

Mededinging

Archer Daniels Midland: Punten van bezwaar en rechten van de verdediging

Mr. E. Belhadj en mr. C.T. Dekker*

In de uitspraak van 9 juli 2009 in de zaak *Archer Daniels Midland* spreekt het Hof van Justitie zich onder meer uit over de eisen die aan ‘mededeling van de punten van bezwaar’ worden gesteld in het kader van de rechten van de verdediging. Centraal staat de wijze waarop de Europese Commissie in deze mededeling dient om te gaan met juridische kwalificaties van feiten die in de uiteindelijke beslissing aan bod komen. Daarnaast wordt ook ingegaan op de omstandigheid dat de Europese Commissie zich bij de vaststelling van de boetebeschikking wegens overtreding van artikel 81 lid 1 EG-Verdrag (thans art. 107 lid 1 VWEU), heeft gebaseerd op feiten die volgden uit verklaringen, terwijl deze feiten niet in de mededeling van de punten van bezwaar als zodanig waren genoemd, maar de verklaringen slechts als bijlagen waren bijgevoegd.

HvJ EG 9 juli 2009, zaak C-511/06 P, Archer Daniels Midland/ Europese Commissie, n.n.g.

Achtergronden

Bij beschikking van 5 december 2001 legde de Europese Commissie (hierna: Commissie) boetes op aan een vijftal producenten van citroenzuur, waaronder Archer Daniels Midland (hierna: ADM).¹ De inbreuk bestond uit deelname aan voortdurende overeenkomsten en/of onderling afgestemde gedragingen, die in strijd waren met artikel 81 lid 1 van het EG-Verdrag (art. 107 lid 1 VWEU) en artikel 53 van de EER-overeenkomst (vanaf 1 januari 1994). Concreet bestonden de gedragingen uit handelingen waarbij de ondernemingen marktaandeelen voor citroenzuur vaststelden, richtprijzen voor het product overeenkwamen, prijslijsten voor het product opstelden, over-

eenkwamen om voor alle klanten, behalve de vijf grootste, eerder gehanteerde kortingen af te schaffen, en een mechanisme in het leven riep voor de controle op en de handhaving van hun overeenkomsten.

Volgens de beschikking van de Commissie bestreek de inbreuk de hele EER. Dat oordeel sluit vanzelfsprekend aan bij de rechtsmacht van de Commissie, maar uit de beschikking blijkt dat het kartel zich veel verder uitstreckte dan de EER: in augustus 1995 werd de Commissie door het Amerikaanse Department of Justice (DoJ) geïnformeerd over een onderzoek naar de markt voor citroenzuur. In 1997 werd de Commissie ingelicht over de *plea-bargain*-overeenkomsten die de DoJ met Hoffmann-La Roche en Jungbunzlauer had gesloten. Na het verrichte onderzoek diende de DoJ een aanklacht in wegens handelen in strijd met afdeling 1 van de Sherman Act tegen vijf producenten van citroenzuur, waaronder ADM. Alle aangeklaagde ondernemingen erkenden de aan hen ten laste gelegde feiten en stemden in met de betaling van boetes. Ook in Canada werd een strafrechtelijk onderzoek verricht door het Canadese Competition Bureau, waarna onder andere aan ADM een boete werd opgelegd.

ADM had in 1998 laten weten bereid te zijn met de Commissie mee te werken overeenkomstig de bepalingen in de *mededeling van de Commissie van 18 juli 1996 betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen*.² In dat kader gaf ADM een mondelinge beschrijving van de mededingingsbeperkende activiteiten waaraan zij had deelgenomen, die later werd bevestigd in een schriftelijke verklaring.

In haar beschikking wees de Commissie ADM aan als een leider van het kartel. Zij baseerde zich daarbij op een FBI-rapport waarin de verklaring van een voormalig vertegenwoordiger van ADM tegenover de FBI in 1996 was opgenomen. In dit FBI-rapport was beschreven dat de werkwijze van de zogenoemde ‘G-4/5-regeling’ het idee van een ADM-vertegenwoordiger was, en dat die persoon op een bepaalde bijeenkomst een ‘nogal actieve rol’ speelde. Daarnaast baseerde de Commissie zich op een verklaring

* Mr. E. Belhadj is advocaat bij Nysingh te Zwolle. Mr. C.T. Dekker is advocaat bij Nysingh te Zwolle.

1. Beschikking van de Commissie van 5 december 2001 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst (zaak Comp/E-/36.604 — *Citroenzuur*). <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:239:0018:0065:nl:PDF>>.

2. Pb. EG C 207, p. 4.

van Cerestar Bioproducts³ dat, ofschoon vertegenwoordigers van Hoffmann-La Roche en Jungbunzlauer normaliter de bijeenkomsten voorzaten, Bioproducts duidelijk de indruk kreeg dat de ADM-vertegenwoordiger een leidende rol speelde. Deze ADM-vertegenwoordiger zat ook bepaalde bijeenkomsten voor en hield zich gewoonlijk bezig met het voorbereiden en opstellen van voorstellen voor de prijslijsten waarover overeenstemming moest worden bereikt.

De Commissie legde ADM een boete op van 39,69 miljoen euro, waarin een vermeerdering van 35% op het basisbedrag verdisconteerd was in verband met het leiderschap van ADM.

ADM stelde beroep in tegen de beschikking bij het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht), dat het beroep van ADM verwierp.⁴ Tegen dat arrest stelde ADM hoger beroep in bij het Hof van Justitie (hierna: Hof).

Arrest

Kwalificatie als leider hoeft niet in punten van bezwaar

ADM voerde ten eerste aan dat het Gerecht ten onrechte had vastgesteld dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar de voornaamste feitelijke elementen had aangegeven die op de ernst van haar gedrag wezen, ook al was in de mededeling van de punten van bezwaar niet vermeld dat zij als leider van het kartel kon worden beschouwd. Volgens ADM zou de rol van leider echter een van de voornaamste elementen zijn die uit de mededeling van de punten van bezwaar zou moeten blijken, omdat anders de rechten van de verdediging worden geschaad.

Het Hof verklaart dit middel ongegrond. Het herhaalt zijn rechtspraak dat de Commissie voldoet aan haar verplichting tot eerbiediging van het recht van de ondernemingen om te worden gehoord, wanneer zij in de mededeling van de punten van bezwaar uitdrukkelijk verklaart dat zij zal onderzoeken of de betrokken ondernemingen geldboetes dienen te worden opgelegd, en zij de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een geldboete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de beweerdte inbreuk en de omstandigheid dat deze 'opzettelijk of uit onachtzaamheid' is begaan. Aldus verstrekt zij hun de nodige gegevens om zich niet alleen tegen de vaststelling van een inbreuk, maar ook tegen de oplegging van een geldboete te verweren. Voorts merkt het Hof op dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar geen concrete aanwijzingen hoeft te geven omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten, omdat zij daarmee zou moeten vooruitlopen op haar eindbeschikking, hetgeen ongepast zou zijn.⁵ Het Hof over-

weegt voorts dat het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar de aan de betrokken ondernemingen verweten inbreuk als zeer zwaar heeft gekwalificeerd en heeft verklaard dat zij voornemens was het bedrag van de geldboete op een voldoende afschrikkend niveau vast te stellen. Voorts constateert het Hof dat uit de mededeling van de punten van bezwaar blijkt dat de Commissie rekening zou houden met de rol die elke aan het kartel deelnemende onderneming individueel had gespeeld. Het Hof overweegt vervolgens, in wat als de kernoverwegingen van het arrest kunnen worden beschouwd:

'In dit verband moet worden onderstreept dat de kwalificatie als leider van een kartel aanzienlijke gevolgen heeft voor het bedrag van de geldboete die wordt opgelegd aan de onderneming die aldus wordt gekwalificeerd. Het betreft immers overeenkomstig punt 2 van de richtsnoeren⁶ een verzwarende omstandigheid die tot een niet onaanzienlijke verhoging van het basisbedrag van de geldboete leidt. Evenzo sluit die kwalificatie volgens deel B, sub e, van de mededeling inzake samenwerking meteen uit dat een zeer aanzienlijke vermindering van de geldboete wordt toegekend, ook al vervult de als leider gekwalificeerde onderneming alle in dit deel gestelde voorwaarden om voor een dergelijke vermindering in aanmerking te komen.'⁷

'Derhalve dient de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar de elementen aan te geven die zij relevant acht om de betrokken onderneming die als leider van het kartel kan worden beschouwd, in staat te stellen dit verwijt te beantwoorden. Aangezien deze mededeling evenwel enkel een stap naar de vaststelling van de eindbeschikking is en derhalve niet het definitieve standpunt van de Commissie vormt, kan van deze laatste niet worden verlangd dat zij reeds in dit stadium een juridische kwalificatie verricht van de elementen waarop zij zich in haar definitieve beschikking zal baseren om de onderneming als leider van het kartel te kwalificeren.'⁸

Aldus overwegend oordeelt het Hof dat het Gerecht geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat de Commissie mocht nalaten in de mededeling van de punten van bezwaar aan te geven dat zij ADM mogelijkserwijs als leider zou kwalificeren.

Feitelijke gegevens moeten worden vermeld in punten van bezwaar

Vervolgens gaat het Hof in op het betoog van ADM dat de Commissie haar in de mededeling van de punten van bezwaar niet heeft geïnformeerd over de feiten die in de beschikking zouden worden gebruikt om tot haar rol van leider te concluderen. Het enkele feit dat bij deze mede-

3. Deze onderneming was zelf ook betrokken bij het betreffende kartel.

4. GvEA 27 september 2006, zaak T-59/02, *Archer Daniels Midland/Commissie*, Jur. 2006, p. II-3267.

5. Zie in die zin HvJ EG 7 juni 1983, zaak 100/80-103/80, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, Jur. 1983, p. 1825, r.o. 21.

6. Het betreft hier de Richtsnoeren voor de toerekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15 lid 2 van Verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65 lid 5 van het EGKS-Verdrag opgelegd, Pb. EG 1998, C 9/3 (hierna: Boeterichtsnoeren).

7. Zie r.o. 70.

8. Zie r.o. 71.

deling documenten waren gevoegd waaruit deze feiten bleken volstond niet om de rechten van de verdediging te eerbiedigen, aldus ADM. De documenten betroffen het hiervoor genoemde FBI-rapport en de verklaring van Cerestar.

Het Hof is weliswaar van oordeel dat de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar niet hoefde aan te geven op welke wijze zij deze feitelijke gegevens zou gebruiken voor de bepaling van de hoogte van de geldboete en in het bijzonder of zij voornemens was een onderneming op basis van die feiten als leider van het kartel te kwalificeren, maar de Commissie diende deze feitelijke gegevens wel op zijn minst te vermelden. Het Hof constateert echter dat de aan het FBI-rapport en de verklaring van Cerestar ontleende feiten waarop zij zich in de beschikking heeft gebaseerd voor haar oordeel dat ADM als leider van het kartel moest worden beschouwd, niet in de mededeling van punten van bezwaar zijn vermeld.

Het Hof onderzoekt vervolgens het oordeel van het Gerecht dat de enkele omstandigheid dat de Commissie de documenten waaruit deze feiten bleken bij voornoemde mededeling had gevoegd, volstond om ADM in staat te stellen zich niet alleen over het gebruik van deze documenten als bewijs, maar ook over de daarin beschreven feitelijke omstandigheden uit te spreken.

Het Hof geeft aan dat het voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging vereist is dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure in staat is gesteld haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd.

In deze zaak volstond volgens het Hof echter niet dat de documenten waaraan de feiten zijn ontleend op basis waarvan ADM als leider van het kartel is gekwalificeerd, bij de mededeling van punten van bezwaar waren gevoegd, 'voor zover ADM op basis van deze mededeling niet de mogelijkheid is geboden om deze feiten te betwisten en derhalve haar rechten doeltreffend te doen gelden' aldus het Hof.⁹

Volgens het Hof is dat in dit geval zo, omdat de bewijselementen waaraan de feiten zijn ontleend waarop de kwalificatie van ADM als leider van het kartel is gebaseerd, naar hun aard noodzakelijkerwijs een subjectief aspect vertonen, aangezien zij bestaan in getuigenissen van personen tegen wie de door de Commissie of door andere nationale mededingingsautoriteiten ingeleide inbreukprocedure is gericht. Het Hof wijst er in dit verband op dat het FBI-rapport (het eerste bewijselement), het resultaat is van het verhoor van een voormalig vertegenwoordiger van ADM, die in het kader van de door de mededingingsautoriteiten van de Verenigde Staten gevoerde procedure immuniteit heeft verkregen. Het tweede bewijselement bestaat in een vrijwillige verklaring van Cerestar, een concurrente van ADM op de citroenzuurmarkt, die bovendien zelf aan het betrokken kartel heeft deelgenomen. Volgens het Hof kon ADM op basis van de

enkele omstandigheid dat deze documenten bij de mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd, de geloofwaardigheid niet beoordelen die de Commissie aan elk van deze in die documenten aangevoerde elementen hechtte. Daarom kon in de omstandigheden van het onderhavige geval niet worden geoordeeld dat de Commissie ADM in staat heeft gesteld haar rechten te doen gelden, nu zij louter de documenten en bewijselementen waaraan de feiten zijn ontleend waarop zij zich in de litigieuze beslissing heeft gebaseerd om ADM als leider van het kartel te kwalificeren, bij de mededeling van de punten van bezwaar te voegen, zonder dat deze feiten uitdrukkelijk in de tekst zelf van deze mededeling van de punten van bezwaar waren vermeld.

Nu het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie, zonder de rechten van de verdediging van ADM te schenden, de feiten mocht gebruiken zoals deze uit het FBI-rapport en de verklaring van Cerestar naar voren kwamen om ADM als leider van het kartel te kwalificeren en er geen verdere bewijzen waren voor het leiderschap van ADM, volgt hieruit dat het Gerecht de kwalificatie van ADM als leider van het kartel ten onrechte heeft bevestigd. Daardoor heeft het Gerecht evenzeer ten onrechte ADM haar aanspraak op toepassing van deel B van de mededeling inzake samenwerking geweigerd op de grond dat zij de rol van leider van het kartel had gespeeld.

Hof doet zelf af

Het Hof wijst de zaak niet terug naar het Gerecht, maar doet de zaak zelf af, conform artikel 61, eerste alinea, tweede volzin, van het Statuut van het Hof van Justitie, omdat deze in staat van wijzen is. Het betreft hier een oordeel over de vermeerdering van het basisbedrag van de geldboete met 35% vanwege het gestelde leiderschap van ADM in het kartel. Daartoe onderzoekt het Hof of de Commissie bewijzen heeft aangevoerd op basis waarvan zij ADM als leider kon kwalificeren, naast de uit het FBI-rapport en de verklaring van Cerestar naar voren gekomen elementen, ten aanzien waarvan ADM niet is gehoord.¹⁰ Het komt tot de conclusie dat dat niet het geval is en dat de Commissie daarom het basisbedrag van de boete niet mocht verhogen met de genoemde 35%.

Ten aanzien van het betoog van ADM dat ten onrechte deel B van de mededeling inzake samenwerking niet is toegepast omdat zij ten onrechte als leider is gekwalificeerd, overweegt het Hof weliswaar dat het Gerecht is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door aanspraak van ADM op toepassing van dat deel B te weigeren, maar dit helpt ADM uiteindelijk niet. Het Hof gaat na welke informatie Cerestar, als eerste, aan de Commissie heeft verschaft en komt vervolgens tot de conclusie dat deze informatie van doorslaggevend belang is geweest. Daarmee voldeed ADM volgens het Hof niet aan de in deel B gestelde voorwaarden om voor een 'zeer aanzienlijke vermindering' van de geldboete in aanmerking te komen.

9. Zie r.o. 89.

10. R.o. 133.

Opmerkingen

Punten van bezwaar en hoorplicht

Volgens artikel 27 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003¹¹ kan de Commissie een beschikking waarbij een sanctie wordt opgelegd slechts doen steunen op de mededeling van de punten van bezwaar waarover de betrokken partijen opmerkingen hebben kunnen maken. In artikel 10 lid 2 Verordening (EG) nr. 773/2004¹² is de verplichting opgenomen voor de Commissie om de bezwaren tegen de onderneming schriftelijk aan deze onderneming mee te delen in een mededeling van de punten van bezwaar. In artikel 11 lid 2 van deze verordening wordt vervolgens het uitgangspunt van artikel 27 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003 herhaald. In deze artikelen is in wezen reeds langer de hoorplicht verankerd, die inmiddels als fundamenteel communautair recht is gecodificeerd in artikel 41 lid 2 sub a van het EU-Handvest van de Grondrechten (hierna: Handvest).¹³ A-G Mengozzi plaatst in zijn conclusie voor dit arrest de vraag in hoeverre de mededeling van de punten van bezwaar voldoende informatie bevat, ook in de sleutel van de rechten van de verdediging (in feite dus in dit verband de hoorplicht). Hij stelt dat het meer aangewezen is om de omvang van de verplichtingen die op de Commissie rusten met betrekking tot de inhoud van de mededeling van punten van bezwaar af te leiden uit de noodzaak om deze rechten te eerbiedigen, in plaats van in de eerste plaats op abstracte wijze de omvang te bepalen van die verplichtingen en vervolgens te verifiëren of de niet-nakoming van die verplichtingen daadwerkelijk schending van de rechten van de verdediging oplevert.¹⁴ In de rechtspraak van het Hof is bovendien al geruime tijd erkend dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging te beschouwen is al een grondbeginsel van gemeenschapsrecht dat met zich brengt dat de persoon tegen wie de Commissie een administratieve procedure heeft ingeleid, tijdens deze procedure behoorlijk in staat moet zijn geweest zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuken heeft gestaafd.¹⁵ Het belang van de rechten van de verdediging staat derhalve onomstotelijk vast. Ten aanzien van de mededeling van de punten van bezwaar heeft het Hof gepreciseerd dat dit een procedureel, voorbereidend document is dat uitsluitend bestemd is voor de ondernemingen waartegen de procedure is ingeleid, ten einde deze

een doeltreffende uitoefening van hun recht op verweer te waarborgen.¹⁶

Om het recht van ondernemingen om te worden gehoord te waarborgen in mededingingsrechtelijke procedures, heeft het Hof meermalen benadrukt dat de Commissie in de punten van bezwaar uitdrukkelijk dient te verklaren dat zij zal onderzoeken of de betrokken partijen boeten dienen te worden opgelegd, en zij de voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens, vermeldt op grond waarvan een boete kan worden opgelegd, zoals de zwaarte en de duur van de veronderstelde inbreuk en de omstandigheid dat deze 'opzettelijk of uit onachtzaamheid' is begaan. De gedachte achter de verplichting voor de Commissie om voornoemde aspecten weer te geven in de mededeling van de punten van bezwaar is erin gelegen dat de betrokken ondernemingen in staat worden gesteld om zich te verweren tegen de diverse aspecten die de Commissie betreft bij het vaststellen van een inbreuk en de oplegging van een boete.¹⁷ De Commissie kan op dit punt niet simpelweg volstaan met een parafrasering van de relevante artikelen uit Verordening (EG) nr. 1/2003.¹⁸

Kwalificatie van de overtreding/kwalificatie als leider

In de onderhavige zaak heeft de Commissie in de punten van bezwaar aan ADM te kennen gegeven dat de verweten inbreuk als zwaar zal worden gekwalificeerd en dat het voornemen bestaat het bedrag van de boete op een voldoende afschrikwekkend niveau vast te stellen. Daarbij heeft de Commissie vermeld dat zij rekening zou houden met de rol die elke onderneming individueel had gespeeld in het kartel. De cruciale vraag is hoe ver de Commissie dient te gaan in het uiteenzetten van de 'voornaamste gegevens, feitelijk en rechtens' om de fundamentele rechten van de verdediging niet te schenden. Wat dit betreft kan worden geconstateerd dat de Commissie niet verplicht is om aanwijzingen te geven over de hoogte van de op te leggen boete, omdat zij anders zou vooruitlopen op de boetebeschikking.¹⁹

Ten aanzien van de vraag wat de Commissie duidelijk moet maken in de punten van bezwaar, overwoog het Hof in het arrest *AKZO Chemie*: 'In de mededeling van de punten van bezwaar moet duidelijk worden vermeld, op welke feiten de Commissie zich baseert, alsmede welke kwalificatie zij daaraan heeft gegeven.'²⁰ In deze uitspraak

11. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1. In de onderhavige zaak was Vo. (EG) nr. 17 (Pb. EG 1962, nr. 13, p. 204) overigens nog van toepassing.
12. Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EU 2004, 123/1.
13. Pb. EU 2007, C 303/1.
14. Randnr. 34 van de conclusie.
15. Vgl. HvJ EG 10 juli 1986, zaak 234-84, *België/Commissie*, Jur. 1986, p. 2263, r.o. 27. Dit arrest is gewezen in een staatssteunzaak, maar de overwegingen ten aanzien van de rechten van de verdediging heeft het Hof in het brede kader van het gemeenschapsrecht geplaatst en deze zijn dus niet alleen van belang in staatssteunzaken.

16. Beschikking van het HvJ EG 18 juni 1986, gevoegde zaken 142 en 156/84, *BAT en Reynolds/Commissie*, Jur. 1986, p. 1899, r.o. 14.
17. Zie HvJ EG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80-103/80, *Musique diffusion Française/Commissie*, Jur. 1983, p. 1825, r.o. 21; HvJ EG 28 juni 2005, gevoegde zaken C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P en C-213/02 P, *Dansk Rørindustri e.a./Commissie*, Jur. 2005, p. I-5425, r.o. 428, en HvJ EG 18 december 2008, gevoegde zaken C-101/07 P en C-110/07 P, *Coop de France Bétail et Viande/Commissie*, n.n.g., r.o. 49. Vgl. ook HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, *Michelin/Commissie*, Jur. 1983, p. 3461, r.o. 20, en HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-289/04 P, *Showa Denko/Commissie*, Jur. 2006, p. I-5859, r.o. 70.
18. GvEA 8 juli 2004, zaak T-48/00, *Corus UK/Commissie*, Jur. 2000, p. II-2325, r.o. 145.
19. Vgl. onder meer gevoegde zaken 100/80-103/80, *Musique diffusion française/Commissie*, Jur. 1983, p. 1825, r.o. 21 en HvJ EG 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, zaak 322/81, Jur. 1983, p. 3461, r.o. 19.
20. HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo Chemie/Commissie*, Jur. 1991, p. II-3359, r.o. 29.

verlangde het Hof dus dat de Commissie de feiten kwalificeerde. Waar het om lijkt te draaien is dus de vraag of de kwalificatie als leider van het kartel, die de Commissie aan een onderneming wenst te geven, een kwalificatie is als bedoeld in deze uitspraak. In de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de onderhavige zaak²¹ wordt dit vraagpunt op een heldere wijze weergegeven: het is de vraag of de Commissie in de punten van bezwaar enkel hoefde aan te geven dat zij voor de vaststelling van het bedrag van de op te leggen boete onder meer rekening zou houden met de rol die de onderneming bij de inbreuk had gespeeld (de aanduiding van het criterium), of dat zij daarentegen reeds in de mededeling van de punten van bezwaar moest aangeven dat zij ADM eventueel als leider van het kartel zou aanmerken (beoordeling van de toepassing van het criterium).²² Zoals de A-G ook aangeeft heeft de Commissie in deze zaak volstaan met de aanduiding van het criterium. Het Hof stemt in met deze werkwijze van de Commissie. Hoewel deze uitspraak op dit punt past in de lijn van de rechtspraak, menen wij dat de wijze waarop de Commissie de mededeling van de punten van bezwaar hier heeft ingekleed enigszins op gespannen voet lijkt te staan met de hoorplicht op grond waarvan ondernemingen de mogelijkheid geboden dient te worden om hun standpunten naar voren te brengen. Indien een onderneming in de boetebeschikking wordt verweten een leidinggevende rol in het kartel te hebben gespeeld zou het zuiverder zijn indien op grond van het fundamentele recht om gehoord te worden dit verwijt ook met zoveel woorden wordt weergegeven. De Commissie dient weliswaar de feiten te vermelden op basis waarvan zij uiteindelijk die leidinggevende rol constateert, maar uit die feiten hoeft niet op het eerste gezicht meteen duidelijk te zijn voor de betrokken onderneming dat daaruit kan worden afgeleid dat zij als leider van het kartel dient te worden beschouwd. Feiten zijn immers voor verschillende interpretatie vatbaar en uit een complex van feiten kan de onderneming die later wordt beticht van het leiding geven aan het kartel, een andere kwalificatie geven dan dat zij als leidinggever zal worden aangemerkt, terwijl als zij weet had van de kwalificatie die de Commissie van die feiten zou willen geven, zij (beter) in staat zou zijn om haar rechten van verdediging uit te oefenen op dit punt.

Bovendien lijkt het volstaan met het enkel weergeven dat 'rekening zal worden gehouden met de rol die elke onderneming in het kartel heeft gespeeld' niet geheel te passen in de overweging dat de Commissie niet mag volstaan met de parafrazering van de relevante artikelen uit Verordening (EG) nr. 1/2003 wat de oplegging van de boeten betreft. In de Boeterichtsnoeren wordt immers al weergegeven dat het leidinggeven aan een kartel tot een verhoging van de basisboete kan leiden.²³

Waarom zou de Commissie wel kunnen volstaan met het overnemen van datgene wat reeds in Boeterichtsnoeren is geformuleerd? Dat de Boeterichtsnoeren een uitwerking zijn van datgene wat in Verordening (EG) nr. 1/2003 is

vervat, volstaat in dit verband niet. Deze richtsnoeren zijn net als Verordening (EG) nr. 1/2003 algemeen van aard en zeggen niets over de rol die een onderneming in een concrete zaak heeft gespeeld. Daarbij kan worden opgemerkt dat nu de mededeling van de punten van bezwaar een stap is naar de boetebeschikking en niet het definitieve standpunt van de Commissie weergeeft, de rechten van de verdediging met zich zouden moeten brengen dat reeds in het stadium van het uitbrengen van deze mededeling kwalificaties worden gegeven, zoals lijkt voort te vloeien uit voornoemd *AKZO*-arrest. Het argument dat het Hof aanvoert (zoals overigens in eerdere jurisprudentie), dat indien de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar concrete aanwijzingen zou moeten geven omtrent de hoogte van de beoogde geldboeten, zij daarmee zou moeten vooruitlopen op haar eindbeschikking, hetgeen ongepast zou zijn, is in dit verband toch minder sterk. De Commissie laat zich immers met de mededeling dat een partij als leider van een kartel wordt beschouwd, niet uit over de vraag van de hoogte van de boete, maar over een van de verzwarende factoren die daarbij in acht worden genomen, evenals met betrekking tot de kwalificatie van de categorie van de inbreuk ('zwaar', 'zeer zwaar' enz.).²⁴

Gebruik van subjectieve verklaringen

Een ander aspect dat de rechten van de verdediging aangaat, is het door de Commissie gebruikte bewijsmateriaal om ADM als leidinggever van het kartel te betitelen. De Commissie had de feiten waarop zij het leidinggeverschap had gebaseerd, als bijlage bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegd en niet opgenomen in deze mededeling zelf. In eerste instantie lijkt het Hof, in lijn met de vaste rechtspraak, ervan uit te gaan dat alle feiten in de mededeling zelf moeten zijn weergegeven om de rechten van de verdediging te eerbiedigen.

Nadien wordt echter aangegeven dat deze verplichting in de zaak van ADM aan de orde is omdat de feiten naar hun aard een subjectief element vertonen. Het Hof maakt dus kennelijk onderscheid naar de mate van betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Wanneer dat bewijsmateriaal bestaat uit (subjectieve) verklaringen, staat de betrouwbaarheid daarvan niet vast, zo lijkt de redenering te zijn en dient de Commissie in de punten van bezwaar aan te geven hoe zij dat bewijsmateriaal zal waarderen. Voor ander (objectief?) bewijsmateriaal lijkt dat dan niet op te gaan. Dat lijkt ons een wat gekunsteld onderscheid. De vraag is ook of het Hof dit onderscheid daadwerkelijk wil maken. Een adequate invulling van de hoorplicht (en dus de rechten van de verdediging) houdt naar onze opvatting in dat ook in het geval dat geen sprake is van subjectieve verklaringen, de feiten die de Commissie wil gebruiken ter onderbouwing van haar uiteindelijke oordeel als zodanig in de punten van bezwaar genoemd moeten worden (al dan niet door verwijzing naar bijlagen) en niet alleen gekend kunnen worden door het bestuderen van de bijlagen bij de mededeling van de punten van bezwaar, zonder

21. 6 november 2008.

22. Randnr. 31 van de conclusie.

23. Punt 2 van de Boeterichtsnoeren.

24. Zie in die zin kennelijk ook: GvEA 8 juli 2004, zaak T-48/00, *Corus UK/Commissie*, Jur. 2000, p. II-2325, r.o. 151 en 153.

dat duidelijk is of – en zo ja, hoe – de Commissie die bijlagen in aanmerking zal nemen.

Bewijs waarover niet is gehoord blijft buiten beschouwing

Interessant is dat het Hof in rechtsoverweging 133 e.v. ingaat op mogelijk ander bewijs betreffende het leiderschap van ADM. Dat suggereert dat het Hof bewijs waarover de betrokken onderneming zich niet op een adequate wijze heeft kunnen uitlaten, omdat de mededeling van de punten van bezwaar niet duidelijk maakten op welke wijze de Commissie dat bewijs in aanmerking zou willen nemen, zonder meer buiten beschouwing laat. Dit is dus zelfs het geval wanneer, zoals in deze zaak, het bewijs op zichzelf volledig rechtmatig verkregen is. Een terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht, dat vervolgens de beschikking kan vernietigen, waarna de Commissie ADM alsnog hoort over deze bewijselementen, acht het Hof duidelijk niet aan de orde.²⁵

25. Anders dan het Gerecht in het in de vorige noot genoemde arrest *Corus UK*, r.o. 154 en 155.