

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

8 juli 1999 \*

In zaak C-51/92 P,

**Hercules Chemicals NV**, gevestigd te Beringen (België), vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Elvinger & Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

rekwirante,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Eerste kamer) van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie (T-7/89, Jurispr. blz. II-1711), strekkende tot vernietiging van dat arrest,

andere partij bij de procedure:

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door K. Banks, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van die dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster in eerste aanleg,

\* Procestaal: Engels.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: P. J. G. Kapteyn, kamerpresident, G. Hirsch, G. F. Mancini (rapporteur), J. L. Murray en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: G. Cosmas

griffiers: H. von Holstein, adjunct-griffier, en D. Louterman-Hubeau, hoofd-administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 12 maart 1997, waarbij Hercules Chemicals NV was vertegenwoordigd door M. Siragusa en F. M. Moretti, advocaat te Rome, en de Commissie door J. Currall, juridisch adviseur, als gemachtigde,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 juli 1997,

het navolgende

Arrest

1 Bij op 21 februari 1992 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Hercules Chemicals NV (hierna: „Hercules”) krachtens artikel 49 van 's Hof's

Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie (T-7/89, Jurispr. blz. II-1711; hierna: „bestreden arrest”).

## De feiten en de procedure voor het Gerecht

- 2 Blijkens het bestreden arrest zijn de feiten die aan de hogere voorziening ten grondslag liggen, de volgende.
  
- 3 Verschillende ondernemingen uit de Europese petrochemische industrie hebben bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen beschikking 86/398/EEG van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB L 230, blz. 1; hierna: „polypropyleenbeschikking”).
  
- 4 Volgens de door het Gerecht bevestigde bevindingen van de Commissie werd de markt van polypropyleen vóór 1977 bevoorraad door tien producenten, waarvan er vier [Montedison SpA (hierna: „Monte”), Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc en Shell International Chemical Company Ltd (hierna: „Shell”); hierna: „grote vier”] tezamen 64 % van de markt vertegenwoordigden. Nadat de hoofdproducties van Monte waren verstreken, dienden zich in 1977 nieuwe producenten op de markt aan, hetgeen een aanzienlijke toename van de reële productiecapaciteit tot gevolg had, die evenwel niet gepaard ging met een overeenkomstige stijging van de vraag. Dit leidde tot een bezettingsgraad van de productiecapaciteit tussen 60 % in 1977 en 90 % in 1983. Elk van de destijds in de Gemeenschap gevestigde producenten verkocht in alle of nagenoeg alle lidstaten.
  
- 5 Hercules is een van de nieuwe producenten die in 1977 op de markt zijn verschenen. Zij was op de West-Europese markt een middelgrote producent met

een marktaandeel tussen 5 en 6,8 %. Op de Noord-Amerikaanse markt was zij echter de belangrijkste producent.

- 6 Na verificaties die gelijktijdig bij verschillende ondernemingen van de sector plaatsvonden, verzocht de Commissie een aantal polypropyleenproducenten om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204). Blijkens punt 6 van het bestreden arrest kwam de Commissie op grond van de verkregen inlichtingen tot de conclusie, dat de betrokken producenten tussen 1977 en 1983 in strijd met artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) in het kader van een reeks prijs-initiatieven regelmatig richtprijzen hadden vastgesteld en een jaarlijks controle-systeem hadden opgezet voor de verkochte hoeveelheden, teneinde de beschikbare markt op basis van overeengekomen percentages of hoeveelheden onder elkaar te verdelen. Dit was voor de Commissie aanleiding de procedure van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 in te leiden en een aantal ondernemingen, waaronder Hercules, een schriftelijke mededeling van punten van bezwaar toe te zenden.
  
- 7 Aan het einde van deze procedure gaf de Commissie de polypropyleenbeschikking, waarin zij vaststelde dat Hercules inbreuk had gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, door vanaf november 1977 tot ten minste november 1983 samen met andere ondernemingen deel te nemen aan een medio 1977 gesloten overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging, krachtens welke de producenten die polypropyleen op de gemeenschappelijke markt aanboden:
  - met elkaar in contact traden en regelmatig (vanaf begin 1981, tweemaal per maand) in een reeks geheime vergaderingen bijeenkwamen om hun commercieel beleid te bespreken en te bepalen;
  
  - van tijd tot tijd voor de verkoop van het product in elke lidstaat van de EEG „richt"- (of minimum)prijzen bepaalden;

- verschillende maatregelen overeenkwamen waarmede de toepassing van dergelijke richtprijzen moest worden vergemakkelijkt, met inbegrip van (hoofdzakelijk) tijdelijke beperkingen van de productie, de uitwisseling van gedetailleerde informatie over hun leveringen, het houden van plaatselijke vergaderingen, en tegen het einde van 1982 een systeem van „account management” bedoeld om prijsverhogingen voor individuele klanten toe te passen;
  - gelijktijdig hun prijzen verhoogden met het oog op de toepassing van de genoemde richtprijzen;
  - de markt verdeelden door aan elke producent een jaarlijks doel of „quotum” voor de verkoop toe te kennen (1979, 1980 en voor ten minste een gedeelte van 1983) of bij gebreke van een definitieve zich over het gehele jaar uitstrekkende overeenkomst door van de producenten een beperking te eisen van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode (1981, 1982) (artikel 1 van de polypropyleenbeschikking).
- 8 De Commissie gelastte de verschillende betrokken ondernemingen, die inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kon hebben. De Commissie gelastte hun eveneens, een einde te maken aan enigerlei uitwisseling van informatie van het type dat gewoonlijk onder het zakengeheim valt, en elke regeling voor de uitwisseling van algemene informatie (zoals het Fides-systeem) zo toe te passen, dat daarvan elke informatie was uitgesloten waaruit het gedrag van individuele producenten kon worden afgeleid (artikel 2 van de polypropyleenbeschikking).
- 9 Hercules kreeg een geldboete opgelegd van 2 750 000 ECU, ofwel 120 569 620 BFR (artikel 3 van de polypropyleenbeschikking).

- 10 Op 31 juli 1986 stelde Hercules bij het Hof beroep tot nietigverklaring in tegen deze beschikking. Bij beschikking van 15 november 1989 verwees het Hof de zaak naar het Gerecht krachtens besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1).
- 11 Hercules concludeerde voor het Gerecht, de artikelen 1 en 3 van de polypropyleenbeschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren voor zover zij op haar van toepassing waren, subsidiair, artikel 3 van de beschikking, voor zover op haar van toepassing, aldus te wijzigen, dat de daarin aan haar opgelegde geldboete werd ingetrokken of aanzienlijk verminderd, en, in elk geval, de Commissie in de kosten te verwijzen.
- 12 De Commissie concludeerde tot verwerping van het beroep en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.
- 13 Bij beschikking van het Hof van 30 september 1992 is het interventieverzoek van DSM niet-ontvankelijk verklaard en is DSM in haar eigen kosten verwezen.

#### Het bestreden arrest

*Recht van verweer — Weigering van inzage in de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar*

- 14 In punt 51 van het bestreden arrest merkte het Gerecht op, dat de eerbiediging van het recht van verweer verlangt, dat een verzoeker in staat is gesteld op de

door hem passend geachte wijze zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot alle bezwaren die de Commissie in de tot haar gerichte mededelingen van de punten van bezwaar tegen haar naar voren heeft gebracht, alsmede met betrekking tot de tot staving van deze bezwaren aangevoerde bewijselementen die de Commissie in haar mededelingen van de punten van bezwaar heeft genoemd of in bijlage heeft opgenomen (arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 7).

- 15 In punt 52 verklaarde het Gerecht, dat de eerbiediging van het recht van verweer daarentegen niet verlangt, dat een onderneming waartegen een procedure krachtens artikel 85, lid 1, EG-Verdrag is ingeleid, de gelegenheid krijgt opmerkingen te maken over alle stukken die deel uitmaken van het dossier van de Commissie, aangezien er geen voorschriften bestaan die de Commissie verplichten haar dossiers aan de betrokken partijen te doen toekomen (arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 25).
- 16 In punt 53 merkte het Gerecht echter op, dat de Commissie een procedure „toegang tot het dossier” in mededingingszaken heeft vastgesteld, waarmee zij zichzelf regels heeft opgelegd die verder gaan dan de door het Hof geformuleerde vereisten. Van deze in het Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid weergegeven regels mag de Commissie niet afwijken (arresten Hof van 5 juni 1973, Commissie/Raad, 81/72, Jurispr. blz. 575, punt 9, en 30 januari 1974, Louwage/Commissie, 148/73, Jurispr. blz. 81).
- 17 Het Gerecht leidde in punt 54 hieruit af, dat de Commissie verplicht is de ondernemingen waartegen een procedure krachtens artikel 85, lid 1, EG-Verdrag is ingeleid, toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie.
- 18 Aangaande de weigering van de Commissie om Hercules toegang te geven tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar oordeelde het Gerecht in punt 56, dat niet behoefde te worden

onderzocht, of die weigering schending van het recht van verweer oplevert. Een dergelijk onderzoek zou, aldus het Gerecht, enkel noodzakelijk zijn indien de administratieve procedure zonder die weigering tot een ander resultaat had kunnen leiden [arrest Hof van 10 juli 1980, Distillers Company/Commissie, 30/78, Jurispr. blz. 2229, punt 27 (juister: 26), en arrest Gerecht van 27 november 1990, Kobor/Commissie, T-7/90, Jurispr. blz. II-721, punt 30]. Het Gerecht stelde echter vast, dat dit in casu niet het geval was, aangezien rekwirante na de voeging van de zaken voor de mondelinge behandeling voor het Gerecht toegang had gekregen tot de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededelingen van de punten van bezwaar, doch zij uit die antwoorden geen enkel ontlastend element had gehaald waarop zij zich tijdens de mondelinge behandeling met succes had kunnen beroepen. Het Gerecht leidde hieruit af, dat die antwoorden geen ontlastend bewijsmateriaal bevatten en dat bijgevolg de omstandigheid dat die antwoorden gedurende de administratieve procedure voor rekwirante niet toegankelijk waren geweest, het in de polypropyleenbeschikking door de Commissie bereikte resultaat niet had kunnen beïnvloeden. In punt 57 wees het Gerecht dit middel daarom af.

#### *De vaststelling van de inbreuk — Feitelijke vaststellingen*

De contacten tussen producenten en de bijeenkomst van de European Association for Textile Polyolefins van 22 november 1977

- 19 Met betrekking tot de contacten tussen producenten en de bijeenkomst van de European Association for Textile Polyolefins (hierna: „EATP”) van 22 november 1977 stelde het Gerecht in punt 71 om te beginnen vast, dat Hercules zowel in haar antwoord op het verzoek om inlichtingen als in haar verzoekschrift had erkend, dat zij bij tijd en wijle van andere producenten telefonisch informatie ontving over tussen dezen gehouden besprekingen of bijeenkomsten, ook al ontkende zij dat zij bij dergelijke contacten de initiatiefnemer was geweest. Bovendien had Hercules het bestaan van die contacten niet in de tijd beperkt.
- 20 In de punten 72 en 73 oordeelde het Gerecht voorts, dat de door Hercules op de EATP-bijeenkomst van 22 november 1977 afgelegde verklaringen de uitdrukking vormden van met andere producenten bereikte wilsovereenstemming over een



richtprijs van 1,30 DM/kg voor 1 december 1977, waarvan het bestaan werd bevestigd door hetgeen Hercules op de EATP-bijeenkomst van 26 mei 1978 had gezegd.

- 21 Concluderend oordeelde het Gerecht in punt 75, dat de Commissie in de eerste plaats rechtens genoegzaam had bewezen, dat rekwirante van de resultaten van de prijsbesprekingen op de hoogte was gesteld en dat zij, met name in 1977 en 1978, op ad hoc-basis contact had gehad met andere producenten, en in de tweede plaats, dat de door rekwirante gedane uitspraken, zoals weergegeven in het verslag van de EATP-bijeenkomst van 22 november 1977, de uitdrukking vormden van tussen haarzelf en andere producenten bereikte wilsovereenstemming met betrekking tot de vaststelling van een richtprijs van 1,30 DM/kg.

#### Het stelsel van periodieke bijeenkomsten

- 22 Met betrekking tot het stelsel van periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten stelde het Gerecht in punt 93 van het bestreden arrest in de eerste plaats vast, dat in de tot Hercules gerichte individuele mededeling van de punten van bezwaar stond te lezen, dat een van haar werknemers vanaf 1979 een aantal bijeenkomsten van „bosses” en „experts” had bijgewoond, en merkte het in punt 94 op, dat Hercules’ deelneming niet zo onregelmatig was geweest als zij wilde doen geloven, aangezien het mogelijk was, dat zij vóór mei 1982 15 van de 29 bijeenkomsten had bijgewoond.
- 23 Het Gerecht merkte vervolgens in de punten 95 en 96 op, dat de betrekkelijke onregelmatigheid van Hercules’ deelneming aan die bijeenkomsten niet het enige element was dat bij het onderzoek van haar betrokkenheid bij het stelsel van periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten in aanmerking moest worden genomen, maar dat ook rekening moest worden gehouden met eventuele contacten die zij met andere producenten had gehad en die een aanvulling vormden op de talrijke inlichtingen die zij tijdens de bijeenkomsten had verkregen over het door haar concurrenten aan te nemen commerciële beleid. Het Gerecht leidde hieruit af, dat die onregelmatigheid niet van dien aard was, dat Hercules’ betrokkenheid bij het stelsel van periodieke bijeenkomsten voor mei 1982

daardoor werd ontzenuwd. In punt 92 stelde het Gerecht voorts vast, dat Hercules de bijeenkomsten van mei 1982 tot eind augustus 1983 regelmatig had bijgewoond.

- 24 In punt 98 merkte het Gerecht voorts op, dat de Commissie zich op basis van het antwoord van ICI op het verzoek om inlichtingen, dat door talrijke verslagen van bijeenkomsten werd bevestigd, terecht op het standpunt had gesteld, dat de bijeenkomsten vooral ten doel hadden, richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen. Zo mocht de Commissie eveneens, aldus het Gerecht in punt 100 van het bestreden arrest, uit het antwoord van ICI over de regelmaat van de bijeenkomsten van „bosses” en „experts” alsmede uit het karakter en het doel van die bijeenkomsten afleiden, dat deze deel uitmaakten van een stelsel van periodieke bijeenkomsten.
- 25 In punt 101 voegde het Gerecht hieraan toe, dat het beweerde passieve karakter van de deelneming van de werknemer van Hercules aan de bijeenkomsten werd gelogenstraft door verschillende bewijsstukken. Volgens punt 102 was het niet geloofwaardig, dat zijn superieuren niet van die deelneming op de hoogte waren geweest; integendeel, zij hadden ook zelf contacten gehad met andere deelnemers aan de bijeenkomsten. In punt 103 merkte het Gerecht op, dat de deelneming van de werknemer van Hercules aan die bijeenkomsten geen ander karakter had dan die van de overige deelnemers. Met betrekking tot het niveau van de door de betrokken werknemer binnen Hercules vervulde functie stelde het Gerecht in punt 104 vast, dat hij ofwel bevoegd was de resultaten van de bijeenkomsten rechtstreeks tot uitdrukking te laten komen in rekwirantes prijsbeleid, waaruit blijkt dat hij over het noodzakelijke gezag beschikte om de onderneming te verbinden, ofwel, indien zulks niet het geval was, dat hij daartoe was gemachtigd.
- 26 Het Gerecht leidde hieruit in punt 105 af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, in de eerste plaats, dat rekwirante vanaf begin 1979 tot ten minste eind augustus 1983 had deelgenomen aan de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten, hetgeen zij mocht afleiden uit rekwirantes deelneming aan de bijeenkomsten en uit de contacten die rekwirante in verband met die bijeenkomsten had gehad; in de tweede plaats, dat die bijeenkomsten inzonderheid tot doel hadden, richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen, en, in de derde plaats, dat rekwirantes deelneming aan die bijeenkomsten de betekenis had die er in de beschikking aan was toegekend.

## De prijsinitiatieven

- 27 In punt 144 stelde het Gerecht vast, dat uit de verslagen van de geregeld gehouden bijeenkomsten van polypropyleenproducenten bleek, dat de aan die bijeenkomsten deelnemende producenten de in de beschikking genoemde prijsinitiatieven waren overeengekomen. Zodra rechtens genoegzaam was bewezen, dat Hercules die bijeenkomsten had bijgewoond, kon zij, aldus het Gerecht in punt 145, niet verklaren, dat zij de daar overeengekomen, geplande en gevolgde prijsinitiatieven niet had gesteund, zonder bewijzen te verstrekken die deze verklaring konden staven.
- 28 Dienaangaande stelde het Gerecht in punt 146 vast, dat Hercules niet specifiek ontkende, aan een bepaald prijsinitiatief te hebben deelgenomen, doch betoogde, dat zij zich nooit had verbonden de richtprijzen in acht te nemen. In punt 147 oordeelde het Gerecht echter, dat dit niet kon worden aanvaard; in de eerste plaats, aldus het Gerecht in punt 148, had de werknemer van Hercules die aan die bijeenkomsten had deelgenomen, een positie binnen het bedrijf op grond waarvan hij die prijsinitiatieven kon steunen. In de tweede plaats, zo vervolgde het Gerecht in de punten 149 en 150, kon Hercules geen argument ontleen aan haar interne of externe prijsbeleid voor het bewijs, dat zij de op die bijeenkomsten overeengekomen, georganiseerde en gecontroleerde prijsinitiatieven niet had gesteund.
- 29 In punt 160 voegde het Gerecht hieraan toe, dat de Commissie uit het antwoord van ICI op het verzoek om inlichtingen had mogen afleiden, dat de prijsinitiatieven waren genomen in het kader van een stelselmatige vaststelling van richtprijzen.
- 30 Het Gerecht leidde hieruit in punt 161 af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat Hercules een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt met betrekking tot de in de beschikking genoemde prijsinitiatieven, en dat die initiatieven stelselmatig waren genomen.

## De maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de prijsinitiatieven

- 31 In punt 176 oordeelde het Gerecht, dat de polypropyleenbeschikking aldus moest worden uitgelegd, dat elk van de producenten werd verweten, op diverse bijeenkomsten met de andere producenten te hebben besloten tot een aantal maatregelen, waarmee gunstige omstandigheden voor een prijsverhoging moesten worden geschapen, in het bijzonder door het aanbod van polypropyleen kunstmatig te verminderen, waarbij de uitvoering van deze reeks maatregelen elk afzonderlijk in onderlinge overeenstemming werd verdeeld over de verschillende producenten met inachtneming van hun specifieke situatie. In punt 177 stelde het Gerecht vast, dat Hercules door deel te nemen aan de bijeenkomsten waarop deze reeks van maatregelen werd vastgesteld, die maatregelen had gesteund, aangezien zij niets had aangevoerd dat op het tegendeel wees.
- 32 Aangaande de „account leadership” stelde het Gerecht in punt 178 vast, dat uit de verslagen van de drie door Hercules bijgewoonde bijeenkomsten was gebleken, dat de aanwezige producenten zich tijdens die bijeenkomsten bij dat systeem hadden aangesloten. Het feit dat Hercules niet als „account leader” van haar grootste afnemers werd aangewezen, achtte het Gerecht in punt 180 van het bestreden arrest irrelevant.
- 33 Voorts blijkt uit punt 181, dat het verwijt betreffende de beperking van de productie en de verlegging van de productie naar overzeese markten werd bevestigd door de verslagen van de bijeenkomst van 13 mei 1982. In punt 182 stelde het Gerecht vast, dat rekwirante haar deelneming aan de plaatselijke bijeenkomsten niet had ontkend en dat die bijeenkomsten tot doel hadden, de toepassing van een bepaald prijsinitiatief op plaatselijk niveau te verzekeren. Het Gerecht voegde hier in punt 183 aan toe, dat de polypropyleenbeschikking er geen twijfel over liet bestaan, dat de Commissie rekwirante geen uitwisseling van haar verkoopcijfers verweet.
- 34 In punt 184 concludeerde het Gerecht hieruit, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat rekwirante een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt met betrekking tot maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de in de polypropyleenbeschikking genoemde prijsinitiatieven.

## Streefhoeveelheden en quota

- 35 In punt 206 herinnerde het Gerecht eraan, dat Hercules vanaf begin 1979 regelmatig had deelgenomen aan de bijeenkomsten van polypropyleenproducenten tijdens welke de verkoophoeveelheden van de verschillende producenten werden besproken en dienaangaande gegevens werden uitgewisseld. Daar volgens de beschikking rekwirante haar eigen verkoopcijfers weliswaar niet had doorgegeven, doch dankzij het bijwonen van de bijeenkomsten wel nauwkeurig op de hoogte was van de maandelijks verkopen van de andere producenten, oordeelde het Gerecht in de punten 207 en 208, dat voor het onderzoek van Hercules' betrokkenheid bij het systeem van vaststelling van streefhoeveelheden een analyse moest worden gemaakt van de werking van dat systeem als geheel.
- 36 Dienaangaande merkte het Gerecht in punt 209 op, dat de terminologie die was gebezigd in de verschillende door de Commissie overgelegde documenten betreffende de jaren 1979 en 1980 de conclusie rechtvaardigde, dat de producenten wilsovereenstemming hadden bereikt.
- 37 Wat meer in het bijzonder het jaar 1979 betrof, baseerde het Gerecht zich in de punten 210 en 211 op het verslag van de bijeenkomst van 26 en 27 september 1979, op de tabel getiteld „Producer's Sales to West Europe” die bij ICI was aangetroffen en op hetgeen de werknemer van Hercules tijdens zijn verhoor had verklaard.
- 38 In punt 212 stelde het Gerecht vast, dat het feit dat voor het gehele jaar 1980 kwantitatieve verkoopdoelen waren vastgesteld, bleek uit de bij Atochem SA aangetroffen tabel van 26 februari 1980 alsmede uit een tabel van 8 oktober

1980, waarin voor de verschillende producenten de nominale capaciteit en de quota voor 1980 werden vergeleken.

- 39 In de punten 213 tot en met 217 merkte het Gerecht op, dat met betrekking tot het jaar 1981 de producenten werd verweten, dat zij hadden deelgenomen aan onderhandelingen die erop gericht waren, voor dat jaar een quotaovereenkomst tot stand te brengen, dat zij hun „aspiraties” kenbaar hadden gemaakt, dat zij waren overeengekomen om als tijdelijke maatregel in de maanden februari en maart 1981 hun maandelijkse verkopen te beperken tot een twaalfde van 85 % van de voor 1980 overeengekomen „streefhoeveelheid”, dat zij voor de rest van het jaar het quotum van het vorige jaar als een theoretisch recht hadden beschouwd, dat zij iedere maand tijdens de bijeenkomsten verslag hadden uitgebracht over hun verkopen, en tot slot dat zij hadden gecontroleerd, of hun verkopen het hun toegewezen theoretisch quotum niet overschreden. Volgens het Gerecht bleek het bestaan van die onderhandelingen en het kenbaar maken van hun „ambities” uit verschillende bewijsstukken, zoals tabellen en een interne nota van ICI; de vaststelling van tijdelijke maatregelen in de maanden februari en maart 1981 bleek uit het verslag van de bijeenkomsten van januari 1981; het feit dat de producenten voor de rest van het jaar hetzelfde theoretische quotum werd toegewezen als het vorige jaar en dat zij, door maandelijkse uitwisseling van hun verkoopcijfers, controleerden of de verkopen met dat quotum overeenstemden, bleek uit drie documenten, in onderlinge samenhang gezien, namelijk een tabel van 20 december 1981, een niet-gedateerde en bij ICI aangetroffen tabel getiteld „Scarti per società” en een niet-gedateerde en eveneens bij ICI aangetroffen tabel.
- 40 In de punten 218 tot en met 221 merkte het Gerecht op, dat de producenten met betrekking tot het jaar 1982 werd verweten, dat zij hadden deelgenomen aan onderhandelingen die erop gericht waren, voor dat jaar een quotaovereenkomst tot stand te brengen, dat zij hun „aspiraties” qua hoeveelheden kenbaar hadden gemaakt, dat zij, aangezien geen definitief akkoord werd bereikt, gedurende de eerste helft van het jaar hun maandelijkse verkoopcijfers hadden meegedeeld en deze hadden vergeleken met hun werkelijke procentuele marktaandeel in het voorgaande jaar, en, tot slot, dat zij in de tweede helft van het jaar ernaar hadden gestreefd hun maandelijkse verkopen te beperken tot hetzelfde percentage van de totale markt als zij in het eerste halfjaar voor hun rekening hadden genomen. Volgens het Gerecht bleek het bestaan van die onderhandelingen en het kenbaar maken van de „aspiraties” uit een document met de titel „Scheme for discussions ‘quota system 1982’”, uit een nota van ICI, getiteld „Polypropylene 1982, Guidelines”, uit een op 17 februari 1982 gedateerde tabel en uit een in het

Italiaans opgestelde tabel die een ingewikkeld voorstel weergaf. Het bewijs van de voor het eerste halfjaar genomen maatregelen werd geleverd door het verslag van de bijeenkomst van 13 mei 1982; de uitvoering van die maatregelen bleek uit de verslagen van de bijeenkomsten van 9 juni, 20 en 21 juli en 20 augustus 1982; het bewijs van de voor het tweede halfjaar genomen maatregelen was te vinden in het verslag van de bijeenkomst van 6 oktober 1982, terwijl de handhaving ervan werd bevestigd door het verslag van de bijeenkomst van 2 december 1982.

- 41 In punt 222 stelde het Gerecht voorts vast, dat met betrekking tot 1981 en de twee semesters van 1982 de Commissie uit het feit dat er tijdens regelmatig gehouden bijeenkomsten over en weer toezicht werd uitgeoefend op de uitvoering van een regeling waarbij de maandelijkse verkopen in vergelijking met een voorafgaande periode werden beperkt, terecht had afgeleid, dat die regeling door de deelnemers aan de bijeenkomsten was vastgesteld.
- 42 Voor het jaar 1983 stelde het Gerecht in de punten 223 tot en met 226 vast, dat blijkens de door de Commissie overgelegde stukken de polypropyleenproducenten eind 1982 en begin 1983 besprekingen hadden gevoerd over een quotaregeling voor 1983. Naar het oordeel van het Gerecht had de Commissie uit het verslag van de door Hercules niet-bijgewoonde bijeenkomst van 1 juni 1983 en dat van een op 17 maart 1983 gehouden interne bijeenkomst van de Shell-groep, welke werden bevestigd door twee andere documenten waarin een marktaandeel van 11 % voor Shell werd genoemd, terecht afgeleid, dat die onderhandelingen tot de invoering van een quotaregeling hadden geleid.
- 43 Het Gerecht voegde hier in punt 227 aan toe, dat aangezien de verschillende maatregelen tot beperking van de verkoop hetzelfde doel hadden — te weten een vermindering van de druk op de prijzen door het te grote aanbod —, de Commissie zich terecht op het standpunt had gesteld dat zij een onderdeel van een quotaregeling vormden.
- 44 Met betrekking tot de deelneming van Hercules aan die regeling merkte het Gerecht in punt 228 op, dat rekwirante elke betrokkenheid ontkende en zich daarbij beriep op een aantal punten van de polypropyleenbeschikking en een aantal documenten. In punt 229 stelde het Gerecht vast, dat de Commissie deze

feiten niet betwistte, maar ze ontoereikend achtte om Hercules' betrokkenheid bij het quotasysteem te ontzenuwen.

- 45 Met betrekking tot de periode vóór maart 1982 stelde het Gerecht in punt 230 in de eerste plaats vast, dat Hercules, doordat zij vanaf 1979 had deelgenomen aan het stelsel van periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten, aanwezig was geweest bij de onderhandelingen die waren uitgemond in de vaststelling van kwantitatieve verkoopdoelen, en in de tweede plaats, dat zij — zonder zich daartegen te verzetten — een quotum toegewezen had gekregen dat was berekend op basis van via het Fides-systeem beschikbare cijfers. Voor de periode na maart 1982 stelde het Gerecht in punt 231 vast, dat Hercules actief had deelgenomen aan de quotabesprekingen, ook al kwam haar naam niet voor in het document met het opschrift „Scheme for discussions 'quota system 1982'”. Het baseerde zich hiertoe op de volgende omstandigheden: in de kantoren van Hercules was het van Monte afkomstige plan voor een algemene marktverdelingsregeling voor 1982 aangetroffen; tijdens een bijeenkomst in maart 1982 had zij het cijfer van haar nominale capaciteit laten aanpassen; tijdens bijeenkomsten van 13 mei en 21 september 1982 had zij informatie verstrekt over haar toekomstige productie; tijdens de bijeenkomst van 2 december 1982 had zij de indruk gewekt, geen bezwaar te hebben tegen een gemeenschappelijk quotum voor haarzelf, BP Chemicals Ltd (hierna: „BP”) en Amoco Chemicals Ltd (hierna: „Amoco”), en, ten slotte, had zij de dag na die bijeenkomst contact opgenomen met ICI om de reactie van BP en Amoco op het voorgestelde quotum mee te delen en haar instemming met dat quotum te bevestigen.
- 46 Het Gerecht concludeerde hieruit in punt 232, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat Hercules had deelgenomen aan een quotasysteem voor zover zij, hoewel zij misschien niet uitdrukkelijk had ingestemd met het haar door de andere producenten voor de jaren 1979 en 1980 toegewezen quotum of met een beperking van haar maandelijks verkopen ten opzichte van een eerdere periode voor de jaren 1981 en 1982, informatie over de verkoopbeperkingen die haar concurrenten noodzakelijk achtten, over de door hen gerealiseerde verkoopcijfers en over de onderling toegekende kwantitatieve verkoopdoelen had verkregen, en zij, door haar aanwezigheid op de bijeenkomsten en het stilzwijgend accepteren van het haar toegewezen quotum, bij haar concurrenten de indruk had gewekt dat zij bij de bepaling van haar toekomstig marktbeleid met die informatie en met dat quotum rekening zou houden, waardoor zij ertoe had bijgedragen dat tussen de deelnemers aan de bijeenkomsten wilsovereenstemming tot stand kwam. Bovendien was het Gerecht van oordeel, dat de Commissie



rehtens genoegzaam had bewezen, dat verzoekster vanaf maart 1982 actief aan de quotaonderhandelingen had deelgenomen en dat zij een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt met betrekking tot de vaststelling van kwantitatieve verkoopdoelen voor de eerste helft van 1983.

### *De geldboete*

- 47 In punt 314 van het bestreden arrest merkte het Gerecht om te beginnen op, dat de Commissie de periode gedurende welke Hercules zich schuldig had gemaakt aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, juist had beoordeeld. Aangaande de ernst van de inbreuk stelde het Gerecht in punt 323 vast, dat de Commissie de door rekwirante bij de inbreuk gespeelde rol op juiste wijze had vastgesteld en blijkens punt 109 van de beschikking die rol bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete in aanmerking had genomen. Voorts oordeelde het Gerecht in punt 324, dat uit de ernst van de vastgestelde feiten was gebleken, dat Hercules niet onvoorzichtig of onachtzaam, doch opzettelijk had gehandeld.
- 48 Voorts stelde het Gerecht in punt 332 vast, dat de Commissie in de eerste plaats criteria had vastgesteld ter bepaling van het algemene niveau van de geldboeten die moesten worden opgelegd aan de ondernemingen tot wie de beschikking was gericht (punt 108 van de beschikking), en in de tweede plaats criteria voor een billijke afweging van de aan elk van deze ondernemingen op te leggen boete (punt 109 van de beschikking).
- 49 In punt 360 concludeerde het Gerecht, dat de aan Hercules opgelegde geldboete redelijk was, gelet op zowel de duur als de zwaarte van de haar ten laste gelegde inbreuk op het communautaire mededingingsrecht.
- 50 Bijgevolg heeft het Gerecht het beroep verworpen en Hercules in de kosten veroordeeld.

## De hogere voorziening

51 In haar hogere voorziening concludeert Hercules dat het het Hof behage:

- de noodzakelijke maatregelen te treffen teneinde na te gaan, of de Commissie bij de vaststelling van de polypropyleenbeschikking de geldende procedure-regels in acht heeft genomen;
- de polypropyleenbeschikking van nul en generlei waarde te verklaren indien komt vast te staan, dat de Commissie de procedureregels niet in acht heeft genomen;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de artikelen 1 en 3 van de polypropyleenbeschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren voor zover zij haar betreffen;
- subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en artikel 3 van de polypropyleenbeschikking, voor zover het haar betreft, aldus te wijzigen, dat de daarin aan haar opgelegde geldboete wordt vernietigd of verminderd;
- de Commissie in de kosten te verwijzen.

52 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

- de hogere voorziening ten dele niet-ontvankelijk en voor het overige af te wijzen;

— Hercules in de kosten te verwijzen.

- 53 Aan haar hogere voorziening heeft Hercules zes middelen, ontleend aan procedurefouten en schending van het gemeenschapsrecht, ten grondslag gelegd, waarin wordt geklaagd over, in de eerste plaats, gebreken in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking; in de tweede plaats, het verzuim van de Commissie om de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar ter beschikking te stellen; in de derde plaats, het verzuim van het Gerecht om alle arresten betreffende de polypropyleenbeschikking op hetzelfde tijdstip te wijzen; in de vierde plaats, tegenstrijdigheid tussen de feitelijke vaststellingen van het Gerecht en zijn conclusie over de deelneming van Hercules aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging, bestaande in de vaststelling van een verkoopdoel en een quotaregeling in 1981 en 1982; in de vijfde plaats, niet-toepassing door het Gerecht van de regel ontwikkeld in het arrest van het Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283), en, in de zesde plaats, weigering om de geldboete te verminderen.
- 54 Op verzoek van de Commissie en met instemming van Hercules is de behandeling van de zaak bij beschikking van de president van het Hof van 28 juli 1992 geschorst tot 15 september 1994, teneinde de eventuele consequenties te onderzoeken van het arrest van het Hof van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555), gewezen op de hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie (T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315; hierna: „PVC-arrest van het Gerecht”).

### Gebreken in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking

- 55 Met haar eerste middel betoogt Hercules, dat tijdens de mondelinge behandeling van de PVC-zaken voor het Gerecht is gebleken, dat de Commissie de bepalingen van haar eigen reglement van orde niet in acht had genomen. Volgens Hercules heeft een dergelijk vormgebrek de nietigheid van een beschikking tot gevolg. Zij vraagt het Hof derhalve de nodige maatregelen te treffen teneinde na te gaan, of

de Commissie bij de goedkeuring van de polypropyleenbeschikking haar eigen reglement in acht heeft genomen. Indien dit niet het geval blijkt te zijn geweest, dan verzoekt Hercules het Hof het bestreden arrest te vernietigen en de polypropyleenbeschikking nietig te verklaren.

- 56 Volgens de Commissie is dit middel niet-ontvankelijk. Ingevolge de bepalingen van artikel 118 juncto artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof mogen in hogere voorziening geen nieuwe middelen worden voorgesteld, die reeds in de procedure voor het Gerecht hadden kunnen worden voorgesteld. Met name de vraag van de formele geldigheid van de polypropyleenbeschikking had reeds in eerste aanleg aan de orde kunnen worden gesteld, zonder de verklaringen af te wachten die tijdens de terechtzittingen in de PVC-zaken voor het Gerecht zijn afgelegd.
- 57 Volgens artikel 51, eerste alinea, van 's Hof's Statuut-EG moet hogere voorziening bij het Hof zijn gebaseerd op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht.
- 58 Het is vaste rechtspraak, dat wanneer een partij een middel dat zij niet voor het Gerecht heeft aangevoerd, voor het eerst voor het Hof kon aanvoeren, zij bij het Hof, waarvan de bevoegdheid in hogere voorziening beperkt is, een geschil aanhangig zou kunnen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. In hogere voorziening is het Hof dus enkel bevoegd om de beoordeling te toetsen, die het Gerecht omtrent de voor hem bepleite middelen heeft gegeven (zie met name arresten van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59, en 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 62).
- 59 In casu staat vast, dat Hercules zich voor het Gerecht niet op een onregelmatigheid in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking heeft beroepen.

- 60 Hieruit volgt, dat het eerste middel niet-ontvankelijk is. Om dezelfde redenen is ook het verzoek aan het Hof, de nodige maatregelen te treffen om na te gaan, of de Commissie bij de vaststelling van de polypropyleenbeschikking de geldende procedureregels heeft geëerbiedigd, niet-ontvankelijk.

**De weigering om toegang te verlenen tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar**

- 61 Met haar tweede middel stelt Hercules, dat het Gerecht haar rechten van de verdediging en daarmee ook het gemeenschapsrecht heeft geschonden door te oordelen, dat niet behoefde te worden onderzocht, of de weigering van de Commissie om haar inzage te verlenen in de antwoorden van de andere producenten op de mededeling van de punten van bezwaar, schending van haar rechten van de verdediging opleverde.
- 62 De betrokken documenten hadden in de administratieve procedure toegankelijk moeten zijn, met name gelet op de bewering van de Commissie, dat alle betrokken ondernemingen gezamenlijk hadden deelgenomen aan een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige gedraging. De schending van de rechten van de verdediging kon na de sluiting van de administratieve procedure niet meer worden goedge maakt, en nog minder nadat de procedure voor de rechter eenmaal was ingeleid.
- 63 De weigering om een onderneming toestemming te geven kennis te nemen van de antwoorden op de mededeling van de punten van bezwaar van andere ondernemingen waaraan deelneming aan een en dezelfde inbreuk wordt verweten, belet die onderneming automatisch om bij haar verweer rekening te houden met die antwoorden. Niettemin is het een algemeen gemeenschapsrechtelijk beginsel, dat een partij het recht heeft zich tijdens de administratieve procedure te verdedigen (arrest Michelin/Commissie, reeds aangehaald, en arrest van 12 februari 1992, Nederland e.a./Commissie, C-48/90 en C-66/90, Jurispr. blz. I-565).

- 64 Onder deze omstandigheden is de rechtspraak waarop het Gerecht zijn conclusie baseert, niet van toepassing. In het arrest *Distillers Company/Commissie* (reeds aangehaald) oordeelde het Hof, dat de aangevoerde procedurefout de beschikking van de Commissie niet had kunnen wijzigen, aangezien die fout enkel van belang was vanuit het oogpunt van de weigering van de Commissie om een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen. Daar de betrokken onderneming haar aanvraag om een individuele vrijstelling niet op de juiste wijze had ingediend, had de Commissie die vrijstelling nooit kunnen verlenen, zelfs indien er geen procedurefout was gemaakt. In de zaak *Kobor/Commissie* (reeds aangehaald) bestond er volgens Hercules geen enkel verband tussen de procedurefout en de mogelijkheid van de verzoekster om voor de Commissie haar rechten te verdedigen en kon die fout dus geen gevolgen hebben voor de wijze waarop zij die rechten had verdedigd.
- 65 Het standpunt van het Gerecht betekent, dat de Commissie, zonder dat dit consequenties heeft, inbreuk kan maken op de rechten van de verdediging, wanneer de benadeelde partij niet in staat is aan te tonen, dat de uitkomst anders zou zijn geweest, indien haar rechten waren geëerbiedigd. Dat komt neer op het enkel aan een onschuldige toekennen van het recht zich te verweren.
- 66 Hercules beklemtoont, dat in zaken die een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag door een aantal partijen gezamenlijk betreffen, de verklaringen en informatie die elke partij de Commissie in antwoord op haar inlichtingenverzoeken en de mededeling van de punten van bezwaar verstrekt, van enorm belang kunnen zijn. De door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten van de verdediging vereisen, dat de desbetreffende stukken in de loop van de administratieve procedure ter beschikking van de andere partijen worden gesteld. In het arrest *Nederland e.a./Commissie* (reeds aangehaald) heeft het Hof geoordeeld, dat de eerbiediging van het recht van verweer verlangt, dat een lidstaat waartegen een procedure krachtens artikel 90, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 3, EG) is ingeleid, in staat wordt gesteld zijn standpunt kenbaar te maken over de opmerkingen van belanghebbende derden. Naar analogie hiervan moet bij toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op verschillende partijen ter zake van dezelfde inbreuk elk van hen in de gelegenheid worden gesteld, kennis te nemen van de opmerkingen van de anderen. De noodzaak om de toegang tot het dossier van de Commissie te waarborgen, klemt des te meer, wanneer de partijen worden geconfronteerd met gegevens die als geloofwaardig worden aangemerkt, en elke partij dus dient aan te tonen, dat er een voor haar ontlastende verklaring van de feiten bestaat.

- 67 Concluderend vordert Hercules vast te stellen, dat de Commissie haar recht van verweer heeft geschonden door haar geen inzage in de antwoorden van de andere producenten op de mededeling van de punten van bezwaar te verlenen, en dat die schending, ongeacht of de betrokken stukken ontlastende gegevens voor haar bevatten, in een later stadium niet meer kon worden goedgeemaakt. Hercules vordert derhalve, het bestreden arrest te vernietigen en de polypropyleenbeschikking van nul en generlei waarde te verklaren.
- 68 De Commissie beklemtont, dat in de arresten *Distillers Company/Commissie en Kobor/Commissie* (reeds aangehaald) hetzelfde beginsel is toegepast als in het arrest van het Gerecht, namelijk dat wanneer een pretense procedurefout hoe dan ook geen invloed kan hebben gehad op de inhoud van een beschikking, die fout evenmin met het oog op de nietigverklaring van die beschikking kan worden aangevoerd. Dit is een zinvolle regel, aangezien het kennelijk onevenredig en ongerechtvaardigd zou zijn om een inhoudelijk geldige beschikking nietig te verklaren wegens een gebrek in de totstandkoming ervan, terwijl dat gebrek geen enkele invloed op de inhoud heeft gehad.
- 69 Het Gerecht heeft zich niet erover uitgesproken, of Hercules recht had op toegang tot de betrokken documenten. De Commissie erkent ook geenszins, dat Hercules recht had op toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededeling van de punten van bezwaar. Zij betwist, dat een recht kan worden afgeleid uit het feit dat een onderneming uit de door de andere ondernemingen aangevoerde argumenten ideeën voor haar eigen verdediging wil halen. Haars inziens bestaat er geen overeenkomst tussen de zaak Hercules en de zaak *Nederland e.a./Commissie* (reeds aangehaald). In laatstgenoemde zaak was het Koninkrijk der Nederlanden door de geweigerde toegang tot de opmerkingen van de ondernemingen niet op de hoogte van alle argumenten waarop het moest antwoorden, en van gegevens die voor de eindbeschikking van belang werden geacht. Van deze bijzondere omstandigheden is in casu echter geen sprake.
- 70 Onder verwijzing naar haar Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid stelt de Commissie, dat de toegang tot het dossier enkel de stukken betreft die de Commissie tijdens haar onderzoek krachtens de artikelen 11 en 14 van verordening nr. 17 ontvangt. In dit verslag heeft zij zich op geen enkele wijze verplicht toegang te verlenen tot alle antwoorden die zij naar aanleiding van de mededeling

van de punten van bezwaar ontvangt, doch heeft zij duidelijk bedoeld op de documenten die zij vóór dat stadium ontvangt. Erop wijzend dat dikwijls om vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, stelt de Commissie, dat een onderneming uitsluitend recht heeft op toegang tot het antwoord van een andere onderneming op de mededeling van de punten van bezwaar, indien dat antwoord tegen haar zal worden gebruikt. Zij heeft daarom geen inbreuk gemaakt op de rechten van Hercules.

- 71 Met betrekking tot de vordering, de polypropyleenbeschikking van nul en generlei waarde te verklaren, stelt de Commissie, dat volgens artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof de conclusies van de hogere voorziening enkel kunnen strekken tot toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde. Daar Hercules een dergelijke vordering in eerste aanleg niet heeft ingediend, moet de onderhavige vordering als een gewone vordering tot nietigverklaring worden opgevat.
- 72 Met betrekking tot de ontvankelijkheid van de vordering, de polypropyleenbeschikking van nul en generlei waarde te verklaren, volstaat de vaststelling, dat indien het beroep tot nietigverklaring gegrond is, het Hof de betwiste handeling krachtens artikel 174 EG-Verdrag (thans artikel 231 EG) nietig verklaart. Volgens artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof moeten de conclusies van de hogere voorziening strekken tot gehele of gedeeltelijke toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde. Hieruit volgt, dat de vorderingen van Hercules niet verschillen van die van ieder ander beroep tot nietigverklaring en in een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht waarbij een beroep tot nietigverklaring is verworpen, geldig kunnen worden ingediend.
- 73 Aangaande dit middel moet om te beginnen worden opgemerkt, dat het Gerecht zich in punt 56 van het bestreden arrest niet heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van de weigering van de Commissie om rekwirante toegang te verlenen tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar. Op grond van de beginselen geformuleerd in de arresten *Distillers Company/Commissie en Kobor/Commissie* (reeds aangehaald) heeft het geoordeeld, dat deze vraag alleen behoefde te worden onderzocht, indien de administratieve procedure zonder die weigering tot een ander resultaat had kunnen leiden, en dat dit in casu niet het geval was.



- 74 Onder deze omstandigheden moet worden onderzocht, of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen, dat een eventuele schending van de verplichting om toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar te verlenen, niet tot nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking zou hebben geleid. Is dit het geval, dan moet nog uitspraak worden gedaan over de rechtmatigheid van de weigering van de Commissie om Hercules toegang tot die documenten te verlenen.
- 75 In mededingingszaken heeft de toegang tot het dossier met name tot doel, de adressaten van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat zij op grond daarvan hun standpunt over de conclusies van de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar behoorlijk kenbaar kunnen maken (arresten Michelin/Commissie, reeds aangehaald, punt 7; van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punten 9 en 11; 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punt 21, en 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 89).
- 76 De algemene gemeenschapsrechtelijke beginselen die het recht op toegang tot het dossier van de Commissie regelen, beogen dus een daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging te waarborgen, waaronder het recht om te worden gehoord, bedoeld in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en in de artikelen 3 en 7 tot en met 9 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268).
- 77 In het geval van een beschikking die inbreuken op de mededingingsregels voor ondernemingen betreft en waarbij geldboetes of dwangsommen worden opgelegd, kan schending van die algemene gemeenschapsrechtelijke beginselen in de procedure voorafgaande aan de vaststelling van de beschikking in beginsel tot nietigverklaring van die beschikking leiden, wanneer de rechten van de verdediging van de betrokken onderneming zijn geschonden.

- 78 Die schending wordt in een dergelijk geval niet reeds gedekt door het enkele feit, dat de toegang in een later stadium, en met name tijdens de gerechtelijke procedure betreffende een eventueel beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, mogelijk is geworden.
- 79 Door de verlate kennisneming van bepaalde stukken van het dossier kan de onderneming die beroep tegen een beschikking van de Commissie heeft ingesteld, daaraan weliswaar middelen en argumenten voor haar vorderingen ontleen, doch wordt zij niet teruggebracht in de positie waarin zij zou zijn geweest, wanneer zij zich vóór de indiening van haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen bij de Commissie op die stukken had kunnen baseren. Het betreft dan ook geen adequate correctie van de schending van de rechten van de verdediging, die vóór de vaststelling van de beschikking is opgetreden.
- 80 Uit punt 56 van het bestreden arrest echter volgt, dat Hercules nadat de zaken waarin nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking werd gevorderd voor de mondelinge behandeling waren gevoegd, toegang heeft gekregen tot de antwoorden van de andere ondernemingen op de mededelingen van de punten van bezwaar, doch uit die antwoorden geen enkel ontlastend element heeft gehaald waarop zij zich tijdens de mondelinge behandeling met succes had kunnen beroepen. Hiermee heeft zij afgezien van het bewijs, dat die antwoorden nuttige gegevens voor haar verdediging bevatten en dat derhalve de onmogelijkheid om vóór de vaststelling van de polypropyleenbeschikking daarvan kennis te nemen, haar recht van verweer had aangetast; integendeel, zij heeft impliciet, maar ondubbelzinnig erkend, dat dit niet het geval was.
- 81 Hiertegen kan niet worden aangevoerd, zoals Hercules heeft gedaan, dat dit erop neerkomt, dat het recht van verweer enkel wordt toegekend aan degene die onschuldig is. De betrokken onderneming behoeft immers niet aan te tonen, dat, indien zij toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar had gehad, de beschikking van de Commissie anders zou hebben geluid, doch enkel dat zij die stukken voor haar verweer had kunnen gebruiken.
- 82 Uit het voorgaande volgt, dat het Gerecht niet heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen, dat een eventuele schending van de verplichting

om toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar te verlenen, niet tot nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking zou hebben geleid.

- 83 Mitsdien moet het tweede middel worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden beslist over de rechtmatigheid van de weigering van de Commissie om Hercules toegang tot de antwoorden van de andere producenten op de mededelingen van de punten van bezwaar te verlenen.

### Het verzuim van het Gerecht om alle arresten betreffende de polypropyleenbeschikking op hetzelfde tijdstip te wijzen

- 84 Met haar derde middel klaagt Hercules erover, dat het Gerecht niet op alle beroepen tot nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking gelijktijdig uitspraak heeft gedaan, ofschoon het die zaken voor de mondelinge behandeling had gevoegd. Haar rechten van de verdediging zijn hierdoor geschaad, aangezien het Gerecht haar verantwoordelijkheid heeft beoordeeld op basis van feitelijke vaststellingen die in latere arresten weer in geding konden worden gebracht. De schending zou des te ernstiger zijn, daar de later gewezen arresten met name de beroepen van de grote vier betroffen, die de inbreuk hadden geïnitieerd en de uitvoering ervan hadden georganiseerd.
- 85 Dienaangaande volstaat de opmerking, dat geen enkele bepaling de gemeenschapsrechter verplicht, met betrekking tot beroepen tot nietigverklaring van dezelfde handeling op dezelfde dag arrest te wijzen. Integendeel, uit artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof en artikel 50 van dat van het Gerecht volgt uitdrukkelijk, dat de voeging van zaken die op hetzelfde onderwerp betrekking hebben, een zuiver discretionaire bevoegdheid is en dat de voeging weer ongedaan kan worden gemaakt.
- 86 Bovendien heeft Hercules hoe dan ook niet aangegeven, in hoeverre haar rechten van de verdediging zouden zijn geschaad doordat de arresten betreffende de

polypropyleenbeschikking op verschillende data zijn geweest, of in hoeverre de feitelijke vaststellingen van het bestreden arrest in de latere arresten zouden zijn aangetast.

- 87 Mitsdien moet het derde middel eveneens worden afgewezen.

Tegenstrijdigheid tussen de feitelijke vaststellingen van het Gerecht en de conclusie, dat Hercules heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging

- 88 Met haar vierde middel komt Hercules op tegen het oordeel van het Gerecht, dat zij heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreffende de vaststelling van kwantitatieve verkoopdoelen of quota voor de jaren 1981 en 1982. Onder verwijzing naar de punten 222 en 207 van het bestreden arrest stelt zij, dat de feitelijke vaststellingen van het Gerecht die conclusie tegenspreken, aangezien zij niet kan worden geacht te hebben deelgenomen aan een op onderling toezicht gebaseerde regeling, wanneer zij niet tegelijkertijd informatie over haar eigen cijfers bekend maakte.

- 89 De onjuistheid van de conclusie van het Gerecht volgt eveneens uit hetgeen door alle partijen is aangevoerd, namelijk dat Hercules heel goed wist dat de andere producenten op basis van de Fides-gegevens noch haar productie noch haar omzet konden berekenen. Dat zij niet bereid was om de inlichtingen te verstrekken die voor haar deelneming aan een regeling van kwantitatieve verkoopdoelen of quota nodig waren, toont aan, dat zij het gedrag van haar concurrenten op de markt niet wilde beïnvloeden en dat, zo zij ooit aan een quotaregeling had deelgenomen, daarvan in 1981 en 1982 geen sprake meer was.

- 90 De Commissie beklemtoont, dat de vraag of een bepaalde onderneming aan een bepaald onderdeel van een inbreuk heeft deelgenomen, een feitelijke vraag is die

in hogere voorziening niet kan worden onderzocht. Wat Hercules betreft, heeft het Gerecht in de punten 230 en 231 geoordeeld, dat zij aan de vaststelling van kwantitatieve verkoopdoelen en quota heeft deelgenomen. Aangezien Hercules naar het oordeel van het Gerecht had ingestemd met de toekenning van een bepaald quotum, kon zij als deelnemer worden beschouwd van het stelsel van onderling toezicht genoemd in punt 222 van het bestreden arrest.

- 91 Voorts heeft het Gerecht terecht geoordeeld, dat Hercules op basis van de Fidesgegevens een quotum was toegewezen, aangezien op grond van de reële productiecijfers die voor het merendeel van de producenten beschikbaar waren, de quota van andere producenten zoals Hercules konden worden berekend, zonder dat laatstgenoemden hun verkoopcijfers behoeften mee te delen.
- 92 Volgens artikel 168 A EG-Verdrag (thans artikel 225 EG) en artikel 51, eerste alinea, van 's Hof's Statuut-EG kan hogere voorziening slechts gebaseerd zijn op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van elke feitelijke waardering. De beoordeling door het Gerecht van het aan hem voorgelegde bewijs levert geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs (zie met name arrest van 2 maart 1994, Hilti/Commissie, C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punten 10 en 42).
- 93 Met haar stelling, dat haar geen op basis van het Fides-systeem berekend quotum had kunnen worden toegewezen, verzoekt Hercules het Hof echter om toetsing van de feitelijke vaststellingen van het Gerecht en van diens waardering van het hem voorgelegde bewijsmateriaal. Geen van beide kan echter het voorwerp van een hogere voorziening vormen.
- 94 Voorts is het in punt 207 van het bestreden arrest genoemde feit, dat Hercules haar verkoopcijfers niet heeft meegedeeld, niet in tegenspraak met de vaststelling in punt 222, dat een regeling van beperking van de maandelijkse verkopen is toegepast, gegeven het tijdens de bijeenkomsten over en weer uitgeoefende toezicht.

- 95 Het Gerecht heeft namelijk terecht kunnen oordelen, dat gelet op de quota-regeling waaraan nagenoeg alle polypropyleenproducenten deelnamen en gezien de door de andere producenten verstrekte gegevens alsmede die van het Fides-systeem, het quotum van Hercules kon worden vastgesteld zonder dat zij gegevens over haar eigen productie had verstrekt. Voorts kon het Gerecht zich terecht op het standpunt stellen, dat het feit dat Hercules die gegevens niet had meegedeeld, haar niet alleen niet verhinderde om deel te nemen aan het toezicht over en weer, maar de andere producenten evenmin de mogelijkheid ontnam op hun beurt toezicht uit te oefenen op haar activiteit.
- 96 Mitsdien kan het vierde middel evenmin slagen.

#### Niet-toepassing door het Gerecht van het door het Hof in het arrest Orkem/Commissie ontwikkelde beginsel

- 97 Met haar vijfde middel stelt Hercules, dat het Gerecht heeft verzuimd de in het arrest Orkem/Commissie (reeds aangehaald) ontwikkelde rechtsregel toe te passen. Wat Hercules betreft, is de polypropyleenbeschikking gebaseerd op feitelijke vaststellingen die berusten op gegevens die de Commissie in strijd met het recht van verweer heeft verkregen. De Commissie heeft Hercules immers een reeks vragen gezonden waarop zij enkel zo kon antwoorden, dat zij daarmee indirect een inbreuk toegaf.
- 98 Niettemin heeft het Gerecht zijn vaststellingen gebaseerd op onrechtmatig verkregen gegevens, in het bijzonder die betreffende de contacten tussen de producenten, de EATP-bijeenkomst van 22 november 1977 (punt 71 van het bestreden arrest) en het stelsel van regelmatige bijeenkomsten (punten 94, 95 en 97 van het bestreden arrest). Bovendien hebben het Gerecht en de Commissie de deelneming van Hercules gebaseerd op gegevens die op onrechtmatige wijze van andere producenten waren verkregen naar aanleiding van eveneens onrechtmatige inlichtingenverzoeken.

- 99 Hercules verzoekt het Hof daarom de Commissie te gelasten, de kopieën over te leggen van de aan alle bij de polypropyleenzaak betrokken ondernemingen gezonden inlichtingenverzoeken alsmede van hun antwoorden daarop, zodat de juistheid van de conclusies die zowel de Commissie als het Gerecht daaraan hebben verbonden, kan worden beoordeeld. Hercules verzoekt voorts om het bestreden arrest te vernietigen voor zover de daarin weergegeven oordelen berusten op onrechtmatig verkregen informatie, alsmede om het Gerecht te verplichten, zijn feitelijke vaststellingen in het licht van het in de zaak Orkem/Commissie (reeds aangehaald) ontwikkelde beginsel te herzien.
- 100 De Commissie stelt, dat dit punt niet voor het Gerecht aan de orde is geweest, zodat het om een nieuw, in hogere voorziening niet-ontvankelijk middel gaat. Volgens 's Hof's Statuut-EG en zijn Reglement voor de procesvoering mogen in hogere voorziening immers geen nieuwe middelen worden voorgesteld, tenzij het arrest van het Gerecht of de voor het Gerecht gevoerde procedure daartoe aanleiding geven, hetgeen in casu niet het geval is. De taakverdeling tussen het Gerecht en het Hof zou worden verstoord, indien een verzoeker bepaalde argumenten tot het stadium van de hogere voorziening achter kon houden.
- 101 Gelijk door de Commissie terecht is opgemerkt, is dit middel niet voor het Gerecht aangevoerd. Mitsdien moet het om de redenen genoemd in de punten 57 en 58 van dit arrest niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 102 Het vijfde middel moet daarom worden afgewezen.

### Weigering om de geldboete te verminderen

- 103 Het zesde middel klaagt, dat het Gerecht de geldboete niet heeft vernietigd of verminderd en in het bijzonder geen onderscheid tussen de producenten heeft gemaakt naar de zwaarte van de inbreuk. Bij inbreuken waaraan meerdere

ondernemingen deelnemen, moet rekening worden gehouden met de relatieve betekenis van de door elke onderneming begane inbreuken.

- 104 Het Gerecht heeft geen rekening ermee gehouden, dat zij in het kader van de besprekingen over de invoering van een regeling van kwantitatieve verkoopdoelen heeft geweigerd enigerlei belangrijke informatie te verschaffen. Het Gerecht had de laakbaarheid van het gedrag van de partijen moeten beoordelen naar de voor elk van hen kenmerkende omstandigheden en niet slechts in aanmerking mogen nemen, of een onderneming zich al dan niet verre had gehouden van de illegale activiteiten van andere producenten.
- 105 Volgens Hercules behoorde zij lichter te worden bestraft dan de ondernemingen die vaker en gedurende een langere periode aan de bijeenkomsten hadden deelgenomen, die actief hadden deelgenomen aan de lokale bijeenkomsten, die hun concurrenten informatie over hun eigen omzetcijfers hadden gegeven en hadden ingestemd met de kwantitatieve verkoopdoelen of de quota. Het Gerecht heeft wel onderscheid gemaakt tussen de deelneming van Hercules aan die activiteiten en die van de andere betrokken ondernemingen, doch het heeft verzuimd de aan haar opgelegde geldboete te verminderen.
- 106 Na te hebben geconcludeerd dat zij in 1983 haar deelneming aan de uitvoering van illegale streefhoeveelheden en van een illegale quotaregeling had beëindigd, had het Gerecht haar geldboete moeten verminderen. De geldboete had eveneens moeten worden nietig verklaard of verminderd wegens de schending van de rechten van de verdediging en de onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de vermeende deelneming van Hercules aan een stelsel van kwantitatieve verkoopdoelen en quota vanaf 1981, temeer omdat die deelneming volgens het Gerecht de inbreuk aanzienlijk had verergerd.
- 107 Volgens de Commissie heeft het Gerecht geoordeeld, dat haar beoordeling van de rol van Hercules bij de inbreuk juist was en dat zij bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening had gehouden met die rol. Blijkens punt 256 van het bestreden arrest, zoals gerectificeerd bij de beschikking van het Gerecht



van 9 maart 1992, Hercules Chemicals/Commissie (T-7/89, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), heeft het Gerecht zich evenals de Commissie op het standpunt gesteld, dat de deelneming van Hercules aan de vaststelling van verkoopdoelen of quota tot in 1983 had voortgeduurd. Het Gerecht had dus geen enkele reden de geldboete te verminderen.

- 108 Ten slotte zijn volgens de Commissie de gestelde schendingen van de rechten van de verdediging evenals het feit dat Hercules vanaf 1981 niet meer had deelgenomen aan het stelsel van verkoopdoelen en quota, niet gefundeerd, zodat zij niet tot een vermindering van de boete konden leiden. In elk geval bestaat er geen enkel verband tussen een vermeende schending van de rechten van de verdediging en het bedrag van de opgelegde geldboete.
- 109 In de eerste plaats is het volgens vaste rechtspraak niet aan het Hof, wanneer het zich in hogere voorziening uitsprekt over rechtsvragen, op billijkheidsgronden zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht beslist over het bedrag van een aan een onderneming wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegde geldboete (zie met name arrest van 15 december 1994, *Finsider/Commissie*, C-320/92 P, Jurispr. blz. I-5697, punt 46).
- 110 In de tweede plaats moet weliswaar volgens de rechtspraak, ingeval een inbreuk door meerdere ondernemingen is gepleegd, het relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen worden onderzocht (zie in die zin arrest van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./Commissie*, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 623). In punt 323 van het bestreden arrest heeft het Gerecht echter beslist, dat de Commissie de door Hercules bij de inbreuk gespeelde rol op juiste wijze had vastgesteld en dat zij in de polypropyleenbeschikking had verklaard, dat die rol bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete in aanmerking was genomen. Het Gerecht kan in dat opzicht dus geen rechtsfout worden verweten.
- 111 In de derde plaats blijkt uit punt 232 van het bestreden arrest, dat Hercules een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt

met betrekking tot de vaststelling van kwantitatieve verkoopdoelen voor de eerste helft van 1983. Deze vaststelling wordt bevestigd in punt 256 van het bestreden arrest, zoals gerectificeerd bij de beschikking Hercules Chemicals/Commissie (reeds aangehaald). In punt 257 heeft het Gerecht geoordeeld, dat de Commissie rehtens genoegzaam had bewezen, dat de inbreuk in elk geval tot november 1983 had voortgeduurd. Voorts heeft het Gerecht in verband met de hoogte van de geldboete in punt 314 uitdrukkelijk verklaard, dat de Commissie de duur van de inbreuk van Hercules op artikel 85, lid 1, van het Verdrag juist had beoordeeld. Onder deze omstandigheden behoeft het Gerecht de geldboete niet te verminderen teneinde rekening te houden met een vermeende kortere inbreukduur.

112 In de vierde plaats en zonder dat behoeft te worden onderzocht, of een eventuele schending van de rechten van de verdediging een vermindering van de boete zou hebben gerechtvaardigd, stelt het Hof vast, dat Hercules die schending niet heeft kunnen aantonen.

113 In de vijfde en laatste plaats is de stelling van Hercules, dat het Gerecht artikel 81, lid 1, EG, wat haar deelneming aan een stelsel van kwantitatieve verkoopdoelen en quota vanaf 1981 betreft, onjuist heeft toegepast, te algemeen en onnauwkeurig om juridisch te kunnen worden beoordeeld. De blote abstracte vermelding van een middel in het verzoekschrift voldoet immers niet aan de vereisten van de artikelen 19, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG en 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof (zie met name in die zin arrest van 5 maart 1991, Grifoni/EGA, C-330/88, Jurispr. blz. I-1045, punt 18).

114 Hieruit volgt, dat het zesde middel eveneens moet worden afgewezen.

115 Mitsdien moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

## Kosten

116 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Daar Hercules in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) Wijst de hogere voorziening af.

2) Verwijst Hercules Chemicals NV in de kosten.

Kapteyn

Hirsch

Mancini

Murray

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juli 1999.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

P. J. G. Kapteyn