alleen maar scheefgetrokken wanneer de belangrijkste parameters van de mededinging tussen die bedrijven in het geding zijn. Ook voordelen met betrekking tot kleinere kostenfactoren kunnen een klant van de onderneming met een machtspositie ten opzichte van andere klanten van diezelfde onderneming wel degelijk mededingingsvoordelen verschaffen. Artikel 82, tweede alinea, sub c, EG (artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU) verlangt met name dat de mededinging niet *ernstig* wordt verstoord. Een zo restrictieve uitlegging van die bepaling zou de Unierechtelijke mededingingsregels sterk verzwakken, hetgeen onverenigbaar is met het fundamentele doel van een open markteconomie met vrije mededinging.

staat zijn rechterlijke controle uit te oefenen. Dit betekent dat de motivering van het bestreden arrest in punt 401 ervan gebrekkig is en dat dus het tweede onderdeel van het negende middel gegrond is.

121. In deze omstandigheden heeft niet nader te worden ingegaan op de grief van schending van artikel 102, tweede alinea, sub c, VWEU. Deze heeft naast het gelaakte motiveringsgebrek geen zelfstandige betekenis.

iii) Tussenconclusie

122. Samenvattend stel ik vast dat het negende middel gedeeltelijk gegrond is.

het tweede middel). Bovendien verwijt zij het Gerecht feiten en bewijsmiddelen onjuist te hebben voorgesteld (derde onderdeel van het tweede middel).

124. Achtergrond van dit middel is het feit dat in de verificatiebeschikking van 5 april 1989, waarbij de Commissie een inspectie van de kantoren van op de Europese natriumcarbonaatmarkt actieve ondernemingen gelastte, alleen wordt gesproken van mogelijke inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag (afspraken tussen ondernemingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen), terwijl in de litigieuze boetebeschikking een inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag respectievelijk artikel 82 EG (misbruik van een machtspositie) wordt vastgesteld. Het bij een inspectie in verband met artikel 85 EEG-Verdrag gevonden bewijs had volgens Solvay niet mogen worden gebruikt als grondslag voor een beschikking uit hoofde van artikel 86 EG-Verdrag respectievelijk artikel 82 EG.

1. Ontvankelijkheid van het tweede middel

B — Verbod om de in het kader van de verificatie van april 1989 verkregen bewijsstukken te gebruiken (tweede middel)

123. Met haar tweede middel, dat gericht is tegen de punten 218 tot en met 230 van het bestreden arrest, stelt Solvay schending van artikel 14, lid 3, en artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 (eerste en tweede onderdeel van

125. De Commissie is van mening dat het tweede middel niet-ontvankelijk is omdat het gebaseerd is op grieven die Solvay reeds in eerste aanleg heeft aangevoerd.

126. Dit argument snijdt geen hout.

127. Al mag een verzoeker in hogere voorziening zich volgens vaste rechtspraak niet ertoe beperken de reeds voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten te herhalen¹⁰³, kunnen, wanneer een partij de uitlegging of de toepassing van het recht van de Unie door het Gerecht betwist, de in eerste aanleg onderzochte rechtspunten in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. Dit rechtsmiddel zou zijn betekenis immers ten dele verliezen, indien een partij haar hogere voorziening niet aldus kon baseren op middelen en argumenten die zij reeds heeft aangevoerd voor het Gerecht.¹⁰⁴

128. In haar verzoekschrift in hogere voorziening gaat Solvay uitvoerig in op de punten 218 tot en met 230 van het bestreden arrest en voert onder verwijzing naar arresten van het Hof concrete juridische bezwaren aan tegen de vaststellingen van het Gerecht. Het is dus beslist niet zo dat het in eerste aanleg aangevoerde middel alleen maar wordt herhaald.

129. Twijfels omtrent de ontvankelijkheid van het tweede middel zijn derhalve niet op hun plaats.

2. Gegrondheid van het tweede middel

a) Het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel (schending van de artikelen 14, lid 3, en 20, lid 1, van verordening nr. 17)

130. Volgens artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 mag de in het kader van een kartelrechtelijke verificatie door de Commissie verkregen informatie alleen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij is gevraagd. Die bepaling bevat dus enerzijds een binding betreffende het doel en anderzijds een verbod op het gebruik van door de Commissie verkregen bewijsmateriaal voor andere doeleinden.

131. In het onderhavige geval is de vraag aan de orde welke omvang die doelgebondenheid en het gebruiksverbod hebben. Partijen twisten erover of de Commissie voor de vaststelling van misbruik van een machtspositie gebruik mocht maken van bewijsmateriaal dat zij in het kader van een verificatie in verband met vermeende inbreuken op het verbod van mededingingsverstorende afspraken tussen ondernemingen op diezelfde markt had verkregen.

132. Aangezien de formulering van artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 in dit opzicht geen concrete aanwijzingen biedt, moet

¹⁰³ — Beschikking van 26 april 1993, Kupka-Floridi/ESC (C-244/92 P, Jurispr. blz. I-2041, punt 10); arrest van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punt 35), en arrest France Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 69).

¹⁰⁴ — Arrest van 23 maart 2004, Bürgerbeauftragter/Lamberts (C-234/02 P, Jurispr. blz. I-2803, punt 75); arrest Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 112); arrest van 21 september 2010, Zweden/API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 116), en arrest Deutsche Telekom/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 25).

worden uitgegaan van het doel en de strekking van die bepaling.

133. Erkend is dat artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 ertoe dient de rechten van de verdediging te beschermen van ondernemingen waarop onderzoeksmaatregelen van de Commissie betrekking hebben.¹⁰⁵ Zoals het Hof heeft aangegeven, zouden deze rechten ernstig worden aangetast indien de Commissie tegen ondernemingen bewijsmateriaal kon aanvoeren dat tijdens een verificatie is verkregen, maar dat geen verband houdt met het voorwerp en het doel daarvan.¹⁰⁶

134. Doorslaggevend voor de omvang van de doelgebondenheid en het gebruiksverbod als bepaald in artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17, zijn dus het voorwerp en het doel van de betrokken verificatie, als blijkend uit de door de Commissie gegeven verificatiebeschikking.¹⁰⁷ Zij dienen overeenkomstig artikel 14, lid 3, tweede volzin, van verordening nr. 17 in de betrokken beschikking van de Commissie te worden vermeld, wat een fundamentele waarborg voor de rechten van de verdediging van de betrokken ondernemingen vormt.¹⁰⁸

135. In casu verwees de Commissie in haar verificatiebeschikking van 5 april 1989, op basis waarvan de kantoren van Solvay werden doorzocht, alleen naar artikel 85 EEG-Verdrag (artikel 81 EG).¹⁰⁹ Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, wilde de Commissie destijds alleen onderzoeken of Solvay betrokken was bij afspraken en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Uit niets blijkt dat er eveneens sprake was van een verdenking van misbruik van een machtspositie.¹¹⁰

136. Hieruit concludeert Solvay dat het bij de verificatie verkregen bewijsmateriaal niet mocht worden gebruikt om misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG (oud artikel 86 EEG-Verdrag) vast te stellen.

137. Die opvatting overtuigt mij niet.

138. In een verificatiebeschikking dient de Commissie „de vermoedens die zij voornemens is te verifiëren, duidelijk te omschrijven”.¹¹¹ Op deze wijze moet worden voorkomen dat de Commissie zonder concrete vermoedens in het wilde weg verificaties gaat verrichten¹¹² — een praktijk die

105 — Arresten van 17 oktober 1989, Dow Benelux/Commissie (hierna: „Dow Benelux”, 85/87, Jurispr. blz. 3137, punt 18), en 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (hierna: „PVC II”, 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, punt 299).

106 — Arresten Dow Benelux (aangehaald in voetnoot 105, punt 18) en PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 300), en arrest van 22 oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punt 48).

107 — In die zin arrest Dow Benelux (aangehaald in voetnoot 105, punt 17).

108 — Arrest van 21 september 1989, Hoechst/Commissie (hierna: „Hoechst”, 46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, punt 41); zie ook arrest Roquette Frères (aangehaald in voetnoot 106, punt 47).

109 — Zie punt 220 van het bestreden arrest.

110 — Punt 222 van het bestreden arrest.

111 — Arrest Hoechst (aangehaald in voetnoot 108, punt 41, laatste zinsnede).

112 — Conclusie van advocaat-generaal Mischo van 21 februari 1989 in de zaak Hoechst (aangehaald in voetnoot 108, punt 206).

vaak wordt aangeduid met het Engelse begrip „fishing expeditions”.

namelijk de mededingingsregels van de Verdragen handhaven en de mededinging in de interne markt tegen distorsies beschermen.¹¹⁵

139. De verplichting om het voorwerp en het doel van een verificatie te vermelden, kan echter niet impliceren dat alle bepalingen die de betrokken ondernemingen eventueel hebben geschonden, daarmee definitief en bindend vaststaan. In dit vroege stadium van haar onderzoek behoeft de Commissie namelijk nog geen nauwkeurige juridische kwalificatie van de vermeende inbreuken te geven.¹¹³

142. Tegen deze achtergrond zou het overdreven restrictief en formalistisch zijn het voorwerp en het doel van een kartelrechtelijke verificatie bij voorbaat te beperken tot bepaalde, in de verificatiebeschikking uitdrukkelijk vermelde materieelrechtelijk verboden gedragingen en andere verboden gedragingen categorisch uit te sluiten.

140. In sommige gevallen kan bij voorbaat sowieso slecht worden ingeschat of het gedrag van een onderneming met een sterke marktpositie neerkomt op een schending van het kartelverbod (artikel 85 EEG-Verdrag, artikel 81 EG respectievelijk artikel 101 VWEU) dan wel moet worden gekwalificeerd als misbruik van een machtspositie (artikel 86 EEG-Verdrag, artikel 82 EG respectievelijk artikel 102 VWEU). Zoals de Commissie terecht opmerkt, kunnen het kartelverbod en het misbruikverbod elkaar wat het feitelijke toepassingsgebied betreft zelfs overlappen.¹¹⁴

143. Bij een kartelrechtelijke verificatie gaat het veeleer primair om de vaststelling van feiten en het verkrijgen van bewijsmateriaal¹¹⁶, bijvoorbeeld betreffende het bestaan van een bepaalde afspraak tussen ondernemingen, een bepaald marktgedrag en de daaraan ten grondslag liggende economische overwegingen.

144. Over de precieze juridische kwalificatie van de door haar vastgestelde feitelijke situatie behoeft de Commissie zich pas in een veel

141. Bovendien wordt met verificaties zowel wat de ene als wat de andere bepaling betreft hetzelfde fundamentele doel nagestreefd,

113 — Arrest Hoechst (aangehaald in voetnoot 108, punt 41, op één na laatste zinsnede).

114 — De Commissie verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/ Commissie (T-65/98, Jurispr. blz. II-4653), dat in de beschikking Unilever Bestfoods/Commissie (aangehaald in voetnoot 77) is bekrachtigd.

115 — Aangaande de rechtssituatie op het tijdstip van vaststelling van de litigieuze beschikking, zie artikel 3, lid 1, sub g, EG. Hetzelfde volgt thans ook uit het aan de Verdragen gehechte protocol nr. 27 betreffende de interne markt en de mededinging (PB 2008, C 115, blz. 309; PB 2010, C 83, blz. 309), zoals het Hof recent in verband met artikel 102 VWEU heeft bevestigd (arrest TeliaSonera Sverige, aangehaald in voetnoot 65, punten 20-22). Zie ook artikel 119, lid 1, VWEU (oud artikel 4 EG), dat bepaalt dat de lidstaten en de Unie het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging dienen te eerbiedigen.

116 — In die zin ook advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in de zaak Hoechst (aangehaald in voetnoot 108, punt 174).

later stadium van de administratieve procedure uit te spreken, namelijk eerst, voorlopig, in de mededeling van de punten van bezwaar en vervolgens definitief in de beschikking waarmee de procedure wordt afgerond.¹¹⁷ Dit doet geen afbreuk aan de verweermogelijkheden van de betrokken ondernemingen, die juist worden gewaarborgd door de mededeling van de punten van bezwaar en het hiermee gepaard gaande recht om te worden gehoord.

zoals dat in de litigieuze beschikking wordt vastgesteld.¹¹⁹

147. Ook dit verwijt houdt geen steek. Het berust op een onnauwkeurige lezing van het bestreden arrest.

145. Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de bij de verificatie van april 1989 verkregen documenten ook in het kader van de op artikel 82 EG gebaseerde litigieuze beschikking mochten worden gebruikt.¹¹⁸

b) Derde onderdeel van het tweede middel (verwijt van onjuiste voorstelling van feiten)

146. Solvay verwijt het Gerecht in het kader van dit tweede middel bovendien feiten onjuist te hebben voorgesteld. Het Gerecht gaat haars inziens ten onrechte uit van een gelijkens tussen de ondernemingsafspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ten grondslag lagen aan de verificatie van 1989, en het misbruik van een machtspositie

148. Rekwirante gaat voorbij aan het feit dat het Gerecht niet de door artikel 85 EEG-Verdrag (artikel 81 EG, artikel 101 VWEU) en artikel 86 EEG-Verdrag (artikel 82 EG, artikel 102 VWEU) bestreken inbreuken op zich als soortgelijk heeft beschouwd, maar alleen de feiten („praktijken”) die de Commissie in het kader van haar verificatie heeft onderzocht en die uiteindelijk ook ten grondslag liggen aan haar litigieuze beschikking.¹²⁰ Juist die feiten — en niet de juridische kwalificatie ervan — zijn echter relevant voor de beoordeling van de vraag of de Commissie in strijd heeft gehandeld met de doelgebondenheid en het verbod op het gebruik van bewijs zoals bepaald in artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17.¹²¹

149. Zoals het Gerecht — in dit opzicht onbetwist — heeft vastgesteld¹²², ging het zowel in de verificatiebeschikking van 1989 als in de

117 — In die zin ook advocaat-generaal Mischo in zijn conclusie in de zaak Hoechst (aangehaald in voetnoot 108, punt 176).

118 — Zie met name punt 228 van het bestreden arrest.

119 — Een soortgelijke stelling is te vinden aan het slot van Solvay's opmerkingen betreffende het eerste onderdeel van het tweede middel.

120 — Punt 225 („praktijken”) en punt 226 („feiten”) van het bestreden arrest.

121 — Zie ook punten 139 en 143 van deze conclusie.

122 — Punten 223 en 224 van het bestreden arrest.

litigieuze beschikking van 2000 onder meer om de uitvoering van exclusieve leveringsafspraken. Tegen die achtergrond kon het Gerecht, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, oordelen dat de litigieuze beschikking voldoende verband hield met het voorwerp en het doel van de verificatie van 1989¹²³, zodat het verbod op het gebruik van bewijs van artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 niet was geschonden.

c) Tussenconclusie

150. Het tweede middel is dus in zijn geheel ongegrond.

C — Rechten van de verdediging (derde, vierde en vijfde middel)

151. Met haar derde, vierde en vijfde middel stelt Solvay in wezen schending van haar rechten van verdediging.

152. De eerbiediging van de rechten van de verdediging is in elke procedure die tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of

dwangsommen, kan leiden, een grondbeginsel van het recht van de Unie, dat talloze malen in de rechtspraak van het Hof is bekrachtigd.¹²⁴ Inmiddels is het ook in de artikelen 41, lid 2, sub a, en 48, lid 2, van het Handvest van de grondrechten gecodificeerd.¹²⁵

153. De door Solvay in het kader van haar derde, vierde en vijfde middel aangevoerde grieven zijn van fundamenteel belang en stellen het Hof in staat zijn rechtspraak betreffende de rechten van de verdediging in een kartelrechtelijke administratieve procedure te verdiepen.

154. De procedurele context van deze drie middelen is de volgende:

— Vóór de vaststelling van haar eerste boetebeschikking van 1990 in deze zaak (beschikking 91/229) bood de Commissie Solvay op basis van een mededeling van punten van bezwaar de gelegenheid haar standpunt toe te lichten.¹²⁶ Solvay kreeg echter geen echte toegang tot het dossier;

¹²⁴ — Arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a. (C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punt 92); zie ook arresten van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (hierna: „Thyssen Stahl”, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 30), en 3 september 2009, Papierfabrik Augustus Koehler/Commissie (C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, Jurispr. blz. I-7191, punt 34).

¹²⁵ — Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is eerst op 7 december 2000 te Nice (PB 2000, C 364, blz. 1) en vervolgens op 12 december 2007 te Straatsburg (PB 2007, C 303, blz. 1, en PB 2010, C 83, blz. 389) plechtig afgekondigd.

¹²⁶ — Punten 24 en 27 van het bestreden arrest.

¹²³ — Punt 226 van het bestreden arrest.

zij ontving slechts kopieën van de belastende bewijsstukken waarop de Commissie destijds haar punten van bezwaar gebaseerd had.¹²⁷ Het doel hiervan was de „procedure te vereenvoudigen”.¹²⁸

deel van haar stukken — om precies te zijn vijf ordners — niet meer kon vinden.¹³³ Ook een inhoudsopgave van de ontbrekende stukken kon de Commissie niet overleggen.¹³⁴

- In het jaar 2000, dat wil zeggen vóór de vaststelling van de tweede, in casu litigieuze boetebeschikking (beschikking 2003/6) werd Solvay niet opnieuw gehoord¹²⁹, en evenmin kreeg zij toegang tot het dossier.¹³⁰

155. Solvay stelt tegen deze achtergrond enerzijds schending van haar recht op toegang tot het dossier (derde en vierde middel, zie punt 1, hieronder) en anderzijds schending van haar recht om te worden gehoord (vijfde middel, zie punt 2, hieronder).

- Pas tijdens de tweede procedure voor het Gerecht (zaak T-57/01) legde de Commissie een deel van de stukken uit de administratieve procedure over, nadat zij door het Gerecht herhaaldelijk bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang hierom was verzocht.¹³¹ Solvay kon tal van stukken waartoe zij daarvoor nooit toegang had gehad, ter griffie van het Hof inzien. Zij werd bovendien in staat gesteld, zich ten overstaan van het Gerecht over de bruikbaarheid van de geraadpleegde documenten voor haar verdediging uit te spreken.¹³²

1. Recht op toegang tot het dossier (derde en vierde middel)

- Voor het Gerecht heeft de Commissie moeten toegeven dat zij het resterende

156. Als uitvloeisel van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging impliceert het recht op toegang tot het dossier dat de Commissie de betrokken onderneming de mogelijkheid moet bieden, alle voor haar verdediging eventueel relevante documenten in het onderzoeksdossier in te zien. Daartoe behoren zowel de belastende als de ontlastende stukken, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie.¹³⁵

127 — Punten 24, 450 en 451 van het bestreden arrest.

128 — Punt 451 van het bestreden arrest.

129 — Punt 43 van het bestreden arrest en punt 199 van de considerans van de litigieuze beschikking.

130 — Punten 455 en 456 van het bestreden arrest.

131 — Punten 57-65 van het bestreden arrest.

132 — Punten 67 en 68 van het bestreden arrest.

133 — Punten 65, 66 en 462 van het bestreden arrest.

134 — Punten 66, 454 en 464 van het bestreden arrest.

135 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 68) en arrest van 1 juli 2010, Knauf Gips (C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6375, punt 22).

157. Vaststaat dat Solvay in de administratieve procedure slechts op de hoogte is gesteld van die stukken die de Commissie in de litigieuze beschikking tegen haar heeft gebruikt. Tal van andere documenten uit het dossier waartoe Solvay op grond van haar rechten van verweer eveneens toegang had moeten worden geboden, konden door haar niet worden ingezien. Hierdoor heeft de Commissie in strijd met een fundamentele procedure-regel gehandeld¹³⁶, die een uitvloeisel is van het recht op goed bestuur.¹³⁷ Een dergelijke procedurele onregelmatigheid kan na de vaststelling van de litigieuze beschikking niet meer worden gedekt, in het bijzonder niet door de presentatie van afzonderlijke stukken tijdens een latere gerechtelijke procedure.¹³⁸

158. In het huidige stadium gaat het partijen alleen maar om de vraag of het Gerecht de litigieuze beschikking in het licht van de genoemde procedurele fout van de Commissie had moeten nietig verklaren. Volgens vaste rechtspraak leiden procedurele onregelmatigheden betreffende de toegang tot het dossier immers slechts tot nietigverklaring van een Commissiebeschikking wanneer zij gepaard

gingen met een schending van de rechten van de verdediging.¹³⁹

159. In tegenstelling tot de Commissie en het Gerecht is Solvay van mening dat haar rechten van de verdediging zijn geschonden, en zij onderbouwt dit met tal van argumenten. Zij refereert in wezen aan de in het Unierecht erkende algemene rechtsbeginselen betreffende de eerbiediging van de rechten van de verdediging, het vermoeden van onschuld en de verdeling van de bewijslast. Daarnaast stelt Solvay schending van de motiveringsplicht van artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof en schending van de artikelen 47, lid 2, 48 en 52, lid 3, van het Handvest van de grondrechten en van artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU.

160. Solvay gaat echter alleen maar nader in op de rechten van de verdediging en zijdelings op het vermoeden van onschuld en de motiveringsplicht. Haar sporadische verwijzingen naar het Handvest van de grondrechten, artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU hebben

136 — Van een dergelijke procedurele onregelmatigheid gaat ook het Gerecht in de punten 453 tot en met 456 van het bestreden arrest uit.

137 — Zie artikel 41, lid 2, sub b, van het Handvest van de grondrechten.

138 — Arresten van 8 juli 1999, *Hercules Chemicals/Commissie* (hierna: „*Hercules*”, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 78), en 2 oktober 2003, *Corus UK/Commissie* (hierna: „*Corus UK*”, C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 128), en arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 318) en Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 104); zie ook arresten Gerecht van 29 juni 1995, *Solvay/Commissie* (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punt 98) en *ICI/Commissie* (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punt 108).

139 — Arresten *Hercules* (aangehaald in voetnoot 138, punt 77), *Corus UK* (aangehaald in voetnoot 138, punt 127) en *PVC II* (aangehaald in voetnoot 105, punten 317, 322 en 323).

geen zelfstandige betekenis en behoeven derhalve niet nader te worden onderzocht. Aangaande artikel 6, lid 1, VEU volstaat het erop te wijzen dat die bepaling op zich geen garanties betreffende de grondrechten bevat. Artikel 6 EVRM is vóór de toetreding van de Unie tot dit Verdrag¹⁴⁰ niet rechtstreeks van toepassing op de instellingen in de Unie, al wordt het wel bij de uitlegging en toepassing van de gelaakte algemene rechtsbeginselen en grondrechten van het Unierecht in aanmerking genomen.¹⁴¹

b, hieronder); vervolgens behandel ik de grieven die betrekking hebben op de verdwenen stukken (derde middel, zie punt c, hieronder).

a) Ontvankelijkheid van het derde en het vierde middel

161. Bij de bespreking van de grieven van Solvay betreffende de rechten van de verdediging, het vermoeden van onschuld en de motiveringsplicht zal ik mij aan de door de Commissie voorgestelde volgorde houden, die is georiënteerd aan de opbouw van het bestreden arrest. Ik zal derhalve om te beginnen ingaan op de ontvankelijkheid van het derde en het vierde middel (zie punt a, hieronder) en vervolgens op de grieven die betrekking hebben op de stukken die in eerste aanleg konden worden geraadpleegd (vierde middel, zie punt

162. De Commissie betwist de ontvankelijkheid van het derde en het vierde middel. Volgens haar maakt de beoordeling van de bruikbaarheid van bepaalde stukken voor de verdediging van een onderneming deel uit van de beoordeling van de feiten en het bewijs, die alleen de zaak is van het Gerecht en in hogere voorziening principieel niet kan worden getoetst.

163. Deze opvatting overtuigt mij niet. In casu wordt het Hof niet ertoe aangezet wat individuele stukken betreft zijn eigen beoordeling in plaats van die van het Gerecht te stellen.¹⁴² Het wordt veeleer verzocht na te gaan of het Gerecht bij zijn beoordeling

140 — Artikel 6, lid 2, VEU in de versie van het Verdrag van Lissabon.

141 — Zie bijvoorbeeld arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 64); in dezelfde zin arresten van 28 maart 2000, Krombach (C-7/98, Jurispr. blz. I-1935, punten 25 en 26); 14 februari 2008, Varec (C-450/06, Jurispr. blz. I-581, punt 44 en 46), en 23 december 2009, Spector Photo Group en Van Raemdonck (C-45/08, Jurispr. blz. I-12073, punt 43).

142 — Dit zou inderdaad onrechtmatig zijn (zie arrest PVC II, aangehaald in voetnoot 105, punten 330 en 331, en arrest Aalborg Portland, aangehaald in voetnoot 35, punt 77 juncto punt 76).

van de feiten en het bewijs is uitgegaan van de juiste criteria en maatstaven. Dit is een rechtsvraag die in hogere voorziening kan worden getoetst door het Hof.¹⁴³

b) De stukken die uitsluitend bij het Gerecht konden worden ingezien (vierde middel)

164. Met haar vierde middel komt Solvay op tegen de punten 417 tot en met 446 van het bestreden arrest, die betrekking hebben op de bruikbaarheid van de voor het eerst tijdens de gerechtelijke procedure te raadplegen stukken voor de verdediging van Solvay. Aangezien het Gerecht die bruikbaarheid niet bewezen achtte, kwam het tot de conclusie dat de Commissie de rechten van de verdediging niet heeft geschonden.¹⁴⁴

i) Eerste onderdeel van het vierde middel

165. Het eerste onderdeel van het vierde middel bevat twee bezwaren tegen het bestreden arrest, waarvan ik het eerste ongegrond, het tweede daarentegen gegrond acht.

143 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 125); zie bij wijze van aanvulling punt 73 van deze conclusie en de in voetnoot 58 aangehaalde rechtspraak.

144 — Punt 446 van het bestreden arrest.

166. Rekwirante is enerzijds van mening dat het Gerecht de in eerste aanleg gelaakte inbreuken op de rechten van de verdediging vooraf had moeten onderzoeken, dat wil zeggen vóór de gelaakte materieelrechtelijke beoordelingsfouten. Anders zou het risico bestaan dat het Gerecht zich bij de beoordeling van het nut van verschillende stukken voor de verdediging van een onderneming reeds door het resultaat van de inhoudelijke toetsing van de litigieuze beschikking laat leiden.

167. Dit eerste bezwaar moet van de hand worden gewezen. Zoals de Commissie terecht opmerkt, bestaat er geen dwingende logische volgorde met betrekking tot de toetsing van materieel- en procedurerechtelijke grieven.¹⁴⁵ (Of het Gerecht zich bij de beoordeling van de procedurerechtelijke grieven inhoudelijk mag laten leiden door het lot van de materieelrechtelijke grieven van een onderneming, zal ik nog apart in het kader van het derde middel onderzoeken.¹⁴⁶)

168. Anderzijds verwijt Solvay het Gerecht het doel van de toegang tot het dossier te restrictief te interpreteren. Haars inziens had het Gerecht de bruikbaarheid van diverse

145 — Ook het Hof heeft reeds in een aantal gevallen materieelrechtelijke vragen vóór de aangevoerde procedurele grieven onderzocht; zie bijvoorbeeld arrest Corus UK (aangehaald in voetnoot 138, punten 72-114 en 115-138), en arrest van 18 september 2003, Volkswagen/Commissie (C-338/00 P, Jurispr. blz. I-9189, punten 38-105 en 106-117).

146 — Zie punten 197-200 van deze conclusie.

documenten voor de verdediging niet mogen ontkennen met het argument dat Solvay reeds op de hoogte was van de hierin vervatte informatie dan wel dat de informatie betrekking had op punten die zij toch al had aangevoerd.

169. Dit tweede bezwaar is in tegenstelling tot het eerste steekhoudend.

170. Het recht op toegang tot het dossier beoogt te waarborgen dat de bij de administratieve procedure betrokken ondernemingen die een inbreuk op de mededingingsregels van het Unierecht wordt verweten (hierna ook: „betrokken ondernemingen”), hun rechten van verdediging daadwerkelijk kunnen uitoefenen.¹⁴⁷ Zij moeten in staat worden gesteld kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat zij op grond daarvan hun standpunt over de conclusies van de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar behoorlijk kenbaar kunnen maken.¹⁴⁸ Op deze wijze wordt ook een bijdrage geleverd tot de equality of arms tussen de betrokken onderneming en de Commissie en dus uiteindelijk tot een eerlijke administratieve procedure.

171. Indien ontlastende documenten niet aan de betrokken onderneming zijn meegedeeld

in het kader van de administratieve procedure, behoeft zij later enkel aan te tonen dat de niet-overlegging daarvan het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking van de Commissie in haar nadeel heeft kunnen beïnvloeden.¹⁴⁹ Het volstaat dat de onderneming aantoont dat zij die ontlastende stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken.¹⁵⁰

172. Dit geldt uiteraard primair voor documenten die de betrokken onderneming in de administratieve procedure in staat zouden hebben gesteld om nieuwe aspecten aan te voeren. In het arrest Aalborg Portland spreekt het Hof in dit verband van aspecten „die niet overeenstemden met de deducties die de Commissie in dat stadium had verricht en dus op enigerlei wijze het oordeel van de Commissie in de eventuele beschikking had kunnen beïnvloeden, althans wat de zwaarte en de duur van het haar verweten gedrag en derhalve het bedrag van de geldboete betreft”.¹⁵¹

173. Ik ben echter niet van mening dat uit het arrest Aalborg Portland evenals een aantal andere arresten waarin het Hof soortgelijke

¹⁴⁷ — Arresten Hercules (aangehaald in voetnoot 138, punt 76), Corus UK (aangehaald in voetnoot 138, punt 126) en PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 315) en arrest van 10 mei 2007, SGL Carbon/Commissie (C-328/05 P, Jurispr. blz. I-3921, punt 55).

¹⁴⁸ — Arresten Hercules (aangehaald in voetnoot 138, punt 75), Corus UK (aangehaald in voetnoot 138, punt 125) en PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 315).

¹⁴⁹ — Arresten Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 74) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23).

¹⁵⁰ — Arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punten 318 en 324), Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 75) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23).

¹⁵¹ — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 75); zie ook arrest Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23) evenals het slot van punt 28, waarin erop wordt gewezen dat de Commissie bepaalde argumenten reeds in de litigieuze beschikking in aanmerking heeft genomen).

formuleringen heeft gebruikt¹⁵², volgt dat het doel van de toegang tot het dossier in het algemeen beperkt is tot het louter opsporen van nieuwe aspecten. Mijns inziens blijkt integendeel reeds uit het arrest Aalborg Portland een zekere openheid van het Hof voor andere doelstellingen van de toegang tot het dossier, die vooral tot uitdrukking komt in de formulering „op enigerlei wijze [...] had kunnen beïnvloeden”.¹⁵³

174. Zoals Solvay terecht opmerkt, wordt met de toegang tot het dossier niet alleen beoogd de betrokken ondernemingen in staat te stellen nieuwe argumenten of aspecten in de administratieve procedure in te brengen. De toegang tot het dossier is veeleer ook van zeer groot praktisch belang omdat de betrokken onderneming daarmee de mogelijkheid krijgt haar betoog in het kader van de administratieve procedure te vergelijken met de opmerkingen van derden — bijvoorbeeld klanten, leveranciers, concurrenten en beroepsorganisaties. Met name kan de betrokken onderneming bepaalde opmerkingen van derden eventueel gebruiken om haar eigen argumentatie ten opzichte van de Commissie beter te onderbouwen.

175. Het ligt voor de hand dat de argumentatie van de betrokken onderneming ten opzichte van de Commissie meer gewicht kan krijgen wanneer deze niet alleen gebaseerd is op haar eigen interne documenten en gegevens of algemeen toegankelijke bronnen, maar ook nog eens wordt bevestigd door de opmerkingen van derden die mogelijkwerijs zelfs tegenstrijdige belangen nastreven.¹⁵⁴ In de administratieve procedure gaat het namelijk niet alleen erom dat de betrokken onderneming steekhoudende argumenten aanvoert, maar ook dat zij ze substantieert en met voldoende bewijs onderbouwt.

176. Dit is door het Gerecht niet onderkend. In het bestreden arrest stelt het meerdere malen dat de niet-overlegging van bepaalde documenten tijdens de administratieve procedure het verloop van de procedure en de inhoud van de litigieuze beschikking niet in het nadeel van Solvay heeft kunnen beïnvloeden

— aangezien de onderneming „niet onkundig was” van de in de documenten vermelde elementen¹⁵⁵,

152 — Zie het door de Commissie aangevoerde arrest Corus UK (aangehaald in voetnoot 138, punt 134) en het arrest Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23 evenals het slot van punt 28).

153 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 75), recent bekrachtigd in het arrest Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23).

154 — Op dit fundamentele argument van rekwirante is de Commissie in haar memorie van antwoord in de hogere voorziening ten onrechte slechts in een voetnoot ingegaan om het als „goedkoop” af te doen.

155 — Punten 423 en 424 van het bestreden arrest.

- aangezien de onderneming in staat was bepaalde informatie zelf over te leggen¹⁵⁶ zonder dat zij zich behoefde te baseren op de documenten van haar concurrenten¹⁵⁷,

ii) Tweede onderdeel van het vierde middel

- aangezien de onderneming bepaalde, uit de documenten voortvloeiende argumenten reeds had aangevoerd¹⁵⁸ of

178. In het tweede onderdeel van het vierde middel verwijt Solvay het Gerecht te strenge eisen te hebben gesteld aan het bewijs van een schending van de rechten van de verdediging. Rekwrante verwijst in die context naar een aantal passages van het bestreden arrest waarin het Gerecht stelt dat

- aangezien de Commissie reeds op de hoogte was van de uit de documenten blijken de feitelijke situatie.¹⁵⁹

- Solvay niet heeft „aangetoond dat de niet-overlegging van [bepaalde documenten] het verloop van de procedure en de inhoud van de litigieuze beschikking in haar nadeel heeft kunnen beïnvloeden”¹⁶², en dat

177. De toegang tot het dossier dient de betrokken onderneming in staat te stellen *zich beter te verdedigen*¹⁶⁰ dan zij op eigen kracht had kunnen doen. Door zijn te restrictieve interpretatie van het doel van de toegang tot het dossier, die geen rekening houdt met de zojuist genoemde aspecten¹⁶¹, heeft het Gerecht de draagwijdte van de rechten van de verdediging in de administratieve procedure miskend en dus blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

- de na de raadpleging van het dossier door rekwrante aangevoerde elementen niet afdoen aan de analyse van de Commissie in de litigieuze beschikking.¹⁶³

156 — Punt 427 van het bestreden arrest.

157 — Punt 442 van het bestreden arrest.

158 — Punt 432 van het bestreden arrest.

159 — Punt 440 van het bestreden arrest.

160 — Dienovereenkomstig benadrukt het Hof in zijn rechtspraak inzake mededingings- en antidumpingprocedures dat een schending van de rechten van de verdediging reeds moet worden aangenomen wanneer de betrokken onderneming zich zonder een procedurele onregelmatigheid *beter had kunnen verdedigen* [arrest Thyssen Stahl (aangehaald in voetnoot 124, punt 31) en arrest van 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad; hierna: „Foshan” (C-141/08 P, Jurispr. blz. I-9147, punt 94)].

161 — Zie punten 174-176 van deze conclusie.

179. Zoals Solvay terecht stelt, geldt met betrekking tot de vraag of door procedurele onregelmatigheden bij de toegang tot het dossier de rechten van de verdediging zijn geschoonden, niet als maatstaf of de niet-overlegging van een ontlastend document het verloop van

162 — Punt 441 van het bestreden arrest.

163 — Punt 428 van het bestreden arrest.

de procedure en de inhoud van de beschikking van de Commissie ten nadele van deze onderneming „heeft beïnvloed”, maar „heeft kunnen beïnvloeden”.¹⁶⁴

180. Het verschil tussen de formuleringen „heeft beïnvloed” en „heeft kunnen beïnvloeden” lijkt wellicht op het eerste gezicht minimaal. Men zou derhalve geneigd kunnen zijn de grief van Solvay af te doen als semantische spitsvondigheid.

181. In werkelijkheid blijkt uit deze taalkundige nuances echter dat het Gerecht bij de beoordeling van de door Solvay gelaakte schending van haar rechten van verweer verkeerde maatstaven heeft toegepast: het heeft ten onrechte het bewijs verlangd dat de administratieve procedure op grond van de mededeling van de litigieuze stukken tot een ander resultaat zou hebben geleid.¹⁶⁵ In wezen had het Gerecht alleen maar relevant mogen achten of de betrokken onderneming heeft aangetoond dat er een — zij het nog zo kleine — kans bestond dat de stukken waarin in de administratieve procedure geen inzage was verleend, voor haar verdediging van nut hadden kunnen zijn.¹⁶⁶ De betrokken onderneming behoeft namelijk niet aan te tonen dat, indien zij toegang tot de niet-meegedeelde stukken had gehad, de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid.¹⁶⁷

182. Dit betekent dat het Gerecht bij de beoordeling van de rechten van de verdediging blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

183. Solvay stelt in dit verband bovendien schending van het vermoeden van onschuld, maar die grief heeft mijns inziens naast de gelaakte schending van de rechten van de verdediging geen zelfstandige betekenis, zodat ik hierop niet nader zal ingaan.

184. Ten slotte is Solvay van mening dat de motivering van het bestreden arrest tegenstrijdig is, omdat het Gerecht weliswaar in de inleiding naar de juiste beoordelingsmaatstaf verwijst („een kans, hoe klein ook, dat de administratieve procedure een andere afloop zou hebben gehad”¹⁶⁸), maar later van een strengere maatstaf uitgaat (Solvay heeft niet „aangetoond dat de niet-overlegging van de documenten [...] het verloop van de procedure en de inhoud van de litigieuze beschikking in haar nadeel heeft kunnen beïnvloeden”¹⁶⁹ en de door haar aangevoerde argumenten „doen niet af aan de analyse van de Commissie in de litigieuze beschikking”¹⁷⁰). Zoals ik echter reeds heb uiteengezet¹⁷¹, gaat het bij de eisen omtrent het bewijs van een schending van de rechten van de verdediging om een inhoudelijke vraag en niet om een kwestie van motivering van het bestreden arrest. Ook al heeft het Gerecht in verband met de rechten van

164 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 74).

165 — Arrest Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 28).

166 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 131).

167 — Arresten Hercules (aangehaald in voetnoot 138, punt 81), Corus UK (aangehaald in voetnoot 138, punt 128) en PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 318).

168 — Punt 407 van het bestreden arrest.

169 — Punt 441 van het bestreden arrest.

170 — Punt 428 van het bestreden arrest.

171 — Zie punt 180 van deze conclusie.

de verdediging blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dit betekent nog niet dat er ook sprake is van een motiveringsfout.

187. Rekwirante uit tal van bezwaren tegen de bestreden passage van het arrest, waarop alle zes onderdelen van het derde middel betrekking hebben. Deze overlappen elkaar echter op tal van punten. In wezen gaat het altijd om dezelfde vraag: mocht het Gerecht uitsluiten dat de verloren stukken van nut konden zijn voor de verdediging van Solvay?¹⁷⁴

iii) Tussenconclusie

185. Het vierde middel is dus grotendeels gegrond. Het Gerecht heeft enerzijds bij de toetsing van het nut van de tijdens de administratieve procedure niet voor inzage vrijgegeven stukken het doel van de toegang tot het dossier verkeerd beoordeeld, en anderzijds te strenge eisen gesteld aan het bewijs van schending van de rechten van de verdediging.

188. Ik ben net als rekwirante van mening dat die vraag ontkennend moet worden beantwoord.

c) Verdwenen stukken (derde middel)

186. Met het derde middel wordt het verdwijnen van stukken van de Commissie aan de orde gesteld. Het is gericht tegen de punten 465 tot en met 482 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht ingaat op de vraag of het ontbreken van vijf ordners afbreuk doet aan de rechten van de verdediging van Solvay¹⁷² en dit ontkent.¹⁷³

189. Het uitgangspunt behoort te zijn dat een onderneming waaraan tijdens de administratieve procedure op onrechtmatige wijze de inzage in bepaalde delen van het dossier is geweigerd, ten overstaan van de rechter alleen maar behoeft aan te tonen dat het de betrokken stukken voor haar verdediging had kunnen gebruiken.¹⁷⁵ Het volstaat dat de onderneming aantoont dat er een — zij het nog zo kleine — kans bestond dat de stukken waarin in de administratieve procedure geen inzage is verleend, voor haar verdediging van nut hadden kunnen zijn.¹⁷⁶

172 — Punt 465 van het bestreden arrest.

173 — Punten 481 en 482 van het bestreden arrest.

174 — Zie met name punt 479 van het bestreden arrest.

175 — Arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punten 318 en 324), Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 75) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 23).

176 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 131).

190. In casu werd de beoordeling door het Gerecht van het nut van de stukken die Solvay niet heeft kunnen raadplegen, natuurlijk bemoeilijkt door het feit dat die stukken niet meer konden worden teruggevonden.

De arresten tot dusver hadden namelijk betrekking op stukken uit de administratieve procedure waarvan de inhoud vaststond en door de rechter kon worden getoetst.¹⁷⁹

191. Het zou beslist niet juist zijn altijd automatisch aan te nemen dat verloren stukken uit het dossier voor de verdediging van de betrokken onderneming van nut hadden kunnen zijn. Indien bijvoorbeeld aan de hand van een gedetailleerde inhoudsopgave aannemelijk is dat de betrokken delen van het dossier uitsluitend documenten bevatten die sowieso niet hadden mogen worden ingezien — ontwerpbeschikkingen en interne documenten van de Commissie, maar in voorkomend geval ook andere vertrouwelijke stukken¹⁷⁷ —, kan een schending van de rechten van de verdediging bij voorbaat worden uitgesloten.

193. Principieel is het aan de onderneming om aan te tonen en te bewijzen dat delen van het dossier die zij tijdens de administratieve procedure op onrechtmatige wijze niet heeft kunnen inzien, van nut zouden zijn geweest voor haar verdediging.¹⁸⁰ Dit veronderstelt echter wel dat de onderneming ten minste over gedetailleerde aanwijzingen betreffende de auteurs evenals de aard en de inhoud van de documenten die zij niet heeft mogen raadplegen, kan beschikken.

194. Dat delen van het dossier niet meer teruggevonden kunnen worden, valt echter onder de verantwoordelijkheid van de Commissie. Zij is overeenkomstig het beginsel van goed bestuur verplicht het dossier adequaat te beheren en veilig te bewaren. Tot een adequaat beheer behoort niet in de laatste plaats ook de opstelling van een duidelijke inhoudsopgave met het oog op later te verlenen toegang tot het dossier.

192. In het onderhavige geval kon de inhoud van de verdwenen delen van het dossier echter nog niet eens bij benadering gereconstrueerd worden.¹⁷⁸ Wie de verantwoordelijkheid hiervoor moet dragen, is in de rechtspraak — voor zover valt op te maken — nog niet uitgemaakt.

195. Indien de inhoud van verloren stukken — zoals in casu — wegens het ontbreken van een dergelijke inhoudsopgave niet met zekerheid kan worden gereconstrueerd, dan

¹⁷⁷ — Arresten Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punt 68) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punt 22).

¹⁷⁸ — Punt 464 van het bestreden arrest.

¹⁷⁹ — Zie met name arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105), Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35), Corus UK (aangehaald in voetnoot 138) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135).

¹⁸⁰ — Arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punten 318 en 324), Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punten 74, 75 en 131) en Knauf Gips (aangehaald in voetnoot 135, punten 23 en 24).

is er met betrekking tot de rechten van de verdediging slechts één conclusie mogelijk: het kan niet worden uitgesloten dat de betrokken onderneming de verdwenen stukken voor haar verdediging had kunnen gebruiken.

196. Het Gerecht gaat in het bestreden arrest niettemin uit van het tegenovergestelde: zijns inziens kan worden uitgesloten dat rekwirante in de ontbrekende „subdossiers” documenten zou hebben kunnen vinden die dienstig waren geweest voor haar verdediging.¹⁸¹

197. Het neemt daarbij in aanmerking dat alle door Solvay tegen de litigieuze beschikking aangevoerde materiële grieven („bezwaren ten gronde”) falen.¹⁸² De beoordeling van het nut van de verdwenen stukken voor de verdediging van Solvay wordt dus gekoppeld aan de gegrondheid van haar bezwaren tegen de vaststelling van misbruik van machtspositie.¹⁸³ Het Gerecht lijkt met andere woorden te vermoeden dat wie er al slecht voorstond, zijn heil ook niet in de resterende delen van het dossier had kunnen vinden.

198. Deze benadering getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Vanzelfsprekend moet aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval worden onderzocht of er sprake is van een schending van

de rechten van de verdediging. Bij dat onderzoek moet echter worden uitgegaan van hetgeen *de Commissie* de betrokken onderneming ten laste legt, welke verwijten zij dus aan het adres van die onderneming richt.¹⁸⁴ Want tegen die „grieven” van de Commissie moet de onderneming zich verdedigen. Welke materiële grieven *de onderneming* zelf tot dusver tegen de litigieuze beschikking heeft aangevoerd en of deze slagen, doet daarentegen geheel niet ter zake.

199. Het Gerecht laat het nut van de verdwenen documenten voor Solvay ervan afhangen of haar reeds aangevoerde argumenten „doel treffen”¹⁸⁵ of „feitelijke grond missen”¹⁸⁶, of Solvay bepaalde vaststellingen van de Commissie heeft betwist¹⁸⁷ en of zij bepaalde punten niet heeft toegelicht¹⁸⁸.

200. De enige vraag die het Gerecht had moeten interesseren, had echter moeten zijn of de ontbrekende stukken eventueel informatie bevatten die Solvay in staat had gesteld haar bestaande argumentatie tegen de litigieuze beschikking beter te onderbouwen of zelfs nieuwe argumenten naar voren te brengen.

181 — Punt 479 van het bestreden arrest.

182 — Punten 469-478 van het bestreden arrest.

183 — Punt 468 van het bestreden arrest.

184 — Arrest Aalborg Portland (aangehaald in voetnoot 35, punten 127, 128 en 131).

185 — Punten 470, 475 en 480 van het bestreden arrest.

186 — Punt 478 van het bestreden arrest.

187 — Punten 472, 474, 477 en 478 van het bestreden arrest.

188 — Punt 476 van het bestreden arrest.

201. Het Gerecht gaat deze vraag uit de weg door de door de Commissie reeds aangevoerde bewijzen van het bestaan van een machtspositie en het misbruik daarvan op de voorgrond te plaatsen.¹⁸⁹ Aldus gaat het echter vrijwel geheel voorbij aan het feit dat de verdwenen stukken informatie hadden kunnen bevatten die die bewijzen op losse schroeven zette of althans in een ander licht plaatste. Dit is door Solvay terecht benadrukt.

202. Ten eerste is in dit verband van belang dat grote marktaandeelen weliswaar *op het eerste gezicht* bewijs opleveren van een machtspositie van Solvay, maar dat, zoals het Gerecht zelf erkent¹⁹⁰, dit slechts geldt uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.¹⁹¹ Waarom Solvay echter zelf kennis zou moeten hebben van alle eventuele uitzonderlijke omstandigheden zodat zij voor haar verdediging niets meer aan de verdwenen documenten zou hebben gehad¹⁹², legt het Gerecht niet uit. Ook uit de opmerkingen van derden kan dienstige informatie worden gewonnen omtrent marktaandeelen, de positie van concurrenten en de omvang van een eventueel

compenserende marktmacht van de klanten van de betrokken onderneming.¹⁹³

203. Ten tweede wil ik eraan herinneren dat het misbruikarakter van bepaalde gedragingen van Solvay — bijvoorbeeld van de door haar toegekende kortingen — weliswaar uit „directe schriftelijke bewijzen” blijkt¹⁹⁴, maar dat het bestaan van misbruik wellicht ondanks deze eerste indruk moet worden ontkend ingeval er aanwijzingen zouden zijn voor een objectieve economische rechtvaardiging.¹⁹⁵ Dergelijke aanwijzingen behoeven niet noodzakelijkerwijs afkomstig te zijn uit de sfeer van de dominante onderneming zelf, maar kunnen ook door derden — bijvoorbeeld de klanten van de betrokken ondernemingen — worden geleverd. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat dergelijke aanwijzingen in de verdwenen stukken te vinden waren geweest.¹⁹⁶

204. In tegenstelling tot de opvatting van het Gerecht stond het niet aan Solvay om precies aan te tonen in hoeverre de verdwenen stukken voor haar voordelige elementen hadden kunnen bevatten. Het was onmogelijk de inhoud van die documenten voor het Gerecht te reconstrueren, en het onmogelijke kan van niemand worden verlangd. Ook de gevolgen

189 — Punten 470-478 van het bestreden arrest.

190 — Punt 470 van het bestreden arrest.

191 — Zie ook punten 50-53 en 57-62 van deze conclusie.

192 — In deze zin argumenteert het Gerecht in punt 470 van het bestreden arrest.

193 — Interessant genoeg lijkt de Commissie zelf ervan uit te gaan dat althans sommige van de ontbrekende orders „correspondentie met betrekking tot artikel 11 van verordening nr. 17” bevatten, dat wil zeggen inlichtingenverzoeken van de Commissie aan verschillende ondernemingen en hun antwoorden hierop (zie punt 66 van het bestreden arrest).

194 — Zie met name punten 473 en 476 van het bestreden arrest.

195 — Zie punt 77 van deze conclusie en de in voetnoot 65 aangehaalde rechtspraak.

196 — Zie nogmaals de opmerking in voetnoot 193.

van die onmogelijkheid mochten niet ten laste van Solvay worden gebracht, aangezien het verdwijnen van de betrokken documenten onder de verantwoordelijkheid van de Commissie viel.¹⁹⁷ Het steeds weer herhaalde standpunt van het Gerecht dat Solvay het nut van de verdwenen documenten voor haar verdediging gesubstantieerd had moeten aantonen¹⁹⁸, getuigt dus van een onjuiste rechtsopvatting.

205. Al met al is het Gerecht bij de beoordeling van de vraag of de verdwenen stukken dienstig hadden kunnen zijn voor de verdediging van Solvay, uitgegaan van de verkeerde maatstaven. Het heeft niet onderkend welke eisen de rechten van de verdediging in dit opzicht meebrengen. Dit betekent dat het derde middel slaagt.

206. De door Solvay in dit verband eveneens gestelde schending van het vermoeden van onschuld heeft geen zelfstandige betekenis die verder gaat dan de reeds besproken vraagstukken betreffende de stelplicht en de bewijslast in het kader van de rechten van de verdediging. Hierop behoeft derhalve niet apart te worden ingegaan.

197 — Zie punt 194 van deze conclusie.

198 — Zie bijvoorbeeld punten 473 („moet verzoekster aangeven”), 474 („had verzoekster moeten aangeven”) en 476 van het bestreden arrest („verzoekster heeft niet verduidelijkt”).

2. Recht om te worden gehoord (vijfde middel)

207. Met haar vijfde middel vecht Solvay de punten 184 tot en met 193 van het bestreden arrest aan, waarin het Gerecht tot de conclusie komt dat de Commissie niet verplicht was rekwirante vóór het vaststellen van de litigieuze beschikking opnieuw te horen.¹⁹⁹ Volgens Solvay had echter in het kader van de administratieve procedure in 2000 een nieuwe hoorzitting moeten plaatsvinden, omdat de eerste — door het Gerecht nietig verklaarde — boetebeschikking (beschikking 91/229) niet alleen niet naar behoren was gewaardeerd, maar bovendien ook was vastgesteld zonder dat haar de noodzakelijke toegang tot het dossier was geboden.

a) Eerste onderdeel van het vijfde middel

208. In het eerste onderdeel van dit middel stelt Solvay schending van de motiveringsplicht van artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof. Het bestreden arrest gaat niet in op de vraag of de procedurele onregelmatigheden met betrekking tot de toegang tot het dossier in de eerste administratieve procedure een nieuwe hoorzitting noodzakelijk maakten. Het Gerecht

199 — Zie met name punt 191 van het bestreden arrest.

zou dus een klacht van Solvay niet hebben behandeld.

209. Deze grief moet worden afgewezen. Het Gerecht is, zij het ook maar in één zin, ingegaan op de vraag of Solvay vanwege de voorafgaande procedurefouten bij de toegang tot het dossier opnieuw diende te worden gehoord: het heeft als antwoord naar zijn opmerkingen inzake de toegang tot het dossier verwezen.²⁰⁰ Dit was vanuit het oogpunt van het Gerecht logisch en consequent, aangezien het van oordeel was dat de Commissie in verband met de niet verleende inzage in het dossier niet in strijd met de rechten van de verdediging had gehandeld.²⁰¹ Het lag derhalve in de lijn van de in het bestreden arrest gekozen benadering dat Solvay niet nogmaals behoefde te worden gehoord.

210. Dit betekent dat het oordeel van het Gerecht betreffende het recht om te worden gehoord naar behoren is gemotiveerd. Of het ook inhoudelijk juist is, komt aan de orde in het tweede onderdeel van het vijfde middel, waarop ik thans zal ingaan.

b) Tweede onderdeel van het vijfde middel

211. In het tweede onderdeel van het vijfde middel gaat Solvay inhoudelijk in op de vraag

of zij gezien de procedurefouten die zich in 1990 bij de toegang tot het dossier hadden voorgedaan, later — vóór de vaststelling van de tweede, in casu bestreden boetebeschikking (beschikking 2003/6) in het jaar 2000 — opnieuw had moeten worden gehoord.

212. Solvay stelt in wezen schending van haar recht om te worden gehoord, en van haar rechten van de verdediging in het algemeen. Daarnaast klaagt zij over inbreuken op de artikelen 47, lid 2, 48 en 52, lid 3, van het Handvest van de grondrechten, op artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU, op het beginsel van goed bestuur en op artikel 266 VWEU (oud artikel 233 EG). Al deze grieven hebben met elkaar gemeen dat Solvay het Gerecht verwijt niet te hebben onderkend dat de Commissie rekwrante opnieuw had moeten horen.

213. Het recht om te worden gehoord maakt deel uit van de rechten van de verdediging die in het kader van kartelrechtelijke administratieve procedures moeten worden geëerbiedigd. Het houdt in dat de in een onderzoek betrokken onderneming tijdens die procedure in staat wordt gesteld haar standpunt kenbaar te maken over de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook over de stukken waarop de Commissie

²⁰⁰ — Punt 192 van het bestreden arrest.

²⁰¹ — Zie punten 156-206 van deze conclusie.

zich baseert.²⁰² Op het vlak van de afgeleide wetgeving was dat beginsel ten tijde van de vaststelling van de litigieuze beschikking vastgelegd in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17.²⁰³

214. Onbetwist is dat Solvay in de onderhavige zaak in 1990 — voorafgaande aan de vaststelling van de eerste boetebeschikking (beschikking 91/299) — door de Commissie op basis van een mededeling van punten van bezwaar is gehoord. Omstreden is alleen of tot de maatregelen die de Commissie na de nietigverklaring van die eerste boetebeschikking overeenkomstig artikel 233 EG (thans artikel 266 VWEU) diende te nemen, ook een nieuwe hoorzitting behoorde.

215. In een kartelrechtelijke administratieve procedure volgens verordening nr. 17 verplicht artikel 233 EG de Commissie niet automatisch de gehele procedure weer van voren af aan te beginnen. De Commissie kan de draad weer oppakken op het punt van de procedure waarop de fout volgens de rechters van de Unie is begaan. Voor zover de handelingen die in temporeel opzicht voorafgingen

aan de procedurefout rechtmatig waren, behoeven zij niet te worden herhaald.

216. In de zaak PVC, waarin een eerste beschikking van de Commissie wegens een vormfout bij de definitieve vaststelling ervan door het college van Commissieleden was nietig verklaard, ging het Hof ermee akkoord dat de Commissie, zonder de betrokken ondernemingen opnieuw te horen, een tweede, in wezen gelijklopende beschikking vaststelde.²⁰⁴ Naar die rechtspraak heeft het Gerecht in het bestreden arrest verwezen ter onderbouwing van zijn standpunt dat ook in casu Solvay niet opnieuw hoefde te worden gehoord.²⁰⁵

217. Op het eerste gezicht vertonen de zaak PVC en de onderhavige zaak inderdaad sterke gelijkenissen. Ook in casu was de eerste boetebeschikking van de Commissie (beschikking 91/299) wegens een vormfout aan het einde van de administratieve procedure — om precies te zijn bij de waarmerking van de beschikking — nietig verklaard.

218. Maar bij nader onderzoek blijkt er een wezenlijk verschil te bestaan: in tegenstelling tot de zaak PVC was er in casu in de administratieve procedure reeds lang voor de fase van definitieve vaststelling en waarmerking van

202 — Arrest van 25 januari 2007, *Dalmine/Commissie* (C-407/04 P, Jurispr. blz. I-829, punt 44), en arrest *SGL Carbon/Commissie* (aangehaald in voetnoot 147, punt 71); zie ook arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (100/80–103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 10), en arresten *Michelin I* (aangehaald in voetnoot 60, punt 7), *PVC II* (aangehaald in voetnoot 105, punt 85) en *Impala* (aangehaald in voetnoot 52, punt 61); in dezelfde zin — op andere rechtsgebieden — arresten van 24 oktober 1996, *Commissie/Lisrestal e.a.* (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21), en 3 september 2008, *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie* (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, met name punt 348), en arrest *Foshan* (aangehaald in voetnoot 160, punt 83).

203 — Thans artikel 27, leden 1 en 2, van verordening nr. 1/2003.

204 — Arrest *PVC II* (aangehaald in voetnoot 105, met name punt 88).

205 — Zie met name punten 184 en 185 van het bestreden arrest.

de boetebeschikking sprake van een ernstige onregelmatigheid, aangezien Solvay geen juridisch correcte toegang was verleend tot het dossier.²⁰⁶

de Commissie ten aanzien van de verlening van toegang tot het dossier.²⁰⁹

219. De Unierechters zijn in hun arresten betreffende de eerste boetebeschikking (beschikking 91/299)²⁰⁷ niet ingegaan op het recht op toegang tot het dossier en de rechten van de verdediging, maar hebben zich tot de problematiek van de waarmede beperkt. Hieruit volgt echter niet dat de Unierechters hebben bevestigd dat de administratieve procedure wat de toegang tot het dossier en de rechten van de verdediging betreft naar behoren is verlopen.

220. Integendeel, met betrekking tot beschikking 91/297, waaraan dezelfde administratieve kartelprocedure ten grondslag ligt als aan beschikking 91/299, besliste het Gerecht dat de rechten van de verdediging wegens onvolledige toegang tot het dossier waren geschonden.²⁰⁸ Bovendien bestond er reeds sinds 1982 een duidelijke praktijk van

221. Nu zou de Commissie ten goede kunnen worden gehouden dat de verschillende arresten van het Gerecht van 29 juni 1995 wat de doelstellingen en de omvang van de te verlenen toegang tot het dossier betreft geen duidelijk beeld te zien gaven.²¹⁰ Maar uiterlijk op het tijdstip van vaststelling van de in casu litigieuze tweede boetebeschikking in het jaar 2000 waren alle eventuele onduidelijkheden hierover allang uit de weg geruimd.²¹¹

222. Onder die omstandigheden had de Commissie in het onderhavige geval na de nietigverklaring van de eerste boetebeschikking de administratieve procedure weer opnieuw moeten oppakken in het stadium direct volgend op de betekening van de mededeling van punten van bewaar. Zij had

206 — Zie de punten 453-456 van het bestreden arrest en de punten 154 en 157 van deze conclusie.

207 — Zie de verwijzingen in voetnoot 11.

208 — Arresten Solvay/Commissie (T-30/91, aangehaald in voetnoot 138, met name punten 99, 103 en 104) en ICI/Commissie (T-36/91, aangehaald in voetnoot 138, met name punten 109, 113 en 118). Deze arresten zijn op dezelfde dag gewezen als het arrest in zaak T-32/91 (aangehaald in voetnoot 11), waarbij het Gerecht beschikking 91/299 wegens gebrekkige waarmede nietig verklaarde.

209 — Zie de publicatie in het Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid van de Commissie (1982), blz. 40 en 41 (gedeeltelijk geciteerd in punt 452 van het bestreden arrest).

210 — Zie met name arrest van het Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie (T-37/91, Jurispr. blz. II-1901, punten 61-66 en 73), waarin een schending van de rechten van de verdediging wordt ontkend.

211 — Zie enerzijds arrest Hercules van 1999 (aangehaald in voetnoot 138, punten 75 en 76) en anderzijds de reeds in 1997 gepubliceerde mededeling van de Commissie waarin zij zich verplichtte tot het verlenen van toegang tot het dossier („Mededeling van de Commissie inzake de interne procedure-regels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot een dossier bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, van de artikelen 65 en 66 van het EGKS-Verdrag en van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad”, PB 1997, C 23, blz. 3).

Solvay in overeenstemming met de rechtsvoorschriften ruime toegang tot het dossier moeten bieden en haar op die basis opnieuw moeten horen.

223. Aan de verplichting van de Commissie om Solvay na de toegang tot het dossier opnieuw te horen, doet ook het feit geen afbreuk dat aan de tweede, in casu litigieuze boetebeschikking (beschikking 2003/6) geen nieuwe punten van bezwaar ten grondslag lagen.²¹² Alhoewel Solvay reeds in 1990 een keer de gelegenheid had zich over alle punten van bezwaar te uiten waarop de Commissie zowel haar eerste als haar tweede boetebeschikking gebaseerd had, moest zij dit doen op basis van uiterst fragmentarische kennis van het dossier, aangezien haar uitsluitend belastende documenten waren verstrekt.²¹³

224. Het recht om te worden gehoord houdt meer in dan alleen het recht om opmerkingen te maken over alle punten van bezwaar van de Commissie. De betrokken onderneming moet veeleer de kans krijgen om kennis te nemen van alle rechtmatig toegankelijke delen van het dossier en op die basis haar standpunt naar voren te brengen. Zo niet, zouden de rechten van de verdediging in kartelprocedures veel aan effectiviteit inboeten.

225. De gelegenheid om opmerkingen te maken heeft een heel andere kwaliteit wanneer

de betrokken onderneming vooraf naar horen toegang tot het dossier heeft gekregen. Het ligt met name voor de hand dat een onderneming die niet alleen inzage heeft gekregen in belastende, maar ook in ontlastende documenten, beter kan opkomen tegen de punten van bezwaar van de Commissie dan een onderneming waaraan uitsluitend belastend materiaal is verstrekt.

226. Het Gerecht heeft derhalve ten aanzien van het recht om te worden gehoord blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een nieuwe hoorzitting van de Commissie met Solvay niet noodzakelijk te achten. In wezen wordt de onjuiste rechtsopvatting waarvan het bestreden arrest met betrekking tot het recht op toegang tot het dossier getuigt, hier voortgezet.²¹⁴

227. Op het door Solvay eveneens aangevoerde beginsel van goed bestuur behoeft niet nader te worden ingegaan, aangezien de hierop gebaseerde argumentatie naast die betreffende de rechten van de verdediging en het recht om te worden gehoord, geen zelfstandige betekenis heeft. Evenmin behoeft, zoals ik reeds heb uiteengezet²¹⁵, op artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU te worden ingegaan.

212 — Punten 42, 186 en 190 van het bestreden arrest.

213 — Punten 24, 450 en 451 van het bestreden arrest.

214 — Zie punten 156-205 van deze conclusie.

215 — Zie punt 160 van deze conclusie.

c) Tussenconclusie

228. Al met al slaagt derhalve het tweede onderdeel van het vijfde middel.

D — Recht op een beslissing binnen een redelijke termijn (eerste middel)

229. Met haar eerste middel, dat gericht is tegen de punten 119 tot en met 142 van het bestreden arrest, stelt Solvay schending van het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn. Dit grondrecht is in de rechtspraak van het Hof erkend als algemeen beginsel van Unierecht voor zowel de administratieve procedure voor de Commissie als de procedure voor de rechters van de Unie.²¹⁶ Inmiddels is het ook verankerd in de artikelen 41, lid 1, en 47, lid 2, van het Handvest van de grondrechten.

230. Alhoewel de Unierechters zich reeds meerdere malen over de problematiek van de redelijke termijn in mededingingszaken

hebben moeten uitspreken, lijken de door Solvay opgeworpen rechtsvragen mij bijzonder belangrijk. Enerzijds hebben zij betrekking op een zaak waarin de absolute duur van de procedure, alle fasen van de administratieve en gerechtelijke procedure samengeteld, ongetwijfeld bijzonder lang was. Anderzijds moeten zij worden gezien tegen de achtergrond van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009, waardoor het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie rechtens bindend is geworden (artikel 6, lid 1, VEU).

231. Het eerste middel bestaat uit in totaal vijf onderdelen, die ten dele betrekking hebben op de duur van de procedure (zie punt 1, hieronder) en ten dele op de rechtsgevolgen van een buitensporig lange duur van de procedure (zie punt 2, hieronder).

1. Criteria betreffende de beoordeling van de duur van de procedure (eerste en tweede onderdeel van het eerste middel)

232. De juridische criteria betreffende de beoordeling van de duur van de procedure zijn het voorwerp van de eerste twee onderdelen van het eerste middel.

²¹⁶ — Arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 179). Met betrekking tot de specifieke toepassing van dit beginsel in gerechtelijke procedures, zie ook arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (hierna: „Baustahlgewebe”, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 21); arresten Thyssen Stahl (aangehaald in voetnoot 124, punt 154) en Sumitomo (aangehaald in voetnoot 29, punt 115), en arrest van 16 juli 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie (hierna: „Der Grüne Punkt”, C-385/07 P, Jurispr. blz. I-6155, punten 177-179); met betrekking tot de toepassing van datzelfde beginsel in administratieve procedures, zie arresten van 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie (hierna: „FEG”, C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punten 35-52), en Technische Unie/Commissie (hierna: „TU”, C-113/04 P, Jurispr. blz. I-8831, punten 40-57).

a) De voorafgaande vraag betreffende ondeugdelijkheid van de grieven van Solvay

en met het vijfde onderdeel van het eerste middel specifiek betrekking hebben op de rechtsgevolgen.

233. In tegenstelling tot de opvatting van de Commissie is het niet zo dat de grieven van Solvay betreffende de duur van de procedure voor een groot deel „ondeugdelijk” zijn. Vanzelfsprekend zou voor een eventuele vernietiging van het bestreden arrest logisch gezien nog een stap verder moeten worden gezet (en moeten worden nagedacht over de sancties op een buitensporig lange duur van de procedure). Desalniettemin moet de duur van de procedure als zodanig worden onderzocht²¹⁷, omdat zolang niet is vastgesteld dat de procedure buitensporig lang heeft geduurd, het recht op een beslissing binnen een redelijke termijn per definitie niet als geschonden kan worden beschouwd. De criteria die het Gerecht bij de beoordeling van de duur van de procedure heeft toegepast, kunnen niet zijn onttrokken aan iedere vorm van toetsing in hogere voorziening.

234. De grieven van Solvay betreffende de duur van de procedure zouden hooguit ondeugdelijk zijn indien rekwerende deze los van grieven betreffende de rechtsgevolgen van een buitensporig lange duur van de procedure had aangevoerd. Dit is in casu echter niet het geval. Solvay komt veeleer vanuit beide invalshoeken op tegen het bestreden arrest, met dien verstande dat het derde tot

235. Tegen deze achtergrond moet het door de Commissie aangevoerde bezwaar van ondeugdelijkheid worden afgewezen.

b) Noodzaak van beoordeling van de totale duur van de procedure (eerste onderdeel van het eerste middel)

236. Met het eerste onderdeel van het eerste middel verwijt Solvay het Gerecht bij de beoordeling van de duur van de procedure de verschillende fasen van de administratieve en gerechtelijke procedure los van elkaar te hebben gezien, in plaats van de procedure in haar totaliteit, die al met de inspecties van april 1989 was begonnen.

237. De redelijkheid van de duur van een procedure moet worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van elke zaak, in het bijzonder de belangen die voor de betrokkene op het spel staan in het geschil, de ingewikkeldheid van de zaak en het gedrag

²¹⁷ — In die zin ook arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punten 176-178); in het arrest Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punten 176-196) heeft het Hof eveneens onderzocht of de duur van de procedure redelijk was, alhoewel geen gevolgen voor de uitkomst van het geding konden worden vastgesteld.

van de verzoeker en de bevoegde autoriteiten.²¹⁸ En die lijst van relevante criteria is volgens het Hof niet uitputtend.²¹⁹

238. Tot een adequate toetsing van de duur van de procedure behoort ongetwijfeld dat het Gerecht de duur van elke fase van de procedure apart onder de loep neemt.²²⁰ Indien een van de fasen van de procedure buitensporig lang heeft geduurd, rechtvaardigt dit feit op zich reeds de vaststelling van een schending van het beginsel van de redelijke termijn.²²¹

239. Tot een adequate toetsing van de duur van de procedure behoort echter niet alleen een dergelijke „gelaagde” benadering, maar ook een beoordeling van de totale duur van

de administratieve procedure en eventuele gerechtelijke procedures.²²²

240. Tegen de eis van een globale beoordeling kan niet worden ingebracht dat de administratieve en gerechtelijke procedures elk een eigen karakter hebben en dat de eisen waaraan het bestuur respectievelijk de rechter dienen te voldoen, in het Handvest van de grondrechten niet op dezelfde plaats zijn geregeld. Vanuit het oogpunt van de betrokken onderneming is alleen maar belangrijk wanneer op haar „zaak” definitief wordt beslist door een onpartijdige instantie. De artikelen 41, lid 1, en 47, lid 2, van het Handvest van de grondrechten zijn enkel twee uitwerkingen van hetzelfde procedurerechtelijke beginsel, namelijk dat de rechtssubjecten recht hebben op een beslissing binnen een redelijke termijn.

241. Normaliter zal geen schending van het beginsel van de redelijke termijn kunnen worden aangenomen wanneer geen afzonderlijke

218 — Arresten Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, punt 29), PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 187), Thyssen Stahl (aangehaald in voetnoot 124, punt 155), Sumitomo (aangehaald in voetnoot 29, punt 116) en Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punt 181).

219 — Arresten Thyssen Stahl (aangehaald in voetnoot 124, punt 156), Sumitomo (aangehaald in voetnoot 29, punt 117) en Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punt 182); zie ook arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 188).

220 — In die zin arresten PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 184), FEG (aangehaald in voetnoot 216, met name punten 37, 38 en 40) en TU (aangehaald in voetnoot 216, met name punten 42, 43 en 45).

221 — De vraag welke consequenties aan een dergelijke procedurele onregelmatigheid moeten worden verbonden, staat hier los van; zie de punten 248-281 en 323-356 van deze conclusie.

222 — Alhoewel het Hof dit punt in het arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punten 229 en 230) niet definitief heeft beslist, is er gezien de rechtspraak van het EHRM geen twijfel mogelijk omtrent de relevantie van een beoordeling van de totale duur van de procedure. Zie in dit verband met name het arrest Eckle/Duitsland van 15 juli 1982 (serie A, punt 51, nr. 8130/78); hierin achtte het EHRM de tijdsduur van de gehele procedure relevant (§§ 79, 80), en verklaarde dat de duur van de procedure de gehele procedure omvat, met inbegrip van de beroepsinstanties („couvre l'ensemble de la procédure en cause, y compris les instances de recours”, § 76). In het arrest Gorou/Griekenland (nr. 2, Grote kamer) van 20 maart 2009 (nr. 12686/03, § 46) werd een schending van artikel 6 EVRM vanwege de duur van de procedure in haar geheel aangenomen („durée de la procédure dans son ensemble”); in soortgelijke zin arrest Kakamoukas e.a./Griekenland (Grote kamer) van 15 februari 2008 (nr. 38311/02, § 32), waar naar de berekening van de gehele duur van de bestreden procedure werd verwezen („calcul de la durée totale des procédures litigieuses”).

fase van de administratieve en de gerechtelijke procedure op zich buitensporig lang was. Maar uit hoe meer fasen de procedure in haar geheel bestaat — één of meer administratieve en/of gerechtelijke procedures —, hoe belangrijker de beoordeling van de totale duur ervan wordt.

de administratieve en de gerechtelijke procedure tot de datum van de uitspraak van het bestreden arrest in aanmerking te nemen. Aangezien het Gerecht een dergelijke globale beoordeling achterwege heeft gelaten, berust het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting. Dit betekent dat het eerste onderdeel van het eerste middel gegrond is.

242. In het onderhavige geval volgde op het eerste deel van de administratieve procedure (van 1989 tot en met 1990) en een eerste gerechtelijke procedure (van 1991 tot en met 2000) een — zij het rudimentair — tweede deel van de administratieve procedure (2000) en een tweede gerechtelijke procedure (sinds maart 2001).²²³ De gehele duur van al deze procedurele fasen besloeg op de datum van uitspraak van het bestreden arrest reeds meer dan 20 jaar. Tot de dag van vandaag zijn zelfs 22 jaar verstreken. Vrijwel geen andere procedure in het Europese kartelrecht heeft zoveel tijd in beslag genomen.²²⁴

c) Vermeend motiveringsgebrek (tweede onderdeel van het eerste middel)

244. Solvay klaagt bovendien over een motiveringsgebrek (artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof), omdat het Gerecht de duur van de procedure voor het Gerecht zelf niet in aanmerking heeft genomen.

243. Onder deze omstandigheden kon de duur van de procedure niet adequaat worden beoordeeld zonder de totale duur van

245. Inderdaad gaat het Gerecht met geen woord in op de duur van de fase van de procedure waarvoor het zelf verantwoordelijk is (procedure in zaak T-57/01). In deze context moet echter worden bedacht dat de motivering van een arrest in eerste aanleg impliciet kan zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumentatie niet is gevolgd, en het Hof over

223 — Zie het chronologisch overzicht in punt 11 van deze conclusie.

224 — De totale duur van de PVC-zaak lag echter dicht in de buurt van die van de onderhavige procedure wanneer men in aanmerking neemt dat de eerste verificaties van de Commissie in oktober 1983 hebben plaatsgevonden (zie arrest van het Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 1) en de laatste gerechtelijke uitspraak (arrest PVC II, aangehaald in voetnoot 105) in oktober 2002 werd gegeven.

voldoende elementen beschikt om zijn rechtmatig toezicht uit te oefenen.²²⁵

rechtsgevolgen van een overschrijding van de redelijke duur van de administratieve en de gerechtelijke procedure.

246. In het onderhavige geval ging het Gerecht ervan uit dat niet reeds de duur van de procedure, maar alleen een — aan de duur van de procedure te wijten — schending van de rechten van de verdediging tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking kon leiden. Aangezien volgens het Gerecht geen sprake was van een schending van de rechten van de verdediging, kon het afzien van een uitdrukkelijke beoordeling van Solvay's argumenten betreffende de duur van de procedure voor het Gerecht. Dit levert geen motiveringsgebrek op.

247. Het tweede onderdeel van het eerste middel kan derhalve niet slagen.

2. Rechtsgevolgen van een buitensporig lange procedure (derde tot en met vijfde onderdeel van het eerste middel)

248. In het derde tot en met het vijfde onderdeel van het vijfde middel gaat Solvay in op de

a) Vereiste van een inperking van de rechten van de verdediging (derde onderdeel van het eerste middel)

249. In het kader van het derde onderdeel van het eerste middel wordt een rechtsvraag van fundamenteel belang aan de orde gesteld. Partijen twisten over de vraag of een schending van het grondrecht op een beslissing binnen een redelijke termijn op zich reeds de nietigverklaring van de litigieuze beschikking rechtvaardigt of dat bovendien moet worden aangetoond dat hierdoor afbreuk is gedaan aan de mogelijkheden van de betrokken onderneming om zich te verdedigen.²²⁶

250. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest geoordeeld dat een buitensporig lange procedure slechts dan tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie kan leiden, wanneer is aangetoond dat de onderneming zich door het overdreven lange tijdsverloop minder goed heeft kunnen verdedigen.²²⁷ Dit strookt met de inmiddels vaste rechtspraak van het Hof, die als algemene maatstaf hanteert of de duur van de

²²⁵ — Zie punt 35 en voetnoot 30 van deze conclusie.

²²⁶ — Ook al wordt dit punt ook in andere delen van het eerste middel aan de orde gesteld, zal ik de in dit opzicht uitgewisselde argumenten enkel in het kader van het onderhavige derde onderdeel van het eerste middel behandelen.

²²⁷ — Punt 132 evenals punten 139-141 van het bestreden arrest.

procedure de uitkomst van het geschil kan hebben beïnvloed.²²⁸

251. Solvay beschouwt die rechtspraak echter als achterhaald en verzoekt het Hof om herziening ervan in het licht van het bindende karakter van het Handvest van de grondrechten sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

252. Van bijzonder belang is in dit verband het bepaalde in artikel 52, lid 3, van het Handvest. Deze bepaling bevat in de eerste volzin ervan een homogeniteitsclausule, die impliceert dat de grondrechten van het Handvest die corresponderen met die van het EVRM, dezelfde inhoud en draagwijdte hebben als die in dat verdrag.

253. Het is een feit dat het grondrecht van de Unie op een beslissing binnen een redelijke termijn overeenkomstig de artikelen 41, lid 1, en 47, lid 2, van het Handvest van de grondrechten correspondeert met artikel 6, lid 1, EVRM.²²⁹ In tegenstelling tot de opvatting van Solvay verlangt artikel 6, lid 1, EVRM zoals het thans door het EHRM wordt uitgelegd, echter niet dat een kartelrechtelijke boetebeschikking louter op grond van overschrijding van de redelijke termijn wordt nietig verklaard en de administratieve procedure wordt stopgezet.

228 — Arresten Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, punt 49) en Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punt 193); specifiek aangaande de koppeling aan de rechten van de verdediging, zie arresten FEG (aangehaald in voetnoot 216, met name punten 42, 43 en 60-62) en TU (aangehaald in voetnoot 216, met name punten 47, 48 en 69-71).

229 — Toelichting bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17), met name het gedeelte betreffende artikel 47, lid 2 (ibid., blz. 30).

254. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, biedt het EVRM de verdragsstaten in het algemeen een zekere beoordelingsvrijheid wat de maatregelen en middelen betreft om eventuele schendingen van grondrechten ongedaan te maken.²³⁰

255. Uit de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6, lid 1, EVRM valt bovendien op te maken dat de volledige opheffing van strafrechtelijke sancties en de beëindiging van de betrokken strafzaken slechts een mogelijke vorm van genoegdoening in de zin van artikel 41 EVRM voor een schending van de grondrechten door een buitensporig lange procedure is.²³¹ Er is nergens sprake van een *verplichting* van de nationale instanties om de sancties op te heffen en de procedure stop te zetten. Het EHRM erkent veeleer uitdrukkelijk dat ook verlaging van een opgelegde

230 — In het arrest Kudla/Polen van 26 oktober 2000 (nr. 30210/96, *Recueil des arrêts et décisions* 2000-XI, § 154) heeft de Grote kamer van het EHRM erkend dat er in de rechtsordes van de verdragsstaten geen benadering is die prevaleert met betrekking tot de wijze van herstel in het geval van buitensporig lange procedures („pour l'heure il n'existe pas, dans les ordres juridiques des États contractants, un système prédominant en matière de recours permettant de dénoncer les durées excessives de procédure”); zie ook arrest EHRM Simaldone/Italië van 31 maart 2009 (nr. 22644/03, § 78). De Europese commissie voor democratie door recht (Commissie van Venetië) heeft in 2006 in het kader van de Raad van Europa een rechtsvergelijkende studie ter zake gepubliceerd (studie nr. 316/2004, op internet te raadplegen onder [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)036rev-f.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)036rev-f.pdf), het laatst bezocht op 26 januari 2011). Aangaande de uiteenlopende benaderingen binnen de Europese Unie, zie ook conclusie van advocaat-generaal Léger van 3 februari 1998 in de zaak Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, punten 52 en 53).

231 — Arresten EHRM Eckle/Duitsland (aangehaald in voetnoot 222, § 94) en Ommer/Duitsland (nr. 1) van 13 november 2008 (nr. 10597/03, § 68); zie bovendien beschikking EHRM Sprutte/Duitsland van 17 november 2005 (nr. 72438/01).

straf als adequate genoegdoening voor een buitensporig lange procedure kan worden beschouwd.²³² In een zaak over economische criminaliteit bijvoorbeeld, waarin het om ernstige fraudedelicten ging en de procedure meer dan 17 jaar had geduurd, kon volgens het EHRM worden volstaan met de vaststelling van de buitensporig lange duur van de procedure en een verlaging van de straf.²³³ Een dergelijke oplossing kan mijns inziens ook worden toegepast op kartelrechtelijke procedures, die gelijkenissen vertonen met strafzaken met een economisch karakter.

256. Hier komt met betrekking tot het mededingingsrecht nog bij dat het EHRM zelf dit rechtsgebied blijkbaar niet tot het klassieke strafrecht rekent; buiten de „harde kern” van het strafrecht behoeven de strafrechtelijke waarborgen van artikel 6, lid 1, EVRM volgens het EHRM niet noodzakelijkerwijs geheel naar de letter te worden toegepast.²³⁴

257. Dit betekent dat er bij de huidige stand van moet worden uitgegaan dat er uit het homogeniteitsgebod van artikel 52, lid 3, eerste volzin, van het Handvest van de grondrechten geen verplichting voor de rechters van de Unie voortvloeit om in het kader van het Europese mededingingsrecht een schending van het beginsel van de redelijke termijn automatisch met een nietigverklaring van de litigieuze beschikking te beantwoorden.

258. Alhoewel het Unierecht volgens artikel 52, lid 3, tweede volzin, van het Handvest van de grondrechten een ruimere bescherming kan bieden dan het EVRM, bestaat hiervoor in de onderhavige mededingingsrechtelijke context geen aanleiding.

259. Bij de vaststelling van een sanctie wegens schending van het grondrecht op een beslissing binnen een redelijke termijn moet zowel naar behoren rekening worden gehouden met de belangen van de betrokken onderneming als met het algemeen belang.

260. Het belang van de betrokken onderneming bestaat erin een zo volledig mogelijke genoegdoening voor de gevolgen van de schending van het grondrecht te verkrijgen.²³⁵ Het algemeen belang bestaat erin dat de mededingingsregels van de Europese interne markt, die tot de fundamentele bepalingen

232 — Arresten EHRM Dželili/Duitsland van 10 november 2005 (nr. 65745/01, § 103), Ohlen/Denemarken van 24 februari 2005 (nr. 63214/00, §§ 29 en 30) en Ommer/Duitsland (nr. 1) (aangehaald in voetnoot 231, § 68), en beschikking EHRM Menelaou/Cyprus van 12 juni 2008 (nr. 32071/04); in dezelfde zin reeds arrest Eckle/Duitsland (aangehaald in voetnoot 222, § 67), waarin althans principieel een verlaging van de straf als genoegdoening werd aanvaard. Zie bovendien punten 119-123 van studie nr. 316/2004 van de Commissie van Venetië (aangehaald in voetnoot 230).

233 — Arrest EHRM Eckle/Duitsland (artikel 50) van 21 juni 1983 (serie A, punt 65, nr. 8130/78, § 24).

234 — Arrest EHRM Jussila/Finland (Grote kamer) van 23 november 2006 (nr. 73053/01, § 43).

235 — Zie in die zin ook artikel 41 EVRM.

van de Verdragen behoren²³⁶, doeltreffend worden gehandhaafd.²³⁷

de gemeenschapsregels zijn bevonden, kan voortzetten of herhalen.²³⁹

261. Indien een kartelrechtelijke boetebeschikking van de Commissie alleen op grond van de overschrijding van de redelijke termijn in de administratieve of gerechtelijke procedure nietig zou worden verklaard, zou niet alleen maar de opgelegde geldboete, maar ook de vaststelling van de inbreuk op de mededingingsregels op zich komen te vervallen. Een dergelijke oplossing zou indruisen tegen het algemeen belang bij een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels en zou verder gaan dan het gerechtvaardigde belang van de betrokken onderneming bij een zo volledig mogelijke genoegdoening voor de grondrechtsschending waarvan zij de dupe is geworden.

263. Tegen deze achtergrond zie ik geen aanleiding om het Hof voor te stellen zijn rechtspraak op dit punt te herzien. Het derde onderdeel van het eerste middel moet derhalve worden afgewezen.

b) Gevolgen van duur van de procedure voor Solvay's verdedigingsmogelijkheden in casu (vierde onderdeel van het eerste middel)

262. De onderneming mag niet worden toegestaan enkel op grond van de niet-inachtneming van een redelijke termijn het bestaan van een inbreuk ter discussie te stellen.²³⁸ De sanctie op niet-inachtneming van de redelijke termijn mag in geen geval ertoe leiden dat een onderneming gedragingen die als strijdig met

264. Het vierde onderdeel van het eerste middel heeft betrekking op de punten 132 tot en met 136 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht vaststelt dat een eventuele schending van het beginsel van de redelijke termijn geen afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheid van Solvay om zich doeltreffend te verdedigen en dat er dus geen sprake is van een schending van haar rechten van verweer. Solvay ziet hierin in wezen een motiveringsgebrek en een schending van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging en van het beginsel van de redelijke termijn. Haars inziens is het Gerecht niet naar behoren ingegaan op de moeilijkheden waarmee Solvay na zo lange tijd bij haar verdediging geconfronteerd wordt.

236 — Het belang van een doeltreffende handhaving van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU (oude artikelen 81 EG en 82 EG) is recent bijvoorbeeld in de arresten van 11 juni 2009, X BV (C-429/07, Jurispr. blz. I-4833, punten 33-35), en 7 december 2010, VEBIC (C-439/08, Jurispr. blz. I-12471, met name punten 59 en 61), onderstreept.

237 — Arrest Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punt 194). Zie in diezelfde zin met betrekking tot strafrechtelijke procedures in het algemeen de punten 228-232 van de studie van de Commissie van Venetië (aangehaald in voetnoot 230); in punt 241 daarvan benadrukt de Commissie van Venetië dat vrijspraak en beëindiging van de strafprocedure de uitzondering zouden moeten zijn („[l]’acquittement et l’abandon des poursuites devraient rester des mesures exceptionnelles”).

238 — Arrest Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punt 194).

239 — Conclusie van advocaat-generaal Bot van 31 maart 2009 in de zaak Der Grüne Punkt (aangehaald in voetnoot 216, punten 305 en 306); het Hof verwijst in punt 194 van zijn arrest in die zaak uitdrukkelijk naar die opmerkingen.

i) Motiveringsgebrek

heeft verricht en in de litigieuze beschikking ook geen nieuw punt in aanmerking heeft genomen dat de uitoefening van een recht van verdediging noodzakelijk zou maken.²⁴¹

265. Het gelaakte motiveringsgebrek in de zin van artikel 36 juncto artikel 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof bestaat volgens Solvay erin dat het Gerecht niet is ingegaan op tal van haar argumenten betreffende de moeilijkheden in verband met haar verdediging.

268. Alhoewel Solvay de omstandigheden van de zaak inhoudelijk wellicht anders beoordeelt, volgt hieruit nog niet dat er sprake is van een motiveringsgebrek.²⁴²

266. Dit betoog overtuigt mij niet. Zoals reeds uiteengezet, houdt de motiveringsplicht namelijk niet in dat het Gerecht alle door partijen in het geding aangevoerde argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden eruit kunnen opmaken waarom het Gerecht hun argumentatie niet is gevolgd, en het Hof er voldoende aanknopingspunten in kan vinden om zijn toezicht uit te oefenen.²⁴⁰

ii) Inhoudelijke onjuistheid

269. De vaststelling van het Gerecht dat het tijdsverloop geen afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheden van Solvay om zich te verdedigen, wordt door rekwirante echter ook inhoudelijk gekritiseerd. Volgens Solvay ligt hierin een schending van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging en van het beginsel van de redelijke termijn besloten.

267. Het Gerecht gaat in het bestreden arrest zelfs uitdrukkelijk, zij het ook uiterst beknopt, in op Solvay's stelling dat het voor haar moeilijk is zich na zo lange tijd tegen de verwijten van de Commissie te verdedigen. Het verklaart, kort gezegd, dat de Commissie sinds de eerste gerechtelijke procedure in de onderhavige zaak geen onderzoekshandeling meer

270. Op het eerste gezicht lijkt het alsof Solvay het Hof verzoekt zijn eigen beoordeling van de feiten in de plaats van die van het Gerecht te stellen, hetgeen in hogere voorziening niet is toegestaan.²⁴³

²⁴¹ — Punten 133-135 van het bestreden arrest.

²⁴² — Zie punt 30 van deze conclusie en de in voetnoot 26 aangehaalde rechtspraak.

²⁴³ — Zie de in voetnoot 45 aangehaalde rechtspraak.

²⁴⁰ — Zie punt 35 en voetnoot 30 van deze conclusie.

271. Bij nader inzien verwijt Solvay het Gerecht echter niet zozeer de feiten onjuist te hebben beoordeeld, als wel een in haar ogen belangrijk feit buiten beschouwing te hebben gelaten: het heeft niet in aanmerking genomen dat de sinds het begin van de procedure verstreken tijd afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheden van Solvay om zich *in de gerechtelijke procedure* te verdedigen. Het Gerecht heeft zich ten onrechte geconcentreerd op de gevolgen van het tijdsverloop voor de verdedigingsmogelijkheden van Solvay ten overstaan van de Commissie (dat wil zeggen *in de administratieve procedure*).

272. Die argumentatie is steekhoudend.

273. Bij de beoordeling of een te lange procedure nadelige gevolgen heeft voor de verdedigingsmogelijkheden van de betrokken onderneming, mag het Gerecht niet alleen naar de verdediging in een bepaalde fase van de procedure kijken. Het dient veeleer in brede zin na te gaan of de duur van de procedure afbreuk kon doen aan de mogelijkheden van de onderneming om *zich tegen de verwijten van de Commissie te verdedigen*.²⁴⁴

274. Die verdediging vindt in eerste instantie plaats in het kader van de administratieve procedure, waarin de onderneming op basis van een mededeling van punten van bezwaar

haar standpunt kan uiten. Maar de verdediging beperkt zich niet tot de administratieve procedure. De betrokken onderneming heeft de mogelijkheid om tegen een boetebeschikking van de Commissie in beroep te gaan bij de rechter van de Unie (artikel 263, vierde alinea, VWEU, oud artikel 230, vierde alinea, EG). Ook in het kader van de gerechtelijke procedure moet de onderneming zich doeltreffend kunnen verdedigen tegen hetgeen haar door de Commissie — in die fase in de vorm van een formele beschikking — ten laste wordt gelegd.

275. Het Gerecht heeft zich derhalve ten onrechte ertoe beperkt na te gaan of Solvay zich *in de administratieve procedure* doeltreffend kon verdedigen²⁴⁵ en of de duur van een *eerdere* gerechtelijke procedure — in zaak T-32/91, betreffende de eerste boetebeschikking (beschikking 91/299) — negatieve gevolgen heeft gehad.²⁴⁶ Het heeft verzuimd de *huidige* verdedigingsmogelijkheden van de onderneming in de tweede gerechtelijke procedure — in zaak T-57/01, betreffende de thans litigieuze beschikking 2003/6 — in zijn beoordeling te betrekken.

276. Dat de mogelijkheden van rekwirante om zich in zaak T-57/01 voor het Gerecht te verdedigen, in aanmerking hadden moeten worden genomen, lag eigenlijk om twee redenen voor de hand: enerzijds had Solvay uitdrukkelijk verzocht om de duur van de

244 — Een soortgelijke gedachtegang ligt reeds ten grondslag aan de arresten FEG (aangehaald in voetnoot 216, punten 45-49) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punten 50-54), waaruit volgt dat het Gerecht rekening moet houden met de gevolgen van de duur van alle fasen van de administratieve procedure voor de verdedigingsmogelijkheden van de betrokken ondernemingen.

245 — Punten 134 en 135 van het bestreden arrest.

246 — Punten 137-140 van het bestreden arrest (dat het om de afgelopen gerechtelijke procedure betreffende beschikking 91/299 gaat, volgt in het bijzonder uit het inleidende punt 137).

eerdere gerechtelijke procedure mee te nemen in de beoordeling, anderzijds had Solvay pas tijdens die procedure — om precies te zijn in 2005 — überhaupt toegang tot het dossier gekregen. De vraag of Solvay zich in 2005 nog op doeltreffende wijze tegen de verwijten respectievelijk de vaststellingen van de Commissie kon verdedigen, was dus van wezenlijk belang.

280. Op die grieven behoeft niet nader te worden ingegaan. Het verwijt van onjuiste voorstelling van de feiten is niet onderbouwd²⁴⁷, en ik zie ook geen aanwijzingen voor een dergelijke onjuiste voorstelling. Wat artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU betreft, is de eerste bepaling niet rechtstreeks toepasselijk en bevat de laatste op zich geen grondrechtelijke waarborgen.²⁴⁸

277. Het grondrecht op een beslissing binnen een redelijke termijn vereist dat de Commissie haar boetebeschikking in een kartelrechtelijke administratieve procedure op een zodanig vroeg tijdstip vaststelt, dat de betrokken onderneming zich hiertegen voor de rechterlijke instanties van de Unie nog doeltreffend kan verdedigen.

iv) Tussenconclusie

281. Het vierde onderdeel van het eerste middel is ten dele gegrond.

278. Aangezien het Gerecht dit juridisch relevante feit op geen enkele wijze heeft meegewogen, getuigt het bestreden arrest van een onjuiste rechtsopvatting.

c) Solvay zou van een vermindering van de geldboete hebben afgezien (vijfde onderdeel van het eerste middel)

iii) Enkele andere grieven

279. Ten slotte klaagt Solvay in het kader van dit vierde onderdeel van het eerste middel over onjuiste voorstelling van de feiten en schending van artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU.

282. Met het vijfde en laatste onderdeel van het eerste middel komt Solvay specifiek op tegen punt 141 van het bestreden arrest. Hierin stelt het Gerecht dat Solvay „in haar

²⁴⁷ — Zie de in voetnoot 35 aangehaalde rechtspraak.

²⁴⁸ — Aangaande artikel 6 EVRM en artikel 6, lid 1, VEU, zie ook punt 160 van deze conclusie.

verzoekschrift uitdrukkelijk heeft afgezien van de mogelijkheid dat de geldboete zou worden verminderd als genoegdoening voor de vermeende schending van haar recht op een uitspraak binnen een redelijke termijn". Solvay beschouwt dit als een onjuiste voorstelling van haar argumentatie in de procedure in eerste aanleg.

283. Zoals ik reeds in een andere context heb uiteengezet, is van een dergelijke onjuiste voorstelling sprake wanneer het Gerecht de argumenten van partijen kennelijk onjuist heeft begrepen of de strekking ervan verkeerd weergegeven.²⁴⁹

284. Helaas valt uit de litigieuze formulering in het bestreden arrest niet op te maken op welke passage uit het verzoekschrift van Solvay deze betrekking heeft. In hogere voorziening zijn partijen gezamenlijk tot de conclusie gekomen dat aan de door Solvay bekritiseerde vaststelling van het Gerecht waarschijnlijk de punten 149 en 150 van het verzoekschrift ten grondslag liggen. In punt 149 van het verzoekschrift benadrukt rekwirante in wezen dat alleen een nietigverklaring van de litigieuze beschikking de gelaakte schending van het grondrecht op een eerlijk proces kan herstellen; enkel een vermindering van de geldboete zou niet volstaan om de inbreuk op artikel 6 EVRM te compenseren. In punt 150

van het verzoekschrift concludeerde Solvay vervolgens dat de door haar gelaakte duidelijke overschrijding van de redelijke termijn alleen maar de nietigverklaring van de litigieuze beschikking tot gevolg kan hebben.²⁵⁰

285. Ik kan in de weergegeven passage van het verzoekschrift niet lezen dat Solvay zou hebben afgezien van een eventuele vermindering van de geldboete wegens de duur van de procedure. En uit de schriftelijke opmerkingen van Solvay valt al helemaal niet op te maken dat de onderneming „uitdrukkelijk” heeft afgezien van een dergelijke vermindering van de boete wegens een buitensporig lange procedure.

286. Solvay brengt in de punten 149 en 150 van haar verzoekschrift in eerste aanleg veel eerder nadrukkelijk haar rechtsopvatting tot uitdrukking. Zij zet uiteen wat in haar ogen het rechtsgevolg van de vermeende schending van het beginsel van de redelijke termijn moet zijn: geen vermindering van de geldboete, maar nietigverklaring van de litigieuze beschikking.

287. Er bestaat een wezenlijk verschil tussen het uiteenzetten van een rechtsopvatting en het uitdrukkelijk afzien van de mogelijkheid van vermindering van de geldboete als

249 — Zie punt 94 van deze conclusie.

250 — In het Franse origineel: „La requérante estime dès lors que le dépassement manifeste du délai raisonnable dans la présente procédure [...] ne peut qu'entraîner l'annulation pure et simple de la décision attaquée [...]” (punt 150 van Solvay's verzoekschrift in eerste aanleg, aangehaald in punt 50 van haar verzoekschrift in hogere voorziening).

compensatie voor een vermeende schending van het recht. Dit verschil heeft het Gerecht in punt 141 van het bestreden arrest miskend.

3. Tussenconclusie

291. Het eerste middel moet ten dele worden toegewezen.

288. Uit punt 141 van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht de argumentatie van Solvay in de procedure in eerste aanleg kennelijk verkeerd heeft begrepen en bovendien de strekking ervan verkeerd heeft weergegeven. Dit is een onjuiste voorstelling van de argumenten van rekwirante.

E — Vernietiging van het bestreden arrest

292. Zoals blijkt uit het voorgaande, moeten de volgende middelen worden afgewezen: het tweede, het zesde, het zevende en het achtste middel.

289. Die onjuiste voorstelling is des te opvallender aangezien Solvay in een andere context in haar verzoekschrift in eerste aanleg het Gerecht wel degelijk om vermindering van de geldboete verzoekt en daarbij uitdrukkelijk verwijst naar haar argumenten betreffende de nietigheidsgronden, waartoe ook haar argumenten met betrekking tot de buitensporig lange duur van de procedure behoren.²⁵¹

293. Ten dele gegrond is het negende middel. Het heeft echter alleen maar betrekking op het bijzondere aspect van discriminatie in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG. De overige aspecten van het marktgedrag van Solvay die door de Commissie als oneerlijk zijn gekwalificeerd en bij de beoordeling waarvan het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, blijven daarentegen onverlet. Het feit dat het negende middel gedeeltelijk slaagt, is derhalve op zich onvoldoende grond voor vernietiging van het bestreden arrest.

290. Dit betekent dat het vijfde onderdeel van het eerste middel ten dele slaagt.

294. De middelen die betrekking hebben op de rechten van de verdediging (derde, vierde en vijfde middel) en op de duur van de procedure (eerste middel) zijn daarentegen voor het merendeel gegrond. Het slagen van elk van die middelen afzonderlijk rechtvaardigt al vernietiging van het bestreden arrest in zijn geheel.

²⁵¹ — Punt 439 van Solvay's verzoekschrift in eerste aanleg (gedeeltelijk aangehaald in punt 52 van haar verzoekschrift in hogere voorziening) luidt als volgt: „[S]i, par impossible, le Tribunal devait rejeter l'ensemble des moyens d'annulation développés par la requérante, la requérante invite le Tribunal à prendre en compte [...] l'ensemble des considérations présentées dans la présente requête au titre des moyens d'annulation dans son appréciation de la nécessité d'infliger une amende à la requérante et du montant de celle-ci [...]”.

F — *Beslissing op het beroep in eerste aanleg*

1. Recht op toegang tot het dossier

295. Volgens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut kan het Hof de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

298. Vaststaat dat Solvay vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking niet op rechtmatige wijze toegang tot het dossier is verleend.²⁵²

296. Dit is in casu het geval. Alle feitelijke en rechtsvragen die voor een beslissing op het beroep van Solvay relevant zijn, zijn reeds in eerste aanleg voor het Gerecht behandeld, en de partijen hadden de gelegenheid hun argumenten ter zake uit te wisselen. Dit betekent dat de zaak niet naar het Gerecht hoeft te worden verwezen, maar dat het Hof zelf op het beroep van Solvay tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking kan beslissen. Gezien de buitengewoon lange duur van de procedure — 22 jaar vanaf de inspecties van de Commissie in april 1989 tot de dag van vandaag — zou het Hof van die mogelijkheid gebruik moeten maken.

297. Ik zal mij hieronder ertoe beperken, de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking vanuit drie specifieke oogpunten te behandelen: toegang tot het dossier (zie punt 1 hieronder), recht om te worden gehoord (zie punt 2 hieronder) en duur van de procedure (zie punt 3 hieronder).

299. Zoals reeds uiteengezet, kan onmogelijk worden uitgesloten dat Solvay in de verdwenen stukken met onbekende inhoud informatie had kunnen vinden die zij voor haar verdediging had kunnen gebruiken. Dit te meer aangezien de Commissie zelf ervan uitgaat dat sommige van de ontbrekende ordners „correspondentie met betrekking tot artikel 11 van verordening nr. 17” bevatten, dat wil zeggen inlichtingenverzoeken van de Commissie aan verschillende ondernemingen en hun antwoorden daarop.²⁵³ De opmerkingen van derden hadden dienstige informatie kunnen bevatten betreffende de machtspositie van Solvay (bijvoorbeeld over marktaandelen, de positie van concurrenten en de omvang van een eventueel compenserend vermogen van haar klanten). Bovendien hadden zij aanwijzingen kunnen bevatten voor de vraag of het marktgedrag van Solvay al dan niet objectief gerechtvaardigd was.²⁵⁴

252 — Zie de punten 154 en 157 van deze conclusie.

253 — Punt 66 van het bestreden arrest.

254 — Zie de punten 202 en 203 van deze conclusie.

300. Dit betekent dat althans de mogelijkheid bestond dat de administratieve procedure bij adequate toegang tot het dossier een andere uitkomst had gehad, al was het maar wat de hoogte van de opgelegde boete betreft.

301. De litigieuze beschikking moet derhalve alleen al vanwege de procedurefouten wat de toegang tot het dossier betreft — verdwenen stukken van het dossier — in haar geheel nietig worden verklaard. (De bijkomende toetsing van het nut voor Solvay's verdediging van de delen van het dossier die Solvay voor het Gerecht kon inzien, is dus niet meer aan de orde).

2. Recht om te worden gehoord

302. Buiten kijf staat voorts dat Solvay vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking in 2000 niet opnieuw door de Commissie is gehoord, alhoewel dit juridisch vereist was.²⁵⁵ Die procedurefout houdt nauw verband met de niet verleende toegang tot het dossier.

303. Het kan niet worden uitgesloten dat de administratieve procedure tot een andere uitkomst had geleid indien de Commissie rekwi-rante in 2000 de gelegenheid had geboden om

zich — nadat zij naar behoren toegang tot het dossier had gekregen — opnieuw ten aanzien van de door haar aangevoerde verwijten te uiten.²⁵⁶

304. Ook om deze reden dient de litigieuze beschikking in haar geheel nietig te worden verklaard.

3. Recht op een beslissing binnen een redelijke termijn

305. Wat ten slotte de duur van de procedure betreft, deze dient aan de hand van alle omstandigheden van het individuele geval te worden beoordeeld.²⁵⁷

306. In casu moet in aanmerking worden genomen dat de Commissie in de periode tussen de nietigverklaring van haar eerste boetebeschikking (beschikking 91/299) en het eerste arrest van het Hof in hogere voorziening²⁵⁸ totaal niets heeft ondernomen. Daardoor is een periode van vier jaar en zeven maanden onbenut gebleven.²⁵⁹

307. Dit stilzitten van de Commissie kan niet worden gerechtvaardigd met het feit dat zij

²⁵⁶ — Zie de punten 211-227 van deze conclusie.

²⁵⁷ — Zie punt 237 en voetnoot 218 van deze conclusie.

²⁵⁸ — Arrest Commissie/Solvay van 6 april 2000 (aangehaald in voetnoot 11).

²⁵⁹ — Zie het chronologische overzicht in punt 11 van deze conclusie.

²⁵⁵ — Zie de punten 154 en 222 van deze conclusie.

destijds van haar kant hogere voorziening had ingesteld tegen de nietigverklaring van de eerste boetebeschikking. Het staat de Commissie vrij de haar ter beschikking staande processuele mogelijkheden volledig te benutten en in het geval dat zij in eerste aanleg in het ongelijk wordt gesteld, hogere voorziening in te stellen bij het Hof. Dit betekent echter geenszins dat de Commissie tijdens de hogere voorziening de administratieve procedure mag laten rusten.²⁶⁰

308. De hogere voorziening heeft geen opschortende werking (artikel 60, eerste alinea, van het Statuut van het Hof). De Commissie was dus vanaf 29 juni 1995, de datum van de uitspraak van het arrest in eerste aanleg in zaak T-32/91, overeenkomstig artikel 233, eerste alinea, EG (thans artikel 266, eerste alinea, VWEU) verplicht, de uit de nietigverklaring door het Gerecht voortvloeiende maatregelen te nemen. Ook in het licht van het beginsel van goed bestuur was het noodzakelijk geweest snel een nieuwe beslissing ten gronde uit te werken dan wel de administratieve procedure te beëindigen.

309. De Commissie had de administratieve procedure makkelijk reeds vanaf juli 1995 kunnen voorzetten in plaats van daarmee tot

april 2000 te wachten.²⁶¹ Zij had in haar nieuwe boetebeschikking alleen maar hoeven aan te geven dat deze kwam te vervallen, mocht zij in hogere voorziening in het gelijk worden gesteld.

310. Gezien deze omstandigheden kom ik tot de conclusie dat de administratieve procedure in casu alleen al op grond van het feit dat de Commissie gedurende bijna vijf jaar, van juli 1995 tot april 2000, niets heeft ondernomen, buitensporig lang was. Zoals ik reeds heb uiteengezet²⁶², is een nadere beoordeling van de duur van andere fasen van de procedure en een beoordeling van de totale duur van de procedure derhalve overbodig.²⁶³

311. Vanzelfsprekend rechtvaardigt de zojuist vastgestelde schending van het beginsel van de redelijke termijn slechts dan een nietigverklaring van de litigieuze beschikking wanneer de duur van de procedure afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheden van de betrokken onderneming om zich te verdedigen.²⁶⁴ De bewijslast hiervan rust op de onderneming.

260 — Daarop had Solvay reeds in eerste aanleg terecht geattendeerd (zie punt 112 van het bestreden arrest). In het arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, met name punten 204 en 205) heeft het Hof die vraag in het midden gelaten, omdat de rekwiranten geen desbetreffende grief hadden aangevoerd.

261 — Het arrest Commissie/Solvay van het Hof (aangehaald in voetnoot 11) dateert van april 2000.

262 — Zie punt 238 van deze conclusie.

263 — Aangaande de duur van de procedure in eerste aanleg voor het Gerecht in zaak T-57/01 en de globale beoordeling van de duur van de procedure, zie punten 335-348 van deze conclusie.

264 — Zie punten 249-263 van deze conclusie.

312. Het Hof stelt over het algemeen strenge eisen aan dergelijk bewijs²⁶⁵: de argumenten van de betrokken ondernemingen moeten op overtuigend bewijs gebaseerd zijn en mogen niet te abstract en onnauwkeurig zijn.²⁶⁶ Wanneer bijvoorbeeld — zoals in casu — wordt gesteld dat de verdedigingsmogelijkheden zijn ingeperkt omdat vroegere medewerkers de onderneming hebben verlaten, moet normaliter de naam van die personen, hun functie en de datum van hun vertrek worden aangegeven alsook de aard en de omvang van de van hen te verwachten inlichtingen of toelichtingen, en de omstandigheden waarom de betrokkenen niet meer kunnen worden gehoord.²⁶⁷

313. Dergelijke gedetailleerde gegevens heeft Solvay in de lopende gerechtelijke procedure voor de rechterlijke instanties van de Unie ongetwijfeld niet verstrekt.

314. In het onderhavige geval mag echter niet worden vergeten dat de periode van 1983 tot en met 1990, waarvoor Solvay misbruik van machtspositie wordt verweten, op het tijdstip van vaststelling van de tweede boetebeschikking eind 2000 reeds 10 tot 17 jaar terug lag. Toen Solvay ten slotte in 2005 voor het Gerecht toegang tot het dossier werd verleend, waren sinds de periode waarin de inbreuken

volgens de Commissie waren begaan, zelfs al 15 tot 22 jaar verstreken.

315. Het ligt voor de hand dat het herinneringsvermogen van de medewerkers — laat staan vroegere medewerkers — van een onderneming na verloop van zoveel tijd minder wordt. Daar komt in casu nog bij dat een deel van de fabrieken van Solvay waarin natriumcarbonaat werd geproduceerd, inmiddels is stilgelegd.²⁶⁸

316. Desalniettemin heeft Solvay het Gerecht bewijs aangeboden om de samenstelling van de afdeling „carbonaat” in de litigieuze periode te reconstrueren en de namen te noemen van het toenmalige leidinggevende personeel, alsmede de data waarop de betrokken personen de onderneming hebben verlaten.

317. Meer kon van Solvay gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval redelijkerwijs niet worden verwacht.

318. In het bijzonder mag rekwirante geen nadeel ondervinden van het feit dat zij niet in detail heeft aangegeven over welke handelingen en bewijsstukken haar vroegere medewerkers informatie hadden kunnen verstrekken. Zij heeft namelijk tot op de dag

²⁶⁵ — Arresten FEG (aangehaald in voetnoot 216, punten 56-60) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punten 64, 67 en 69).

²⁶⁶ — Arresten TU (aangehaald in voetnoot 216, punt 69) en FEG (aangehaald in voetnoot 216, punt 56).

²⁶⁷ — Arresten FEG (aangehaald in voetnoot 216, punten 57 en 58) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punten 64-69).

²⁶⁸ — Solvay noemt in dat verband haar fabrieken in Tavaux (Frankrijk), Couillet (België) en Heilbronn (Duitsland).

van vandaag geen kennis van alle delen van het dossier waarin zij eigenlijk inzage had moeten krijgen.²⁶⁹ Van Solvay kan niet worden verwacht dat zij aantoont of en in hoeverre haar vroegere medewerkers informatie hadden kunnen verstrekken over verdwenen stukken van het dossier waarvan de inhoud onbekend is en die op geen enkel tijdstip van de procedure konden worden ingezien.

tegenover de Commissie te verdedigen. Alleen al op deze grond dient de litigieuze beschikking nietig te worden verklaard.

4. Tussenconclusie

319. Algemeen gezien mogen de eisen aan het bewijs van een inperking van de verdedigingsmogelijkheden die te wijten is aan het tijdsverloop, niet zo streng zijn dat het de betrokken onderneming praktisch onmogelijk of buitengewoon moeilijk wordt gemaakt welk bewijs dan ook te leveren.

320. Aangezien een deel van de stukken die mogelijk correspondentie van de Commissie met derde ondernemingen bevatten²⁷⁰, onherroepelijk verloren is gegaan, kan niet worden uitgesloten dat de niet meer bij Solvay werkzame medewerkers, mochten zij bereikbaar zijn geweest, de onderneming bij haar verdediging hadden kunnen ondersteunen. Met name kan niet worden uitgesloten dat de betrokken medewerkers achtergrondinformatie hadden kunnen verstrekken die uit enkel de schriftelijke stukken niet was af te leiden.

321. In het licht van het voorgaande zijn er voldoende aanwijzingen dat de buitensporige duur van de procedure afbreuk heeft gedaan aan de mogelijkheden van Solvay om zich

322. Reeds uit de behandeling van enkele van de rechtsvragen die rekwirante in eerste aanleg in verband met de toegang tot het dossier, het recht om te worden gehoord en de duur van de procedure aan de orde heeft gesteld, volgt dat de litigieuze beschikking (beschikking 2003/6) van de Commissie in haar geheel nietig moet worden verklaard. Derhalve behoeft op de overige grieven die Solvay in eerste aanleg heeft aangevoerd, niet te worden ingegaan.

V — Verzoek om vermindering van de geldboete

323. Naast vernietiging van het bestreden arrest en nietigverklaring van de litigieuze beschikking²⁷¹ vordert Solvay ook nietigverklaring of vermindering van de — door het Gerecht opnieuw vastgestelde — geldboete, en dit als compensatie voor de ernstige schade

269 — Zie de punten 154 en 186-206 van deze conclusie.

270 — Punt 66 van het bestreden arrest.

271 — Zie deel IV (punten 15-322 van deze conclusie).

die zij haars inziens door de buitensporige lengte van de procedure heeft geleden.

in de zin van artikel 268 VWEU juncto artikel 340, tweede alinea, VWEU (oud artikel 235 EG juncto artikel 288, tweede alinea, EG).²⁷⁵

324. In de door mij bepleite oplossing — vernietiging van het bestreden arrest²⁷² en nietigverklaring van de litigieuze beschikking²⁷³ — heeft dit aparte verzoek van Solvay geen betekenis meer. Volledigheidshalve zal ik er desalniettemin subsidiair op ingaan.

326. Ter terechtzitting gaf de Commissie aan een voorkeur te hebben voor de weg die in de zaak *Der Grüne Punkt* is ingeslagen, en wel vanwege de noodzaak van een doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht. Een vermindering van de geldboete zou volgens haar daaraan afbreuk doen.

327. Dit argument weet mij niet te overtuigen.

A — *Opmerking vooraf*

325. Uit de rechtspraak van het Hof komen tot dusver twee uiteenlopende oplossingen voor het probleem van de buitensporige duur van de procedure naar voren: in de zaak *Baustahlgewebe*, waarin de betrokken onderneming een kartelrechtelijke geldboete was opgelegd, besloot het Hof tot een vermindering van die boete.²⁷⁴ In de zaak *Der Grüne Punkt*, waarin geen dergelijke geldboete was opgelegd, kon het Hof de betrokken onderneming alleen maar attenderen op de mogelijkheid om een schadevordering in te stellen

328. Enerzijds is de handhaving van de Europese mededingingsregels, die voor de werking van de interne markt van doorslaggevend belang zijn²⁷⁶, ongetwijfeld een fundamenteel doel van de Verdragen.²⁷⁷ Om dit te bereiken zijn doeltreffende en afschrikkende sancties absoluut noodzakelijk.

329. Anderzijds moet echter in een procedure als een kartelrechtelijke

272 — Zie punt 294 van deze conclusie.

273 — Zie de punten 298-322 van deze conclusie.

274 — Arrest *Baustahlgewebe* (aangehaald in voetnoot 216, punten 48, 141 en 142).

275 — Arrest *Der Grüne Punkt* (aangehaald in voetnoot 216, punt 195).

276 — Arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 36), en 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 20).

277 — Zie de in voetnoot 236 aangehaalde rechtspraak.

administratieve procedure, die strafrechtelijke trekken heeft²⁷⁸, in bijzondere mate rekening worden gehouden met de elementaire procedurele waarborgen. Het mededingingsrecht mag alleen met middelen die volledig in overeenstemming zijn met de rechtsstaat worden gehandhaafd. Wanneer in een kartelrechtelijke procedure een grondrecht als het beginsel van de redelijke termijn wordt geschonden, dan heeft de betrokken onderneming recht op een doeltreffend herstel.

330. De oplossing voor een overschrijding van de redelijke termijn ligt derhalve noodzakelijkerwijs in het spanningsveld tussen het vereiste van handhaving van de mededingingsregels en het vereiste om de schending van het grondrecht op doeltreffende wijze te herstellen.

331. Met het oog op de proceseconomie en de behoefte aan een rechtstreekse en doeltreffende voorziening in rechte voor de betrokken onderneming zou het Hof waar mogelijk — dus in gevallen waarin een geldboete is opgelegd — de weg moeten blijven volgen die het in het arrest Baustahlgewebe is ingeslagen.²⁷⁹

332. De doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht wordt in een dergelijk geval gewaarborgd door het feit dat de vaststelling van de inbreuk en de verplichting van de betrokken onderneming tot beëindiging ervan blijft bestaan.²⁸⁰ Ten opzichte van de andere marktdeelnemers blijft het bij de afschrikkende werking van de oorspronkelijk door de Commissie respectievelijk het Gerecht vastgestelde geldboete. Dat deze gezien de feiten gerechtvaardigd was, wordt door het Hof niet in twijfel getrokken. De „methode Baustahlgewebe” houdt alleen maar in dat de oorspronkelijke geldboete als het ware wordt verrekend met het bedrag dat als genoegdoening voor de buitensporig lange procedure wordt beschouwd.²⁸¹

278 — Zie conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 10 februari 2011 in de aanhangige zaak KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, met name punt 64), conclusie van advocaat-generaal Bot van 26 oktober 2010 in de aanhangige zaken ArcelorMittal Luxembourg/Commissie e.a. (C-201/09 P en C-216/09 P, Jurispr. 2011, blz. I-2239, met name punt 41) en ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (C-352/09 P, Jurispr. 2011, blz. I-2359, met name punt 49) evenals mijn conclusies van 3 juli 2007 in de zaak ETI e.a. (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 71) en 23 april 2009 in de zaak Akzo Nobel e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 86, punt 39); in dezelfde zin reeds mijn conclusie van 8 september 2005 in de zaken FEG (aangehaald in voetnoot 216, punt 108) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punt 100).

279 — Arrest Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, met name punt 48). Slechts terzijde wil ik erop wijzen dat ook de Commissie soms voor vermindering van het boetebedrag kiest, wanneer zij tot de conclusie komt dat een door haar ingestelde administratieve procedure te lang heeft geduurd (zie arresten FEG en TU, aangehaald in voetnoot 216, respectievelijk punt 9).

280 — Zie de punten 261 en 262 van deze conclusie.

281 — In die zin arrest Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, met name punt 141).

B — *Vermindering van de geldboete*

de zaak en het gedrag van de verzoeker en de bevoegde autoriteiten.

333. De rechtspraak Baustahlgewebe²⁸² berust in wezen op de onbeperkte rechtsmacht in de zin van artikel 261 VWEU, die het Hof met betrekking tot mededingingsrechtelijke sancties krachtens artikel 17 van verordening nr. 17²⁸³ geniet. Het Hof kan geldboetes of dwangsommen dus vrijelijk opheffen, verminderen of verhogen.

336. Daarbij dienen de verschillende fasen van de procedure apart te worden onderzocht, maar moet tevens de totale duur van de administratieve en de gerechtelijke procedure worden gezien.²⁸⁵

334. Overeenkomstig het arrest Baustahlgewebe dient om te beginnen de duur van de procedure in aanmerking te worden genomen (zie punt 1 hieronder) en vervolgens de omvang van een eventuele vermindering van de boete te worden bepaald (zie punt 2 hieronder).

337. Van de verschillende fasen van de procedure zijn er vanuit het oogpunt van het beginsel van de redelijke termijn vooral twee problematisch: de periode waarin de Commissie tijdens de eerste hogere voorziening geheel inactief was (procedure in de gevoegde zaken C-287/95 P en C-288/95 P) en de tweede procedure voor het Gerecht (procedure in zaak T-57/01).²⁸⁶

1. De buitensporige duur van de administratieve en de gerechtelijke procedure

335. Of de duur van een procedure redelijk is, dient, zoals reeds uiteengezet²⁸⁴, te worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van elke zaak, in het bijzonder de belangen die in het geschil voor de betrokkene op het spel staan, de complexiteit van

338. Dat het *stilzitten van de Commissie* gedurende vier jaar en zeven maanden, van juli 1995 tot april 2000 — dat wil zeggen gedurende de eerste hogere voorziening —, het grondrecht van Solvay op een beslissing binnen een redelijke termijn heeft geschonden, heb ik reeds uiteengezet.²⁸⁷ Voor de onderhavige procedure kan derhalve in het midden blijven

282 — Arrest Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, punten 48 en 142).

283 — Voor toekomstige gevallen: artikel 31 van verordening nr. 1/2003.

284 — Zie punt 237 van deze conclusie.

285 — Zie met name de punten 238-241 van deze conclusie.

286 — Zie het chronologische overzicht in punt 11 van deze conclusie.

287 — Zie de punten 306-310 van deze conclusie.

of het Hof als rechter in hogere voorziening in die periode met een procesduur van vier jaar en zeven maanden eveneens verantwoordelijk was voor een buitensporige duur van de procedure.

339. Wat de *tweede procedure voor het Gerecht* (zaak T-57/01) betreft, lijkt deze — met een duur van acht jaar en negen maanden — al op het eerste gezicht ondraaglijk lang.

340. Rekwerende onderstreept terecht dat een dergelijk lange behandelingstijd in het onderhavige geval niet kan worden gerechtvaardigd met het feit dat de zaak in een of ander opzicht bijzonder complex was: het Gerecht had met slechts twee partijen te maken, er bestond vrijwel geen behoefte aan vertaling²⁸⁸ en de door partijen aan de orde gestelde feitelijke en rechtsvragen waren ook niet buitengewoon ingewikkeld. Weliswaar hing de onderhavige zaak samen met de parallel aangehangige zaak T-58/01, maar aangezien tal van middelen in beide zaken identiek waren, zou hun behandeling eigenlijk synergie-effecten hebben moeten opleveren en de procedure dus eerder hebben moeten bespoedigen dan vertragen.

288 — Aangezien de processtaal Frans is, waren de schriftelijke opmerkingen van alle partijen opgesteld in de taal waarin over de zaak werd beraadslaagd. Slechts aan het begin van het proces bestond een te verwaarlozen behoefte aan vertaling, namelijk in verband met de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (zie artikel 24, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht). Dat het bestreden arrest met het oog op de publicatie aan het einde van de procedure in eerste aanleg moest worden vertaald, belette het Gerecht niet, het arrest in de processtaal uit te spreken en te betekenen zodra de beraadslagingen ter zake waren afgerond.

341. De vertraging van de procedure is stellig in aanzienlijke mate te wijten aan het feit dat Solvay in de loop van het proces inzage in de stukken van de administratieve procedure moest worden verleend.²⁸⁹ Dat hiermee echter anderhalf jaar gemoeid was — zelfs twee jaar, indien men de door de partijen ingediende schriftelijke opmerkingen meetelt —²⁹⁰ is volledig onacceptabel. Dit tijdverlies mag niet voor rekening van Solvay komen. Zo nodig had het Gerecht de Commissie duidelijke termijnen moeten stellen en bij niet-naleving ervan de vereiste consequenties ten laste van de Commissie moeten trekken.

342. Overigens kan worden vastgesteld dat ook het Gerecht gedurende de procedure in eerste aanleg in sommige periodes de handen in de schoot heeft gelegd. Een goed voorbeeld hiervan is de periode van 29 maanden tussen het tijdstip waarop de Commissie haar standpunt over de bruikbaarheid van bepaalde documenten voor de verdediging van Solvay indiende en de opening van de mondelinge behandeling.²⁹¹ Vermeldenswaard is voorts de periode van bijna 18 maanden tussen de terechtzitting op 26 juni 2008 en de uitspraak

289 — Punten 57-67 van het bestreden arrest.

290 — Op 19 december 2003 verzocht het Gerecht de Commissie om overlegging van een gedetailleerde lijst van alle documenten die deel uitmaakten van het administratieve dossier; op 14 april 2005 werd Solvay ter griffie van het Gerecht inzage verleend in de door de Commissie overgelegde stukken (punten 57 en 67 van het bestreden arrest). Indien men hier de periode bij optelt die verstreek totdat de Commissie op 18 november 2005 haar opmerkingen over de bruikbaarheid van de betrokken stukken voor de verdediging van Solvay indiende, zijn er bijna twee jaar verstreken.

291 — De Commissie heeft haar opmerkingen op 18 november 2005 ingediend, en de mondelinge behandeling werd in mei 2008 geopend (punten 68 en 72 van het bestreden arrest).

van het bestreden arrest op 17 december 2009.²⁹²

343. Het spreekt vanzelf dat interne organisatieproblemen van het Gerecht, bijvoorbeeld in verband met de regelmatige vervanging van rechters of het feit dat rechters verhinderd zijn, niet in het nadeel van de justitiabelen mogen spelen.²⁹³

344. Onder deze omstandigheden waren zowel de administratieve als de gerechtelijke procedure in het onderhavige geval buitensporig lang.

345. Die indruk wordt bevestigd indien men de duur van alle fasen van de administratieve en de gerechtelijke procedure in hun totaliteit bekijkt:

- Als beginpunt voor de berekening van de duur van de procedure moet overeenkomstig de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6, lid 1, EVRM de dag worden genomen waarop Solvay

voor het eerst werd geconfronteerd met maatregelen die op grond van tegen haar bestaande verdenkingen waren genomen en aanzienlijke gevolgen hadden voor haar situatie.²⁹⁴ Dat tijdstip lag in casu ruim voor de mededeling van de punten van bezwaar (die met een formele „aanklacht” zou kunnen worden vergeleken). Het viel op de dag waarop de Commissie in april 1989 bij Solvay inspecties verrichtte.²⁹⁵

- In de tussentijd is de procedure op geen enkel tijdstip geschorst geweest.
- Naar verwachting zal de procedure zijn afgerond op de dag waarop het Hof in de onderhavige hogere voorziening uitspraak doet.²⁹⁶

346. Tot de dag van vandaag heeft de procedure dus in totaal al 22 jaar geduurd. De vraag of een dergelijk lange duur van een procedure überhaupt ooit te rechtvaardigen is, kan in het midden blijven. In elk geval zouden dan buitengewone omstandigheden moeten bestaan, bijvoorbeeld een bijzondere complexiteit van

292 — Ter vergelijking: in de zaak Baustahlgewebe, waarin elf samenhangende zaken voor de mondelinge behandeling gevoegd waren, stelde het Hof schending van het beginsel van de redelijke termijn vast omdat in de procedure in eerste aanleg een periode van 32 maanden was verstreken tussen de afronding van de schriftelijke procedure en het besluit om de mondelinge behandeling te openen, en een periode van 22 maanden tussen de terechtzitting en de uitspraak van het arrest van het Gerecht (arrest Baustahlgewebe, aangehaald in voetnoot 216, punten 45 en 46).

293 — Zie mijn conclusie van 4 maart 2010 in de zaak Gogos/Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 88).

294 — Arrest EHRM Pedersen en Baadsgaard/Denemarken (Grote kamer) van 17 december 2004 (nr. 49017/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-XI, § 44); in dezelfde zin reeds arresten Ringelsen/Oostenrijk van 16 juli 1971 (serie A, punt 13, § 110) en Hozee/Nederland van 22 mei 1998 (*Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, § 43).

295 — Arrest PVC II (aangehaald in voetnoot 105, punt 182); zie ten aanzien van het geheel ook mijn conclusie van 8 december 2005 in de zaken FEG (aangehaald in voetnoot 216, punten 108-112) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punten 100-104).

296 — Arrest EHRM König/Duitsland van 28 juni 1978 (serie A nr. 27, nr. 6232/73, § 98) en arrest Eckle/Duitsland (aangehaald in voetnoot 222, § 76).

de te behandelen feitelijke en rechtsvragen en een aanzienlijke medeverantwoordelijkheid van de betrokken onderneming voor bepaalde vertragingen van de procedure. Hiervan kan in casu absoluut geen sprake zijn.

de vraag wanneer de procedure tegen hen zal eindigen en wat de uitkomst ervan zal zijn. In die situatie biedt het beginsel van de redelijke termijn hen een versterkte bescherming die verder gaat dan de verjaring van de vervolging biedt.²⁹⁸

347. Ter zijde wijs ik erop dat voor de rechtvaardiging van de totale duur van de procedure niet het loutere feit volstaat dat de vervolging nog niet is verjaard.²⁹⁷ De verjaringstermijn geeft namelijk alleen het maximale temporele kader aan waarin maatregelen tot oplegging van een geldboete wegens inbreuk op de Europese mededingingsregels mogen worden genomen. Binnen de verjaringstermijn gebiedt het beginsel van de redelijke termijn dat het onderzoek snel wordt verricht, beslissingen onverwijld worden genomen en niet te rechtvaardigen periodes van inactiviteit worden voorkomen. De betrokken ondernemingen staan namelijk gedurende een lopende procedure onder verhoogde druk en verkeren continu in onzekerheid over

348. Al met al kom ik derhalve tot de conclusie dat inbreuk is gemaakt op het grondrecht van Solvay op een beslissing binnen een redelijke termijn.

349. In het licht van de rechtspraak Baustahl-gewebe²⁹⁹ zou het bestreden arrest wegens buitensporige duur van de procedure derhalve moeten worden vernietigd voor zover de hoogte van de geldboete hierin is bepaald op 19 miljoen euro.

297 — De verjaringstermijn bedraagt vijf jaar vanaf het einde van de inbreuk en wordt door alle onderzoeks- of vervolgingshandelingen gestuit. Absolute verjaring van de vervolging treedt uiterlijk in op de dag waarop een termijn gelijk aan tweemaal de verjaringstermijn is verstreken zonder dat de Commissie een geldboete of dwangsom heeft vastgelegd. De verjaring wordt echter geschorst zolang de beschikking van de Commissie het voorwerp vormt van een procedure bij het Hof van Justitie. Zie de artikelen 1, 2 en 3 van verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319, blz. 1); voortaan geldt artikel 25 van verordening nr. 1/2003. Op diverse problemen in verband met de verjaring en de stuiting ervan gedurende een gerechtelijke procedure is advocaat-generaal Bot ingegaan in zijn conclusies in de zaken ArcelorMittal Luxembourg/Commissie e.a. (aangehaald in voetnoot 278, met name punten 66-81 en 245-251) en ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (aangehaald in voetnoot 278, met name punten 177-212).

2. Omvang van de vermindering van de geldboete

350. Ter terechtzitting hebben partijen ten aanzien van de vraag in welke omvang de geldboete in casu eventueel zou moeten

298 — Zie mijn conclusie van 8 december 2005 in de zaken FEG (aangehaald in voetnoot 216, punt 111) en TU (aangehaald in voetnoot 216, punt 103).

299 — Arrest Baustahl-gewebe (aangehaald in voetnoot 216, punten 48 en 142).

worden verminderd, sterk uiteenlopende standpunten ingenomen. Terwijl Solvay van mening is dat de geldboete gezien de duur van de procedure zover moet worden verminderd dat de sanctie alleen nog maar een symbolisch karakter heeft, stelt de Commissie zich op een diametraal tegenovergesteld standpunt: haars inziens moet niet de geldboete, maar de vermindering ervan een symbolisch karakter hebben.

351. In de zaak Baustahlgewebe, het enige vergelijkbare geval tot nog toe, werd de geldboete door het Hof slechts marginaal verminderd: een door het Gerecht op 3 miljoen ECU vastgestelde geldboete werd verlaagd met een bedrag van 50 000 ECU³⁰⁰, hetgeen neerkomt op een reductie van niet meer dan 1,67 %.

352. Of een dergelijke minimale vermindering van de geldboete in het licht van de bepalingen van het EVRM tegenwoordig nog adequaat zou zijn, moet worden betwijfeld. Volgens de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 6, lid 1, van het EVRM, dat overeenkomstig artikel 52, lid 3, eerste volzin, van het Handvest van de grondrechten ook

voor het Unierecht in aanmerking moet worden genomen, is met het oog op de genoegdoening beslissend in welke mate de redelijke termijn is overschreden.³⁰¹

353. In het onderhavige geval is de redelijke termijn zowel in afzonderlijke fasen van de administratieve en gerechtelijke procedure als wat de procedure in haar geheel betreft, in aanzienlijke mate overschreden: stilzitten gedurende vier jaar en zeven maanden gedurende de administratieve procedure³⁰², een acht jaar en negen maanden durende gerechtelijke procedure in eerste aanleg³⁰³ en een globale duur van de procedure van 22 jaar tot de dag van vandaag, zonder dat van buitengewone omstandigheden sprake is.³⁰⁴ Dit laat elke in redelijkheid denkbare drempel ver achter zich.

354. In dit licht zou een relatief geringe vermindering van de geldboete, zoals in de zaak Baustahlgewebe en kennelijk ook de Commissie in casu voor ogen staat, in geen geval adequaat zijn.

300 — Arrest Baustahlgewebe (aangehaald in voetnoot 216, punten 141 en 142).

301 — Arresten EHRM Dželili/Duitsland (aangehaald in voetnoot 232, § 103) en Ommer/Duitsland (aangehaald in voetnoot 231, § 50).

302 — Zie punten 306-310 en 338 van deze conclusie.

303 — Zie punten 339-343 van deze conclusie.

304 — Zie punten 345 en 346 van deze conclusie.

355. Voor een uit een buitensporig lange procedure voortvloeiende schending van een grondrecht is een doeltreffende sanctie vereist. Daarbij moet worden uitgegaan van de zwaarte van de door de betrokken onderneming begane inbreuk, enerzijds, en de ernst van de schending van de grondrechten door de buitensporige duur van de procedure, anderzijds.³⁰⁵

357. Mocht het Hof dus niet beslissen het bestreden arrest in zijn geheel te vernietigen en de litigieuze beschikking nietig te verklaren³⁰⁷, stel ik voor althans de geldboete ter hoogte van 19 miljoen euro met 50% te verminderen.

VI — Kosten

356. In het onderhavige geval moet van een ernstige schending van het grondrecht op een beslissing binnen een redelijke termijn worden uitgegaan. Dit rechtvaardigt een duidelijke vermindering van de geldboete. Tegelijkertijd moet echter in aanmerking worden genomen dat Solvay zich volgens de bevindingen van de Commissie heeft schuldig gemaakt aan „bijzonder ernstige” inbreuken op een van de fundamentele bepalingen van de interne markt (artikel 82 EG).³⁰⁶ Gezien alle aspecten van het geval zou ik derhalve een vermindering van de geldboete met 50% adequaat achten. Het uitgangspunt voor de berekeningen zou moeten zijn het bedrag van de geldboete zoals vastgesteld door het Gerecht.

358. Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof zelf over de kosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet.

359. Krachtens artikel 69, lid 2, juncto artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Solvay heeft gevorderd de Commissie zowel in de kosten van de hogere voorziening als in die van procedure in eerste aanleg te verwijzen en aangezien de Commissie in beide instanties in het ongelijk is gesteld, dient zij te worden verwezen in de kosten van de twee procedures.

305 — In die zin arrest EHRM Eckle/Duitsland (artikel 50) (aangehaald in voetnoot 233, § 24).

306 — Punt 191 van de considerans van de litigieuze beschikking. Het Gerecht heeft de kwalificatie van het marktgedrag van Solvay als „bijzonder ernstig” bevestigd en vastgesteld dat geen van de door Solvay aangevoerde argumenten tot de conclusie leiden dat de Commissie de zwaarte van de inbreuken onjuist heeft beoordeeld (punten 499 en 501 van het bestreden arrest). Tegen dit deel van het bestreden arrest is Solvay in hogere voorziening niet opgekomen.

307 — Zie met name de punten 294 en 322 van deze conclusie.

VII — Conclusie

360. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

- „1) Het arrest van het Gerecht van 17 december 2009 in zaak T-57/01, Solvay/Commissie, wordt vernietigd.
- 2) Beschikking 2003/6/EG van de Commissie van 13 december 2000 wordt nietig verklaard.
- 3) De Commissie wordt verwezen in de kosten van de twee procedures.”