



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 27 maart 2014¹

Zaak C-578/11 P

**Deltafina SpA
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededinging — Immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken — Op een onderneming rustende verplichting tot medewerking krachtens een mededeling inzake medewerking — Procedurele onregelmatigheid — Beslissing gebaseerd op in strijd met het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gehoorde getuigen — Schending van rechten van verdediging — Schending van het fundamentele recht op een eerlijke behandeling van de zaak door het Gerecht”

1. Met de onderhavige hogere voorziening komt Deltafina SpA (hierna: „Deltafina”) op tegen een arrest van het Gerecht² waarbij een beschikking van de Europese Commissie ter zake van mededingingsinbreuken – in de vorm van een kartel op de Italiaanse markt voor aankoop en eerste bewerking van ruwe tabak – is bevestigd.³ In de administratieve fase van de procedure had de Commissie Deltafina in het kader van de destijds van toepassing zijnde clementieregeling⁴ voorwaardelijke immunititeit tegen geldboeten verleend wegens medewerking aan haar onderzoek. Later heeft de Commissie die immunititeit bij de litigieuze beschikking echter weer ingetrokken. De belangrijkste vragen die met deze hogere voorziening door Deltafina aan de orde worden gesteld betreffen de inhoud van de verplichting tot medewerking van een onderneming volgens de clementieregeling, de vraag of er in het geding in eerste aanleg sprake is geweest van procedurele onregelmatigheden die inbreuk hebben gemaakt op de rechten van verdediging van Deltafina, en de grief dat het Gerecht de zaak niet binnen een redelijke termijn heeft afgedaan.

Toepasselijke bepalingen

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

2. Artikel 6, lid 1, EVRM bepaalt dat eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van het Gerecht van 9 september 2011, Deltafina/Commissie (T-12/06, Jurispr. blz. II-5639 (hierna: „bestreden arrest”).

3 — Beschikking van de Commissie van 20 oktober 2005 in een procedure op grond van artikel 81, lid 1, van het EG-Verdrag (zaak nr. COMP/C.38281/B.2 – Ruwe tabak Italië) [Kennisgeving geschied onder nummer C(2005) 4012] (hierna: „litigieuze beschikking”), waarvan een samenvatting is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2006, L 353, blz. 45).

4 — Zie punten 11-14 hierna.

Grondrechten

3. Ingevolge artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁵ heeft eenieder er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.

4. Artikel 47 van het Handvest, “Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht”, bepaalt onder meer: “Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld.” Artikel 48 van het Handvest waarborgt het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging.⁶

5. In het Handvest is vastgelegd dat de bepalingen ervan zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.⁷

6. Voor zover het Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, moeten zij hetzelfde worden uitgelegd.⁸

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

7. Artikel 101 VWEU (voorheen artikel 81 EG) verbiedt ondernemingen om deel te nemen aan overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de mededinging binnen de interne markt verhinderen, beperken of vervalsen.

5 — PB 2010, C 83, blz. 2 (hierna: „Handvest”).

6 — Een vergelijkbare waarborg is te vinden in artikel 6, lid 2, EVRM.

7 — Artikel 51, lid 1.

8 — Artikel 52, lid 3.

Geldboeten in het mededingingsrecht

Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad

8. Krachtens artikel 23 van verordening nr. 1/2003⁹ kan de Commissie bij beschikking geldboeten opleggen aan ondernemingen wanneer zij onder meer opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101 VWEU.¹⁰ Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening gehouden.¹¹ De grondrechten en de beginselen van het Handvest moeten bij de berekening van de geldboeten worden geëerbiedigd en verordening nr. 1/2003 dient te worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met deze beginselen.¹²

9. Artikel 31 van verordening nr. 1/2003 bepaalt: „Het Hof van Justitie heeft volledige rechtsmacht ter zake van beroep tegen beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of een dwangsom wordt vastgesteld. Het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen.”¹³

Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten

10. In het relevante tijdvak waren ook de richtsnoeren van de Commissie van 1998 van toepassing.¹⁴ Volgens de considerans van deze richtsnoeren werd het basisbedrag van de geldboete berekend door de op basis van de zwaarte en de duur van de inbreuk vastgestelde bedragen samen te tellen. Dat bedrag kon vervolgens worden verlaagd wegens bijzondere verzachtende omstandigheden, zoals daadwerkelijke medewerking van een onderneming in het kader van de procedure, buiten de werkingssfeer van de clementieregeling.¹⁵ Ook kon volgens de richtsnoeren van 1998 een onderneming in bepaalde omstandigheden in aanmerking komen voor immuniteit tegen geldboeten.¹⁶

Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken

11. De mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken¹⁷ heeft volgens de inleiding betrekking op zware inbreuken op de mededingingsregels, zoals prijsafspraken, de vaststelling van productie- of verkoopquota en marktverdeling door kartels. De Commissie wees erop dat bepaalde ondernemingen die bij dit soort

9 — Verordening van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 1/2003”). Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204) (hierna: „verordening nr. 17”). De Commissie heeft in deel 2.6 van de beschikking beide verordeningen aangehaald als rechtsgrondslag voor de opgelegde geldboeten. De relevante bepalingen van verordening nr. 17 zijn de artikelen 15, lid 2, en 17. De spiegelbepalingen zijn artikel 23, leden 2 en 3, en artikel 31 van verordening nr. 1/2003. Ik verwijs in deze conclusie naar de bepalingen van verordening nr. 1/2003, welke verwijzingen moeten worden geacht ook de artikelen 15, lid 2, en 17 van verordening nr. 17 te omvatten, aangezien zij met betrekking tot de in deze hogere voorziening aan de orde zijnde onderwerpen inhoudelijk niet zijn gewijzigd.

10 — Artikel 23, lid 2.

11 — Artikel 23, lid 3.

12 — Punt 37 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

13 — Zie ook artikel 261 VWEU en punt 33 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

14 — Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „richtsnoeren van de Commissie van 1998”). Deze richtsnoeren zijn inmiddels vervangen door de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2).

15 — Zie punten 11-14 hierna.

16 — Zie punt 4 dat verwijst naar de mededeling inzake medewerking van 1996 (zie voetnoot 17 hierna).

17 — (PB 2002, C 45, blz. 3; hierna: „mededeling inzake medewerking van 2002”). Deze mededeling is in de plaats gekomen van de mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996, C 207, blz. 4; hierna: „mededeling inzake medewerking van 1996”). De thans geldende versie is de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken van 2006 (PB C 298, blz. 17; hierna: „mededeling inzake medewerking van 2006”).

onwettige afspraken betrokken zijn, ertoe bereid zijn hun deelname daaraan te beëindigen en de Commissie in kennis te stellen van het bestaan van dergelijke afspraken, maar daarvan worden afgeschrikt door het risico dat zij een hoge geldboete kregen opgelegd. De Commissie was van oordeel dat het in het belang van de (toenmalige) Gemeenschap was om ondernemingen die met haar samenwerkten een gunstige behandeling te verlenen. Een doorslaggevende bijdrage tot de inleiding van een onderzoek of de vaststelling van een inbreuk kon rechtvaardigen dat aan de betrokken onderneming immuniteit tegen een geldboete werd verleend, mits aan bepaalde aanvullende voorwaarden was voldaan. Voorts kon medewerking van een of meer ondernemingen tot een vermindering van het bedrag van een opgelegde geldboete door de Commissie leiden. Een vermindering van een geldboete moest de daadwerkelijke bijdrage, in termen van kwaliteit en tijdstip, van een onderneming aan de vaststelling van de inbreuk door de Commissie weerspiegelen. Verminderingen moesten worden beperkt tot die ondernemingen die de Commissie bewijsmateriaal verstrekten dat een aanzienlijke toegevoegde waarde had ten opzichte van het materiaal waarover zij reeds beschikte.¹⁸

12. Rubriek A van de mededeling inzake medewerking van 2002 droeg het opschrift „Immuniteit tegen geldboeten”. Punt 8 bepaalde dat de Commissie een onderneming immuniteit verleende tegen een geldboete die anders zou zijn opgelegd indien de onderneming, in verband met een vermeend kartel dat de mededinging in de Gemeenschap beïnvloedde, als eerste bewijsmateriaal verstreekte dat, naar de mening van de Commissie haar in staat kon stellen a. een beschikking te geven tot het verrichten van een verificatie, of b. een inbreuk op artikel 81 EG vast te stellen. Krachtens rubriek B konden ondernemingen die niet aan de voorwaarden voor *immuniteit* voldeden konden niettemin in aanmerking komen voor een *vermindering* van de geldboete die anders zou zijn opgelegd¹⁹

13. Afgezien van deze voorwaarden moest door een onderneming in ieder geval aan de volgende cumulatieve voorwaarden van punt 11 van de mededeling worden voldaan om in aanmerking te komen voor boete-immuniteit:

- „a) de onderneming moet, gedurende de gehele administratieve procedure van de Commissie, onafgebroken en zonder dralen haar volledige medewerking verlenen en de Commissie alle bewijsmateriaal ter beschikking stellen dat met betrekking tot de vermoedelijke inbreuk in haar bezit is of waarover zij kan beschikken. Inzonderheid zal zij ter beschikking blijven van de Commissie om snel antwoord te geven op verzoeken die kunnen bijdragen tot de vaststelling van de betrokken feiten;
- b) de onderneming moet haar betrokkenheid bij de vermoedelijke inbreuk uiterlijk beëindigen op het tijdstip waarop zij op grond van punt 8, sub a, of 8, sub b, naargelang van het geval, haar bewijsmateriaal indient;
- c) de onderneming mag andere ondernemingen niet tot deelname aan de inbreuk hebben gedwongen.”

14. De procedure voor een verzoek om immuniteit tegen geldboeten was geregeld in de punten 12 tot en met 19. Indien de onderneming aan het einde van de administratieve procedure had voldaan aan de noodzakelijke, in punt 11 uiteengezette vereisten, verleende de Commissie haar in haar eindbeschikking immuniteit tegen geldboeten. Indien in een van de fasen van de administratieve procedure niet werd voldaan aan een van de in rubriek A of B uiteengezette voorwaarden, kon dat leiden tot het verlies van de gunstige behandeling.²⁰

18 — Zie punten 1-7.

19 — Zie punt 20.

20 — Zie punt 30.

Litigieuze beschikking en de achtergrond ervan

Het kartel

15. De punten 2 tot en met 20 van het bestreden arrest geven een uitvoerige beschrijving van de achtergrond van de litigieuze beschikking.

16. De chronologie van de gebeurtenissen is kort samengevat de volgende. Op 3, 4 en 5 oktober 2001 verrichtte de Commissie verificaties op de hoofdkantoren van de Fédération européenne des transformateurs de tabac (hierna: „Fédération”) en de Maison des métiers du tabac te Brussel (België). Dezelfde dag stelde de Fédération bij faxbericht al haar leden – daaronder begrepen de Associazione professionale trasformatori tabacchi italiani (beroepsvereniging van Italiaanse bewerkers van ruwe tabak; hierna: „APTI”) – van deze verificaties op de hoogte. De Commissie verrichtte diezelfde dagen eveneens verificaties op de hoofdkantoren van de drie belangrijkste Spaanse bewerkers van ruwe tabak en van de twee Spaanse verenigingen van tabakbewerkers en -producenten.

17. Op 19 februari 2002 diende Deltafina, een Italiaanse bewerker van ruwe tabak (en lid van de APTI), op grond van de mededeling inzake medewerking van 2002 een verzoek om boete-immuniteit in en, subsidiair, krachtens rubriek B van die mededeling, een verzoek tot verlaging van de geldboete bij de Commissie. Het verzoek om immuniteit betrof een vermeende mededingingsregeling tussen bewerkers van ruwe tabak op de Italiaanse markt. Op 6 maart 2002 deelde de Commissie Deltafina mee dat haar verzoek voldeed aan de voorwaarden van punt 8, sub b, van de mededeling inzake medewerking van 2002 en dat zij haar na afloop van de administratieve procedure boete-immuniteit zou verlenen voor elke inbreuk die zij na het onderzoek vaststelde op basis van de verstrekte bewijzen, vooropgesteld dat Deltafina aan alle voorwaarden van punt 11 van deze mededeling voldeed. Op 14 maart 2002 kwamen de diensten van de Commissie en de vertegenwoordigers van Deltafina en Universal Corporation²¹ bijeen om de modaliteiten van de samenwerking tussen Deltafina en de Commissie te bespreken (hierna: „bijeenkomst van 14 maart 2002”). Tijdens deze bijeenkomst werd met name de vertrouwelijkheid van het immunitetsverzoek van Deltafina te berde gebracht. Op 19, 21, 25 en 26 maart 2002 verstrekten Deltafina de Commissie aanvullende inlichtingen. Op 22 maart 2002 bespraken de vertegenwoordigers van Deltafina en de met het dossier belaste ambtenaar van de Commissie telefonisch verschillende kwesties in verband met de samenwerking tussen Deltafina en de Commissie.

18. Op 2 april 2002 deelde de externe juridische raadsman van Universal de externe juridische raadsliden van Standard Commercial Corp. (hierna: „SCC”) en Dimon Inc., de moedermaatschappijen van respectievelijk Transcatab SpA en Dimon Italia Srl (hierna: „Dimon Italia”), twee Italiaanse vennootschappen die zich bezighouden met de eerste bewerking van ruwe tabak, mee dat Deltafina bij de Commissie een verzoek om immuniteit had ingediend voor de mededingingsregeling tussen de bewerkers op de Italiaanse markt voor tabak. Op de ochtend van 4 april 2002 kwam het beheerscomité van de APTI (hierna: „bijeenkomst van APTI”) bijeen. Tijdens deze bijeenkomst deelde de voorzitter van Deltafina de aanwezige personen mee dat Deltafina was begonnen mee te werken met de Commissie in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002. In de middag van die vierde april dienden Dimon Italia en Transcatab, waarvan de vertegenwoordigers op de bijeenkomst van de APTI aanwezig waren, eveneens krachtens de mededeling inzake medewerking van 2002 een verzoek om een gunstige behandeling in.

19. Op 25 februari 2004 deed de Commissie haar mededeling van punten van bezwaar uitgaan. Tijdens de hoorzitting bij de raadadviseur-auditeur van 22 juni 2004, waaraan Deltafina deelnam, wees een vertegenwoordiger van Dimon Italia de Commissie op twee stukken in het dossier die een samenvatting bevatten van de verklaringen die de voorzitter van Deltafina tijdens de bijeenkomst van

21 — Moedermaatschappij van Deltafina (hierna: „Universal”).

de APTI had afgelegd. Op 21 december 2004 stelde de Commissie een addendum bij de mededeling van punten van bezwaar vast, waarbij zij Deltafina en de andere betrokken ondernemingen meedeelde dat zij van plan was om haar geen boete-immuniteit te verlenen omdat zij haar in punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 bedoelde verplichting tot medewerking niet was nagekomen.

Litigieuze beschikking en vaststelling van de geldboete

20. Op 20 oktober 2005 stelde de Commissie de litigieuze beschikking vast. Volgens artikel 1 ervan hadden Deltafina en Universal in de genoemde perioden²² artikel 81, lid 1, EG geschonden door deel te nemen aan overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector ruwe tabak in Italië. Bij artikel 2 van de litigieuze beschikking werden Deltafina en Universal hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor een bedrag van 30 miljoen EUR.

21. Bij de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete waren alle omstandigheden van de zaak in aanmerking genomen, overeenkomstig artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003. De Commissie had met name onderzocht: 1. de zwaarte van de inbreuk, 2. de zeer zware aard van de inbreuk op de mededingingsregels, 3. het specifieke marktaandeel van elke onderneming (Deltafina was de grootste afnemer op de betrokken markt voor ruwe tabak), 4. het feit dat Deltafina deel uitmaakte van een multinationale groep die behoorde tot de belangrijkste tabakshandelaren ter wereld (om van de geldboete een afschrikkende werking te doen uitgaan werd op het uitgangsbetrag een vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,5 toegepast), en 5. de duur van de inbreuk (dat bedrag werd vervolgens verhoogd met 60 %).

22. Vervolgens nam de Commissie de medewerking die Deltafina daadwerkelijk tijdens de procedure had verleend buiten het kader van de mededeling inzake medewerking van 2002, als verzachtende omstandigheid in aanmerking. Het basisbedrag van de geldboete werd om twee redenen verlaagd. Deltafina was de eerste onderneming die een verzoek tot toepassing van de mededeling inzake medewerking van 2002 indiende en de eerste onderneming waaraan de Commissie voorwaardelijke immuniteit verleende. En Deltafina had van meet af aan aanzienlijk aan het onderzoek van de Commissie bijgedragen en was daar gedurende de gehele procedure mee doorgegaan, afgezien van de feiten die de weigering om definitieve immuniteit te verlenen rechtvaardigden.

23. De immuniteit tegen geldboeten werd ingetrokken omdat Deltafina volgens de Commissie niet had voldaan aan de voorwaarden van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002. Hoewel Deltafina wist dat de Commissie van plan was om in de periode van 18 tot 20 april 2002 ter plaatse verificaties te verrichten, had haar voorzitter immers vóór deze verificaties ter plaatse haar twee voornaamste concurrenten op 4 april 2002 vrijwillig ingelicht over de indiening van haar immuniteitsverzoek. Het gedrag van Deltafina kon zeer wel afbreuk doen aan het resultaat van de verificaties van de Commissie, wat Deltafina wist of althans had moeten weten, met name omdat de Commissie haar specifiek had meegedeeld dat zij spoedig verificaties zou verrichten en had verzocht om haar immuniteitsverzoek vertrouwelijk te houden om geen afbreuk te doen aan het resultaat van deze verificaties. Dienaangaande gaven noch de gesprekken die tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 waren gevoerd, noch de wijze waarop de Commissie zich daarna had gedragen er blijk van dat zij had aanvaard dat Deltafina haar concurrenten noodzakelijkerwijs op de hoogte moest brengen van haar verzoek tot toepassing van de mededeling inzake medewerking van 2002.

24. De Commissie erkende dat het voor Deltafina praktisch gezien moeilijk was om het immuniteitsverzoek vertrouwelijk te houden, maar ook dat het uiterst onwaarschijnlijk was dat verificaties nog iets zouden opleveren indien Deltafina gedwongen werd haar immuniteitsverzoek openbaar te maken aan haar concurrenten. Deltafina had haar immuniteitsverzoek echter vrijwillig en

²² — De inbreuk heeft geduurd van 29 september 1995 tot 19 februari 2002.

uit eigen beweging openbaar gemaakt tijdens de bijeenkomst van de APTI. Het feit dat Deltafina de Commissie nooit over deze openbaarmaking had ingelicht, deed vermoeden dat zij niet verwachtte dat de Commissie haar gedrag zou goedkeuren. Bovendien had ook Universal de Commissie niet onverwijld ingelicht over de door haar juridische raadsman op 2 april 2002 verrichte openbaarmaking.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

25. In eerste aanleg heeft Deltafina het Gerecht verzocht om:

- de haar bij artikel 2 van de litigieuze beschikking opgelegde geldboete nietig te verklaren;
- subsidiair, het bedrag van deze geldboete te verlagen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

26. Deltafina heeft zeven middelen aangevoerd. Met haar eerste drie primaire middelen strekkende tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking stelde zij dat de Commissie drie kennelijke vergissingen had begaan: 1. voor zover zij de intrekking van de immuniteit tegen geldboeten op een onjuiste feitelijke premisse had gebaseerd, 2. voor zover zij had vastgesteld dat Deltafina de in punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 bedoelde verplichting tot medewerking niet was nagekomen, en 3. voor zover zij had gesteld dat Deltafina met de openbaarmaking van haar immuniteitsverzoek het onderzoek had geschaad. Met haar vierde middel stelde Deltafina schending van het vertrouwensbeginsel, het beginsel van goed bestuur en het evenredigheidsbeginsel. Vervolgens voerde Deltafina subsidiair drie middelen aan, strekkende tot verlaging van het boetebedrag. Met het vijfde middel stelde zij schending van het evenredigheidsbeginsel omdat het uitgangsbetrag van de geldboete buitensporig hoog was. Met het zesde middel stelde zij dat de Commissie zich ten onrechte op het standpunt had gesteld dat Universal medeverantwoordelijk was voor het gedrag van Deltafina, en bijgevolg een buitensporige geldboete aan deze laatste had opgelegd. Met het zevende middel stelde zij dat de verzachtende omstandigheden niet correct waren beoordeeld. Het zesde middel is later door Deltafina ingetrokken.

27. Ter terechtzitting voor het Gerecht heeft Deltafina zich er voor het eerst op beroepen dat de Commissie het gelijkheidsbeginsel had geschonden doordat zij zowel de aan Deltafina als aan Dimon Italia opgelegde geldboete met 50 % had verlaagd. Het Gerecht heeft dat middel overeenkomstig artikel 48, lid 2, eerste alinea, van zijn Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk verklaard.

28. Bij arrest van 9 september 2011 heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen en Deltafina verwezen in de kosten.

Hogere voorziening en procesverloop voor het Hof

29. Deltafina voert in hogere voorziening vier middelen aan, die als volgt kunnen worden samengevat. In de eerste plaats heeft het Gerecht zich ten onrechte niet uitgesproken over de vraag of de Commissie, in het licht van de tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 vastgestelde „spelregels”²³, kon vaststellen dat Deltafina de op haar rustende verplichting tot medewerking niet was nagekomen door tijdens de bijeenkomst van de APTI bekend te maken dat zij een immuniteitsverzoek had ingediend. Aldus heeft het Gerecht zich in de plaats van de partijen gesteld, door ex post vast te stellen op welke wijze Deltafina haar verplichting tot medewerking diende na te komen, en daarmee haar rechten van verdediging geschonden.

23 — Met de „basisregels” of „spelregels” worden de modaliteiten bedoeld van het vermeende akkoord tussen Deltafina en de Commissie. Zie punt 62 hierna.

30. In de tweede plaats heeft het Gerecht de feiten niet op passende en correcte wijze vastgesteld en fundamentele beginselen inzake de bewijslevering geschonden, aangezien het twee deelnemers aan de bijeenkomst van 14 maart 2002 op informele en dus onregelmatige wijze over de „spelregels” heeft gehoord zonder de waarborgen van zijn Reglement voor de procesvoering in acht te nemen.

31. Het Gerecht heeft in de derde plaats verzuimd de zaak binnen redelijke termijn af te doen. De procedure voor het Gerecht heeft namelijk buitensporig lang – meer bepaald vijf jaar en acht maanden – geduurd en tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de beslissing om de mondelinge behandeling te openen zijn ruim 43 maanden verstreken.

32. In de vierde plaats heeft het Gerecht ten onrechte geweigerd om zich in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht uit te spreken over het voor het eerst ter terechtzitting aangevoerde argument van Deltafina dat de door de Commissie aan haar opgelegde geldboete onevenredig en discriminerend was omdat de Commissie de geldboeten van Deltafina en Dimon Italia in dezelfde mate had verlaagd, hoewel zij in erg verschillende mate hadden bijgedragen tot het onderzoek van de Commissie dat tot de vaststelling van de inbreuk had geleid.

33. De procedure voor het Hof is na de terechtzitting van 13 november 2012 geschorst in afwachting van de uitspraak van de Grote Kamer in de zaken Gascogne Sack Deutschland/Commissie²⁴, Kendrion/Commissie²⁵ en Groupe Gascogne/Commissie²⁶. In die zaken heeft het Hof zijn rechtspraak herzien ter zake van in het kader van een hogere voorziening ingediende klachten betreffende een verzuim van het Gerecht binnen redelijke termijn uitspraak te doen. Het Hof heeft op 26 november 2013 arrest gewezen in die zaken. Deze conclusie is bijgevolg aangehouden zodat met die uitspraken rekening kon worden gehouden.

Derde middel: verzuim binnen redelijke termijn uitspraak te doen

34. Allereerst dient het derde middel van Deltafina te worden behandeld, omdat het volledig losstaat van de in het eerste, tweede en vierde middel opgeworpen materiële vragen.

Samenvatting van de argumenten

35. Deltafina stelt dat het Gerecht de artikelen 42 en 47 van het Handvest heeft geschonden door niet binnen redelijke termijn uitspraak te doen. Zij verzoekt het Hof dan ook om het bestreden arrest te vernietigen, subsidiair, het bedrag van de haar opgelegde geldboete substantieel te verlagen.

36. In vergelijking met de behandelingsduur van de zaak Baustahlgewebe/Commissie²⁷, een complexere zaak waarin het Hof heeft geoordeeld dat vijf jaar en zes maanden een buitensporig lange duur was (er waren ongeveer 32 maanden verstreken tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de opening van de mondelinge behandeling), is het duidelijk dat de behandeling van de onderhavige zaak bij het Gerecht buitensporig lang heeft geduurd. In casu heeft het geding namelijk vijf jaar en acht maanden geduurd en tussen het einde van de schriftelijke behandeling en het besluit om tot de mondelinge behandeling over te gaan zijn 43 maanden verstreken. Deltafina heeft niet tot die lange duur bijgedragen. Hoewel de termijn voor indiening van de memorie in repliek van 6 juli 2006 tot 16 oktober 2006 was geschorst, nadat Deltafina het Gerecht had verzocht de Commissie te gelasten een document over te leggen, heeft zij haar repliek binnen de daarvoor gestelde termijn ingediend. De zaak is om twee redenen van groot belang voor Deltafina. In de eerste plaats is de opgelegde geldboete

24 — Arrest van 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland (C-40/12 P; hierna: „arrest Gascogne Sack Deutschland”).

25 — Arrest van 26 november 2013, Kendrion (C-50/12 P; hierna: „arrest Kendrion”).

26 — Arrest van 26 november 2013, Groupe Gascogne (C-58/12 P; hierna: „arrest Groupe Gascogne”).

27 — Arrest van 17 december 1998 (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417; hierna: „arrest Baustahlgewebe”).

bijzonder hoog. In de tweede plaats gaat het hier om een principiële kwestie, namelijk de vraag of een onderneming die om boete-immuniteit heeft verzocht geldig met de Commissie kan overeenkomen hoe zij aan haar verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002 zal voldoen.

37. De Commissie voert aan dat het middel van Deltafina ongegrond is. In de eerste plaats betwist zij Deltafina's berekening van de duur van de procedure. Volgens de Commissie heeft de procedure vijf jaar, drie maanden en acht dagen geduurd (korter dan in de zaak Baustahlgewebe). Het verzoek van Deltafina om verlenging van de termijn voor de indiening van haar repliek heeft de procedure met vier maanden en twaalf dagen verlengd. In de tweede plaats is het vaste rechtspraak dat bij de beoordeling of bij de afdoening van de zaak de redelijke termijn is geschonden, de bijzondere omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. Deltafina maakte deel uit van een complex kartel dat verantwoordelijk is geweest voor een reeks met elkaar samenhangende inbreuken, en verschillende van de betrokken ondernemingen hebben beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen dezelfde Commissiebeschikking.²⁸ Die procedures zijn in drie verschillende talen gevoerd (Engels, Italiaans en Spaans). Bovendien waren er in het geval van Deltafina complexe feitelijke en rechtsvragen aan de orde. De duur van de procedure voor het Gerecht is daarom niet als buitensporig lang te beschouwen. In de derde plaats dient, ook indien het Hof tot het oordeel zou komen dat de procedure voor het Gerecht buitensporig lang was, dit feit niet tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking te leiden.

Beoordeling

38. Om te beginnen moet volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in geval van overschrijding van een redelijke procestermijn, als procedurele onregelmatigheid die inbreuk maakt op een grondrecht, voor de betrokken partij een effectief rechtsmiddel voorhanden zijn waarmee zij passende genoegdoening kan krijgen.²⁹

39. In de tweede plaats kan bij gebreke van enige aanwijzing dat de te lange duur van de procedure de uitkomst van het geding heeft beïnvloed, de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn geen grond voor vernietiging van het bestreden arrest zijn.³⁰ Wanneer er geen aanwijzingen zijn dat de te lange duur van de procedure de uitkomst van het geding kan hebben beïnvloed, zal de vernietiging van het bestreden arrest de schending van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming door het Gerecht immers niet opheffen.³¹

40. In de derde plaats heeft Deltafina het Hof in de onderhavige zaak geen gegevens overgelegd waaruit zou kunnen blijken dat de niet-inachtneming van een redelijke procestermijn door het Gerecht invloed heeft kunnen hebben op de uitkomst van het geding.

28 — De zaken in de Spaanse sector ruwe tabak waren: arresten Gerecht van 27 oktober 2010, Alliance One International e.a./Commissie (T-24/05, Jurispr. blz. II-5329); 8 september 2010, Deltafina/Commissie (T-29/05, Jurispr. blz. II-4077); 3 februari 2011, Cetarsa/Commissie (T-33/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie); 8 maart 2011, World Wide Tobacco España/Commissie (T-37/05, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie); 12 oktober 2011, Agroexpansión/Commissie (T-38/05, Jurispr. blz. II-7005), en Alliance One International/Commissie (T-41/05, Jurispr. blz. II-7101). De Italiaanse sector ruwe tabak betrof zes zaken waaronder die van Deltafina. De andere waren: arresten van 5 oktober 2011, Romana Tabacchi/Commissie (T-11/06, Jurispr. blz. II-6681); 5 oktober 2011, Mindo/Commissie (T-19/06, Jurispr. blz. II-6795); 9 september 2011, Alliance One International/Commissie (T-25/06, Jurispr. blz. II-5741); beschikking het Gerecht van 1 september 2010, Universal/Commissie (T-34/06); en arrest van 5 oktober 2011, Transcatlab/Commissie (T-39/06, Jurispr. blz. II-6831).

29 — EHRM, arrest van 26 oktober 2000, Kudła/Polen, verzochtschrift nr. 30210/96, Reports of Judgments and Decisions 2000 XI, §§ 156 en 157.

30 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 81 en daarin aangehaalde rechtspraak. Een volledige weergave van de motivering van het Hof is te vinden in de arresten Gascogne Sack Deutschland, punten 80-103; Kendrion, aangehaald in voetnoot 25, punten 77-108, en Groupe Gascogne, aangehaald in voetnoot 26, punten 66-97. Ik heb deze kwestie behandeld in mijn conclusie in de zaak Gascogne Sack Deutschland, punten 113-134, en uitvoeriger in mijn conclusie in de zaak Groupe Gascogne, punten 70-150. Gemakshalve en om overbodige herhaling te voorkomen zal ik hier voornamelijk verwijzen naar het arrest Gascogne Sack Deutschland.

31 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

41. In de vierde plaats, gelet op de noodzaak tot handhaving van de mededingingsregels van de Unie, kan het Hof een rekwirant niet wegens de enkele niet-inachtneming van een redelijke procestermijn toestaan de gegrondheid of de hoogte van een geldboete ter discussie te stellen, terwijl alle middelen die hij heeft aangevoerd tegen de vaststellingen van het Gerecht betreffende de hoogte van deze geldboete en de gedragingen die daarmee worden bestraft, ongegrond zijn bevonden.³² Mijns inziens zijn de inhoudelijke middelen van Deltafina namelijk alle ongegrond, zoals ik hierna in de punten 73 tot en met 101 (eerste middel), 110 tot en met 121 (tweede middel) en 126 tot en met 130 (vierde middel) zal uiteenzetten.

42. Hieruit volgt dat het derde middel van Deltafina in hogere voorziening geen grond voor vernietiging van het bestreden arrest kan opleveren.

43. Voor zover Deltafina verzoekt om verlaging van de haar opgelegde geldboete om rekening te houden met de financiële gevolgen die voor haar zijn geresulteerd uit de buitensporig lange duur van de procedure voor het Gerecht, moet eraan worden herinnerd dat het Hof aanvankelijk een dergelijk verzoek in een vergelijkbare situatie in het arrest Baustahlgewebe heeft ingewilligd en de geldboete heeft verlaagd om redenen van proceseconomie en teneinde een dergelijke onregelmatigheid in de procedure direct en doeltreffend te verhelpen.³³ In het arrest Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commissie³⁴, een arrest van latere datum, waarin de Commissie misbruik van machtspositie had vastgesteld maar geen geldboete had opgelegd, heeft het Hof overwogen dat het feit dat het Gerecht geen redelijke procestermijn in acht heeft genomen, daarentegen aanleiding kan zijn voor een schadevordering.

44. Deltafina heeft niet gepreciseerd of haar verzoek op het arrest Baustahlgewebe is gebaseerd op strekt tot schadevergoeding. Zij heeft ook niet aangegeven of en in hoeverre zij financiële schade heeft geleden. Haar hogere voorziening lijkt mij eerder impliciet te zijn gebaseerd op de benadering van het Hof in de zaak Baustahlgewebe dan een afzonderlijk verzoek om vergoeding van materiële en/of immateriële schade te omvatten. In de periode tussen de schorsing en de heropening van de mondelinge behandeling heeft het Hof bevestigd dat een schadevordering tegen de Unie op grond van de artikelen 268 VWEU en 340, tweede alinea, VWEU een doeltreffend en algemeen toepasselijk rechtsmiddel vormt om tegen een dergelijke niet-achtneming op te komen en deze te bestraffen.³⁵ Het verzoek van Deltafina moet derhalve worden afgewezen voor zover het op het arrest Baustahlgewebe is gebaseerd. Indien Deltafina een schadevordering wenst in te stellen, moet zij dat bij het Gerecht doen.³⁶

45. De vraag met betrekking tot de criteria aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of het Gerecht binnen redelijke termijn uitspraak heeft gedaan, moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van de zaak, zoals de complexiteit ervan en het gedrag van partijen.³⁷ De lijst van relevante criteria is niet uitputtend en een beoordeling van de redelijkheid van een termijn vereist niet dat de zaak stelselmatig aan al deze criteria wordt getoetst, wanneer de duur van de procedure volgens één daarvan gerechtvaardigd lijkt. Zo kan de complexiteit van de zaak of het vertragingsgedrag van de verzoeker worden gezien als rechtvaardiging van een duur die op het eerste gezicht te lang is.³⁸

32 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

33 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

34 — Arrest van 16 juli 2009, Der Grüne Punkt (C-385/07 P, Jurispr. blz. I-6155).

35 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punten 88 en 89.

36 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 90.

37 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 91. Zie voorts mijn conclusie in arrest Groupe Gascogne, aangehaald in voetnoot 27, punten 91-94.

38 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 92.

46. Toepassing gevend aan die beginselen op het onderhavige geval heeft Deltafina op 19 januari 2006 haar verzoekschrift tot nietigverklaring neergelegd. Op 26 juni 2006 heeft zij het Gerecht verzocht, de Commissie te gelasten, een bij het verweerschrift gevoegd document integraal over te leggen. Bij brief van 22 november 2006 heeft de griffie van het Gerecht Deltafina ervan in kennis gesteld dat haar verzoek was verworpen. Volgens Deltafina is de schriftelijke behandeling afgesloten op 26 februari 2007. De terechtzitting heeft plaatsgevonden op 29 september 2010 en op 9 september 2011 is arrest gewezen.

47. De totale duur van het geding in eerste aanleg was ongeveer vijf jaar en acht maanden, en tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de terechtzitting zijn ongeveer 43 maanden verstreken. De duur van het geding voor het Gerecht kan niet worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden van de zaak van Deltafina. Het tijdsverloop tussen de schriftelijke en de mondelinge fase valt niet te verklaren door de complexiteit van de zaak, het gedrag van partijen of procesincidenten. Met name het verzoek van Deltafina om de overlegging te gelasten van een bij de Commissie berustend document heeft in het geheel geen invloed gehad op de periode waarin de zaak schijnbaar stil heeft gelegen tussen het einde van de schriftelijke behandeling en de opening van de mondelinge behandeling. Aan het Hof zijn geen gegevens verstrekt die die periode kunnen verklaren of rechtvaardigen.

48. Wat meer in het bijzonder de complexiteit van de zaak betreft, blijkt dat de aangevoerde middelen, hoewel zij een diepgaand onderzoek vergden, niet van een bijzonder hoge moeilijkheidsgraad waren. Ofschoon het juist is dat een aantal adressaten van de litigieuze beschikking beroep tot nietigverklaring daarvan had ingesteld bij het Gerecht, maakte dit het niet onmogelijk het dossier tot de kernpunten terug te brengen en de mondelinge behandeling voor te bereiden binnen minder dan drie jaar en zeven maanden. Benadrukt moet worden dat het Gerecht in die periode geen maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft genomen waardoor de procedure werd onderbroken of vertraagd.

49. Het voorgaande leidt mij tot de conclusie dat de voor het Gerecht gevoerde procedure schending van artikel 47, tweede alinea, van het Handvest oplevert en dat het Gerecht heeft verzuimd de zaak binnen redelijke termijn af te doen. Dat vormt een voldoende gekwalificeerde schending van een rechtsregel die ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen³⁹, en Deltafina heeft bijgevolg de mogelijkheid een afzonderlijke schadevergoedingsactie in te stellen, zo zij dit zou willen.

50. Aangezien de vordering van Deltafina echter niet tot vernietiging van het bestreden arrest kan leiden, moet het derde middel in hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

Eerste en tweede middel: samenvatting van de relevante passages van het bestreden arrest

51. Het Gerecht zet om te beginnen in de punten 102 tot en met 148 van het bestreden arrest zijn benadering uiteen. De clementieregeling strekt ertoe ondernemingen die met de Commissie meewerken aan onderzoeken naar geheime kartels een gunstige behandeling te verlenen. Zij is er dus op gericht, praktijken die tot de zwaarste inbreuken op de mededingingsregels behoren, te onderzoeken en tegen te gaan en een ontradend effect te creëren. Zij berust op een afspraak tussen de Commissie en de ondernemingen die besluiten om met haar samen te werken. De mededeling inzake medewerking van 2002 bood de Commissie de mogelijkheid om zowel volledige boete-immuniteit te verlenen aan de eerste onderneming die aan het onderzoek meewerkte, als een verlaging van de geldboete aan de ondernemingen die later hun medewerking verleenden. Dienaangaande is het inherent aan de logica van de clementieregeling dat slechts één van de leden van een kartel volledige immuniteit tegen geldboeten kan genieten, aangezien het de bedoeling is om een klimaat van

39 — Arrest Gascogne Sack Deutschland, aangehaald in voetnoot 24, punt 102 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

onzekerheid binnen de kartels te creëren door de aangifte van het kartel bij de Commissie aan te moedigen. De kartellleden weten dat slechts één van hen boete-immuniteit kan verkrijgen door de overige deelnemers aan de inbreuk aan te geven, zodat deze het risico lopen dat hun geldboeten worden opgelegd.⁴⁰

52. Uit de mededeling inzake medewerking van 2002 blijkt dat de procedure tot verlening van immuniteit tegen geldboeten aan een onderneming drie onderscheiden fasen omvat: 1. de onderneming die om immuniteit verzoekt neemt contact op met de Commissie en verstrekt haar bewijs van het bestaan van een vermeend kartel dat de mededinging in de Unie aantast, 2. de Commissie beoordeelt die bewijzen vervolgens in het licht van de voorwaarden van punt 8, sub a of b, van de mededeling inzake medewerking van 2002, naargelang van het geval, en indien die onderneming als eerste klokkenluider aan die voorwaarden voldoet, kan de Commissie haar schriftelijk voorwaardelijke boete-immuniteit toekennen, 3. aan het einde van de administratieve procedure, wanneer de Commissie de eindbeschikking vaststelt, beslist zij of zij al dan niet definitieve immuniteit toekent. De definitieve immuniteit wordt slechts verleend indien de betrokken onderneming gedurende de gehele administratieve procedure, tot op het ogenblik van de eindbeschikking, heeft voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden van punt 11, sub a tot en met c, van de mededeling inzake medewerking van 2002.⁴¹

53. Wat de omvang van de verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002 betreft heeft het Gerecht geoordeeld dat uit de bewoordingen zelf van punt 11, sub a, met name uit het feit dat de onderneming „onafgebroken en zonder dralen haar volledige” medewerking moet verlenen, blijkt dat die verplichting een zeer algemene, niet duidelijk afgebakende verplichting is, waarvan de juiste omvang slechts duidelijk wordt in de context van de clementieregeling. Uit het woord „volledig” blijkt volgens het Gerecht dat de medewerking die de onderneming die om immuniteit verzoekt aan de Commissie moet verlenen om immuniteit te kunnen genieten, totaal en absoluut moet zijn en zonder voorbehoud moet zijn verleend. De kwalificatie „onafgebroken” en „zonder dralen” houdt in dat deze medewerking 1. gedurende de gehele administratieve procedure en 2. direct moet worden verleend.⁴²

54. Het Gerecht heeft uiteengezet dat „medewerking” in het kader van de clementieregeling een werkelijke, totale samenwerking impliceert. Een verlaging van de geldboete op grond van de mededeling inzake medewerking kan volgens vaste rechtspraak slechts gerechtvaardigd zijn indien de verstrekte inlichtingen en meer in het algemeen het gedrag van de betrokken onderneming in dat verband kunnen worden geacht aan te tonen dat zij daadwerkelijk heeft meegewerkt.⁴³ Deze overweging geldt, aldus het Gerecht, a fortiori voor de medewerking die noodzakelijk is om immuniteit tegen geldboeten te kunnen rechtvaardigen, aangezien immuniteit een nog gunstiger behandeling is dan een loutere verlaging van de geldboete.⁴⁴

55. Het Gerecht wijst er vervolgens op dat wanneer een onderneming de Commissie onvolledige of onjuiste feitelijke informatie verstrekt, haar gedrag niet getuigt van een geest van daadwerkelijke medewerking in de zin van die rechtspraak.⁴⁵ Zo mag een onderneming die immuniteit tegen geldboeten wil genieten niet nalaten de Commissie in te lichten over relevante feiten waarvan zij

40 — Punten 103-110.

41 — Punten 111-115.

42 — Punten 124-126.

43 — Arresten Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 395; hierna: „arrest Dansk Rørindustri”); 29 juni 2006, Commissie/SGL Carbon (C-301/04 P, Jurispr. blz. I-5915, punt 68; hierna: „arrest SGL Carbon”), en 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 281; hierna: „arrest Erste Group Bank”), met betrekking tot de mededeling inzake medewerking van 1996.

44 — Punten 127-130.

45 — Zie in die zin de volgende passages van de arresten aangehaald in voetnoot 43: Dansk Rørindustri, punt 397; SGL Carbon, punt 69, en Erste Group Bank, punt 283.

kennis heeft en die, zij het potentieel, een negatieve invloed kunnen uitoefenen op het verloop van de administratieve procedure en op de doeltreffendheid van het onderzoek van de Commissie. Of er sprake is van gedrag dat getuigt van een geest van daadwerkelijke medewerking kan slechts worden beoordeeld op basis van de omstandigheden die golden op het ogenblik dat dat gedrag heeft plaatsgevonden. Hieruit volgt dat de eventuele vaststelling achteraf dat de niet-nakoming van de verplichting tot medewerking geen negatieve gevolgen heeft gehad voor het onderzoek van de Commissie, niet ter rechtvaardiging van het betrokken gedrag kan worden aangevoerd.⁴⁶

56. Tegen deze achtergrond heeft het Gerecht de volgende feiten vastgesteld.

57. Ten eerste, dat Deltafina de Commissie niet had ingelicht over omstandigheden die relevant waren voor het onderzoek, namelijk over het feit dat haar voorzitter tijdens de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002 had onthuld dat zij een immunitetsverzoek had ingediend en dat de juridische raadsman van Universal op 2 april 2002 hetzelfde had gedaan ten overstaan van de moedermaatschappijen van bepaalde van haar concurrenten. Ten tweede, dat de Commissie gedurende meer dan twee jaar geen kennis had gehad van deze voor het onderzoek relevante omstandigheden. Ten derde, dat uit de litigieuze beschikking en uit de stukken was gebleken dat de partijen tijdens de contacten die Deltafina en de diensten van de Commissie in het kader van de clementieregeling onderhielden en met name tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002, uitdrukkelijk hadden gediscussieerd over de vraag of de indiening van Deltafina's immunitetsverzoek geheim moest blijven teneinde de concurrenten niet te alarmeren en de doeltreffendheid van de verificaties niet aan te tasten. Meer bepaald was gebleken dat de Commissie Deltafina uitdrukkelijk had verzocht om het immunitetsverzoek geheim te houden omdat zij van plan was verificaties te verrichten. Deltafina wist dus dat de Commissie een eventuele openbaarmaking van het immunitetsverzoek beschouwde als een relevante omstandigheid die, althans potentieel, een invloed kon uitoefenen op het goede verloop van het onderzoek. Ten vierde, dat Deltafina niet kon stellen dat zij niet wist dat de vertrouwelijke behandeling van het immunitetsverzoek werd beschouwd als een belangrijk element voor het succes van het onderzoek.⁴⁷

58. Het Gerecht oordeelde dat in deze omstandigheden Deltafina's gedrag slechts van een geest van daadwerkelijke medewerking zou hebben getuigd indien zij de Commissie onverwijld op de hoogte had gebracht van het feit dat haar immunitetsverzoek openbaar was gemaakt.⁴⁸

59. Het Gerecht heeft het argument van Deltafina dat de Commissie ervan op de hoogte was dat zij op de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002 aan de andere kartelleden bekend zou maken dat zij een immunitetsverzoek had ingediend, verworpen. Aangezien de Commissie niet op de hoogte was van het feit dat Deltafina dit verzoek uit eigen beweging openbaar zou maken, kon zij dit dus niet vooraf hebben aanvaard of goedgekeurd.⁴⁹

60. Het Gerecht heeft vervolgens de specifieke argumenten van Deltafina onderzocht volgens welke de litigieuze beschikking op vergissingen berustte, met name met betrekking tot het vermeende akkoord over de „spelregels”. Het heeft het argument van Deltafina verworpen dat uit de litigieuze beschikking dan wel uit de stukken van het dossier bleek dat zij de Commissie vóór de bijeenkomst van de APTI uitdrukkelijk en duidelijk had ingelicht over het feit dat zij uit eigen beweging daar bekend zou maken dat zij een immunitetsverzoek had ingediend. Zo werd noch in het door de diensten van de Commissie opgestelde verslag van de bijeenkomst van 14 maart 2002 noch in de tijdens deze bijeenkomst door een van de vertegenwoordigers van Universal gemaakte notities vermeld dat Deltafina de Commissie tijdens deze bijeenkomst uitdrukkelijk had verwittigd dat zij dit verzoek openbaar zou maken. Uit de notities van de vertegenwoordiger van Universal bleek dat Deltafina

46 — Punten 131-134.

47 — Punten 135-146.

48 — Punten 147-149.

49 — Punten 151-153.

slechts had opgemerkt dat het moeilijk was om haar immuniteitsverzoek geheim te houden omdat haar concurrenten zouden kunnen vermoeden dat zij een immuniteitsverzoek had ingediend indien zij zich tijdens de aanstaande bijeenkomst van de APTI anders zou gedragen dan tijdens de vorige bijeenkomsten. Volgens het Gerecht heeft Deltafina zelf in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting, in wezen erkend dat zij de diensten van de Commissie tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 niet uitdrukkelijk had ingelicht over het feit dat zij tijdens de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002 haar immuniteitsverzoek uit eigen beweging openbaar zou maken. Bovendien blijkt uit geen van de stukken van het dossier dat Deltafina de Commissie bij enige andere gelegenheid vooraf uitdrukkelijk heeft verwittigd dat zij een dergelijke spontane verklaring zou afleggen.⁵⁰

61. Het Gerecht heeft meer bepaald de afzonderlijke notities in het dossier onderzocht die door de vertegenwoordigers van Deltafina en door de diensten van de Commissie waren gemaakt van het telefoongesprek van 22 maart 2002 (tussen de heer Jacchia voor Deltafina en de heer Van Erps van de diensten van de Commissie). Het heeft het argument van Deltafina dat zij de Commissie tijdens dat telefoongesprek had ingelicht over het feit dat zij haar immuniteitsverzoek openbaar zou maken verworpen.⁵¹

62. Ten slotte heeft het Gerecht Deltafina's argument onderzocht dat zij tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 met de Commissie bepaalde „spelregels” was overeengekomen. Volgens Deltafina waren de belangrijkste onderdelen van het vermeende akkoord, dat de Commissie had aanvaard dat de openbaarmaking van haar immuniteitsverzoek onvermijdelijk was en dat Deltafina in ruil daarvoor een zwaardere last had aanvaard door zich ertoe te verbinden zo snel mogelijk meer bewijs te leveren. Volgens Deltafina was zij haar verplichting tot medewerking dan ook nagekomen, aangezien zij de door de Commissie gevraagde aanvullende informatie had verstrekt. Het Gerecht wees erop dat de stelling van Deltafina, ook al zou zij zijn bewezen, niet kon afdoen aan de conclusie dat Deltafina haar verplichting tot medewerking niet was nagekomen, aangezien zij de Commissie daarna niet had ingelicht over het feit dat zij het immuniteitsverzoek openbaar had gemaakt. De Commissie had haar derhalve terecht geen immuniteit verleend in de eindbeschikking.

63. Het Gerecht heeft geoordeeld dat ook al zou de Commissie tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 hebben aanvaard dat het onmogelijk was voor Deltafina om haar immuniteitsverzoek vertrouwelijk te houden (hetgeen werd betwist), dit niet afdeed aan de vaststelling dat Deltafina's gedrag slechts blijf kon geven van een geest van daadwerkelijke medewerking indien zij de Commissie onverwijld had ingelicht over het feit dat het immuniteitsverzoek inderdaad openbaar was gemaakt. Hetzelfde gold in het geval dat Deltafina daadwerkelijk gedwongen was geweest om haar immuniteitsverzoek openbaar te maken om een van de redenen die zij tijdens de administratieve procedure had aangevoerd – met name in het geval dat zij zich daadwerkelijk, zoals zij stelde, in een zo „urgente” situatie bevond dat zij, gezien haar rechtmatige streven om haar in punt 11, sub b, van de mededeling inzake medewerking van 2002 bedoelde verplichting tot beëindiging van de inbreuk na te komen, haar immuniteitsverzoek wel aan de andere kartelleden moest medelen. Omdat Deltafina om immuniteit had verzocht, bleef zij immers hoe dan ook onderworpen aan de verplichting tot medewerking. Op grond daarvan moest zij de Commissie onverwijld over de openbaarmaking inlichten. En ook al zou Deltafina, zoals zij zelf stelde, hebben voldaan aan de vereisten van de „tweede beste optie” die zij naar eigen zeggen met de Commissie was overeengekomen om de negatieve gevolgen van de openbaarmaking te verzachten door de door de Commissie gevraagde informatie te verstrekken, kon deze omstandigheid Deltafina evenmin bevrijden van haar verplichting om de Commissie onverwijld in te lichten over de openbaarmaking van haar immuniteitsverzoek.⁵²

50 — Punten 152-156.

51 — Punten 157-160.

52 — Punten 164-167.

Eerste middel: beoordelingsfout met betrekking tot de verplichting tot medewerking en schending van de rechten van verdediging

Samenvatting van de argumenten

64. Deltafina verwijt het Gerecht dat het haar rechten van verdediging heeft geschonden door zich niet uit te spreken over haar primaire middel, namelijk dat zij op grond van het akkoord over de spelregels dat tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 was gesloten, was ontslagen van de verplichting haar immunitetsverzoek voor de andere leden van het kartel verborgen te houden. Bijgevolg had Deltafina haar vertrouwelijkheidsverplichting niet geschonden door dit feit tijdens de bijeenkomst van de APTI openbaar te maken. Het Gerecht heeft daarentegen eigen gronden in de plaats gesteld van die van partijen door de introductie van een nieuwe grond: namelijk dat Deltafina haar verplichting tot medewerking niet was nagekomen door de Commissie niet in te lichten over het feit dat zij aan de andere kartelleden had onthuld dat zij een immunitetsverzoek had ingediend. Het Gerecht heeft daardoor de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden, die zich beperkt tot de toetsing van de litigieuze beschikking. Het Gerecht kan hetgeen Deltafina naar zijn oordeel had behoren te doen om haar verplichting tot medewerking na te komen, niet in de plaats stellen van de door partijen tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 overeengekomen spelregels. Bovendien was dat akkoord van contractuele aard. Het bestreden arrest bevat een onherstelbare tegenstrijdigheid.

65. Deltafina voert verder aan dat de inhoud van de spelregels voortvloeit uit de modaliteiten die zij met de Commissie is overeengekomen. Haar standpunt dat zij tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 van haar verplichting tot geheimhouding was ontslagen, wordt ondersteund door bewijsmateriaal uit de onderzochte periode, waaronder de notulen van die bijeenkomst. Daaruit blijkt dat de Commissie in ruil voor haar bereidheid om Deltafina te bevrijden van haar verplichting, zwaardere eisen aan de onderneming had gesteld met betrekking tot het verstrekken van de inlichtingen die nodig waren om het onderzoek naar het kartel voort te zetten. Indien het Gerecht de notulen had onderzocht, zou het hebben vastgesteld dat de Commissie had aanvaard dat de openbaarmaking van deze informatie door Deltafina onvermijdelijk was. Uit die notulen blijkt niet dat Deltafina gehouden was de Commissie van een eventuele openbaarmaking van haar immunitetsverzoek in kennis te stellen. De Commissie heeft hierover nadien nooit navraag gedaan bij de vertegenwoordigers van Deltafina. Zij leek daarin in het geheel niet te zijn geïnteresseerd. De Commissie heeft Deltafina verweten dat zij haar immunitetsverzoek uit eigen beweging en vrijwillig openbaar had gemaakt. Niets in de notulen van de bijeenkomst van 14 maart 2002 wijst er echter op dat een openbaarmaking onvrijwillig en onvermijdelijk moest zijn omdat een derde partij om informatie vroeg.

66. Volgens Deltafina is haar verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002 niet dezelfde als die waarover het Hof zich eerder in het arrest Dansk Rørindustri⁵³ heeft uitgesproken. In die zaak hadden de ondernemingen die om een gunstige behandeling verzochten, een verplichting om de Commissie volledige en juiste informatie te verstrekken over het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels. In die omstandigheden kon de betrokken onderneming niet worden bevrijd van de krachtens de toepasselijke mededeling inzake medewerking op haar rustende verplichting tot medewerking. Deltafina was daarentegen onderworpen aan een verplichting tot vertrouwelijkheid waarvan zij eventueel kon worden ontslagen. Dat vindt bevestiging in punt 12, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2006. In ieder geval, zo meent Deltafina voorts, moet haar het voordeel van de twijfel worden gegund wat de overeengekomen spelregels betreft en de modaliteiten van de samenwerking tussen haar en de Commissie.

53 — Aangehaald in voetnoot 43. Zie ook arrest Erste Group Bank, aangehaald in dezelfde voetnoot.

67. Volgens de Commissie is het eerste middel van Deltafina ongegrond. Zij heeft Deltafina niet ontslagen van haar verplichting om het immunitetsverzoek geheim te houden. Het Gerecht heeft de argumenten van Deltafina betreffende het vermeende akkoord met de Commissie over het openbaar maken van haar immunitetsverzoek zorgvuldig onderzocht en op basis van de feiten vastgesteld dat er geen sprake was van een dergelijk akkoord. Bijgevolg heeft het de rechten van verdediging van Deltafina niet geschonden en is het evenmin buiten de grenzen van zijn bevoegdheid getreden door te oordelen dat Deltafina haar verplichting tot medewerking niet was nagekomen.

68. De Commissie betwist Deltafina's argument dat het Gerecht zijn oordeel heeft doen steunen op een nieuwe grond die geen deel uitmaakte van de litigieuze beschikking. Het verzuim van Deltafina om de Commissie op de hoogte te stellen van haar openbaarmaking (de vermeende nieuwe grond) wordt in de overwegingen van die beschikking genoemd.⁵⁴ Het is juist dat het Gerecht dat specifieke verzuim sterker benadrukt dan de Commissie. Evenals het Gerecht is de Commissie echter van oordeel dat Deltafina daardoor niet in overeenstemming met punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 heeft gehandeld. Het verzuim van Deltafina toont aan dat zij zich als lid van het kartel is blijven gedragen en geen blijk heeft gegeven van een geest van daadwerkelijke en loyale samenwerking. Krachtens artikel 31 van verordening nr. 1/2003 beschikt het Gerecht over volledige rechtsmacht ter zake van de vaststelling van geldboeten. Gelet op die bepaling kan niet worden geconcludeerd dat het Gerecht de grenzen van zijn bevoegdheid heeft overschreden door na te gaan of Deltafina aan haar verplichting tot medewerking op grond van de mededeling inzake medewerking van 2002 had voldaan.

69. De Commissie wijst erop dat het Gerecht het argument van Deltafina dat zij onmogelijk voor de andere kartellleden verborgen had kunnen houden dat zij een immunitetsverzoek had ingediend heeft verworpen en heeft geoordeeld dat zij het verzoek vrijwillig openbaar heeft gemaakt. Deltafina's argument dat de Commissie niet duidelijk had gemaakt dat een eventuele openbaarmaking van het immunitetsverzoek aan de andere kartellleden niet vrijwillig mocht geschieden, is semantische spitsvondigheid. Het argument van Deltafina mist derhalve elke grondslag.

70. De regels van de clementieregeling zijn gebaseerd op het Verdrag, het afgeleide recht en de mededelingen van de Commissie. Het is ondenkbaar dat door een met het specifieke dossier belaste ambtenaar van de Commissie andere „spelregels” zouden kunnen worden vastgesteld. Ambtenaren moeten de inhoud van de regels uitleggen, maar kunnen daarbij hun mening geven over de wijze waarop de regels in een specifiek geval toepassing kunnen vinden. Het Gerecht heeft dus terecht geoordeeld dat het moest uitgaan van de clementieregeling voor de vaststelling van de bepalingen die op Deltafina van toepassing waren. De Commissie wijst erop dat zij Deltafina geen toestemming voor openbaarmaking van haar immunitetsverzoek aan andere kartellleden had kunnen verlenen krachtens punt 12 van de mededeling inzake medewerking van 2006, aangezien die mededeling *ratione temporis* niet van toepassing was. De hogere voorziening is hoe dan ook niet-ontvankelijk voor zover zij strekt tot een nieuwe beoordeling van de feiten.

71. Ten slotte, voor het geval het Hof het eerste middel ontvankelijk en gegrond acht, zou het volgens de Commissie tot de volgende vaststellingen dienen te komen: 1. Deltafina is zijn verplichting tot medewerking krachtens punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 niet nagekomen, 2. de verificaties van de Commissies dreigden hun doel te missen doordat Deltafina aan de andere kartellleden had onthuld dat zij het immunitetsverzoek had ingediend, 3. in het kader van de clementieregeling is het risico dat kartellleden argwaan gaan koesteren jegens andere leden altijd aanwezig, 4. het was voor Deltafina niet onmogelijk haar immunitetsverzoek geheim te houden; zij is integendeel vrijwillig tot openbaarmaking overgegaan, waaruit blijkt dat zij in haar mededingingsverstorend gedrag heeft volhard.

54 — Zie punten 429, 449, 459 en 460 van de considerans van de litigieuze beschikking.

Beoordeling

72. Het eerste middel van Deltafina valt grofweg uiteen in drie onderdelen: 1. het Gerecht heeft verzuimd zich uit te spreken over haar primaire middel ten betoge dat de Commissie Deltafina had ontslagen van de verplichting tot geheimhouding van haar immunitetsverzoek op grond van de tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 overeengekomen spelregels, 2. het Gerecht heeft zijn eigen gronden in de plaats gesteld van die van de litigieuze beschikking door te oordelen dat Deltafina de Commissie, vóór zij openbaar maakte dat zij een immunitetsverzoek had ingediend, had moeten inlichten, en 3. de rechten van verdediging van Deltafina zijn geschonden.

73. Heeft het Gerecht uitspraak gedaan over het primaire middel van Deltafina?

74. Deltafina heeft in eerste aanleg gesteld dat er sprake was van drie kennelijke vergissingen waarom haar in de litigieuze beschikking geen immuniteit tegen geldboeten is verleend. In de eerste plaats een feitelijke vergissing, doordat de Commissie is uitgegaan van de onjuiste premisse dat de Italiaanse bewerkers van ruwe tabak niet op de hoogte waren van haar onderzoek, in de tweede plaats een beoordelingsfout, doordat de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat Deltafina haar in punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 bedoelde verplichting tot medewerking niet was nagekomen, en in de derde plaats een tweede beoordelingsfout, doordat de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat de openbaarmaking van het immunitetsverzoek van Deltafina het onderzoek schaadde.

75. Het middel dat Deltafina aanmerkt als haar primaire middel is in feite het tweede middel dat zij in eerste aanleg heeft voorgesteld (betreffende de verplichting tot medewerking van een onderneming in de zin van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002). Deltafina komt met dit middel op tegen de behandeling van dat middel door het Gerecht. Ik heb het verzoekschrift van Deltafina in eerste aanleg onderzocht. Deltafina heeft daarin duidelijk betoogd dat de Commissie tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 had aanvaard dat Deltafina onmogelijk voor de andere leden van het kartel verborgen kon houden dat zij een immunitetsverzoek had ingediend. Volgens Deltafina had de Commissie daarom te verstaan gegeven dat het in ruil voor de mogelijkheid van openbaarmaking van die informatie des te urgenter was geworden dat Deltafina de Commissie de gevraagde aanvullende informatie verstrekke om haar verificaties te kunnen verrichten (de zogenoemde „spelregels”).

76. Mijns inziens heeft het Gerecht het middel van Deltafina terecht uitgelegd als een middel dat ziet op de verplichting tot medewerking krachtens punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking. Het Gerecht heeft de argumentatie van Deltafina, met name met betrekking tot de bijeenkomst van 14 maart 2002, zorgvuldig weergegeven in de punten 90 tot en met 93 van het bestreden arrest.⁵⁵ Het heeft vastgesteld dat Deltafina niet had aangetoond dat zij de Commissie vooraf had ingelicht over het feit dat zij het immunitetsverzoek uit eigen beweging openbaar zou maken tijdens de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002. Ook is Gerecht specifiek ingegaan op het tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 gesloten vermeende akkoord over de spelregels.⁵⁶

77. Van belang is echter dat het Gerecht niet heeft vastgesteld of een dergelijk akkoord was (dan wel niet was) gesloten. Het heeft aangegeven dat *zelfs* indien de Commissie en Deltafina de vermeende spelregels waren overeengekomen, het feit dat Deltafina de Commissie niet vooraf had meegedeeld dat zij van plan was haar immunitetsverzoek openbaar te maken een schending was van de verplichting

⁵⁵ — Punten 152-160 van het bestreden arrest.

⁵⁶ — Punten 163-167 van het bestreden arrest.

tot medewerking in de zin van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002. Voorts waren er naar het oordeel van het Gerecht evenmin omstandigheden die Deltafina konden bevrijden van de verplichting die vervolgens op haar rustte om de Commissie onverwijld in te lichten over de door haar gedane openbaarmakingen.

78. De kernvraag is of het bestreden arrest gebrekkig is gemotiveerd omdat het Gerecht niet specifiek heeft geantwoord op het argument van Deltafina dat zij op grond van de vermeende spelregels, in ruil voor het aanvaarden van de zwaardere verplichting om de Commissie inlichtingen te verstrekken (een verplichting waaraan zij stelt te hebben voldaan), van haar verplichting tot geheimhouding was ontslagen.

79. Volgens vaste rechtspraak moet uit de motivering van een arrest duidelijk en ondubbelzinnig de redenering van het Gerecht blijken, zodat de betrokkenen kennis kunnen nemen van de gronden van de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen.⁵⁷ De motiveringsplicht houdt echter niet in dat het Gerecht een uiteenzetting moet geven die volledig en één voor één alle argumenten van de partijen in het geding volgt. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten niet heeft aanvaard, en het Hof over voldoende gegevens beschikt om zijn toezicht uit te oefenen.⁵⁸

80. Het Gerecht heeft het argument van Deltafina dat de Commissie wist dat zij tijdens de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002 het immunitetsverzoek openbaar zou maken, verworpen met de motivering dat de Commissie niet op de hoogte was van het feit dat Deltafina dit verzoek uit eigen beweging openbaar zou maken en dit dus niet vooraf kon hebben aanvaard of goedgekeurd.⁵⁹

81. Voor zover Deltafina de beoordeling van de feiten door het Gerecht in geding wenst te brengen door de vaststellingen met betrekking tot de destijds opgemaakte notulen van de bijeenkomst van 14 maart 2002 en de nadere inlichtingen over latere contacten tussen vertegenwoordigers van Deltafina en met het dossier belaste ambtenaren van de Commissie te betwisten, zijn haar argumenten niet-ontvankelijk. Deltafina beoogt hiermee in wezen de feitelijke oordelen van het Gerecht opnieuw te laten onderzoeken, maar het Hof is daartoe in hogere voorziening niet bevoegd.⁶⁰

82. Heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat Deltafina niet aan haar verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002 heeft voldaan?

83. Zoals het Gerecht heeft uiteengezet, moeten drie cumulatieve voorwaarden zijn vervuld om in aanmerking te komen voor immuniteit tegen geldboeten.⁶¹ In casu gaat het om de beoordeling door het Gerecht van de vraag of Deltafina gedurende de gehele administratieve procedure onafgebroken en zonder dralen haar volledige medewerking heeft verleend.

84. Mijns inziens heeft het Gerecht in de punten 124 tot en met 132 van zijn arrest de omvang van de verplichting tot medewerking van een onderneming op juiste wijze beschreven. Volgens vaste rechtspraak kan een verlaging van de geldboete op grond van de mededeling inzake medewerking van 2002 slechts gerechtvaardigd zijn indien de verstrekte inlichtingen en meer algemeen het gedrag van de betrokken onderneming in dat verband kunnen worden geacht aan te tonen dat zij daadwerkelijk heeft meegewerkt.⁶² Een vermindering op grond van die mededeling kan slechts worden toegekend wanneer het gedrag van de betrokken onderneming blijkt geeft van een dergelijke geest van medewerking.⁶³ Ik

57 — Arrest van 15 januari 2014, Commissie/Portugal (C-292/11 P, Jurispr. blz. I-959, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58 — Arrest van 17 juni 2010, Lafarge/Commissie (C-413/08 P, Jurispr. blz. I-5361, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 — Punten 152-160 van het bestreden arrest.

60 — Arrest van 24 oktober 2013, Kone e.a./Commissie (C-510/11 P, punten 60-62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 — Zie punt 13 hierboven.

62 — Arrest Erste Group Bank, aangehaald in voetnoot 43, punt 281.

63 — Arrest Erste Group Bank, aangehaald in voetnoot 43, punt 282.

ben het niet eens met het argument van Deltafina dat dit criterium in casu niet van toepassing zou zijn omdat de situatie van Deltafina (een verplichting tot geheimhouding van het immuñteitsverzoek) verschilde van die van een onderneming die om immuniteit verzoekt in ruil voor het verstrekken van volledige en juiste feitelijke informatie.

85. Mijns inziens is de verplichting tot medewerking krachtens een mededeling inzake medewerking evenzeer van toepassing op het gedrag van een onderneming die aan een vertrouwelijkheidsverplichting is onderworpen. Om in aanmerking te komen voor immuniteit tegen een geldboete moet die onderneming zich ter beschikking houden van de Commissie om blijk te geven van haar daadwerkelijke medewerking. Zij moet de Commissie derhalve op de hoogte stellen van alle haar bekende relevante feiten die gevolgen kunnen hebben voor het verloop van de administratieve procedure en de verificaties van de Commissie. Het akkoord tussen de Commissie en de betrokken onderneming in het kader van een mededeling inzake medewerking is geen contractuele overeenkomst; ook is er geen sprake van dwang. De medewerking van de onderneming is vrijwillig, maar zij moet die zonder voorbehoud verlenen om immuniteit te kunnen genieten.

86. Had het Gerecht in het kader van zijn beoordeling van de omvang van die verplichting moeten nagaan of de Commissie had aanvaard dat Deltafina niet langer gehouden was tot geheimhouding van haar immuñteitsverzoek?

87. Mijns inziens niet noodzakelijkerwijs.

88. Het Gerecht had een aantal opties bij de beoordeling van de omvang van de verplichting tot medewerking. Het had kunnen vaststellen (zoals de Commissie heeft betoogd) dat er geen akkoord was waarbij Deltafina werd ontslagen van haar verplichting haar immuñteitsverzoek geheim te houden. In dat geval zou er sprake zijn geweest van een duidelijke schending van de verplichting tot medewerking door de onderneming. Voor de goede orde voeg ik hieraan toe dat een onderneming in de positie van Deltafina bewijs zou moeten overleggen van een op een passend niveau binnen de Commissie genomen besluit teneinde aan te tonen dat een dergelijk akkoord was gesloten.

89. Er zij aan herinnerd dat Deltafina potentieel een geldboete kon worden opgelegd wegens een zware inbreuk op de mededingingsregels en dat zij volgens het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid voor die inbreuk diende te dragen.⁶⁴ Om de in de inleiding van de mededeling inzake medewerking van 2002 uiteengezette redenen⁶⁵ kon de Commissie echter boete- immuniteit verlenen. In dat verband had de Commissie bij brief van 6 maart 2002, ondertekend door het destijds met mededingingsaangelegenheden belaste lid van de Commissie, de voorwaardelijke immuniteit van Deltafina bevestigd. In het licht daarvan konden verklaringen van een ambtenaar in de loop van een bijeenkomst of in daaropvolgende contacten niet tot dwingend bewijs strekken van de instemming van de Commissie met een wijziging van een onderdeel dat essentieel was voor het vaststellen van de medewerking van de onderneming in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002. Ten bewijze van het feit dat de Commissie had ingestemd met een wijziging van de voorwaarden van het akkoord in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002, zou de betrokken onderneming een formele, op het passende niveau ondertekende bevestiging van de Commissie hebben moeten verkrijgen, liefst van dezelfde persoon die had bevestigd dat voorwaardelijke immuniteit was verleend (of zijn opvolger). Dat volgt mijns inziens uit het belang dat in het kader van de clementieregeling genomen besluiten bezitten en uit de noodzaak te garanderen dat die besluiten betrouwbaar zijn en verzoekers de zekerheid bieden die nodig is voor een coherente toepassing van de clementieregeling. Dit zou niet het geval zijn indien een willekeurige ambtenaar van de Commissie de voorwaarden waaronder immuniteit wordt verleend zou kunnen wijzigen zonder bevestiging of goedkeuring van hogerhand in de Commissie.

64 — Arrest *Erste Group Bank*, aangehaald in voetnoot 43, punt 77.

65 — Zie punt 11 hierboven, waarin de redenen voor de vaststelling van de clementieregeling zijn uiteengezet.

90. Deltafina verwijst naar het vijfde streepje van punt 12, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2006, waarin wordt gesteld dat een onderneming oprecht, volledig, onafgebroken en snel medewerking verleent vanaf het tijdstip van indiening van het verzoek van de onderneming en dit gedurende de hele administratieve procedure voor de Commissie, onder meer wanneer zij, voordat de Commissie in de zaak een mededeling van punten van bezwaar heeft doen uitgaan, niet onthult dat zij een clementieverzoek heeft ingediend of wat daarvan de inhoud is, tenzij anders is overeengekomen. De mededeling inzake medewerking van 2006 was *ratione temporis* echter niet van toepassing en ik zal mij verder niet begeven in een bespreking van de precieze uitlegging van de bewoordingen ervan.

91. Ook al zou het Gerecht, zoals Deltafina betoogt, hebben vastgesteld dat er een akkoord was dat openbaarmaking van haar immuniteitsverzoek toestond, brengt dat niet met zich dat het Gerecht had moeten beslissen dat aan de verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking was voldaan. Uit de ruime parameters van de verplichting tot medewerking volgt dat het Gerecht bevoegd is om in het kader van zijn onderzoek andere constitutieve voorwaarden van die verplichting te onderkennen en uitspraak kan doen over de vraag of de immuniteitsverzoeker aan die voorwaarden heeft voldaan.

92. In casu heeft het Gerecht een hypothese geformuleerd waarin Deltafina het voordeel van de twijfel werd gegund, omdat het postuleerde dat de spelregels, zoals Deltafina betoogde, *waren* overeengekomen.⁶⁶ Het heeft niettemin geoordeeld dat Deltafina haar verplichting tot medewerking in de zin van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 niet was nagekomen, omdat zij aan andere leden van het kartel had onthuld dat zij een immuniteitsverzoek had ingediend, zonder de diensten van de Commissie daar vooraf over in te lichten. Het Gerecht heeft dus een voorwaarde van de verplichting tot medewerking geïdentificeerd waaraan Deltafina naar zijn oordeel evident niet had voldaan.

93. Het bestreden arrest zou inderdaad vollediger zijn geweest wanneer het Gerecht eerst had gezien of er daadwerkelijk sprake was van een akkoord waarin Deltafina werd ontslagen van haar verplichting om haar immuniteitsverzoek geheim te houden. Dat het dat niet heeft gedaan, betekent evenwel niet dat de motivering van het Gerecht tekortschiet.

94. Mijns inziens is de redenering in het bestreden arrest voldoende duidelijk en begrijpelijk om een genoegzame grondslag te vormen voor de beslissing van het Gerecht en voldoet zij derhalve aan de motiveringseisen.

95. Het Gerecht heeft ondubbelzinnig vastgesteld dat Deltafina, ten eerste, de Commissie nooit van haar voornemen om tot openbaarmaking over te gaan in kennis had gesteld, ten tweede, dat op Deltafina een verplichting rustte om onafgebroken en zonder dralen haar volledige medewerking te verlenen om aan te tonen dat zij daadwerkelijk meewerkte in de zin van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002, ten derde, dat Deltafina die verplichting niet was nagekomen, aangezien zij de Commissie niet vóór of zelfs kort nadat zij het immuniteitsverzoek openbaar had gemaakt had ingelicht, ten vierde, dat niet bepalend was of er, zoals Deltafina stelde, spelregels waren overeengekomen, aangezien vaststond dat zij de Commissie niet onverwijld over de door haar verrichte openbaarmaking had ingelicht – dat was pas zo'n drie jaar later tijdens de hoorzitting bij de raadadviseur-auditeur aan het licht gekomen.

⁶⁶ — Punten 164-167 van het bestreden arrest.

96. Mijns inziens heeft het Gerecht de wezenlijke inhoud van het primaire middel van Deltafina juist uitgelegd, namelijk dat het ziet op het verzuim van de Commissie om haar boete-immuniteit te verlenen en op de betekenis en omvang van de verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002. Het Gerecht is bij de uitlegging van dat middel niet verder gegaan dan aanvaardbaar is door te benadrukken dat Deltafina aan een bepaalde voorwaarde van die verplichting niet had voldaan. Het Gerecht heeft zijn eigen gronden derhalve niet in de plaats gesteld van die van de litigieuze beschikking.

97. Het Gerecht heeft de feitelijke gegevens vastgesteld die de Commissie bij haar onderzoek van dat betoog in aanmerking had genomen. Het heeft inderdaad benadrukt dat Deltafina de Commissie niet onverwijld na haar openbaarmaking had ingelicht, maar dat is een relevante omstandigheid in de litigieuze beschikking. Vervolgens heeft het de betekenis van de medewerkingsplicht van punt 11, sub a, van de mededeling inzake medewerking van 2002 onderzocht, zoals ook de Commissie heeft gedaan⁶⁷. Het komt mij dan ook voor dat het Gerecht zijn oordeel niet op een nieuwe grondslag heeft gebaseerd die geen deel uitmaakte van de litigieuze beschikking.

98. Het beginsel van hoor en wederhoor maakt deel uit van de rechten van verdediging, een algemeen beginsel van Unierecht.⁶⁸ De rechter moet zelf het beginsel van hoor en wederhoor eerbiedigen, inzonderheid wanneer hij een geding beslecht op basis van een ambtshalve opgeworpen middel.⁶⁹ Om aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces te voldoen, is het namelijk van belang dat de partijen kennis hebben van, en op tegenspraak hun standpunt kenbaar kunnen maken over, zowel de feitelijke als de juridische aspecten die beslissend zijn voor de uitkomst van het geding.⁷⁰

99. Zijn de rechten van verdediging van Deltafina geëerbiedigd?

100. In de procedure voor het Gerecht ging het om de betekenis en de omvang van de medewerkingsplicht. Die twee aspecten maakten deel uit van de primaire middelen van Deltafina. Deltafina was derhalve ruimschoots in de gelegenheid om in eerste aanleg haar standpunt over alle relevante feiten en omstandigheden, feitelijk of rechtens, naar voren te brengen.

101. Bovendien heeft het Gerecht het geding niet beslecht op basis van een nieuw ambtshalve voorgedragen middel, maar slechts 1. de middelen die door Deltafina waren aangevoerd vastgesteld, 2. de relevante gronden van de litigieuze beschikking vastgesteld, en 3. de verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002 uitgelegd. Deltafina heeft schriftelijke en mondelinge opmerkingen over die punten gemaakt. De rechten van verdediging van Deltafina zijn derhalve niet geschonden. Ik acht het eerste middel in hogere voorziening derhalve ongegrond.

Tweede middel: schending van de procedureregels inzake de oproeping en het verhoor van getuigen

102. Het tweede middel heeft betrekking op het onderzoek door het Gerecht van het bewijs betreffende de spelregels die tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 zouden zijn vastgesteld, de rechtmatigheid van de verkrijging van dat bewijs en de mogelijke schending van het recht op een eerlijk proces van Deltafina.

67 — Zie punten 431 e.v. van de considerans van de litigieuze beschikking.

68 — Arrest van 2 december 2009, Commissie/Ierland e.a (C-89/08, Jurispr. blz. I-11245, punt 50). Zie ook arrest van 18 juli 2013, Commissie e.a./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, punten 97 en 98).

69 — Arrest Commissie/Ierland e.a., aangehaald in voetnoot 68, punt 54.

70 — Arrest Commissie/Ierland e.a., aangehaald in voetnoot 68, punt 56. Zie ook arrest van 14 maart 2013, Viega/Commissie (C-276/11, punt 35).

Samenvatting van de argumenten

103. Deltafina betoogt dat het getuigenverhoor moet plaatsvinden overeenkomstig het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Ter terechtzitting van 29 september 2010 heeft het Gerecht in strijd met zijn Reglement twee getuigen gehoord, de heren Reher (raadsman van Deltafina) en Van Erps (de met het dossier belaste ambtenaar van de Commissie). Beide getuigen hebben verklaringen afgelegd over de bijeenkomst van 14 maart 2002, met name met betrekking tot het vermeende akkoord over de spelregels. Het Gerecht heeft echter geen maatregelen van instructie genomen in de zin van artikel 65 van zijn Reglement voor de procesvoering en evenmin getuigen opgeroepen krachtens artikel 68 van dat Reglement. Bovendien is er geen proces-verbaal opgemaakt van de verklaringen van Reher (de inhoud van de getuigenverklaring van Van Erps is weergegeven in de tekst van het arrest).⁷¹ In het proces-verbaal van de terechtzitting wordt de getuigenverklaring omschreven als een „gedachtewisseling”.

104. Het Gerecht heeft op basis van de getuigenverklaring van Van Erps vastgesteld dat Deltafina noch tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002 noch tijdens een daarna, op 22 maart, gevoerd telefoongesprek tussen Van Erps en Jacchia (eveneens raadsman van Deltafina) duidelijk had meegedeeld dat zij tijdens de bijeenkomst van de APTI van 4 april 2002 uit eigen beweging openbaar zou maken dat zij een immunitetsverzoek had ingediend. Indien de Commissie had geweten dat Deltafina dit van plan was, zou zij er niet mee akkoord zijn gegaan. Het Gerecht heeft echter Jacchia niet gehoord over zijn herinnering aan die gebeurtenissen, hoewel hij ter terechtzitting aanwezig was.

105. Het Gerecht heeft ten onrechte meer gewicht toegekend aan de mondelinge getuigenverklaring die zo’n acht jaar na dato door Van Erps is afgelegd, dan aan het destijds door Jacchia opgestelde verslag van zijn gedachtewisseling met de Commissie. Het Gerecht heeft bijgevolg de in artikel 6, leden 1 en 3, EVRM en artikel 47 van het Handvest gewaarborgde rechten van Deltafina geschonden, namelijk het recht op een eerlijk proces en de beschikking over de middelen die nodig zijn voor haar verdediging. Bijgevolg geeft het bestreden arrest blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

106. Het tweede middel dient volgens de Commissie te worden verworpen.

107. Zij betoogt dat Van Erps en Reher niet zijn gehoord als getuigen maar als vertegenwoordigers van de partijen in de procedure. Hoewel het juist is dat slechts advocaten en gemachtigden (overeenkomstig het mandaat ad litem) opmerkingen kunnen voordragen, kunnen met instemming van beide partijen ook andere personen het woord voeren. Die praktijk vergemakkelijkt de procedure omdat zij de rechter de mogelijkheid biedt degenen die over relevante kennis en informatie beschikken rechtstreeks te horen en voorkomt dat gemachtigden en advocaten constant instructies moeten krijgen wanneer technische kwesties of ingewikkelde feitelijke vragen aan de orde zijn. Het is een aanvaarde praktijk die nooit door het Hof is gesanctioneerd.

108. Zelfs indien Reher en Van Erps als getuigen waren gehoord, zou de klacht van Deltafina niet-ontvankelijk dan wel ongegrond zijn, aangezien Deltafina voor het Gerecht ter zake geen bezwaar heeft gemaakt. Bovendien heeft Deltafina het Gerecht niet verzocht Jacchia te horen (die inderdaad als raadsman voor Deltafina optrad).

109. Het Gerecht heeft hoe dan ook een ruime beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot het gewicht dat het aan het hem overgelegde bewijs toekent, en zijn bewijswaardering kan in hogere voorziening niet worden aangetast. Zelfs indien het Hof de argumenten van Deltafina gegrond zou achten, zou de uitkomst van het geding, in het licht van het overige onderzochte bewijs en de door het Gerecht vastgestelde feiten, dezelfde zijn.

⁷¹ — Zie punt 159 van het bestreden arrest.

Beoordeling

110. De grief dat het bestreden arrest blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting omdat het Gerecht zijn beslissing zou hebben gebaseerd op bewijs dat in strijd met zijn eigen procedureregels is verkregen, kan niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden, tenzij Deltafina een procedurefout aantoonde waardoor haar belangen zijn geschonden.⁷²

111. Krachtens artikel 65 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht kunnen maatregelen van instructie betreffende getuigenbewijs worden genomen. Artikel 68, lid 1, bepaalt dat het Gerecht ambtshalve of op verzoek van partijen, het bewijs van bepaalde feiten door getuigenverhoor kan bevelen. Die getuigenverklaringen worden onder ede afgelegd.

112. Zonder de mogelijkheid van gebruik van een rapport van de mondelinge behandeling in eerste aanleg⁷³ kan niet worden beschikt over een rechtstreeks verslag van het verloop van de terechtzitting. De volgende feiten staan echter vast. Reher en Van Erps hebben deelgenomen aan de bijeenkomst van 14 maart 2002 en zijn door het Gerecht gehoord over hun herinneringen aan die bijeenkomst. In het proces-verbaal van de zitting van 29 september 2010 wordt dat gebeuren aangeduid als een „gedachtewisseling”. Het Gerecht heeft Jacchia niet gehoord over de bijeenkomst van 14 maart 2002 of zijn daaraanvolgende telefoongesprek met Van Erps op 22 maart 2002. Het heeft echter wel Van Erps’ verslag van dat gesprek gehoord.⁷⁴ Noch Deltafina noch de Commissie heeft verzocht om de oproeping en het horen van getuigen en het Gerecht heeft het niet ambtshalve bevolen. Het heeft ook geen instructiemaatregelen krachtens artikel 65 genomen. De verklaringen van Reher en Van Erps zijn kennelijk niet onder ede afgelegd.⁷⁵

113. Volgens vaste rechtspraak heeft het Gerecht een ruime beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de vraag of de gegevens waarover het beschikt eventueel aanvulling behoeven.⁷⁶

114. Mij lijkt dat Reher en Van Erps ter terechtzitting om medewerking met het Gerecht zal zijn verzocht. Noch Deltafina noch de Commissie heeft er bezwaar tegen gemaakt dat het Gerecht gedurende de mondelinge behandeling kennis nam van hun verklaringen. Geen van de partijen heeft gesteld dat haar rechten op een eerlijk proces konden worden geschonden doordat Reher en Van Erps getuigenverklaringen aflegden zonder regelmatige oproeping en in strijd met het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Niets in het proces-verbaal van de terechtzitting wijst er voorts op dat een partij heeft geklaagd dat zij niet in de gelegenheid was gesteld die getuigenverklaring te betwisten. Blijkbaar hebben beide partijen de werkwijze van het Gerecht aanvaard zonder daar toen tegen te protesteren.

72 — Arrest van 2 oktober 2003, Corus UK/Commissie (C-199/99 P, Jurispr. blz. I-11177, punt 30).

73 — Het huidige Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorziet niet in het recht van inzage voor partijen in het proces-verbaal of het verslag van de procedure. Volgens artikel 63 kunnen partijen slechts ter griffie kennis nemen van elk proces-verbaal en daarvan op eigen kosten afschrift verkrijgen. Artikel 68, lid 6 (dat bepaalt dat de griffier een proces-verbaal opmaakt waarin de getuigenverklaring wordt weergegeven) is slechts van toepassing wanneer het Gerecht, overeenkomstig artikel 68, lid 1, het bewijs van bepaalde feiten door getuigenverhoor heeft bevolen, hetgeen in casu niet het geval was. Artikel 85 van het huidige Reglement van het Hof bepaalt: „De president kan op naar behoren met redenen omkleed verzoek een partij of een in artikel 23 van het Statuut bedoelde belanghebbende die aan de schriftelijke of mondelinge behandeling heeft deelgenomen, verlof verlenen om bij het Hof de geluidsband van de pleitzitting te beluisteren in de taal die de spreker in de loop daarvan heeft gebezigd.” Het herziene ontwerp-reglement voor de procesvoering van het Gerecht (thans in behandeling bij de Raad en beschikbaar op website <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=FR&t=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%207795%202014%20INIT>) bevat een nieuw artikel 115, dat mutatis mutandis artikel 85 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof letterlijk overneemt en dat, indien het wordt aangenomen, partijen, zo zij dat nodig achten, de mogelijkheid zal bieden een geluidsband van de pleitzitting voor het Gerecht te beluisteren in een geval als het onderhavige. Er is echter in geen van beide reglementen een specifieke bepaling opgenomen die het Hof de bevoegdheid verleent in hogere voorziening toegang te verlangen tot de geluidsband of het proces-verbaal van de zitting voor het Gerecht.

74 — Zie punt 159 van het bestreden arrest.

75 — Ik baseer dit op: 1. het ontbreken van een getuigendagvaarding krachtens artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, 2. het ontbreken van processen-verbaal van de getuigenverhooren krachtens artikel 68, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, en 3. het ontbreken van aanwijzingen in de processen-verbaal van de terechtzitting dat Reher of Van Erps de eed zou zijn afgenomen.

76 — Arrest Der Grüne Punkt, aangehaald in voetnoot 34, punten 163 en 164.

115. De precieze hoedanigheid waarin Reher en Van Erps bij het verstrekken van aanvullende gegevens aan het Gerecht zijn opgetreden is onbestemd. Duidelijk is dat zij geen getuigen in formele zin waren. Niets wijst er echter op dat zij het Gerecht nieuwe technische informatie hebben verstrekt of uitleg hebben gegeven over dergelijke reeds in het dossier opgenomen informatie. De door hen verstrekte informatie valt mijns inziens niet binnen de door de Commissie in haar opmerkingen omschreven probleemloze categorie. Die categorie omvat situaties waarin het Gerecht zich voor een niet-alledaags probleem gesteld ziet en de deskundigen die de teams van juristen seconderen – veelal daartoe uitgenodigd door het Gerecht zelf – rechtstreeks antwoorden op de vragen van het Gerecht. Dat vergemakkelijkt de procedure doordat de (soms koortsachtige) onderonsjes worden voorkomen tussen de deskundige en de advocaat, die instructies krijgt en de hem door de deskundige verstrekte informatie vervolgens aan het Gerecht doorgeeft. In dergelijke gevallen kan het inderdaad uiterst zinvol zijn dat het Gerecht zijn vragen rechtstreeks aan de deskundigen stelt en rechtstreeks antwoord van hen krijgt.

116. In casu lijken echter zowel Reher als Van Erps informatie te hebben verstrekt over bepaalde feiten en hun zienswijze van die feiten te hebben gegeven, namelijk: 1. of er spelregels waren overeengekomen tijdens de bijeenkomst van 14 maart 2002, 2. of de Commissie had aanvaard dat Deltafina haar immuniteitsverzoek openbaar zou maken, 3, of dat akkoord in latere contacten was bevestigd, en 4. of Deltafina de Commissie vooraf had meegedeeld dat zij van plan was haar immuniteitsverzoek op de bijeenkomst van de APTI openbaar te maken. De eerste drie feitelijke gegevens waren in geschil⁷⁷ (naar ik begrijp was het antwoord op het vierde „neen”)⁷⁸. Niet een ervan is wat ik technische informatie zou willen noemen.

117. Mij ontgaat waarom het Gerecht geen getuigen kon oproepen, ambtshalve of op verzoek van een der partijen. Dat had ervoor kunnen zorgen dat Deltafina duidelijk had kunnen bepalen in welke rol haar advocaat Jacchia optrad, die een vertegenwoordigingsopdracht had (en ook voor het Gerecht is verschenen), maar mogelijk ook relevante verklaringen kon afleggen over de contacten met de Commissie in de periode voorafgaand aan de bijeenkomst van de APTI. (Ik teken hierbij overigens wel aan dat moeilijk is in te zien hoe Deltafina kon verwachten, zoals zij stelt, dat hij een tweede rol op zich had moeten nemen en als getuige ter terechtzitting verklaren, waar hij als raadsman optrad.)

118. Wanneer feitelijke geschilpunten aan de orde zijn die relevant zijn voor de beslechting van een geding en die moeten worden opgehelderd, moeten getuigen altijd worden gehoord overeenkomstig het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, dat onder meer tot doel heeft het recht op een eerlijk proces te waarborgen. Mijns inziens heeft het Gerecht derhalve gehandeld in strijd met een goede procesorde door Reher en Van Erps te horen op de wijze waarop het dit heeft gedaan.

119. Zijn de belangen van Deltafina door deze onregelmatigheid geschaad?

120. Vaststaat dat Deltafina de Commissie nooit heeft meegedeeld dat zij haar immuniteitsverzoek, vóór of ná de bijeenkomst van de APTI, aan andere leden van het kartel openbaar had gemaakt.⁷⁹ Voorts heeft het Gerecht zijn vaststelling dat Deltafina de Commissie niet uitdrukkelijk vooraf had ingelicht over het feit dat zij haar immuniteitsverzoek openbaar zou maken, doen steunen op stukken in het dossier, waaronder de ten tijde van de feiten opgemaakte notulen van de bijeenkomst van

⁷⁷ — Zie met name punten 89-97 van het rapport ter terechtzitting van het Gerecht. Zie punt 138 van het bestreden arrest.

⁷⁸ — Zie punt 138 van het bestreden arrest.

⁷⁹ — Punt 138 van het bestreden arrest.

14 maart 2002 en het telefoongesprek van 22 maart 2002.⁸⁰ Het hoefde zich dus niet op de ter terechtzitting door Reher en Van Erps afgelegde getuigenverklaringen te baseren⁸¹ voor de bewezenverklaring van de niet-nakoming door Deltafina van de verplichting tot medewerking in de zin van de mededeling inzake medewerking van 2002.⁸²

121. Bijgevolg zijn de belangen van Deltafina door de procedurefout van het Gerecht, bestaande in het horen van Reher en Van Erps, niet geschaad, zijn Deltafina's rechten op een eerlijk proces niet geschonden en is het bestreden arrest niet door een onjuiste rechtsopvatting aangetast. Het tweede middel is derhalve ongegrond.

Vierde middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling bij de berekening van de op de geldboete van Deltafina toegepaste verlaging

122. Ter terechtzitting voor het Gerecht heeft Deltafina voor het eerst een middel aangevoerd inzake schending van het beginsel van gelijke behandeling door de Commissie. Deltafina's vierde middel ter ondersteuning van de hogere voorziening wordt subsidiair aangevoerd. Met dit middel wordt het Hof verzocht het arrest van het Gerecht te vernietigen en de verlaging met 50 % die aan Deltafina was toegekend wegens in de administratieve procedure aan de Commissie verleende medewerking aanzienlijk op te trekken. Deltafina voert als grond hiervoor aan dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dit nieuwe middel overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk te verklaren.⁸³

Samenvatting van de argumenten

123. Deltafina stelt dat er geen beletsel is voor het Gerecht om nieuwe middelen die ter terechtzitting worden opgeworpen met betrekking tot de berekening van geldboeten in aanmerking te nemen, aangezien die aangelegenheden binnen de uitoefening van de volledige rechtmacht vallen waarover het ter zake van sancties beschikt.⁸⁴ Bovendien was de weigering van het Gerecht om uitspraak te doen over het nieuwe middel van Deltafina bijzonder onbillijk aangezien het arrest Nintendo⁸⁵, waarop Deltafina zich beriep, pas beschikbaar was geworden na de sluiting van de schriftelijke fase van de procedure.

124. Deltafina stelt dat zij in twee opzichten een grotere bijdrage aan de administratieve procedure heeft geleverd dan Dimon Italia: 1. de kwaliteit van de door haar verleende medewerking was hoger, en 2. zij was de eerste onderneming die met de Commissie heeft meegewerkt. De Commissie heeft derhalve een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door de geldboete van Deltafina en Dimon Italia met hetzelfde percentage te verminderen.

125. Volgens de Commissie is het vierde middel kennelijk ongegrond. Het beginsel van gelijke behandeling zoals uiteengezet in het arrest Nintendo, vormt geen nieuw gegeven, rechtens of feitelijk, waarvan pas in de loop van de behandeling is gebleken. Het is vaste rechtspraak dat een arrest waarin slechts een rechtstoestand wordt bevestigd die reeds bestond toen beroep werd ingesteld, niet als een nieuw gegeven is aan te merken dat het voordragen van een nieuw middel mogelijk maakt.⁸⁶ Het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de verlaging van geldboeten is niet voor het eerst

80 — Punten 152 en 153 van het bestreden arrest.

81 — Punten 155 en 159 van het bestreden arrest.

82 — Punt 160 van het bestreden arrest.

83 — Punt 310 van het bestreden arrest.

84 — Deltafina beroept zich op arrest van 7 juni 2011, Arkema France e.a./Commissie (T-217/06, Jurispr. blz. II-2593; hierna: „arrest Arkema”).

85 — Arrest van 30 april 2009, Nintendo of Europe/Commissie (T-13/03, Jurispr. blz. II-947; hierna: „arrest Nintendo”).

86 — Arrest van 1 april 1982, Dürbeck/Commissie (11/81, Jurispr. blz. 1251, punt 17).

toegepast in het arrest Nintendo.⁸⁷ Bovendien zijn Deltafina en Dimon Italia niet vergelijkbaar en zijn zij derhalve verschillend behandeld. In het geval van Deltafina heeft de Commissie de (voorwaardelijk verleende) immuniteit ingetrokken en besloten een geldboete op te leggen. Die geldboete is vervolgens met 50 % verminderd, omdat er wel enige vorm van medewerking was geweest. Dimon Italia heeft nooit boete-immuniteit genoten, niettemin heeft de Commissie het bedrag van haar boete met 50 % verlaagd omdat zij aan het onderzoek van de Commissie had meegewerkt.

Beoordeling

126. Het Gerecht heeft het nieuwe ter terechtzitting door Deltafina voorgedragen middel mijns inziens terecht niet-ontvankelijk verklaard.

127. In de eerste plaats is het beginsel van gelijke behandeling niet nieuw. Het maakt deel uit van de algemene beginselen van het recht van de Unie.⁸⁸ In de tweede plaats staat het volgens vaste rechtspraak aan het Gerecht in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, zich uit te spreken over het bedrag van de geldboeten die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen, maar de uitoefening van die rechtsmacht mag er niet toe leiden dat bij de bepaling van de hoogte van deze geldboeten wordt gediscrimineerd tussen ondernemingen die aan een met artikel 81, lid 1, EG strijdige overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging hebben deelgenomen.⁸⁹ In de derde plaats is het ook duidelijk dat de Commissie bij de beoordeling van de medewerking van de ondernemingen tijdens de administratieve procedure die is ingesteld naar aanleiding van een verboden mededingingsregeling, niet mag ingaan tegen het beginsel van gelijke behandeling, dat volgens vaste rechtspraak wordt geschonden wanneer vergelijkbare situaties verschillend of verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.⁹⁰ In de vierde plaats heeft het Hof reeds geoordeeld over de positie van ondernemingen die stellen dat hun een grotere vermindering moet worden toegekend wegens hun medewerking omdat zij niet hebben betwist dat er sprake is van een inbreuk of omdat zij als eerste het bestaan van een kartel aan de Commissie hebben bekendgemaakt in het kader van de mededeling inzake medewerking.⁹¹

128. Gelet op het voorgaande verzet ik mij tegen de stelling dat in het arrest Nintendo een nieuwe rechtsvraag aan de orde was. Zoals de Commissie stelt, vormt de bevestiging van een bestaand rechtsbeginsel geen nieuwe feitelijke of juridische omstandigheid in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.

129. Ik kan mij evenmin vinden in de uitlegging die Deltafina geeft aan het arrest van het Gerecht in de zaak Arkema.⁹² Het Gerecht heeft in dat arrest beslist dat niet behoefde te worden onderzocht of verzoekster een nieuwe omstandigheid had voorgedragen, aangezien het middel kennelijk ongegrond was. Het Gerecht heeft *niet* vastgesteld dat het onbevoegd was om een nieuw middel te onderzoeken wanneer het binnen het bestek van zijn volledige rechtsmacht met betrekking tot de vaststelling van geldboeten valt.

130. Ik acht het vierde middel van Deltafina derhalve niet-ontvankelijk.

87 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 februari 1997, FFSA/Commissie (T-106/95, Jurispr. blz. II-229, punt 57; hierna: „arrest FFSA”).

88 — Zie arrest van 16 december 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e.a. (C-127/07, Jurispr. blz. I-9895, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

89 — Arrest van 25 januari 2007, Salzgitter Mannesmann/Commissie (C-411/07, Jurispr. blz. I-959, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

90 — Arrest Salzgitter Mannesmann, aangehaald in voetnoot 89, punten 68-72 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

91 — Zie bijvoorbeeld arrest Dansk Rørindustri, aangehaald in voetnoot 43, punten 407-414, en (in de rechtspraak van het Gerecht) arrest FFSA, aangehaald in voetnoot 87, punt 57.

92 — Aangehaald in voetnoot 84, punten 247-250.

Kosten

131. Krachtens de artikelen 137, 138, 140 en 184 van het Reglement voor de procesvoering, gelezen in onderlinge samenhang, dient Deltafina, als op alle punten in hogere voorziening in het ongelijk gestelde partij, te worden verwezen in de kosten.

Conclusie

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

- de hogere voorziening af te wijzen, en
- Deltafina in de kosten te verwijzen.