

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL B. VESTERDORF,
RECHTER IN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG
AANGeweZEN ALS ADVOCaat-GENERAAL,
van 10 juli 1991 *

Inhoudsopgave

Inleiding	II- 875
De structurele problemen op de polypropyleenmarkt in de jaren 1977 tot en met 1983	II- 876
I — Algemeen deel	II- 878
A — Vragen met betrekking tot de administratieve procedure	II- 878
1. Het verloop van de administratieve procedure	II- 878
2. Verzoeksters belangrijkste argumenten	II- 883
3. Het karakter van mededingingszaken	II- 884
4. De interne werkwijze van de Commissie	II- 886
a) De interne organisatie van de werkzaamheden van de Commissie	II- 886
b) De Raadadviseur-auditeur	II- 888
5. Inzage in de dossiers	II- 889
a) Het verslag van de Raadadviseur-auditeur	II- 889

* Oorspronkelijke taal: Deens.

b) Interne werkdocumenten met betrekking tot de persconferentie	II- 891
c) Andere vragen in verband met de inzage in de dossiers en de overlegging van bewijsstukken aan de ondernemingen	II- 892
6. Gewijzigde juridische beoordeling tijdens de procedure	II- 900
7. Het proces-verbaal van de mondelinge behandelingen voor de Commissie	II- 907
B — De motivering van de beschikking	II- 907
1. Het motiveringsvereiste in het algemeen	II- 907
2. De verplichting voor de Commissie om in de beschikking in te gaan op de bewijzen en argumenten die vóór de datum van de beschikking zijn aangevoerd	II- 908
3. De specialisering van de beschikking	II- 911
4. De uitlegging van artikel 85 als formeel probleem	II- 912
C — Het begrip „onderneming” als „handelingsbevoegd rechtssubject”	II- 913
D — De uitlegging van artikel 85	II- 921
1. Inleiding	II- 921
2. Het begrip overeenkomst	II- 922
3. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging	II- 923
a) Probleemstelling	II- 923
b) De betekenis van de vraag in de onderhavige zaken	II- 924
c) Middelen en argumenten van partijen	II- 925

d) De historische context	II- 927
e) Wat het Hof over het begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' heeft gezegd	II- 929
f) Wat de advocaten-generaal van het Hof over de kwestie hebben gezegd	II- 933
g) De doctrine	II- 935
h) Het uitgangspunt voor de uitlegging	II- 939
i) Veronderstelt een „onderling afgestemde feitelijke gedraging” een bepaald marktgedrag?	II- 939
j) De structuur van de twee vormen van inbreuk	II- 944
4. Biedt artikel 85 ruimte voor het leerstuk van de poging?	II- 945
5. Was het gedrag van de ondernemingen objectief gezien als middel ongeschikt?	II- 946
6. Is er sprake van één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging?	II- 948
7. Collectieve aansprakelijkheid krachtens artikel 85, lid 1?	II- 950
E — Algemene opmerkingen over de bewijswaardering en over bewijstypen en bewijzen	II- 953
1. Algemeen	II- 953
2. De vrije beoordeling van het bewijs	II- 954
3. Getuigenbewijs	II- 954
	II - 871

4. Schriftelijke bewijsstukken	II- 955
5. De economische analyses	II- 957
6. Bij overeenkomst of via onderlinge afstemming overeengekomen richtprijzen en streefhoeveelheden	II- 957
F — Is het bestaan van een kartel bewezen?	II- 960
1. Inleiding	II- 961
2. De gewraakte bodemprijsovereenkomst	II- 961
3. Voortzetting van de bodemprijsovereenkomst	II- 965
4. Bijeenkomsten tussen de producenten	II- 965
5. Beoordeling van de situatie in 1977	II- 965
6. Beoordeling van de situatie in 1978	II- 968
7. Beoordeling van de situatie in 1979	II- 970
8. De prijsinitiatieven	II- 971
a) Het prijsinitiatief van juli tot december 1979	II- 971
b) Januari tot mei 1981	II- 975
c) Augustus tot september 1981	II- 977
d) De perioden juni-juli 1982 en september-november 1982	II- 979
e) Het einde van het prijskartel	II- 980

9. De quotaregelingen	II- 981
a) De regeling voor 1980	II- 981
b) De periode 1981-1982	II- 983
1981	II- 984
1982	II- 985
c) De quotaregelingen in 1983	II- 986
10. „Account management” en „account leadership”	II- 987
11. Andere begeleidende maatregelen	II- 988
G — Verjaring	II- 988
II — De verschillende zaken afzonderlijk	II- 990
A — Rhône-Poulenc (zaak T-1/89)	II- 990
B — Petrofina (zaak T-2/89)	II- 994
C — Atochem (zaak T-3/89)	II- 999
D — BASF (Zaak T-4/89)	II-1000
E — Anic (Enichem) (zaak T-6/89)	II-1001
F — Hercules (Zaak T-7/89)	II-1002
G — DSM (zaak T-8/89)	II-1006

H — Hüls (zaak T-9/89)	II-1007
I — Hoechst (zaak T-10/89)	II-1009
J — Shell (zaak T-11/89)	II-1010
K — Solvay (zaak T-12/89)	II-1012
L — ICI (zaak T-13/89)	II-1013
M — Montedipe (Zaak T-14/89)	II-1015
N — Chemie Linz (Zaak T-15/89)	II-1016
III — De opgelegde geldboeten	II-1017
A — Het boetebeleid van de Commissie	II-1020
B — Heeft de Commissie alle relevante factoren in aanmerking genomen?	II-1024
C — Verzachtende omstandigheden	II-1024
D — Verlaging van de geldboeten als gevolg van nietigverklaring van bepaalde onderdelen van de beschikking	II-1026
E — Moet de Commissie een boetecatalogus opstellen?	II-1026
F — De omvang of intensiteit van de betrokkenheid van elke onderneming afzonderlijk	II-1028
1. De mate van betrokkenheid zoals aangegeven in de beschikking van de Commissie	II-1028
2. De vier grote producenten	II-1030
3. De kleinere producenten	II-1030
IV — Conclusie	II-1032

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Inleiding

Op voorstel van de Eerste kamer heeft het Gerecht op 16 november 1989 in voltallige zitting besloten, in de gevoegde zaken T-1 tot en met 4/89 en T-6 tot en met 15/89 (polypropyleen) een advocaat-generaal aan te wijzen. Later heeft de president van het Gerecht mij aangewezen om deze taak te vervullen. Uit de dossiers van de zaken en de mondelinge behandeling blijkt, dat de zaken in alle opzichten voldoen aan de criteria voor de aanwijzing van een advocaat-generaal, zoals deze thans zijn vastgesteld in het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, namelijk dat de juridische en feitelijke problemen van de zaak zulks vereisen.

De zaken hebben betrekking op de beschikking van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB 1986, L 230, blz. 1). Bij deze beschikking werden vijftien in de chemische industrie werkzame ondernemingen aanzienlijke boeten opgelegd wegens het feit dat zij gedurende perioden van verschillende duur — van midden 1977 tot ten minste november 1983 — betrokken waren geweest bij een overeenkomst en bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarbij zij een prijskartel vormden en ter ondersteuning hiervan quotaregelingen en andere maatregelen invoerden. In de beschikking gelastte de Commissie de ondernemingen bovendien, de inbreuken te beëindigen.

Veertien van de vijftien ondernemingen hebben tegen de beschikking beroep ingesteld. Hoewel de door hen gebezigde bevoordingen enigszins verschillen, vorderen zij stuk voor stuk nietigverklaring van de

beschikking en — subsidiair — intrekking of vermindering van de opgelegde boeten. Bij beschikking van 25 september 1990 heeft het Gerecht de veertien zaken voor de mondelinge behandeling gevoegd.

Naast een aantal formele bezwaren, die betrekking hebben op de administratieve behandeling van de zaken door de Commissie, komen in de betrokken zaken enkele belangrijke vragen van uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag aan de orde. Op die vragen wordt in alle processtukken uitvoerig ingegaan; de beantwoording ervan zal van wezenlijk belang zijn voor de wijze waarop artikel 85 in de toekomst zal worden toegepast. Het Gerecht zal zich herinneren, dat de Commissie er tijdens de mondelinge behandeling zelfs niet voor terugschrok te stellen, dat artikel 85 maar moest worden veranderd, indien de kern van haar standpunten aangaande de uitlegging en toepassing van deze bepaling niet zou worden aanvaard. Een eerste punt dat in de onderhavige zaak van wezenlijk belang is, betreft de uitlegging van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in artikel 85 EEG-Verdrag, tenzij natuurlijk over het geheel genomen moet worden vastgesteld, dat alle door de Commissie gewraakte praktijken als „overeenkomsten” in de zin van genoemde bepaling zijn aan te merken. Het gaat hier om de vraag, of de Commissie gelijk heeft waar zij stelt, dat er reeds kan worden gesproken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, zodra er sprake is van een „heimelijke verstandhouding”, of dat er daarnaast nog sprake moet zijn van „praktijken” in de door verzoeksters bedoelde zin, dat wil zeggen dat moet kunnen worden aangetoond, dat de betrokken ondernemingen datgene waarover zij „overeenstemming” hebben bereikt, rechtstreeks jegens hun afnemers op de markt in de praktijk beogen te brengen. Een ander wezenlijk probleem is, in hoeverre de door partijen uitvoerig bediscussieerde „kaderovereenkomst” kan worden aangemerkt als één overeenkomst in de zin

van artikel 85, nu er enerzijds geen gronden zijn om aan te nemen, dat de later getroffen maatregelen overwegend beruisten op een tussen verzoeksters gemaakte afspraak om in de toekomst te gaan samenwerken, terwijl er anderzijds van moet worden uitgegaan, dat er een aanzienlijk aantal maatregelen tot uitvoering werd gebracht waarvan kan worden gezegd, dat ze stuk voor stuk gebaseerd waren op overeenkomsten dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormden die over het geheel genomen een bepaald patroon liet zien, en die vergaand waren gesystematiseerd. Een derde belangrijke kwestie betreft de vraag, in hoeverre elk der verzoeksters aan de gewraakte praktijken heeft deelgenomen. Deze vraag bestaat uit twee delen: in de eerste plaats zijn er de problemen in verband met de bewijsvoering en in de tweede plaats is er de kwestie van de aansprakelijkheid voor samenwerking of medewerking, of, zoals het tijdens de procedure is genoemd, de kwestie van de collectieve aansprakelijkheid of collectieve inbreuk.

Een aantal van de door verzoeksters opgeworpen bezwaren van formele aard is in het merendeel der zaken terug te vinden. De zojuist uiteengezette hoofdproblemen komen, enkele uitzonderingen daargelaten, in alle zaken aan de orde. Hetzelfde geldt voor de kwestie van de opgelegde boeten. Ik heb er dan ook voor gekozen, mijn conclusie aldus op te bouwen, dat ik begin met een algemeen deel, waarin ik aandacht zal besteden aan de vormgebreken van de beschikking van de Commissie, de uitlegging en toepassing van artikel 85, alsmede de algemene beginselen die kunnen worden opgesteld met betrekking tot het bewijs van inbreuken in zaken als de onderhavige. In het tweede deel zal ik de verschillende zaken stuk voor stuk onder de loep nemen, ten einde te kunnen vaststellen, in hoeverre de door de Commissie gestelde gedragingen ten aanzien van de individuele verzoeksters kunnen worden bewezen. In het derde en laatste deel zal ik ingaan op de opgelegde boeten.

De structurele problemen op de polypropyleenmarkt in de jaren 1977 tot en met 1983

Zoals uit een groot aantal tijdens de schriftelijke en de mondelinge behandeling gemaakte opmerkingen en uit de beschikking van de Commissie blijkt, dragen de onderhavige zaken het stempel van de zeer aanzienlijke structurele problemen waarmee de polypropyleenmarkt vanaf het midden van de jaren zeventig tot het begin van de jaren tachtig te kampen had. Er was sprake van een grote overcapaciteit, waardoor de producenten werden geconfronteerd met een geringe rentabiliteit en in vele gevallen bij de productie van polypropyleen grote verliezen leden. Gelijk de Commissie in punt 12 van haar beschikking stelt, brengt het uiterst kostbare productieapparaat dermate hoge vaste kosten mee, dat een redelijk rentabiliteitsniveau sterk afhankelijk is van een hoge bezettingsgraad van de fabrieken. Nadat omstreeks 1977 een aantal oortrooiën was afgelopen, begonnen in dat jaar in West-Europa zeven nieuwe producenten — met zeer optimistische verwachtingen ten aanzien van de ontwikkeling van de vraag — met de productie van polypropyleen. Hierdoor werd de productiecapaciteit aanmerkelijk uitgebreid zonder dat de vraag naar polypropyleen in de daaropvolgende jaren daarmee ook maar bij benadering gelijke tred hield. In het kader van de onderhavige procedure is het mijns inziens niet noodzakelijk, verder in te gaan op de achtergronden van die plotselinge overcapaciteit. Zoals later zal blijken, ben ik het namelijk eens met het door de Commissie verdedigde standpunt, dat de vraag of — en zo ja, in hoeverre — er in de betrokken industriële sector aan bepaalde ondernemingen staatssteun is verleend, niet van belang is.

Wanneer er in een markteconomie in een bepaalde sector overcapaciteit ontstaat, moet op den duur — voor zover de overige omstandigheden gelijk blijven — in die ca-

paciteit het mes worden gezet. In punt 13 van haar beschikking stelt de Commissie overigens, dat hierover in 1982 besprekingen werden gevoerd en dat er capaciteitsverminderingen werden voorgesteld. De Commissie weigerde echter haar goedkeuring te hechten aan een door de ondernemingen voorgesteld „crisiskartel”, indien dit „onaanvaardbare concurrentiebeperkingen... zoals het vaststellen van prijzen of quota” meebracht.

Wanneer er op een bepaalde markt overcapaciteit bestaat, zullen de bestaande ondernemingen, zodra zij nieuwe concurrenten op die markt zien verschijnen, normaal gesproken hetzij proberen de nieuwkomers weg te concurreren, hetzij hun eigen productie stopzetten of geleidelijk verminderen, hetzij proberen met de nieuwe ondernemingen tot een „vergelijk” te komen.¹ Het is niet verbazend, dat ondernemingen die geconfronteerd worden met een situatie als die welke zich in 1977 op de polypropyleenmarkt voordeed, overwegen om een moordende prijsconcurrentie — waardoor de reeds gedane aanzienlijke investeringen in het productieapparaat in gevaar kunnen worden gebracht — tegen te gaan, door in afwachting van betere tijden onderling afspraken te maken ten einde het hoofd voorlopig boven water te kunnen houden. In casu werd de productiecapaciteit — meer of minder vrijwillig — enigszins ingekrompen, maar deze vermindering volstond niet en de crisis in de industrie duurde op zijn minst zes jaar. De crisis duurde dus lang, misschien ook wel veel langer dan de betrokken ondernemingen hadden gedacht, hetgeen wellicht vooral was te wijten aan de rechtstreekse en indirecte gevolgen van de tweede grote olieprijsstijging in 1979 en de daaruit voortvloeiende sterke stijging van de prijs van de grondstof polypropyleen, alsmede aan de algemene economische recessie en de daardoor veroorzaakte vermindering van de vraag.

Het voorgaande vormt voor mij aanleiding om enige beschouwingen te wijden aan een van de fundamentele problemen in het mededingingsrecht, namelijk de vraag in hoeverre en onder welke voorwaarden het ondernemingen die elkaar normaal gesproken beconcurreren, is toegestaan, ter behartiging van hun gemeenschappelijke belangen met elkaar te gaan samenwerken, hetzij op systematische wijze — door zich bij voorbeeld branchegevijs te organiseren — hetzij op ad hoc-basis wanneer zich bijzondere problemen voordoen. Enerzijds staat het buiten kijf, dat ondernemingen net zo goed als werknemers het recht hebben om zich te verenigen en hun economische belangen jegens de autoriteiten en anderen te verdedigen; aan de andere kant staat het echter evenzeer vast, dat de maatschappij er duidelijk belang bij heeft, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt daardoor niet wordt vervalst (zie art. 3, sub f, EEG-Verdrag). Er moet dus worden gezorgd voor een zeker evenwicht tussen enerzijds de belangen van de betrokken ondernemingen en anderzijds die van de consumenten en de overige marktdeelnemers, die gevrijwaard moeten blijven van onredelijke prijzen of handelsvoorwaarden.

Het is dus een kwestie van laveren tussen Scylla en Charybdis, wanneer moet worden nagegaan, over welke samenwerkingsmogelijkheden de ondernemingen beschikken en op welk moment de grens tussen geoorloofde besprekingen en ongeoorloofde overeenkomsten en praktijken is overschreden. Gelijk advocaat-generaal Slynn heeft gezegd², betekent het enkele feit dat een onderneming aanwezig is op een bijeenkomst waarop andere ondernemingen concurrentiebeperkende overeenkomsten sluiten, nog niet, dat die onderneming kan worden geacht te hebben deelgenomen aan de overeenkomst of aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het is immers mogelijk, dat de vertegenwoordiger van de onderne-

1 — Zie *Baden Fuller in European Law Review*, blz. 439.

2 — Arrest van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80 tot en met 103/80, *Musique Diffusion Française*, *Jurispr.* 1983, blz. 1825 (blz. 1930).

ming naar de bijeenkomst is gekomen in de veronderstelling, dat er geen dubieuze onderwerpen op de agenda stonden, en, zoals gezegd, moet de ondernemingen een zekere vrijheid worden gelaten om gemeenschappelijke problemen te bespreken. Daarentegen moet er hard worden opgetreden tegen pogingen om één van de wezenlijkste functies van de markt, namelijk de vrije prijsvorming, te ondermijnen. Een onderneming die gedurende langere tijd medewerkers stuurt naar een groot aantal vergaderingen waar maatregelen worden besproken die, gelet op de moeilijkheden in de bedrijfstak, vanuit het oogpunt van de ondernemingen mischien wel begrijpelijk zijn, maar die zich moeilijk verdragen met artikel 85, lid 1, staat naar mijn mening dan ook niet erg sterk.

Gelijk het Hof in het arrest Züchner³ overwoog, staat de in het communautaire mededingingsrecht geldende eis van zelfstandigheid „onverbiddeijk in de weg aan enigerlei tussen (...) ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact, dat ten doel of tengevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard der produkten of verleende diensten, de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen”. Daarentegen staat het mededingingsrecht uiteraard niet in de weg aan het enkele feit van contacten tussen ondernemingen.

I — Algemeen deel

A — Vragen met betrekking tot de administratieve procedure

Alle verzoeksters hebben — zij het meer of minder nadrukkelijk en in verschillende

³ — Arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Jurispr. 1981, blz. 2021, r. o. 14.

combinaties — betoogd, dat de bestreden beschikking een aantal vormgebreken vertoont. Bij de beoordeling van deze grieven kan het nuttig zijn eerst eens te bekijken, hoe de administratieve procedure voor de Commissie is verlopen.

1. Het verloop van de administratieve procedure

Blijkens de beschikking voerden vertegenwoordigers van de Commissie op 13 en 14 oktober 1983 overeenkomstig artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62⁴ onaangekondigd verificaties uit bij tien polypropyleenproducenten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden (Atochem, BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, Hüls AG, ICI PLC, Montedipe⁵, Shell International Chemicals Co. Ltd en Solvay & Cie). Deze ondernemingen kregen later boeten opgelegd, en stelden daarop beroep in tegen de Commissie. Verder werden er verificaties verricht bij BP Chemie te Parijs. De bestreden beschikking is echter niet tot BP gericht, aangezien de Commissie van mening was, dat zij met betrekking tot deze onderneming niet over voldoende bewijsmateriaal beschikte (punt 78, laatste alinea, van de beschikking). Na de verificaties verzocht de Commissie de bovengenoemde ondernemingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17/62 om

⁴ — Verordening nr. 17/62/EEG 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).

⁵ — In de zaak worden onder meer de benamingen Montedison, Montepolimeri en Montedipe alsmede de afkorting Monte gebezigd. Uit de stukken blijkt, dat de moedermaatschappij van het Montedison-concern, Montedison SpA, zich tot eind 1980 zelf bezig hield met de polypropyleenproduktie, die op 1 januari 1981 werd overgedragen aan de 100% dochteronderneming Montepolimeri SpA, tot welke de mededeling van de punten van bezwaar is gericht. Zoals uit punt 8, derde alinea, van de beschikking, gelezen in samenhang met de artikelen 3 en 5 ervan, blijkt, vond er een interne reorganisatie van het Montedison-concern plaats, als gevolg waarvan de beschikking werd gericht tot Montedipe SpA, verzoekster in zaak T-14/89. In het hiernavolgende wordt de onderneming Montedipe of Monte genoemd.

inlichtingen. Een zelfde verzoek werd gericht tot vijf andere ondernemingen (Amoco, Chemie Linz AG, Petrokjemij AS, Petrofina SA en Anic SpA). Van deze vijf hebben er drie beroep tegen de Commissie ingesteld; één onderneming, Saga Petrokjemij AS & Co., heeft de opgelegde boete betaald; ten aanzien van Amoco meende de Commissie niet over voldoende bewijsmateriaal te beschikken.

Later verrichtten personeelsleden van de Commissie overeenkomstig artikel 14, lid 2, van verordening nr. 17/62 verificaties bij Anic alsmede bij de verkoopagenschappen van Chemie Linz in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Er werden daarentegen geen verificaties verricht bij Rhône-Poulenc, die echter wel één van de adressaten van de beschikking is.

Op 30 april 1984 besloot de Commissie ambtshalve een procedure overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17/62 in te leiden, en in mei van hetzelfde jaar deed zij de vijftien ondernemingen overeenkomstig de verordening een mededeling van punten van bezwaar toekomen. Deze mededeling had betrekking op — onder meer — alle ondernemingen die thans beroep hebben ingesteld, behalve Anic en Rhône-Poulenc. De mededeling van de punten van bezwaar was opgesplitst in een algemeen deel en een bijzonder deel dat tot iedere onderneming afzonderlijk was gericht.

Blijkens het dossier verzochten alle op dat tijdstip bij de zaak betrokken ondernemingen daarop om een mondelinge behandeling overeenkomstig artikel 7 van verordening nr. 99/63 (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 van de Raad, PB 1963, nr. 127, blz. 2268).

In juni 1984 verschaftte de Commissie verzoeksters toegang tot de dossiers. Over de wijze waarop dit geschiedde, is in de onderhavige zaak nogal wat te doen geweest, aangezien een aantal verzoeksters er niet tevreden mee was.

Op 24 oktober 1984 vond er, ter voorbereiding op de op 12 november daaraanvolgende aan te vangen mondelinge behandeling, een bijeenkomst plaats tussen Roland Mussard, de ambtenaar van de Commissie die de mondelinge behandeling moest leiden, en de juridisch adviseurs van de ondernemingen. Blijkens een door Shell overgelegde nota deed Mussard bij die gelegenheid twee uitspraken. Enkele van de ondernemingen beroepen zich tot staving van hun opvattingen op de ene uitspraak, terwijl de Commissie op de andere uitspraak steunt. Mussard zou in de eerste plaats hebben verklaard, dat elk van de ondernemingen een vertegenwoordiger moest sturen naar de mondelinge behandeling en dat het dus niet voldoende was, dat er alleen externe adviseurs aanwezig waren. Het zou „het veiligst” zijn, dat de betrokken vertegenwoordiger werkzaam was op de „verkoopafdeling” van de onderneming. De tweede uitspraak van Mussard had betrekking op zijn eigen rol. Hij deelde mee, dat hij slechts zijn persoonlijk standpunt vertolkte, waaraan overigens „niet al te veel gewicht” moest worden gehecht. Vervolgens verklaarde hij, dat de verantwoordelijke commissaris en hijzelf verschillend dachten over de door hem in mededingingszaken te spelen rol. Zij zouden met andere woorden een verschillende uitlegging geven aan de voor Mussards taak vastgestelde regels.⁶ Blijkens een door de advocaat van Shell op 30 oktober 1984 aan de Commissie geschreven brief vormde dit voor Shell een aanleiding om af te zien van deelneming aan de mondelinge behandeling voor de Commissie.

⁶ — Volgens een door vertegenwoordigers van Shell na de bijeenkomst opgestelde nota, bijlage 16 bij het verzoekschrift van Shell (zaak T-11/89).

Rekening houdend met hetgeen de ondernemingen in hun antwoorden op de mededeling van de punten van bezwaar hadden aangevoerd, zond de Commissie de advocaten van de ondernemingen op 31 oktober 1984 een aantal documenten. Hieronder bevonden zich onder meer copieën van door de ondernemingen aan hun verkoopafdelingen gezonden prijsinstructies, alsmede overzichten van deze documenten. De advocaten van een aantal ondernemingen weigerden de hieraan verbonden voorwaarden te aanvaarden en zonden de documenten vóór de mondelinge behandeling voor de Commissie terug. Zij hadden met name bezwaar tegen de door de Commissie gestelde eis, dat de verkoopafdelingen van de betrokken ondernemingen de stukken niet onder ogen mochten krijgen.

Een eerste reeks hoorzittingen bij de Commissie vond plaats van 12 tot en met 20 november 1984. Tijdens deze bijeenkomsten weigerden verschillende ondernemingen in te gaan op de hun op 31 oktober 1984 toegezonden stukken. Zij voerden hiertoe aan, dat de Commissie haar argumentatie had gewijzigd, dat zij toch ten minste de mogelijkheid moesten hebben om schriftelijk te antwoorden, en dat zij overigens onvoldoende tijd hadden gehad om de betrokken stukken vóór de mondelinge behandeling te bestuderen.

In een gezamenlijk schrijven van 28 november 1984 (waarbij Hüls zich bij brief van 4 december daaraanvolgend aansloot) leverden de advocaten van BASF, DSM, Hercules, Hoechst, ICI, Chemie Linz, Montedipe, Petrofina en Solvay scherpe kritiek op twee punten. Zij betoogden in de eerste plaats, dat het hun op 31 oktober 1984 toegezonden materiaal, zowel uit juridisch oogpunt als wat de bewijsvoering betrof, nieuwe vragen deed rijzen. Zij stelden bovendien, dat hun voldoende tijd moest worden gegeven om het materiaal te analyseren

en schriftelijke opmerkingen te maken, en dat zij vervolgens de gelegenheid moesten krijgen om de betrokken kwesties tijdens een nieuwe mondelinge behandeling te bespreken. Verder leverden de ondernemingen kritiek op de eis dat het materiaal voor hun verkoopafdelingen geheim moest blijven. In de tweede plaats voerden de ondernemingen aan, dat er na de eerste reeks hoorzittingen steeds meer onduidelijkheid was ontstaan over het door de Commissie ingenomen juridische standpunt, waartegen de ondernemingen verweer moesten voeren. Volgens de ondernemingen was deze onzekerheid terug te voeren op het feit, dat ook de mededeling van de punten van bezwaar al zeer onduidelijk was geweest. Die onduidelijkheid zou tijdens de mondelinge behandeling alleen maar groter zijn geworden. Verschillende vertegenwoordigers van de Commissie zouden hebben getracht, de mededeling van de punten van bezwaar mondeling toe te lichten, maar die toelichtingen waren moeilijk te begrijpen en leken innerlijk tegenstrijdig en met elkaar in tegenspraak.

Ten aanzien van het eerste punt betoogden de ondernemingen meer in het bijzonder, dat uit de mededeling van de punten van bezwaar en de later toegezonden stukken onmogelijk kon worden opgemaakt, op welke onderdelen van het bewijsmateriaal de Commissie haar verschillende vaststellingen had gebaseerd. Uit het bijeengebrachte materiaal zou dus niet precies kunnen worden opgemaakt, waarvan de Commissie elke individuele onderneming beschuldigde. Zoals we zullen zien, zal deze kwestie ook later nog eens aan de orde komen.

Verder wensten de ondernemingen te verneemen, wat de Commissie bedoelde waar zij

het in haar brief van 31 oktober 1984 had over een „representatieve selectie” van prijsinitiatieven enzovoort. Zij vroegen zich met angst af, waarvoor de Commissie het overige bewijsmateriaal, dat hun niet was toegezonden, zou gaan gebruiken. De ondernemingen achtten deze gang van zaken in strijd met het arrest van het Hof in de zaak AEG.⁷ Zij eisten dan ook, dat de Commissie hetzij alle overige prijsinstructies die haars inziens vergelijkbaar waren en waarop zij zich wenste te baseren, alsmede de voor een dergelijke vergelijking gebruikte stukken, kenbaar zou maken, hetzij zou bevestigen, dat zij dergelijke niet kenbaar gemaakte vergelijkingen niet zou gebruiken om de door haar te nemen beslissing te staven. Zij eisten bovendien opheffing van het verbod om het toegezonden materiaal aan hun verkoopafdelingen te tonen. Tot slot eisten zij, dat zij in de gelegenheid zouden worden gesteld om het nieuwe materiaal zowel schriftelijk als tijdens een heropende mondelinge behandeling te commentariëren.

In verband met het tweede punt wierpen de ondernemingen de vraag op — en dit zou later een van de kernvragen van de zaak blijken te zijn —, in hoeverre de Commissie in de individuele gevallen moet preciseren, welke praktijken zij als overeenkomst in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag beschouwt en welke zij als onderling afgestemde feitelijke gedraging aanmerkt. Reeds toen verdedigden de ondernemingen het standpunt — dat ook later de kern van hun betoog uitmaakte —, dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging een objectief element bevat, namelijk een feitelijke gedraging, terwijl dit bij het begrip overeenkomst niet het geval is.

Zoals zij ook later stelden, waren de ondernemingen van mening, dat de mededeling

van de punten van bezwaar op dit punt zeer onduidelijk was, en dat die onduidelijkheden tijdens de mondelinge behandeling alleen maar groter waren geworden. Zij vroegen de Commissie dan ook, haar bedoelingen duidelijk te maken.

Daarop deed de Commissie de ondernemingen bij schrijven van 29 maart 1985 een nieuwe serie prijsinstructies en tabellen toekomen, alsmede een samenvatting van de bewijzen die bestonden met betrekking tot elk prijsinitiatief waaromtrent documenten beschikbaar waren. In wezen betrof het hier echter hetzelfde materiaal als dat wat zij de ondernemingen op 31 oktober 1984 had toegezonden. Verder maakte de Commissie een einde aan het verbod om het materiaal aan de verkoopafdelingen te tonen. Ook stelde zij de ondernemingen in de gelegenheid, schriftelijk te antwoorden, en verklaarde zij zich bereid, nog een mondelinge behandeling te houden. Tot slot stuurde de Commissie de ondernemingen dezelfde dag een brief, waarin zij antwoord gaf op het door hen aangevoerde argument, dat zij geen precieze definitie had gegeven van het door haar gewraakte kartel.

De opvatting van de Commissie over de verhouding tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, zoals deze tot uitdrukking is gebracht in het op 29 maart 1985 aan de ondernemingen gestuurde schrijven, kan in het kort worden weergegeven als volgt. Het merendeel van de polypropyleenproducenten was het gedurende een lange periode eens om op regelde en geïnstitutionaliseerde bijeenkomsten richtprijzen, streefhoeveelheden en richtquota vast te stellen, en om verschillende maatregelen te nemen ten einde hieraan uitvoering te geven. Na de bijeenkomsten werden de overeengekomen plannen ten uitvoer gebracht via instructies aan de verkoopafdelingen. Blijkens de tijdens de bijeenkomsten opgestelde gedetailleerde notulen werd er over prijzen en hoeveelheden

7 — Arrest van 25 oktober 1983, zaak 107/82, Jurispr. 1983, blz. 3151.

in zodanige mate overeenstemming bereikt, dat de ongeoorloofde samenwerking tussen de aan de vergaderingen deelnemende ondernemingen kan worden gekwalificeerd als een of meer overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, waarmee een beperking van de mededinging wordt beoogd of bewerkstelligd. Hieraan doet niet af, dat de overeenkomsten naar hun aard niet schriftelijk konden worden vastgelegd of in rechte afdwingbaar waren. Er kunnen gevallen zijn waarin de uit de samenwerking voortvloeiende regelingen zowel het karakter van overeenkomsten als dat van onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben, namelijk wanneer die regelingen gecompliceerde vormen aannemen, vérstrekkend zijn en voortdurend evolueren. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de zaak Fedetab, waarin het Hof het onnodig achtte, een onderscheid te maken tussen de verschillende vormen van verboden gedrag. Zo waren in de onderhavige zaken wellicht niet alle door de aan de bijeenkomsten deelnemende producenten overeengekomen regelingen gedetailleerde „overeenkomsten”. Dit neemt echter niet weg, dat de betrokken fabrikanten bepaalde maatregelen troffen met het gemeenschappelijk oogmerk, hun commercieel beleid te coördineren. Het is dus van weinig belang, in welke vorm de ongeoorloofde samenwerking precies plaatsvond; de producenten hebben deelgenomen aan een verboden kartel dat zowel de kenmerken van een „overeenkomst” als die van een „onderling afgestemde feitelijke gedraging” vertoont. Gesteld al dat het gehele complex van de door de producenten overeengekomen concurrentiebeperkende regelingen eerder is aan te merken als een onderling afgestemde feitelijke gedraging dan als een overeenkomst waarbij eventueel een dergelijk gedrag aansluit, het verbod van artikel 85 is niet alleen van toepassing op het uniforme prijsstellings- en verkoopgedrag van de producenten, maar het geldt ook — en des te meer — voor het voorbereidende stadium en voor de voorafgaande vergaderingen. Onder deze omstandigheden zal een betoog waarmee men wil aantonen, dat de door de

Commissie gewraakte feiten een „onderling afgestemde feitelijke gedraging” en geen „overeenkomst” opleveren — of omgekeerd —, niets opleveren.

Ofschoon Anic en Rhône-Poulenc in eerste instantie niet bij de zaak waren betrokken, was de Commissie van mening, dat zij ten aanzien van deze ondernemingen voldoende gegevens had weten te vergaren, zodat zij hun op 29 oktober 1984 een mededeling van punten van bezwaar deed toekomen met dezelfde inhoud als die welke naar de overige ondernemingen waren gestuurd. Voor deze twee ondernemingen en voor ICI vond de mondelinge behandeling plaats tijdens de tweede reeks bijeenkomsten in juli 1985. Aan deze tweede serie bijeenkomsten, die plaatsvonden van 8 tot en met 11 juli 1985 en op 25 juli 1985, namen alle ondernemingen deel behalve Shell, die, zoals gezegd, ook bij de eerste reeks vergaderingen verstek had laten gaan.

De ontwerp-tekst van de notulen van de bijeenkomsten werd op 19 november 1985 naar het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities gezonden en op 25 november daaraanvolgend naar de betrokken ondernemingen. De definitieve notulen, met de door de ondernemingen verlangde wijzigingen en toevoegingen, werden hun op 8 juli 1986 toegezonden.

Zoals tijdens de procedure voor het Gerecht is gebleken, behandelde het Adviescomité de zaak zonder in het bezit te zijn van de definitieve versie van de notulen, terwijl de Commissie bij haar behandeling van de zaak zowel over het ontwerp als over de door verzoeksters gegeven antwoorden en de door hen verlangde wijzigingen beschikte.

Bij de bekendmaking van de bestreden beschikking hield de Commissie een persconferentie en liet zij een persbericht uitgaan. In de door de persbureaus gemaakte versla-

gen van de persconferentie valt onder meer te lezen, dat een van de medewerkers van commissielid Sutherland had opgemerkt, dat de Commissie van mening was, dat de polypropyleenprijs door de kartelvorming op kunstmatige wijze was opgedreven, en wel met 15 tot 30% in het tijdvak 1977-1982 en met 40% in 1982.

Op grond van het hierboven geschetste verloop van de administratieve procedure hebben de betrokken ondernemingen een groot aantal formele bezwaren tegen de bestreden beschikking aangevoerd. De belangrijkste hiervan zal ik in dit eerste deel behandelen; de bezwaren die slechts door sommige ondernemingen naar voren zijn gebracht, zullen aan de orde komen in het tweede deel, waar de verschillende ondernemingen afzonderlijk worden besproken.

Een aantal van de talrijke bezwaren die de ondernemingen — thans verzoeksters — als bezwaren van formele aard hebben aangemerkt, heeft duidelijk betrekking op de door de Commissie gevolgde administratieve procedure, zoals de kwestie van de toegang tot de dossiers; andere bevinden zich evenwel op de grens tussen enerzijds problemen die naar hun aard als problemen van formele aard kunnen worden aangemerkt, en anderzijds problemen met een materieelrechtelijk karakter, zoals bij voorbeeld het door DSM aangevoerde argument, dat de Commissie onvoldoende rekening heeft gehouden met de regel „in dubio pro reo”. In weer andere gevallen krijgt men de indruk, dat sommige verzoeksters bepaalde problemen die duidelijk een materieelrechtelijk karakter hebben, in een formeel jasje steken, omdat zij denken hiermee beter af te zijn. De door verzoeksters aan de behandelde problemen gegeven kwalificatie laat dus ruimte voor onzekerheid, en het is ook duidelijk, dat er logisch noch juridisch een scherpe lijn kan worden getrokken tussen kwesties die als vragen van formele aard

moeten worden aangemerkt en kwesties die een materieelrechtelijk karakter hebben. Anderzijds is het even duidelijk, dat de oplossing van een bepaald probleem niet afhankelijk mag zijn van de vraag, hoe dit probleem is gekwalificeerd.

2. Verzoeksters' belangrijkste argumenten

Gelijk het Hof in verschillende zaken heeft kunnen vaststellen, is het recht van hoor en wederhoor een zeer fundamenteel beginsel in het administratieve recht van de Gemeenschap, daaronder begrepen het mededingingsrecht. Dit betekent, dat de betrokken onderneming toegang moet hebben tot de documenten en andere bewijsstukken die de administratie haar wil tegenwerpen, en in de gelegenheid moet worden gesteld, haar standpunt kenbaar te maken over zowel het aan de beslissing ten grondslag liggende materiaal als de gevolgde juridische redenering.

In de onderhavige zaken hebben verzoeksters een aantal argumenten aangevoerd, die er stuk voor stuk op neerkomen, dat zij bij de gevolgde procedure en de beschikking onvoldoende in de gelegenheid zijn gesteld om adequaat verweer te voeren. Verder heeft één verzoekster bezwaar gemaakt tegen de wijze waarop de Commissie mededingingszaken pleegt te behandelen.

Verzoeksters' belangrijkste argumenten luiden als volgt:

— De interne organisatie van de Commissie schiet tekort, aangezien

- a) dezelfde personen zowel onderzoeks- als beslissingsbevoegdheden bezitten,

en

b) de bevoegdheden van de Raadadviseur-auditeur zijn ingeperkt ten opzichte van het algemene besluit van de Commissie inzake de bevoegdheid van de Raadadviseur-auditeur.

c) de motivering in onvoldoende mate is toegesneden op de individuele ondernemingen.

— De ondernemingen hebben in onvoldoende mate toegang tot de dossiers gehad.

— De ondernemingen hebben niet alle relevante documenten te zien gekregen.

— De organen met beschikkingsbevoegdheid beschikten niet over volledige en juiste gegevens op grond waarvan zij hun beschikking konden geven.

— De Commissie heeft haar juridische beoordeling van de zaak in de loop van de procedure gewijzigd.

— De beschikking is onvoldoende gemotiveerd, onder meer omdat

a) er onvoldoende wordt geantwoord op de door de ondernemingen aangevoerde argumenten en niet genoeg wordt ingegaan op het door hen ingebrachte bewijsmateriaal,

b) de motivering innerlijk tegenstrijdig is,

Het eerstgenoemde bezwaar stelt enkele fundamentele problemen ter zake van de taken van de Commissie in mededingingszaken aan de orde. Ik zal dan ook eerst het algemene karakter van dergelijke zaken nader onderzoeken.

Twee andere onderwerpen nemen in zekere zin een bijzondere plaats in, aangezien het Hof ze reeds heeft behandeld in het kader van een procedure krachtens artikel 91. Het betreft hier de kwestie van de inzage in het verslag van de Raadadviseur-auditeur en in het materiaal dat werd gebruikt voor de bij de bekendmaking van de beschikking gehouden persconferentie. Voor het overige is een groot aantal van de in de onderhavige zaken gestelde vormgebreken al eens in eerdere zaken voor het Hof aan de orde geweest.

3. *Het karakter van mededingingszaken*

In verschillende contexten hebben verzoekers meer in het algemeen kritiek geleverd op de wijze waarop de Commissie in mededingingszaken tewerk pleegt te gaan. Het betreft hier een van de belangrijkste moeilijkheden die zich bij de behandeling van mededingingszaken voordoen. Ofschoon deze kwestie in casu tot op zekere hoogte aan de orde komt in het kader van de behandeling van de formele bezwaren, speelt zij een nog grotere rol bij de behandeling van de materieelrechtelijke vraagstukken. Ik denk hier aan het spanningsveld dat duidelijk kan worden waargenomen — in de onderhavige zaken misschien nog wel in sterkere mate dan in sommige door het Hof eerder behandelde mededingingszaken —

tussen enerzijds het formele kader van de zaken, namelijk een aan rechterlijke toetsing onderworpen administratieve procedure, en anderzijds de inhoudelijke kant van de zaken, die ongeveer allemaal de kenmerken van een strafzaak vertonen. Meer dan eens kunnen de door de partijen aangevoerde argumenten slechts worden begrepen met behulp van aan het strafrecht en het strafprocesrecht ontleende termen en begrippen.

Volgens de rechtspraak van het Hof is de behandeling van een mededingingszaak door de Commissie een administratieve procedure. Ik verwijs hier naar het arrest van 15 juli 1970 (zaak 45/69, Boehringer, Jurispr. 1970, blz. 769, r. o. 23), waarin het Hof overwoog, dat de procedure voor de Commissie — welke strekt tot toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag — een administratieve procedure is, óók wanneer zij tot oplegging van geldboeten kan leiden. In de betrokken zaak had dit tot gevolg, dat de beschikking van de Commissie niet onwettig was, zelfs al hadden de leden van de Commissie niet zelf aan de hoorzittingen deelgenomen, maar hadden zij daartoe overeenkomstig artikel 9, lid 1, van verordening nr. 99/63 bepaalde ambtenaren gemachtigd.

Verder is de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Dit heeft het Hof meermaals verklaard ⁸ en de met de bescherming van de mensenrechten belaste instanties hebben het nooit weersproken (vgl. de uitspraak van de Europese Commissie voor de rechten van de mens van 9 februari 1990 ⁹ over een uitloper van een van de Pioneer-zaken 8). In de genoemde arresten verklaarde het Hof

echter wél met zoveel woorden, dat de Commissie tijdens de administratieve procedure de door het gemeenschapsrecht voorgeschreven processuele waarborgen moet eerbiedigen. Ofschoon dit enerzijds betekent, dat er niet zonder meer formele vereisten kunnen worden gesteld waaraan de behandeling van mededingingszaken door de Commissie moet voldoen, is het anderzijds zo, dat de Commissie — hetgeen vanzelfsprekend is — onder alle omstandigheden gehouden is, niet alleen de geschreven regels, maar ook de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde ongeschreven beginselen te eerbiedigen. In de Pioneer-zaken deed het Hof een uitspraak over artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens naar aanleiding van het door een der partijen aangevoerde argument, dat de betrokken beschikking onwettig was omdat de Commissie zowel de functie van aanklager als die van rechter had vervuld; in de Fedetab-zaken kwam artikel 6 van het mensenrechtenverdrag aan de orde naar aanleiding van het door de betrokken ondernemingen naar voren gebrachte argument, dat de Commissie bij de behandeling van de zaken een aantal procedurele voorschriften had geschonden. In geen van de zaken werden de ondernemingen in het gelijk gesteld.

Aangezien ik, mede op grond van de uitspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens in de zaak Öztürk ¹⁰, van mening ben, dat de boeten die krachtens artikel 15 van verordening nr. 17/62 aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, in feite — in weerwil van hetgeen in artikel 15, lid 4, is bepaald — een strafrechtelijk karakter hebben ¹¹, is het van wezenlijk belang, dat het Gerecht een rechtssituatie tracht te verzekeren die de toets van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens kan doorstaan. In elk

8 — Arresten van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 tot en met 215/78 en 218/78, Van Landewyck („Fedetab”), Jurispr. 1980, blz. 3125, r. o. 79 tot en met 82, en 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80 tot en met 103/80, Musique Diffusion Française („Pioneer”), Jurispr. 1983, blz. 1825, r. o. 6 tot en met 8.

9 — Zaak nr. 13258/87, M. en Co./Bondsrepubliek Duitsland.

10 — Arrest van 21 februari 1984.

11 — In dezelfde zin: Pliakos, *Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Brussel 1987, blz. 145 en volgende.

geval moet binnen het door de bestaande regels en de geldende rechtspraktijk gevormde kader worden getracht te verzekeren, dat de rechtsbescherming in de Gemeenschap voldoet aan de standaard die elders in Europa redelijk wordt geacht.

In dit verband moet ook worden beklemtoond, dat voor de beantwoording van de vraag, of de betrokken partij(en) voldoende mogelijkheden heeft (hebben) gehad voor het voeren van verweer, de in een bepaalde rechtsorde geldende geschreven en ongeschreven regels in hun totaliteit in aanmerking moeten worden genomen. Indien een bepaalde rechtsorde — zoals in het administratieve recht van de Gemeenschap het geval is — bij voorbeeld niet de regel kent, dat partijen in beginsel toegang hebben tot al het materiaal dat niet het karakter van werkmateriaal strictu sensu heeft, moeten de aan de overige rechtszekerheidsgaranties te stellen eisen aanzienlijk worden verscherpt, aangezien deze immers het fundamentele beginsel moeten verzekeren, dat de betrokken partijen kennis hebben gekregen van al het materiaal dat voor de afloop van de zaak van belang kan zijn, en dat er geen ander materiaal meer is dat relevant kan zijn. Het is met name dit probleem waarover tijdens de procedure is gediscussieerd naar aanleiding van de door verzoeksters geuite vrees, dat er bepaalde stukken voor hen werden achtergehouden, aan de hand waarvan de — op de persconferentie gestelde — gevolgen van het kartel zouden worden aangetoond, en dat dat materiaal zou worden gebruikt om de te geven beschikking te staven, met name wat de vaststelling van de geldboeten betreft. Derhalve moet nader worden onderzocht, of de beschikking op een zo vaste grondslag berust, dat het praktisch gezien ondenkbaar moet worden geacht, dat er relevante stukken bestaan waarvan de ondernemingen geen kennis hebben gekregen.¹²

12 — Zie het arrest van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 5 tot en met 10.

4. De interne werkwijze van de Commissie

a) De interne organisatie van de werkzaamheden van de Commissie

Zowel tijdens de administratieve procedure voor de Commissie als voor het Gerecht heeft Shell betoogd, dat de Commissie bij de behandeling van de zaak de rechtszekerheid op een aantal wezenlijke punten heeft geschonden. Volgens Shell heeft de Commissie niet voldaan aan haar „verplichting om rechtvaardig te handelen”. Zij voert in dit verband meer in het bijzonder aan, dat de Commissie haar werkzaamheden aldus moet organiseren, dat niet alleen zoveel mogelijk kan worden verzekerd dat aan genoemde verplichting kan worden voldaan, maar ook dat de in mededingingszaken verwikkelde ondernemingen en de buitenwacht er in redelijke mate op kunnen vertrouwen, dat de Commissie op onpartijdige wijze tot een beslissing komt. Volgens Shell is de Commissie bij de behandeling van zaken overeenkomstig de verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 verplicht, al het bewijsmateriaal objectief en neutraal te beoordelen, en ontvankelijk te zijn voor de door verzoeksters aangevoerde argumenten die ernstige twijfels kunnen doen rijzen over de juistheid van de in de mededeling der punten van bezwaar geformuleerde voorlopige standpunten. Volgens Shell kan dit alles enkel worden bereikt, indien er binnen de Commissie een functionele splitsing plaatsvindt tussen het „onderzoeksstadium” en het „vervolgingsstadium”. Op het tijdstip van de verificaties en het onderzoek in de onderhavige zaken en in elk geval tot op het moment waarop de Commissie de mededelingen der punten van bezwaar deed uitgaan, zou een dergelijke splitsing niet hebben bestaan. Shell noemt een aantal concrete voorbeel-

den waaruit haars inziens blijkt, dat bepaalde elementen van het dossier op een zo partijdige en onevenwichtige wijze zijn beoordeeld, dat kan worden gesteld dat de werkwijze in Directoraat-generaal IV er op zichzelf reeds toe heeft kunnen bijdragen, dat het pleit in haar nadeel is beslecht.

Na een beschrijving te hebben gegeven van de in 1984/1985 uitgevoerde reorganisatie van het Directoraat-generaal die haars inziens de door Shell geleverde kritiek de wind uit de zeilen kan nemen, voert de Commissie aan, dat er nergens regels zijn te vinden die haar voorschrijven, hoe zij haar werkzaamheden intern moet organiseren. Bovendien is het volgens de Commissie niet mogelijk, eventuele fouten of verkeerde beoordelingen toe te schrijven aan de wijze waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd. De door verzoekster aangedragen voorbeelden horen volgens de Commissie over het geheel genomen dan ook eerder thuis bij de behandeling van de materieel-rechtelijke vraagstukken. De Commissie stelt tot slot, dat meer dan twintig personeelsleden zich met de behandeling van het dossier hebben beziggehouden.

In dit verband moet allereerst worden opgemerkt, dat het in beginsel onmogelijk is, aan het feit dat er in een concreet geval misschien fouten zijn gemaakt of slecht werk is geleverd, de algemene conclusie te verbinden, dat er iets mis is met de wijze waarop de Commissie haar werkzaamheden intern heeft georganiseerd. Zelfs administratieve instanties wier interne organisatie niets te wensen overlaat, en die alle denkbare maatregelen hebben getroffen om de rechtszekerheid te waarborgen, kunnen fouten maken. Omgekeerd kunnen instanties waarvan de interne organisatie van de werkzaamheden in het algemeen misschien wel wat te wensen overlaat, niettemin uitstekend werk verrichten. Ik sluit mij dan ook aan bij het

door de Commissie verdedigde standpunt, dat eventuele fouten bij de behandeling van de onderhavige zaken nog niet de conclusie rechtvaardigen, dat de interne organisatie van de Commissie zodanig is, dat er bij voorbaat van kan worden uitgegaan dat hierdoor fouten zijn gemaakt als die welke verzoekster meent te hebben aangetoond.

Zoals ik al eerder verklaarde, ben ik anderszids van mening dat Shell gelijk heeft waar zij stelt, dat het in het algemeen problematisch kan zijn, dat één en dezelfde administratieve instantie over zulke ruime bevoegdheden beschikt, dat zij niet alleen met onderzoeks- en vervolgingswerkzaamheden is belast, maar bovendien gerechtigd is tot het opleggen van zulke hoge geldboeten als die welke in casu zijn opgelegd. Volgens bovengenoemde rechtspraak van het Hof¹³ staat het echter vast, dat in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens geen concrete juridische steun kan worden gevonden voor het betoog, dat de Commissie haar werkzaamheden op een bepaalde manier moet organiseren. Als ik het goed zie, wil Shell met een beroep op de gangbare eisen van behoorlijk bestuur, objectiviteit en neutraliteit — eisen waarover eenieder het eens is en waarvan Shell terecht stelt, dat zij de leidraad moeten vormen bij de behandeling van mededingingszaken — een beginsel opstellen inzake een bepaalde administratieve organisatie van de werkzaamheden, terwijl een dergelijk beginsel niet kan worden afgeleid uit het Verdrag of de krachtens het Verdrag vastgestelde bepalingen inzake de behandeling van mededingingszaken, en evenmin uit enige andere bestaande rechtsregel. De argumenten van Shell met betrekking tot de wijze waarop de Commissie haar werkzaamheden intern heeft georganiseerd, moeten dan ook van de hand worden gewezen.

13 — Zie noot 8.

b) De Raadadviseur-auditeur

In het begin van de jaren tachtig achtte de Commissie het wenselijk, dat een relatief onafhankelijk persoon voortaan de hoorzittingen zou leiden, wanneer er overeenkomstig artikel 9, lid 1, van verordening nr. 99/63 mondelinge behandelingen moeten plaatsvinden. Daarom creëerde zij met ingang van 1 september 1982 de post van Raadadviseur-auditeur, waarin zij Roland Mussard aanstelde, die ook in de onderhavige zaken de hoorzittingen heeft geleid. De instelling van deze functie werd aangekondigd in het Elfde verslag over het mededingingsbeleid. In het Dertiende verslag over het mededingingsbeleid maakte de Commissie het mandaat van de Raadadviseur-auditeur bekend. Zoals ik hierboven in paragraaf 1 al zei, dachten de Raadadviseur-auditeur en het verantwoordelijke lid van de Commissie kennelijk verschillend over de wijze waarop de krachtens dat mandaat aan de Raadadviseur-auditeur toekomende bevoegdheden moesten worden uitgelegd.

De relevante bepalingen luiden als volgt:

„Artikel 5

De Raadadviseur-auditeur brengt aan de directeur-generaal van de Mededinging verslag uit over de afwikkeling van de hoorzitting en over de conclusies welke hij daaruit trekt. Hij maakt zijn opmerkingen kenbaar over het vervolg van de procedure. Deze opmerkingen kunnen ondermeer de noodzaak betreffen van een aanvulling van de beschikbare informatie, het prijsgeven van bepaalde punten van bezwaar, dan wel een aanvullende mededeling van punten van bezwaar.

Artikel 6

De Raadadviseur-auditeur kan bij de uitoefening van zijn in artikel 2 omschreven taken, indien hij dat gewenst acht, zijn opmerkingen kenbaar maken aan het lid van de Commissie dat met mededingingsaangelegenheden is belast, wanneer laatstgenoemde het voorontwerp van beschikking wordt voorgelegd dat bestemd is voor het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities.

Artikel 7

Het lid van de Commissie dat met mededingingsaangelegenheden is belast kan eventueel op verzoek van de Raadadviseur-auditeur besluiten, het door laatstgenoemde uitgebrachte slotadvies te voegen bij de ontwerp-beschikking die aan de Commissie wordt voorgelegd, ten einde te waarborgen dat de Commissie, wanneer zij zich als beschikkinggevend instantie over een individueel geval uitsprekt, volledig van alle elementen van de zaak op de hoogte is.”

Het staat buiten kijf, dat de bevoegdheden die de Raadadviseur-auditeur bij de genoemde artikelen van het mandaat zijn toegekend, ertoe kunnen bijdragen dat het met mededingingsaangelegenheden belaste lid van de Commissie bij het geven van zijn beschikking zo volledig mogelijk van alle elementen van de zaak op de hoogte is. Hij krijgt zijn informatie namelijk niet alleen langs de gewone hiërarchische weg, maar kan bovendien een schriftelijk of mondeling verslag krijgen van een persoon die, onafhankelijk van de voor het overige verantwoordelijke dienst, de hoorzitting heeft geleid. De Commissie heeft aldus zelf juridische garanties ingebouwd, die moeten worden geacht verder te gaan dan de processu-

ele waarborgen die uit de geschreven regels kunnen worden afgeleid, of volgens de rechtspraak van het Hof moeten worden geëerbiedigd.

Nu de Commissie ervoor heeft gekozen, dergelijke regels — die het karakter van processuele garanties hebben — op te stellen, kan in ieder geval worden gesteld, dat zij verplicht is zich aan die regels te houden, al was zij juridisch gezien niet verplicht om ze op te stellen. Dit geldt met name wanneer de regels voor belanghebbende kringen openbaar zijn gemaakt met de uitdrukkelijke vermelding, dat zij ertoe strekken om de ondernemingen die in het zoeklicht van de Commissie komen, meer rechtszekerheid te bieden. Met betrekking tot de mate waarin de administratie aan eigen voorschriften is gebonden, wil ik met name wijzen op het arrest van 30 januari 1974 (zaak 148/73, Louwage, Jurispr. 1974, blz. 81, r. o. 12), waarin het Hof overwoog, dat ofschoon een interne richtlijn „niet kan worden aangemerkt als een rechtsregel waaraan de administratie onder alle omstandigheden gebonden is, zij toch voor de te volgen praktijk een gedragsregel inhoudt, waarvan de administratie — op straffe van schending van het beginsel van gelijkheid van behandeling — slechts mag afwijken onder vermelding van de redenen die haar daartoe hebben geleid”. In zaak 81/72 (Commissie/Raad, Jurispr. 1973, blz. 575) nam het Hof hetzelfde standpunt in, maar dan ten aanzien van de Raad als regelgevende instantie.

De bepaling waar het hier om draait, is artikel 6, volgens hetwelk de Raadadviseur-auditeur zijn opmerkingen rechtstreeks aan het verantwoordelijke lid van de Commissie kenbaar kan maken, wanneer het voorontwerp van beschikking naar het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities wordt gezonden. In de

onderhavige zaken is er echter niets dat erop wijst, dat de Raadadviseur-auditeur zou zijn belet, zijn opmerkingen aan het verantwoordelijke lid van de Commissie kenbaar te maken alvorens het dossier naar het Adviescomité werd gestuurd. Er zijn evenmin aanwijzingen voor, dat het hem onmogelijk was gemaakt, overeenkomstig artikel 5 zijn mening kenbaar te maken aan de directeur-generaal. Tot slot kan uit artikel 7 van het mandaat niet worden afgeleid, dat het verantwoordelijke lid van de Commissie verplicht is het advies van de Raadadviseur-auditeur aan de Commissie voor te leggen. Het is uiteraard ongelukkig, dat de Raadadviseur-auditeur en het verantwoordelijke lid van de Commissie het niet volledig eens waren over de strekking van de regels, maar al met al is er mijns inziens geen enkele reden om aan te nemen, dat de Commissie zich bij de behandeling van de onderhavige zaken niet heeft gehouden aan de door haar zelf vastgestelde voorschriften.

Het door een aantal verzoeksters aangevoerde argument, dat de Commissie de bevoegdheden van de Raadadviseur-auditeur op ontoelaatbare wijze heeft ingeperkt, moet dus van de hand worden gewezen.

5. *Inzage in de dossiers*

a) Het verslag van de Raadadviseur-auditeur

Blijkens het dossier vorderde ICI bij de instelling van haar beroep in een aparte procedure voor het Hof krachtens artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering overlegging van het verslag van de Raadadviseur-auditeur. Ook andere verzoeksters hebben de Commissie om overlegging van het verslag verzocht. Aan dat verzoek werd echter niet voldaan, hetgeen door verzoek-

sters als een tekortkoming bij de behandeling van de zaak werd aangemerkt. In de procedure krachtens artikel 91 voerde ICI aan, dat er een aanzienlijke discrepantie bestond tussen de bestreden beschikking en enkele uitlatingen die de Raadadviseur-auditeur tijdens de hoorzitting over de zaak had gedaan. De Commissie antwoordde echter, dat er in de instructies voor de Raadadviseur-auditeur nergens staat te lezen, dat het door deze gemaakte verslag aan de ondernemingen moet worden overgelegd. Volgens de Commissie betreft het hier een intern document, waarvan de openbaarmaking voor de Commissie inopportuun kan zijn, omdat een verplichte openbaarmaking het gevaar in zich draagt, dat de Raadadviseur-auditeur en de met de behandeling van de zaak belaste personen ervan afzien, zich tijdens de administratieve procedure vrij uit te laten.

Bij beschikking van 11 december 1986 wees het Hof het door ICI ingediende verzoek af op grond van de overweging, dat de Raadadviseur-auditeur uitsluitend een adviseerende taak heeft, en dat de Commissie in geen enkel opzicht verplicht is, het door hem opgestelde verslag in aanmerking te nemen. Het verslag van de Raadadviseur-auditeur is volgens het Hof dan ook niet van zodanige betekenis, dat het Hof er bij de uitoefening van zijn controletaak rekening mee moet houden.

In casu gaat het erom, of de omstandigheid dat het verslag van de Raadadviseur-auditeur niet is vrijgegeven, kan worden geacht de geldigheid van de beschikking aan te tasten. Verzoeksters hebben om inzage van het verslag verzocht, omdat zij van mening zijn dat er opvattingen in voorkomen die afwijken van die welke in de beschikking tot uitdrukking zijn gebracht.

Gelijk de Commissie heeft gesteld, is het niet het verslag van de Raadadviseur-auditeur, dat in de onderhavige zaken het voorwerp van de rechterlijke toetsing is. De bestreden beschikking moet niet aan het verslag worden getoetst. Het is verrassend noch ongewoon, dat er in een grote administratieve organisatie als Directoraat-generaal IV uiteenlopende opvattingen bestaan over een zo enorme zaak als de onderhavige, zowel wat de feiten als wat het recht betreft. Het is overigens algemeen bekend, dat er over een aantal van die rechtspunten geen eensgezindheid bestaat. Wanneer de Commissie intern — onder meer als college — heeft uitgemaakt, hoe de zaak moet worden beslist, wordt de beschikking vastgesteld, en het zijn de aan die beschikking ten grondslag liggende feiten en rechtsgronden, die aan de controle van het Gerecht zijn onderworpen. Het zou mijns inziens ook onredelijk zijn, de Commissie verplicht te achten tot overlegging van een intern werkdocument, indien men daarmee wil bewijzen, dat één van de medewerkers van de Commissie over de feitelijke en juridische samenhang van de zaak een andere opvatting heeft of heeft gehad dan die welke uiteindelijk in de beschikking tot uitdrukking is gebracht. Tekenend is in dit verband toch ook, dat in elf van de twaalf Lid-Staten (het Verenigd Koninkrijk uitgezonderd) waar volgens de wet ook in nationale mededingingszaken verwikkelde ondernemingen in beginsel toegang hebben tot het dossier, in het algemeen een uitzondering wordt gemaakt voor de zogeheten interne werkdocumenten, zoals ontwerpen, nota's en notulen. Dergelijke documenten bevatten uit de aard der zaak voorlopige overwegingen — waaronder eventuele vroegere beoordelingen van de zaak, waarop later is teruggekomen —, waarvan de kennisgeving aan de bij de zaak betrokken partij of partijen mijns inziens terecht niet noodzakelijk of opportuun wordt geacht. De enige redelijke grond om een dergelijk document toch over te leggen, is die welke het Hof in bovengenoemde beschikking heeft genoemd onder verwijzing

naar zijn eigen beschikking van 18 juni 1986 in de gevoegde zaken 142 en 156/84 (BAT en Reynolds) ¹⁴, namelijk dat een dergelijk document duidelijkheid kan verschaffen ten aanzien van de vraag, of er sprake is van misbruik van bevoegdheid. Zoals het Hof overwoog, vormt het onderzoek van een intern dossier van de Commissie, ten einde na te gaan of de beschikking van deze laatste is ingegeven door andere overwegingen dan die welke in de motivering van de beschikking zijn vermeld, een uitzonderlijke instructiemaatregel. Een dergelijke maatregel veronderstelt dat de omstandigheden waaronder de betrokken beschikking is gegeven, ernstige twijfel oproepen omtrent de ware motieven en met name het vermoeden scheppen, dat die motieven niet stroken met de doelstellingen van het gemeenschapsrecht.

In het onderhavige dossier is er niets dat erop wijst, dat de Commissie zich schuldig heeft gemaakt aan misbruik van bevoegdheid. De Commissie was dus gerechtigd, de overlegging van het verslag te weigeren. De in dit verband naar voren gebrachte argumenten kunnen mijns inziens dan ook niet slagen.

b) Interne werkdocumenten met betrekking tot de persconferentie

Bij beschikking van 11 december 1986 heeft het Hof zich tevens uitgesproken over een verzoek van ICI om inzage te krijgen in de interne werkdocumenten die waren opgesteld met het oog op bovengenoemde persconferentie. Blijkens de beschikking was ICI op grond van verschillende persberichten van mening, dat de Commissie feiten in aanmerking had genomen die niet waren genoemd in de mededeling van de punten van bezwaar en ten aanzien waarvan de ondernemingen, waaronder ICI, dus niet hun mening hadden kunnen kenbaar maken. Bo-

vendien zouden deze omstandigheden evenmin in de thans bestreden beschikking vermeld staan. De Commissie was daarentegen van mening, dat het vanuit een oogpunt van goed bestuur was vereist, dat haar medewerkers hun gedachten vrij konden neerschrijven, zonder dat deze automatisch in handen van derden belandden. Zoals hiéboven reeds is gezegd met betrekking tot de overlegging van het verslag van de Raadadviseur-auditeur, verklaarde het Hof in genoemde beschikking om te beginnen, dat inzage in een intern dossier van de Commissie een uitzonderlijke instructiemaatregel is, die enkel moet worden toegepast wanneer er ernstige twijfels kunnen rijzen over de ware motieven van een beschikking. Het Hof wees er vervolgens op, dat het door ICI aangevoerde en op uitlatingen in de pers gebaseerde argument, als zou de beschikking zijn ingegeven door andere overwegingen dan die welke in de motivering ervan waren vermeld, geen steun vond in de door ICI aangedragen artikelen. Het Hof overwoog voorts, dat verklaringen van journalisten en gesprekken met ambtenaren van de Commissie niet op één lijn kunnen worden gesteld met de opvatting van de Commissie zoals die in de bestreden beschikking is neergelegd. Het Hof was dan ook van mening, dat er — in dat stadium van de procedure — geen enkele redelijke grond was om aan te nemen, dat de beschikking was ingegeven door andere overwegingen dan die welke in de motivering ervan waren vermeld.

Zoals tijdens de mondelinge behandeling is opgemerkt, had het Hof bij zijn uitspraak uitsluitend rekening gehouden met de ten tijde van de beschikking bekende feiten. Het hield dus uitdrukkelijk de mogelijkheid open, dat er later elementen naar voren zouden komen waardoor de zaak in een ander daglicht zou komen te staan; ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van ICI het Gerecht ook rechtstreeks verzocht, de kwestie opnieuw te beoordelen.

14 — Jurispr. 1986, blz. 1899.

Het is mijns inziens niet verbazend, dat verzoeksters behoorlijk ongerust werden, toen zij zagen, dat de gevolgen van het gestelde kartel op nagenoeg 40% werden geraamd, terwijl die gevolgen in de beschikking niet nader zijn gekwantificeerd. Volgens de rechtsopvatting die ik later in deze conclusie zal verdedigen, is de invloed van een kartel op de markt uitsluitend van belang voor de vaststelling van de op te leggen boeten. Maar zelfs in dit beperkte perspectief is het begrijpelijk, dat de ondernemingen ervoor beducht waren, dat de op de persconferentie genoemde percentages zouden worden gebruikt bij de vaststelling van de boeten.

Wat er precies is gebeurd, is noch tijdens de mondelinge noch tijdens de schriftelijke behandeling duidelijk aan het licht gekomen. Het enige wat ik kan zeggen, is dat de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, dat de ambtenaar die de persconferentie hield, de in de bijlagen bij de beschikking voorkomende curven misschien verkeerd heeft geïnterpreteerd. Dat een woordvoerder van de Commissie op een persconferentie dergelijke uitlatingen doet, die niet op de beschikking kunnen worden gebaseerd, draagt niet bij tot een verhoging van het aanzien van de Commissie.

Persconferenties worden echter wel gekenmerkt door het feit, dat aan hetgeen er wordt gezegd al gauw een absolutere waarde wordt toegekend dan eigenlijk is bedoeld. Bovendien worden er vaak onoverwogen uitspraken gedaan. Ik ben dan ook van mening, dat dergelijke uitspraken in de regel niet voldoende zijn om de stelling te kunnen onderbouwen, dat er iets mis is. In dit verband zij erop gewezen, dat de genoemde percentages in het uitgezonden persbericht niet voorkomen. Bovendien moet, in navolging van hetgeen de Commissie in het kader van de procedure krachtens artikel 91 stelde, worden vermeld, dat bij

lage 9 bij de beschikking, een stuk dat voor eenieder toegankelijk is, in feite stijgingen laat zien die met genoemde percentages overeenkomen. Dat de betrokken ambtenaar van de Commissie tegen deze achtergrond zou hebben gesteld, dat genoemde prijsstijgingen de invloed van het kartel illustreerden, is dan ook misschien niet volkomen onbegrijpelijk. Ook aan de overgelegde krantenknipsels kan mijns inziens niet te veel waarde worden gehecht. De omstandigheid, dat er tussen de leden van de Commissie onenigheid kan hebben bestaan over het te volgen boetebeleid, is voor de oplossing van deze zaak van even weinig belang als eventuele overwegingen over de resultaten van de lobbywerkzaamheden die de ondernemingen volgens de kranten zouden hebben verricht.

Verzoeksters hebben van hun kant geen — laat staan nieuwe — elementen kunnen aanvoeren om steun te geven aan hun vermoeden, dat de Commissie zich op genoemde cijfers heeft gebaseerd bij de vaststelling van de boeten of die cijfers anderszins aan haar beschikking ten grondslag heeft gelegd. Er is mijns inziens dus nog altijd geen reden om te stellen, dat de voor de persconferentie opgestelde documenten aan verzoeksters hadden moeten worden overgelegd. Ik stel daarom voor, de dienaangaande door verzoeksters aangevoerde argumenten van de hand te wijzen.

c) Andere vragen in verband met de inzage in de dossiers en de overlegging van bewijsstukken aan de ondernemingen

Zoals hierboven al is gezegd, is het vanuit een oogpunt van een verantwoord bestuur en een behoorlijke rechtspleging vereist, dat

personen en ondernemingen die zich een boete op de hals dreigen te halen, adequaat verweer kunnen voeren. Dit betekent, dat alle relevante stukken voor de betrokkenen toegankelijk moeten zijn.

Het gemeenschapsrecht kent echter niet de regel, dat de betrokkenen in beginsel onvoorwaardelijk toegang hebben tot alle relevante stukken (zie met name het arrest van het Hof in de zaken VBVB en VBBB).¹⁵

Volgens de rechtspraak van het Hof moet het recht op verweer op een andere manier worden verzekerd: de administratie moet erop toezien, „dat de betrokken onderneming in staat is gesteld haar standpunt met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd, behoorlijk kenbaar te maken”.¹⁶ In de zaak VBVB en VBBB poneert het Hof echter, dat inzage in het dossier zal worden gelast wanneer er concrete aanknopingspunten zijn om aan te nemen, dat er gebruik is gemaakt van documenten die voor de onderneming niet toegankelijk waren, hetgeen in overeenstemming is met de hierboven sub a en b genoemde uitspraken. Het Hof heeft zijn opvatting aldus gepreciseerd, dat het niet aankomt „op de documenten als zodanig doch op de conclusies die de Commissie daaruit heeft getrokken”. Vervolgens verklaart het, dat een onderneming ervan mag uitgaan, dat documenten die niet in de mededeling van de punten van bezwaar zijn vermeld, evenmin in de beschikking zullen worden gebruikt. Dit betekent, dat die documenten in een eventuele

rechtszaak niet als bewijsmiddel kunnen worden gebruikt.¹⁷

In haar Elfde verslag over het mededingingsbeleid deelde de Commissie mee, dat in mededingingszaken de ondernemingen voortaan toegang zouden krijgen tot het hen betreffende dossier. In dit verband verklaarde zij verder (blz. 32 en 33):

„Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, mag de mededeling van de punten van bezwaar zich beperken tot een, zelfs summier, maar duidelijke opsomming van de essentiële feiten waarvan de Commissie uitgaat, mits zij, tijdens de administratieve procedure, de voor de verdediging noodzakelijke elementen levert. In dit verband heeft de Commissie geen verplichting de betrokken ondernemingen alle documenten over te leggen waarop zij haar redenering baseert, maar volstaat het dat zij hun alleen de documenten mededeelt die betrekking hebben op essentiële feiten.

In overeenstemming met deze rechtspraak geeft de Commissie de ondernemingen reeds de mogelijkheid, op ieder document en ieder feitelijk gegeven waartegen zij zich in haar mededeling van punten van bezwaar richt commentaar te geven. In gevallen waarin de ondernemingen een door de noodzaak van een beter begrip van het dossier gerechtvaardigd verzoek indienen, geeft de Commissie hun ook de gelegenheid van de documenten zelf kennis te nemen. Zij volgt bovendien de praktijk, de betrokken ondernemingen zoveel mogelijk het relevante gedeelte van de formele klachten mede te delen.

15 — Arrest van 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 23 tot en met 25.

16 — Het arrest Michelin, reeds aangehaald, noot 12.

17 — Zie het arrest van 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 27.

De Commissie wil zelfs verder gaan dan de door het Hof geformuleerde vereisten, door de bij een procedure betrokken ondernemingen in beginsel de mogelijkheid te geven, van het dossier van de betrokken zaak kennis te nemen. Ieder onderzoek van dien aard vindt echter zijn grenzen in de verplichting van de Commissie om de zakengeheimen van andere ondernemingen niet bekend te maken, en in de noodzaak het vertrouwelijke karakter van de interne documenten of werkdokumenten van de Commissie te bewaren.”

In het Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid zijn hiervoor de volgende regels opgesteld (blz. 42 en 43):

„De Commissie heeft concrete vorm gegeven aan het voorstel dat zij in het Elfde verslag heeft bekendgemaakt om verder te gaan dan de door het Hof uitgesproken vereisten door de uitoefening van de rechten van de verdediging in het stadium van de administratieve procedure te verbeteren. Zij kent de in een procedure verwikkelde ondernemingen voortaan de bevoegdheid toe, kennis te nemen van het hen betreffende dossier.

De ondernemingen worden op de hoogte gesteld van de inhoud van het dossier van de Commissie via de toevoeging aan de mededeling van punten van bezwaar of aan de brief waarbij de klacht wordt verworpen, van een lijst van alle documenten waaruit het dossier is samengesteld, met opgave van de documenten of de delen daarvan waartoe zij toegang hebben.

De ondernemingen worden uitgenodigd, de toegankelijke documenten ter plaatse te onderzoeken. Verlangt een onderneming er slechts enkele te consulteren, dan kan de Commissie haar daarvan afschriften doen toekomen.

De Commissie beschouwt als vertrouwelijk, en derhalve niet-toegankelijk voor een bepaalde onderneming, de volgende documenten:

- documenten of delen daarvan die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten;
- interne documenten van de Commissie, zoals nota's, ontwerpen of andere werkdokumenten;
- alle andere vertrouwelijke informatie, zoals die waardoor klagende partijen zouden kunnen worden geïdentificeerd, terwijl zij onbekend wensen te blijven, en inlichtingen welke de Commissie zijn verstrekt onder voorbehoud van geheimhouding.

Vraagt een onderneming op goede gronden een niet-toegankelijk document te mogen raadplegen, dan kan de Commissie haar een niet-vertrouwelijke samenvatting van dit document ter beschikking stellen.

Ten einde de beslissing over het al dan niet toegankelijke karakter van documenten te vergemakkelijken, worden de ondernemingen voortaan uitgenodigd, wanneer zij informatie verstrekken aan te geven of en in welke mate deze als vertrouwelijk moet worden beschouwd.

Men verwacht dat de aldus omschreven wijzen van toegang zonder moeilijkheden moeten kunnen worden toegepast, behalve voor

dossiers die voor de invoering ervan zijn samengesteld en waarbij geen rekening kon worden gehouden met deze nieuwe voorschriften; zij moeten van geval tot geval worden behandeld."

In het Dertiende verslag over het mededingingsbeleid geeft de Commissie nadere uitleg met betrekking tot de mogelijkheid van toegang tot het dossier (blz. 71):

„De Commissie verleent geen toegang tot haar dossier alvorens de formele procedure is ingeleid. Dit betekent dat de ondernemingen niet de mogelijkheid van toegang hebben totdat zij een formele mededeling van punten van bezwaar van de Commissie hebben ontvangen. Aan de mededeling van de punten van bezwaar is een lijst gehecht van de documenten in het dossier van de Commissie, met daarbij aangegeven de mate van toegankelijkheid."

Op de bladzijden 51 en 52 van haar Achttiende verslag over het mededingingsbeleid (1988) schrijft de Commissie over de opgedane ervaringen:

„De arresten van het Hof in de zaken ‚AKZO/Beroepsgeheim‘ en ‚BAT/Commissie‘ leggen de Commissie de plicht op vertrouwelijke informatie met bijzondere zorg te behandelen. Na een zorgvuldig onderzoek van dit probleem is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de beginselen waarop de bestaande regelingen gegrond zijn in stand moeten blijven. Wel is nodig documenten van een onderneming waarvan de openbaarmaking vermoedelijk een duidelijke nadelige invloed zou hebben op de verschaffing van deze informatie een vertrouwelijk karakter te geven. Daaronder vallen documenten met zakengeheimen, maar ook andere eigendomsakten van een onderne-

ming welke deze niet toegankelijk wenst te maken voor derden of partijen bij de procedure. Met name moet in beginsel vertrouwelijke (gevoelige) informatie welke door derden op verificaties wordt verschaft, niet toegankelijk worden gemaakt voor partijen die bij de procedure betrokken zijn.

In zaken waarin de procedure is ingeleid tegen een aantal concurrerende ondernemingen moet de Commissie er in het openbaar belang op toe zien dat de toegang tot dossiers niet leidt tot een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de ondernemingen waarop de procedure betrekking heeft. Deze regel is van toepassing ook al zien de ondernemingen op basis van wederkerigheid af van vertrouwelijkheid voor zulke informatie.

...

Documenten of informatie kunnen aan partijen bij de procedure toegankelijk worden gemaakt door toegang tot het dossier dan wel door de toezending van afschriften. ..."

Zoals we zullen zien, bestaan er dus in zoverre twee concurrerende systemen, die beide tot doel hebben de ondernemingen in staat te stellen, zich te verdedigen. Deze omstandigheid heeft ongetwijfeld bijgedragen tot het ontstaan van een aantal van de problemen die door verzoeksters aan de orde zijn gesteld in het kader van het door hen aangevoerde argument, dat zij niet alle documenten uit het dossier onder ogen hebben gekregen.

Het merendeel van de verzoeksters heeft betoogd, dat een aantal van de documenten waarop de beschikking van de Commissie is gebaseerd, hun niet is overgelegd.

Het gaat hoofdzakelijk om drie categorieën documenten:

- 1) documenten die de ondernemingen niet zijn toegestuurd, maar waarvan deze zich wel in kennis hadden kunnen stellen, aangezien zij in juni 1984 toegang kregen tot de archieven van de Commissie;
- 2) documenten die bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd, maar in de punten van bezwaar niet met zoveel woorden of op identificeerbare wijze zijn genoemd;
- 3) documenten waarvan de Commissie erkent, dat zij ze per ongeluk niet aan de ondernemingen heeft toegestuurd.

Er is nog een vierde categorie documenten, namelijk die welke volgens de Commissie een bepaalde verzoekster niet „betreffen” en ten aanzien waarvan de Commissie in haar verweerschriften met zoveel woorden stelt, dat zij aan de betrokken verzoekster in zoverre niet worden tegengeworpen.

Ten aanzien van de eerste categorie documenten beroepen enkele verzoeksters zich om te beginnen op een aantal praktische omstandigheden. Zo zouden zij weliswaar toegang hebben gekregen tot de archieven, maar zou er niet genoeg ruimte zijn geweest om het zeer lijvige dossier dat hun werd overgelegd, behoorlijk te onderzoeken, en zouden de kopieerfaciliteiten te kort hebben geschoten. De Commissie bestrijdt, dat er in dit opzicht problemen zouden zijn geweest. Verzoeksters zijn daarentegen van mening, dat de Commissie alleen al wegens genoemde praktische problemen duidelijk had

moeten aangeven, welke documenten zij van zins was te gaan gebruiken.

Wanneer men echter bedenkt, dat verzoeksters ondernemingen zijn die zich van iedere denkbare vorm van deskundige bijstand kunnen verzekeren — hetgeen zij ook hebben gedaan —, kan niet zonder meer worden staande gehouden, dat verzoeksters door praktische problemen niet in staat zijn geweest, de mogelijkheid om kennis te nemen van de voor hen toegankelijke stukken, ten volle te benutten.

Verzoeksters hebben echter verder aangevoerd, dat het enkele feit dat zij toegang hebben gekregen tot het hen betreffende dossier, nog niet betekent, dat de Commissie de voor hen toegankelijk gemaakte documenten ook aan hen kan tegenwerpen. Zij beroepen zich hiertoe op de bovenaangehaalde rechtspraak van het Hof, volgens welke documenten die bij het geven van de beschikking als bewijsmiddel zullen dienen, uitdrukkelijk moeten worden vermeld in de mededeling van de punten van bezwaar of eventueel in de aan verzoeksters toegezonden aanvullende mededelingen. De Commissie stelt daarentegen, dat documenten waarvan de ondernemingen kennis hebben kunnen nemen, aan hen moeten kunnen worden tegengeworpen.

Een en ander illustreert duidelijk de ontstane onenigheid, waarover het Hof zich tot op heden nog niet heeft kunnen uitspreken.

Uit de rechtspraak van het Hof kan echter worden afgeleid, dat niet onder alle omstandigheden van de Commissie kan worden geëist, dat zij ongevraagd afschriften van

documenten opstuurt, wanneer deze in de mededeling der punten van bezwaar op zodanige wijze zijn geïdentificeerd, dat de ondernemingen om een copie ervan kunnen verzoeken.¹⁸ Anderzijds is er in de bestaande rechtspraak niets dat erop wijst, dat het Hof geneigd zou zijn tot een wijziging van zijn opvatting ten aanzien van de vraag, aan welke eisen moet zijn voldaan alvorens een document tegen een bepaalde onderneming als bewijsmiddel kan worden gebruikt. Het arrest in de zaak AEG is in dit verband illustratief, aangezien de onderneming moest worden geacht bekend te zijn met de documenten die bij haarzelf waren aange-

gestuurd, maar die kennelijk niet in de beschikking zijn geïdentificeerd, ligt de zaak iets anders. Vaststaat, dat de ondernemingen afschriften van die documenten hebben ontvangen, en de mededeling kon voor hen op zich reeds een waarschuwing vormen, dat de Commissie voornemens was de betrokken stukken in verband met een eventuele beschikking te gebruiken. Verzoeksters hebben dus de gelegenheid gehad, hun standpunt over de bewijskracht van deze stukken te kennen te geven; het is overigens om zulks mogelijk te maken, dat volgens het arrest van het Hof in de zaak AEG in de mededeling der punten van bezwaar op het document moet worden „gewezen”. Dit veronderstelt uiteraard, dat verzoeksters uit de mededeling van de punten van bezwaar met een redelijke mate van zekerheid konden opmaken, wat de Commissie precies zou proberen te bewijzen. Zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken, ben ik van mening, dat de Commissie in de mededeling der punten van bezwaar, bezien in samenhang met het schrijven van 29 maart 1985, zo duidelijk heeft laten blijken, wat zij trachtte te bewijzen, dat het verzoeksters toen al duidelijk had moeten zijn, in welk licht zij de verschillende documenten moesten zien en commentariëren. Ik ben dan ook van oordeel, dat er geen reden is om de betrokken stukken buiten beschouwing te laten.

In casu bestond de door de Commissie ingevoerde „toegang tot het dossier” weliswaar al minstens een jaar sedert de bekendmaking ervan in een publikatie waarvan de belanghebbende kringen moesten worden geacht kennis te hebben gekregen. Anderzijds konden degenen die toegang tot het hen betreffende dossier kregen, moeilijk vermoeden, dat de Commissie zich op de door haar geboden mogelijkheid tot inzage in het dossier zou beroepen tot staving van het door haar aangevoerde argument, dat het niet nodig was een document aan te wijzen, althans niet door het mee te zenden. Al met al is het naar mijn mening in casu dan ook het beste, in de verschillende zaken telkens die documenten buiten beschouwing te laten, welke niet naar de betrokken onderneming zijn meegestuurd en evenmin worden vermeld in de mededeling der punten van bezwaar of in de later toegezonden stukken.¹⁹

Ten aanzien van de tweede groep documenten, die de ondernemingen wél kregen toe-

De documenten die per ongeluk niet waren meegestuurd — dat wil zeggen de derde categorie —, moeten op grond van het voorgaande buiten beschouwing worden gelaten, tenzij zij in de mededeling van de punten van bezwaar of in het schrijven van 29 maart 1985 zo duidelijk zijn vermeld, dat de ondernemingen om een afschrift ervan hebben kunnen verzoeken. Nagegaan moet evenwel worden, in hoeverre de betrokken documenten kunnen worden geacht de ondernemingen dienstig te zijn geweest bij hun verdediging (zie ook hetgeen ik hieronder zal zeggen met betrekking tot de vierde groep documenten).

18 — Zie Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht II*, blz. 1294, noot 77, waarin wordt gezegd, dat in kartelzaken ondernemingen er recht op hebben — in elk geval indien zij hierom verzoeken —, een afschrift van alle relevante stukken te ontvangen.

19 — Zie de reactie van het Hof in de zaak AEG, reeds aangehaald in noot 17.

De vierde categorie documenten levert in één opzicht minder problemen op, aangezien de Commissie zelf al meteen stelt, dat de documenten niet worden tegengeworpen aan deze of gene verzoeker. Er behoeft dus alleen te worden nagegaan, of het document in de procedure tegen de betrokken onderneming inderdaad buiten beschouwing is gelaten. Dat de Commissie stelt, dat een aantal van de in het dossier voorkomende documenten een bepaalde onderneming niet „betreffen” of „aangaan”, doet echter in twee andere opzichten problemen rijzen.

In de eerste plaats doet zich een probleem voor met betrekking tot het bewijs van het bestaan van het kartel zelf, met name het bewijs van het bestaan van één overeenkomst of een kaderovereenkomst. Volgens het door haar opgestelde bewijsmodel heeft de Commissie eerst willen aantonen, dat er sprake was van een kartel, en vervolgens, dat de verschillende verzoeksters daaraan hebben deelgenomen. Het eerste moet worden geacht te zijn bewezen door de bij de algemene mededeling der punten van bezwaar gevoegde bijlagen, dat wil zeggen de 101 „bewijsstukken”; het bewijs van de deelneming van de verschillende ondernemingen aan het kartel zou zijn te vinden in de aan elk van hen afzonderlijk toegestuurde bijlagen. Aangezien de Commissie dus niet alle bijlagen aan alle verzoeksters heeft toegestuurd, en zo de bewijsvoering heeft opgesplitst in twee fasen — daarbij uitgaande van de dubieuze redenering, dat het bestaan van een kartel, dat toch moeilijk in iets anders dan in de deelneming van de afzonderlijke ondernemingen kan bestaan, apart kan worden bewezen —, moet ook het Gerecht van deze tweedeling uitgaan bij de beoordeling van het bewijs. Onderzocht moet worden, of het bestaan van het kartel kan worden geacht te zijn bewezen door de „101 bewijsstukken”, zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de bijlagen die, te zamen met de individuele mededelingen van punten van bezwaar, slechts naar enkele verzoeksters zijn gezonden. Anders zou men immers kunnen stellen, dat de documenten tegen alle verzoeksters zijn gebruikt.

In de tweede plaats ontstaat door de handwijze van de Commissie het probleem van de toegang tot documenten à décharge, waarop verzoeksters tijdens de procedure met klem hebben gewezen. Zoals hierboven gezegd, kunnen de genoemde documenten niet aan verzoeksters worden tegengeworpen; het feit dat de stukken voor hen ontoegankelijk zijn gebleven, wordt door verzoeksters evenwel als een procedurele onregelmatigheid aangemerkt, aangezien het hunns inziens niet is uitgesloten, dat de documenten voor hen materiaal à décharge bevatten.

De ontoegankelijkheid van de betrokken documenten wordt door de Commissie onder meer als volgt verklaard (BASF, verweerschrift, blz. 61, punt 3.2):

„Van de overige tien documenten die op blz. 9 tot en met 11 van het verzoekschrift worden genoemd, zijn er negen voor verzoeker ontoegankelijk gebleven, hetzij omdat zij voor de tegen haar ingeleide procedure irrelevant waren (zij hebben enkel betrekking op de in de verschillende documenten uitdrukkelijk genoemde ondernemingen), hetzij omdat zij slechts bevestigen hetgeen uit andere documenten, die verzoeker wél bekend waren, blijkt (dit geldt voor de in punt 29 van de beschikking genoemde notulen van een interne bijeenkomst bij Shell op 5 juli 1979) (...)”

Dit citaat laat zien, dat de Commissie — afgezien van het feit dat zij hiermee een mogelijkheid heeft verspeeld om andere, misschien niet al te overtuigende bewijzen, te versterken — in feite van mening is, dat het in een complex van zaken als het onderhavige aan haar staat te beslissen, welke documenten welke ondernemingen van pas kunnen komen bij hun verdediging. Het is begrijpelijk, dat de Commissie zich bij de behandeling van het dossier vooral heeft geconcentreerd op de vraag, op welke stukken

zij haar beschikking kon baseren, maar het is minder begrijpelijk, dat zij niet heeft ingezien, dat de omstandigheid dat zij de ondernemingen niet zonder meer toegang heeft willen verschaffen tot in beginsel al het materiaal, met uitzondering van de in artikel 20 van verordening nr. 17/62 bedoelde stukken, tot ernstige problemen zou leiden.

Gelijk ter terechtzitting werd beklemtoond, is ook de Commissie van mening, dat bij de beoordeling van de zaak al het bewijsmateriaal in aanmerking moet worden genomen en moet worden gewogen. Verzoeksters hebben dan ook gelijk waar zij stellen, dat zij ook toegang hadden moeten krijgen tot de documenten die alleen aan andere ondernemingen worden tegengeworpen. Derhalve moet mijns inziens worden vastgesteld, dat in een complex van zaken als het onderhavige, waar zich in sterke mate de behoefte doet gevoelen, op basis van een algehele beoordeling van alle omstandigheden een bepaald bewijs te leveren, alle betrokken ondernemingen in beginsel toegang moeten hebben tot alle bewijsstukken.

Hoe het Hof over deze kwestie denkt, valt uit de rechtspraak moeilijk op te maken. Een aanwijzing is echter te vinden in het arrest in de zaak AEG (r. o. 24, Jurispr. 1983, blz. 3192), waarin het Hof overweegt, dat AEG terecht van oordeel is, dat de Commissie haar geen document mocht tegenwerpen waarvan een gedeelte haar niet ter kennis was gebracht, „en dat het niet aan verweerster stond om uit te maken, of een document of een gedeelte van een document de betrokken onderneming al dan niet dienstig kon zijn bij haar verdediging”. Het Hof liet het document vervolgens in zijn geheel buiten beschouwing. Hieruit blijkt, dat het niet aan de Commissie is om te beoordelen, welke documenten de onderneming bij haar verdediging van pas kunnen komen. Dit uitgangspunt valt op het eerste gezicht niet al

te best te rijmen met de overige rechtspraak van het Hof, volgens welke — zoals we zagen — niet alle documenten voor alle betrokken ondernemingen toegankelijk zijn, en volgens welke het kader van de zaak wordt gevormd door de documenten waarop de Commissie haar beschikking heeft gebaseerd. Anderzijds heeft het Hof zich in die rechtspraak in elk geval niet met zoveel woorden uitgesproken over de vraag, hoe het zit met de toegankelijkheid van bewijsstukken die zich in het dossier bevinden, maar die volgens de Commissie een bepaalde andere verzoeker niet „betreffen”.

Op grond van een en ander kan in elk geval worden vastgesteld, dat de rechtspraak van het Hof in geen geval in strijd is met de door verzoeksters verdedigde opvatting, dat zij ook toegang hadden moeten hebben tot de tegen andere ondernemingen in stelling gebrachte documenten.

Het is zonder meer duidelijk, dat het niet volstaat dergelijke documenten buiten beschouwing te laten. Verzoeksters hebben immers juist te kennen gegeven, dat zij de betrokken documenten eventueel willen gebruiken om aan te tonen, dat zij aan een of meer van de gewraakte gedragingen niet hebben deelgenomen.²⁰ Bovendien is het evenmin redelijk, op grond van die overwegingen documenten buiten beschouwing te laten, die eventueel als bewijs kunnen dienen tegen andere ondernemingen.

Terloops zij erop gewezen, dat verzoeksters uiteraard gerechtigd zijn om zich te beroepen op documenten waarop zij feitelijk de

²⁰ — Zie hierover Lasok, K. P. E., *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, blz. 260, noot 4.

hand hebben weten te leggen, ook al hebben die documenten volgens de Commissie geen betrekking op die bepaalde onderneming (zoals bij voorbeeld het door Shell gebruikte Solvay-document van 6 september 1977, waarvan Shell een copie maakte nadat zij toegang had gekregen tot de archieven; verweerschrift in de zaak Shell, blz. 69). Die stukken kunnen geenszins worden geacht „op onwettige wijze te zijn geproduceerd”.

Indien een dossier documenten bevat die verzoeksters ten onrechte niet zijn overgelegd en voor de verdediging van belang kunnen zijn, zijn er, als ik het goed zie, maar twee reacties mogelijk. In de eerste plaats kan de beschikking worden nietigverklaard op grond van het beginsel dat het Gerecht slechts een wettigheidstoets moet verrichten, indien uit het onderzoek van de inhoud van de documenten blijkt, dat deze een reële betekenis konden hebben voor andere verzoeksters dan die welke zij volgens de Commissie „betroffen”. Het Gerecht kan echter ook in concreto nagaan, in hoeverre bewijsstukken die alleen in dossier X worden aangetroffen, tevens betekenis hebben voor dossier Y.

Het is echter hoe dan ook vereist, dat de documenten een reële en concrete betekenis konden hebben. Voor zover ik kan beoordelen, kan in casu geen van de documenten die niet aan alle ondernemingen zijn toegezonden — zoals bij voorbeeld het zojuist genoemde Solvay-document — een wezenlijk ander licht op de zaak werpen. Gelet op het vrij duidelijke en overtuigende bewijsmateriaal dat aan het merendeel van de door de Commissie in aanmerking genomen punten van bezwaar ten grondslag ligt, lijkt het mij ook onwaarschijnlijk dat de — enkele — documenten die niet zijn overgelegd, tot een zo andere beoordeling van het

bewijsmateriaal zouden kunnen leiden, dat de zaak een andere afloop zou hebben.

6. *Gewijzigde juridische beoordeling tijdens de procedure*

Ingevolge artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 juncto de artikelen 1 en 2 van verordening nr. 99/63 stelt de Commissie de ondernemingen ten aanzien waarvan zij voornemens is een beschikking overeenkomstig de artikelen 85 en 86 te geven, schriftelijk op de hoogte van de punten van bezwaar die in aanmerking zijn genomen. Op die manier wordt het voorwerp van het geschil bepaald en dienaangaande moeten de betrokken ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken, alvorens de beschikking wordt gegeven (zie artikel 4 van verordening nr. 99/63).

In de onderhavige zaken hebben verschillende verzoeksters betoogd, dat de juridische beoordeling van de zaken tijdens de administratieve behandeling is gewijzigd. Dit argument, waarop ik thans onmiddellijk inga, is met name naar voren gebracht door Hoechst, Hüls en Chemie Linz.

Het argument, dat de Commissie haar juridische beoordeling van de zaken in de loop van de procedure heeft gewijzigd, kan worden samengevat als volgt. Volgens verzoeksters heeft de Commissie tijdens de gehele administratieve procedure staande gehouden, dat er sprake was van een lange reeks inbreuken op artikel 85, lid 1, en heeft zij de gewraakte gedragingen pas in haar beschikking gekwalificeerd als één enkele overeenkomst of, zoals zij in punt 81, tweede alinea, van de beschikking stelt, een „kaderovereenkomst”. Tot staving van hun betoog beroepen de betrokken verzoeksters

zich op de bewoordingen van de mededeling van de punten van bezwaar en van het schrijven van de Commissie van 29 maart 1985. De Commissie brengt hier tegen in, dat zij reeds in de mededeling van de punten van bezwaar en in het schrijven van 29 maart 1985 een standpunt innam dat in overeenstemming was met de uiteindelijk in de beschikking tot uitdrukking gebrachte opvatting. Zij wijst er verder op, dat volgens de rechtspraak van het Hof de mededeling der punten van bezwaar en de beschikking niet noodzakelijkerwijs gelijkkluidend behoeven te zijn.

De gestelde wijziging van de juridische kwalificatie zou afbreuk hebben gedaan aan verzoeksters' mogelijkheden tot het voeren van verweer. Het in dit verband door verzoeksters gevoerde betoog kan worden samengevat als volgt. Een kaderovereenkomst gaat noodzakelijkerwijs en per definitie vooraf aan individuele overeenkomsten. Een kaderovereenkomst is een rechtshandeling waarbij de partijen bij de overeenkomst vooraf regels opstellen, die vervolgens in individuele gevallen moeten worden ingevuld en geconcretiseerd. In elk geval gelden voor een kaderovereenkomst gedeeltelijk andere juridische en feitelijke voorwaarden dan voor een voortgezette handeling. Terwijl het bewijs van een kaderovereenkomst de Commissie ontheft van de verplichting, onomstotelijk te bewijzen dat er sprake is van individuele overeenkomsten of andere concurrentie beperkende maatregelen, is er bij een voortgezette inbreuk in de juridische betekenis van het woord sprake van een reeks achtereenvolgende handelingen, die samen één enkele handeling vormen. Anders dan bij de kaderovereenkomst moet bij de voortgezette inbreuk worden bewezen, dat er sprake is van een onafgebroken reeks individuele overeenkomsten. Een „kaderovereenkomst” enerzijds en een „voortgezette inbreuk” anderzijds zijn dus onderling verschillende begrippen, zowel wat de feitelijke voorwaarden als wat de juridische gevolgen betreft. Volgens verzoeksters laat de „gewijzigde houding” van de Commissie zien, dat

deze op grond van de door de ondernemingen aangevoerde argumenten heeft erkend, dat een voortgezette inbreuk niet kan worden bewezen. Daarom zou zij thans worden genooddacht, dat er sprake is van een kaderovereenkomst, zodat zij haar beschuldiging, dat er in de gehele periode 1977-1983 een kartel heeft bestaan, overeind kan houden.

Verzoeksters zijn van mening, dat de Commissie in de beschikking aan de zaak een wezenlijk andere draai heeft gegeven, aangezien zij zich nu moeten verdedigen tegen dat wat wordt genoemd „één enkele voortgezette inbreuk op de mededingingsregels (...) die het meest exact kan worden aangemerkt als een 'overeenkomst', bedoeld in artikel 85, lid 1”, en „een kaderovereenkomst, die concreet gestalte kreeg in een aantal concretere deelovereenkomsten die op gezette tijden werden uitgewerkt”, hetgeen in artikel 1 van de beschikking tot uitdrukking komt in de formule „door deel te nemen (...) aan een midden 1977 gesloten overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen”. De Duitstalige verzoeksters wijzen daarentegen op het eerste punt van de mededeling van de punten van bezwaar, waarin in het Duits wordt gezegd, dat de beschikking betrekking heeft op „eine Vielzahl” van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, alsmede op het feit, dat er in die mededeling de hele tijd in het meervoud wordt gesproken van overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen, inbreuken, enzovoort.

In dit verband heeft de Commissie om te beginnen gewezen op de rechtspraak van het Hof ²¹, volgens welke de beschikking niet noodzakelijkerwijs gelijkkluidend behoeft te zijn met de mededeling der punten van bezwaar. De Commissie moet volgens die rechtspraak namelijk rekening houden met het resultaat van de administratieve

21 — Arresten van 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma, Jurispr. 1970, blz. 661, r. o. 91 tot en met 93, en 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 tot en met 215/78 en 218/78, van Landewyck, Jurispr. 1980, blz. 3125, r. o. 67 tot en met 74.

procedure, hetzij door niet gegrond gebleken bezwaren te laten vallen, hetzij door argumenten ter ondersteuning van de door haar gehandhaafde bezwaren zowel feitelijk als rechtens aan te passen of aan te vullen. Deze mogelijkheid is volgens het Hof niet in strijd met artikel 4 van verordening nr. 99/63.

De Commissie heeft er bovendien op gewezen, dat zij reeds in de op 25 mei 1984 aan verzoeksters toegezonden punten van bezwaar op verschillende plaatsen (zie de punten 128 en 132) had gesteld, dat er sprake was van een voortgezette en geïnstitutionaliseerde samenwerking. In haar schrijven van 29 maart 1985, betreffende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, voerde de Commissie overigens aan, dat zij niet uitsloot dat er tussen de vier grootste producenten een „kernovereenkomst” bestond, en dat de tussen de overige deelnemers bestaande overeenkomsten gebaseerd waren op een plan dat voldoende gedetailleerd was om als een „overeenkomst” of „overeenkomsten” in de zin van artikel 85 te kunnen worden gekwalificeerd. Volgens de Commissie waren de aldus aangebrachte preciseringen voldoende duidelijk om verzoeksters in de gelegenheid te stellen, een adequaat verweer te voeren. Tijdens de administratieve procedure was er gelegenheid om zeer uitvoerig in te gaan op het werkelijke karakter van het kartel, en in haar beschikking heeft de Commissie uit dat debat de consequenties getrokken, net zoals verzoeksters ten volle gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid tot het voeren van verweer.

Het wekt nauwelijks verwondering, dat het betrokken argument juist door drie van de Duitstalige verzoeksters met klem naar voren is gebracht. Het eerste punt van de algemene mededeling der punten van bezwaar is in het Duits namelijk iets anders geformuleerd dan in de overige procestaten. Terwijl er in het Engels wordt gesproken van „a complex of agreements and/or concerted practices”, in het Frans van „un ensemble

d'accords et/ou de pratiques concertées”, in het Italiaans van „un complesso di accordi e/o di pratiche concordate” en in het Nederlands van „een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, heeft de Duitse versie het, zoals we zagen, over „eine *Vielzahl* von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen” (eigen cursivering). In haar schriftelijke opmerkingen had de Commissie dit niet met zoveel woorden opgemerkt, doch ter terechtzitting bevestigde zij — met name verwijzend naar het woord „ensemble” —, dat zij van meet af aan had gesteld, dat het niet de individuele overeenkomsten waren die een inbreuk op artikel 85, lid 1, vormden, maar het geheel van overeenkomsten en dergelijke.

Terwijl op basis van de overige taalversies redelijkerwijze kan worden gesteld, dat er in punt 1 van de mededeling wordt bedoeld op een optelsom of een geheel van overeenkomsten in de door de Commissie bedoelde zin, lijkt dat voor het Duits niet te kunnen opgaan, aangezien met het woord „*Vielzahl*” enkel kan worden bedoeld op een (groot) aantal overeenkomsten en dergelijke, en niet op het geheel hiervan. Bij het onderzoek van het onderhavige argument moet dus om te beginnen worden nagegaan, of de overige onderdelen van de mededeling der punten van bezwaar en de brief van de Commissie van 29 maart 1985 verzoeksters dermate duidelijk maakten, waarvan er sprake was, dat aan het woord „*Vielzahl*” verder geen betekenis behoeft te worden toegekend. Er moet dus met andere woorden worden onderzocht, of verzoeksters op grond van al het overige materiaal moesten inzien, dat er geen sprake was van een „*Vielzahl*”, maar van „a complex”. Zo deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet vervolgens worden nagegaan, of bij vergelijking van de mededeling van de punten van bezwaar en de brief van de Commissie van 29 maart 1985, enerzijds, en de beschikking, anderzijds, een dermate homogeen beeld naar voren komt, dat kan worden gesteld, dat er uitsluitend sprake is geweest

van aanpassing of aanvulling van de juridische beoordeling van de punten van bezwaar, dan wel of blijkt dat, gelijk verzoeksters betogen, aan de zaak een volkomen andere draai is gegeven.

In de aan verzoeksters gezonden mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie zeer gedetailleerd en in chronologische volgorde beschreven, wat er haars inziens is gebeurd; ten aanzien van dat feitelijke gedeelte van de algemene mededeling der punten van bezwaar is er dan ook, voor zover het het thans behandelde probleem betreft, slechts her en der kritiek gerez.

In punt 127 van de Duitse versie leest men onder meer „(...) ob sämtliche Regelungen und Maßnahmen, (...)”, terwijl in de overige taalversies uitdrukkingen als „a complex”, „l'ensemble” en dergelijke worden gebezigd. In punt 128 wordt — in alle taalversies met dezelfde bewoordingen ²² — gesproken van „(...) de voortdurende samenwerking tussen partijen in het kader van bijeenkomsten (...)” In punt 132, laatste zin, stelt de Commissie: „In feite beoogden de fabrikanten het controleren van de markt en er kwam een voortgezette en geïnstitutionaliseerde samenwerking op hoog niveau in de plaats van het normale spel van een vrije mededinging”. Het schrijven van 29 maart 1985 is, voor zover van belang, hierboven reeds samengevat.

Gelet op de hierboven weergegeven inhoud van de relevante stukken ben ik er, behalve dan wat de Duitstalige versies betreft, van

22 — In de Duitse tekst wordt gesproken van „fortgesetzte Zusammenarbeit”, een uitdrukking die „voortdurende samenwerking” kan betekenen, maar uiteraard associaties oproept met het strafrechtelijke begrip „voortgezette handeling”.

overtuigd, dat het de ondernemingen duidelijk moet zijn geweest, dat het volgens de Commissie de voortgezette en geïnstitutionaliseerde samenwerking was, die onder artikel 85 kon worden gebracht, en niet de afzonderlijke elementen als zodanig of elk voor zich. In de beschikking wordt dan ook gesteld, dat er sprake is van „één overeenkomst” enzovoort, en „een geheel van plannen (...)”, „het algemene plan”, „het gehele complex van stelsels en regelingen”, „overeenstemming over een plan” en „kaderovereenkomsten”.

De beschikking is echter niet volledig duidelijk op het punt, of er wordt gedoeld op een voorafgaande overeenkomst of op dat wat door een aantal verzoeksters een „voortgezette inbreuk” wordt genoemd, met andere woorden, of de Commissie van mening is, dat de samenwerking van dien aard was, dat zij met het overkoepelende begrip „kaderovereenkomst” kon worden aangeduid, dan wel of zij ervan uitgaat, dat er van meet af aan sprake is geweest van een overeenkomst. Hierop is veel kritiek uitgeoefend. Ik ben echter van mening, dat de beschikking — zij het dat zij misschien niet uitblinkt door duidelijkheid — precies dezelfde algemene indruk geeft, namelijk dat de voortgezette en geïnstitutionaliseerde samenwerking als zodanig in strijd is met artikel 85, lid 1.

Misschien zijn de Duitstalige versies van de mededeling der punten van bezwaar op dit punt iets minder helder, maar ondanks de ietwat vage formuleringen moet het de betrokkenen, in aanmerking genomen tot wie de mededeling was gericht, toch duidelijk zijn geweest, dat de Commissie niet de verschillende elementen afzonderlijk aan de kaak beoogde te stellen.

In zijn arrest in de zaak Chemiefarma ²³ heeft het Hof bovengenoemde uitspraak

23 — Reeds aangehaald in noot 21.

over de uitlegging van artikel 4 van verordening nr. 99/63 enigermate gepreciseerd, doch uit dat arrest kan niet worden opgemaakt, in hoeverre de mededeling der punten van bezwaar en de beschikking van elkaar verschilden. In rechtsoverweging 94 verklaart het Hof, dat aan genoemde bepaling is voldaan wanneer in de beschikking aan betrokkenen geen andere dan in de mededeling der punten van bezwaar opgenomen vergrijpen ten laste worden gelegd en daarin slechts van feiten wordt uitgegaan waarover de betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken.

In het arrest van Landewyck ²⁴ lagen de feiten aldus, dat de Commissie in de tweede mededeling van de punten van bezwaar uitsluitend de eerste van de in artikel 85, lid 3, genoemde voorwaarden voor onthefing had vermeld, terwijl zij in de beschikking ook was ingegaan op twee van de andere voorwaarden van artikel 85, lid 3, hetgeen door het Hof is aangemerkt als het aanvoeren van twee nieuwe punten van bezwaar (rechtsoverweging 70). Op grond, *dat* verzoeksters zich uitvoerig hadden geuit over alle voorwaarden in verband met de aanmelding, *dat* een van de voorwaarden uitdrukkelijk was genoemd in de eerste mededeling van de punten van bezwaar en *dat* de Commissie in haar beschikking de verklaringen van verzoeksters inzake die voorwaarde had samengevat, werd het argument, wat die voorwaarde betreft, afgewezen, aangezien, zoals het Hof onder meer overwoog, de beide mededelingen in samenhang moesten worden gelezen. Ten aanzien van de tweede voorwaarde wees het Hof het door verzoekers aangevoerde argument van de hand op grond van de overweging, dat de inhoud van die voorwaarde de eigenlijke kern van de — door verzoeksters beantwoorde — tweede mededeling van de punten van bezwaar vormde, zij het in een andere context dan in de beschikking het geval was.

Zoals gezegd, is in casu niet betoogd, dat de beschikking op een andere feitelijke grondslag berust dan de mededeling der punten van bezwaar. Derhalve gaat het om de vraag, in hoeverre de Commissie bij de aanpassing van haar redenering gerechtigd is, de juridische grondslag te wijzigen. In het arrest Chemiefarma lijkt deze vraag in feite niet te zijn beantwoord. Uit het arrest van Landewyck kan waarschijnlijk alleen worden afgeleid, dat toevoeging van een of meer juridische elementen van dezelfde aard als die waarop de Commissie haar beslissing heeft gegrond, een of meer punten van bezwaar in de zin van artikel 4 vormen, doch in dat arrest wordt geen standpunt bepaald ten aanzien van een wijziging van de juridische kwalificatie. Een interessant aspect van laatstgenoemd arrest is evenwel, dat het Hof in feite in het kader van een concrete beoordeling van de omstandigheden van de zaak onderzoekt, in hoeverre de verzoekende partijen feitelijk de mogelijkheid hebben gehad — dan wel die mogelijkheid hebben benut — om hun standpunt kenbaar te maken over datgene wat later deel is gaan uitmaken van de grondslag van de beschikking.

Derhalve moet in concreto worden nagegaan, of de betrokken verzoeksters de mededeling der punten van bezwaar feitelijk in overeenstemming met de inhoud van de beschikking te hebben begrepen. In haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar stelt Hoechst, dat de Commissie haar verwijt te hebben deelgenomen aan „een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging”, zonder dat die juridische kwalificatie in verband wordt gebracht met de begrippen „kaderovereenkomst” of „voortgezette handeling”. Hüls en BASF hebben geen van beiden iets aangevoerd dat in deze of gene richting wijst. Chemie Linz verwijst daarentegen naar de uitdrukking „eine Vielzahl von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen” in punt 1 van de mededeling van de punten van bezwaar zonder nader in te gaan op de exacte betekenis van deze uit-

24 — Reeds aangehaald in noot 8.

drukking. Uit de betrokken antwoorden van de ondernemingen kan dus geen eenduidige conclusie worden getrokken.

Uit de antwoorden op de mededelingen van de punten van bezwaar blijkt echter, dat verzoeksters, afgezien van enkele juridische discussies die geen betrekking hebben op de onderhavige kwesties, uitsluitend ingaan op de door de Commissie gestelde feiten. Uit verzoeksters' antwoorden valt geenszins op te maken, dat zij zich bezig hielden met de vraag, welke verweerstrategie zij zouden aanwenden. Er is dus onvoldoende grond om aan te nemen, dat de ondernemingen bij de beantwoording van de mededeling van de punten van bezwaar door de aldaar gebezigde formuleringen op een bepaald juridisch spoor zijn gezet, dat volledig afwijkt van het later door de Commissie in de beschikking gevolgde spoor.

Ofschoon de mededeling der punten van bezwaar en de beschikking niet volledig gelijklopend zijn, ben ik van mening, dat — ook wat de Duitse taalversies betreft — artikel 4 van verordening nr. 99/63 op geen enkele wijze is geschonden, maar dat de Commissie in haar beschikking haar juridische beoordeling van de zaak op toelaatbare wijze heeft gepreciseerd, rekening houdend met de door de ondernemingen gegeven antwoorden op de mededelingen van de punten van bezwaar.

7. Het proces-verbaal van de mondelinge behandelingen voor de Commissie

Een aantal verzoeksters heeft betoogd, dat de omstandigheid dat het Adviescomité bij het uitbrengen van zijn advies overeenkomstig artikel 10 van verordening nr. 17/62 uitsluitend beschikte over de door de Commissie opgestelde ontwerp-tekst van het pro-

ces-verbaal, maar niet over de door verzoeksters ingezonden voorstellen tot wijziging van het proces-verbaal, een wezenlijke procedurele onregelmatigheid oplevert. Soortgelijke kritiek is geleverd met betrekking tot de leden van de Commissie, toen deze de beschikking vaststelden.

Volgens de Commissie waren de door verzoeksters over de ontwerp-tekst gemaakte opmerkingen niet voorhanden, toen het Adviescomité zijn advies uitbracht. Daarentegen was het door verzoeksters geleverde commentaar wél bij het ontwerp van proces-verbaal gevoegd, toen de zaak ter beslissing aan de Commissie werd overgelegd. Dit wordt door verzoeksters niet bestreden.

De Commissie bestrijdt niet met zoveel woorden, dat er hier sprake is van een procedurefout, doch stelt onder verwijzing naar met name het arrest van het Hof in de zaak *Distillers Company*²⁵, dat het gebeurde niet kan worden geacht de inhoud van de beschikking te hebben beïnvloed. De Commissie wijst erop, dat er geen termijnen gelden voor het doen uitgaan van de ontwerp-tekst van het proces-verbaal en dat evenmin is geregeld, aan wie het ontwerp respectievelijk de goedgekeurde tekst moet worden toegestuurd.

De Commissie wijst met name op de omstandigheid, dat in casu zowel de leden van de Commissie als die van het Adviescomité bij het nemen van hun beslissing volledig op de hoogte waren van de door verzoeksters ingenomen standpunten. Wat het Adviescomité betreft, zou dit blijken uit het feit, dat alle Lid-Staten vertegenwoordigers naar de mondelinge behandelingen voor de Commissie hadden gestuurd, met dien verstande

²⁵ — Arrest van 10 juli 1980, zaak 30/78, Jurispr. 1980, blz. 2229.

dat Griekenland en Luxemburg uitsluitend in 1984 aan de hoorzittingen deelnamen. De vraag, of het dezelfde ambtenaren waren die zowel bij de mondelinge behandelingen aanwezig waren als aan de bijeenkomst van het Adviescomité deelnamen, is volgens de Commissie dan ook irrelevant. Tot slot wijst de Commissie er meer in het algemeen op, dat verzoeksters niet hebben betoegd, dat de essentie van de door hen afgelegde verklaringen in de ontwerp-tekst van het proces-verbaal onjuist is weergegeven.

Gelijk advocaat-generaal Warner ²⁶ heeft betoegd, moet uit artikel 10 van verordening nr. 17/62 en artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 worden afgeleid, dat zowel de leden van het Adviescomité als die van de Commissie, op het moment dat zij een advies uitbrengen respectievelijk een beschikking geven, moeten beschikken over een definitief en goedgekeurd proces-verbaal van de mondelinge behandeling voor de Commissie.

Dit standpunt lijkt ook steun te vinden in de arresten van het Hof in de zaken Buchler & Co. ²⁷ en ICI ²⁸.

Het Hof spreekt zich in deze arresten weliswaar niet rechtstreeks en met zoveel woorden uit over het probleem, maar het doet de in die zaken aangevoerde bezwaren af met de overweging, dat de definitieve, goedgekeurde tekst van het proces-verbaal op geen enkel wezenlijk punt in zodanige mate van het ontwerp afwijkt, dat de leden van het

Adviescomité en van de Commissie moeten worden geacht hierdoor op een dwaalspoor te zijn gebracht nopens de door verzoekers tijdens de mondelinge behandeling voor de Commissie afgelegde verklaringen.

Op grond van de verstrekte informatie moet mijns inziens voorshands worden aangenomen, dat in de onderhavige zaken de leden van de Commissie over de noodzakelijke gegevens beschikten om de beschikking te kunnen vaststellen.

Wat het Adviescomité betreft, moet vervolgens, gelet op de rechtspraak van het Hof, worden nagegaan, of er afwijkingen kunnen worden geconstateerd die kunnen worden geacht de leden van het comité een onjuiste indruk van de door de betrokken verzoekster afgelegde verklaringen te hebben gegeven. Verscheidene verzoeksters hebben dit argument „voor de zekerheid” naar voren gebracht, zonder daarbij nader aan te geven, waarin die afwijkingen zouden bestaan. Hiermee kan mijns inziens echter niet worden volstaan. De betrokken verzoekster moet uitdrukkelijk aangeven, op welke wezenlijke punten het proces-verbaal afwijkt van het ontwerp. Zonder een dergelijke nadere en gedetailleerde uiteenzetting door verzoeksters van de punten waarop de voorlopige processen-verbaal huns inziens daadwerkelijk misleidend zijn, kan het Gerecht zijn controlefunctie onmogelijk uitoefenen. Het kan in zaken als de onderhavige immers niet de taak van het Gerecht zijn, de voorlopige en de definitieve processen-verbaal blad voor blad te doorlopen om na te gaan welke verschillen erin voorkomen en vervolgens te oordelen welke redenen van ontevredenheid verzoeksters eventueel zouden kunnen hebben. Aangezien geen enkele van verzoeksters haar bezwaren nader heeft aangegeven, in het mijns inziens alleen al op de aangevoerde procedurele gronden het beste deze bezwaren af te wijzen.

26 — In de zaak *Distillers Company*, reeds aangehaald in noot 24, inzonderheid blz. 2294 en volgende.

27 — Arrest van 15 juli 1970, zaak 44/69, *Jurispr.* 1970, blz. 733, inzonderheid blz. 755.

28 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, *Jurispr.* 1972, blz. 619, r. o. 27 tot en met 32.

B — *De motivering van de beschikking*1. *Het motiveringsvereiste in het algemeen*

De meeste verzoeksters hebben betoogd, dat de beschikking van de Commissie onvoldoende is gemotiveerd. In dit hoofdstuk bespreek ik enkele standpunten die in wezen door alle verzoeksters of dan toch in elk geval door een groot aantal van hen naar voren zijn gebracht. De motivering van de hoogte van de boete komt in het derde deel aan de orde.

Ingevolge artikel 190 EEG-Verdrag is onder meer de Commissie verplicht, haar rechtshandelingen te motiveren. Het motiveringsvereiste heeft tot doel, de adressaat van de rechtshandeling in staat te stellen de materiële juistheid van de beslissing te beoordelen, maar de motivering moet ook als grondslag dienen voor de rechterlijke controle van de door de administratie genomen beslissing. Bovendien kan het vereiste van een uitvoerige motivering van administratieve handelingen de administratie dwingen de gronden voor een beslissing voor zichzelf duidelijk te maken.²⁹

Het Hof heeft ten aanzien van de motiveringsplicht in het algemeen verklaard, dat de gegeven motivering voldoende moet worden geacht, wanneer zij duidelijk en samenhangend de feitelijke oordelen en juridische opvattingen aangeeft, die aan het besluit ten grondslag liggen.³⁰ Volgens genoemd arrest geldt dit ook voor beschikkingen waarbij geldboeten worden opgelegd. De omvang van de motiveringsplicht is in hoge mate afhankelijk van de aard van de te mo-

tiveren handeling en moet worden beoordeeld in het licht van de materieelrechtelijke context. Wanneer de administratie bij voorbeeld over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, moet in de motivering uitvoerig worden ingegaan op de overwegingen die aan de uitoefening van die bevoegdheid ten grondslag hebben gelegen.³¹ Het betrekkelijke karakter van de motiveringsplicht komt bij voorbeeld bijzonder duidelijk naar voren in de zaak Usinor³², waarin het Hof onder meer overwoog, dat de aan de redengeving te stellen eisen moeten worden beoordeeld naar gelang van de omstandigheden van het geval, waarbij met name in aanmerking zijn te nemen de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten bij de motivering kunnen hebben.

Het is overigens moeilijk om meer in het algemeen aan te geven, welke positieve eisen er voor de inhoud en de omvang van de motivering gelden. In een zaak die betrekking had op een ander rechtsgebied³³ — het vrije verkeer van werknemers — overwoog het Hof, dat wanneer de doeltreffende bescherming moet worden gewaarborgd van een fundamenteel recht dat het Verdrag de werknemers van de Gemeenschap toekent, deze laatsten dit recht *onder zo goed mogelijke omstandigheden* moeten kunnen verdedigen en de mogelijkheid moeten hebben om *met volledige kennis van zaken* te beslissen, of zij er baat bij hebben om zich tot de rechter te wenden. Naar mijn mening kunnen in zaken als de onderhavige — met name gelet op het ingrijpende karakter ervan — bezwaarlijk minder strenge eisen aan de motivering worden gesteld.

31 — Arrest van 15 juli 1960, gevoegde zaken 36/59 tot en met 38/59 en 40-59, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e. a., Jurispr. 1960, blz. 883.

32 — Arrest van 1 juli 1986, zaak 185/85, Jurispr. 1986, blz. 2079, r. o. 20.

33 — Arrest van 15 oktober 1987, zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097.

29 — Zie Schwarze, blz. 1349, noot 84.

30 — Zie het arrest Chemiefarma, reeds aangehaald in noot 21 (r. o. 76 tot en met 77).

Zoals ik al zei, vormt de motivering de grondslag voor de rechterlijke toetsing overeenkomstig artikel 173 juncto artikel 168 A EEG-Verdrag. In deze bepalingen is er sprake van een wettigheidscontrole, hetgeen het Hof in eerdere mededingingszaken op vrij intensieve wijze heeft gedaan.³⁴ De teksten die aan de werkzaamheden van het Gerecht ten grondslag liggen, hebben geen verandering gebracht in het feit, dat er uitsluitend een wettigheidscontrole moet worden verricht. Uit de considerans van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988³⁵ blijkt evenwel duidelijk, dat alleen al de instelling van het Gerecht, dat in eerste en laatste instantie heeft te oordelen over de feiten van de hem voorgelegde zaken, een aanmoediging vormt om grondig te onderzoeken, of de Commissie over voldoende bewijsmateriaal beschikte om de bestreden beschikking te kunnen geven.

Deze vaststelling heeft ook een zijdelings gevolg voor de motivering. Ofschoon het altijd moeilijk zal zijn om een feitelijke vaststelling, die is gebaseerd op een enorme hoeveelheid bewijsmateriaal, onder woorden te brengen, moet dit in de motivering toch worden gedaan. Dit volgt uit de geldende regeling, waaraan de Commissie zich heeft te houden.

In zaken als de onderhavige is het gevaar van een „glijdende” argumentatie bijzonder groot: er wordt geprobeerd om vraagstukken die naar hun aard moeten worden geacht een materieelrechtelijk karakter te hebben, tot op zekere hoogte onder het bereik van het motiveringsvereiste te brengen. Men

mag derhalve niet uit het oog verliezen, dat het motiveringsvereiste, ook al wordt de omvang ervan bepaald door de aard van de zaak, een zuiver formeel karakter heeft. De omstandigheid dat een motivering eventueel berust op een onjuiste rechtsopvatting of op een verkeerde beoordeling van het bewijsmateriaal, betekent dus niet dat de motivering gebrekkig is, maar wél dat er bij de aan de beslissing ten grondslag liggende feitelijke of juridische beoordeling fouten zijn gemaakt.

De kwestie van de omvang van de motiveringsplicht heeft in aanzienlijke mate bijgedragen tot het ontstaan van meningsverschillen over de in de volgende paragraaf behandelde punten.

2. De verplichting voor de Commissie om in de beschikking in te gaan op de bewijzen en argumenten die vóór de datum van de beschikking zijn aangevoerd

Dit probleem is in verschillende eerdere zaken aan de orde geweest. Het door de verzoekende partijen naar voren gebrachte standpunt — zowel in die eerdere zaken als in de onderhavige zaken — komt er, kort gezegd, op neer, dat de Commissie haar verplichting om de beschikking afdoende te motiveren schendt, wanneer zij in de beschikking niet ingaat op alle — of dan toch op zijn minst op de belangrijkste — argumenten en bewijzen, die de ondernemingen tijdens de administratieve procedure hebben aangevoerd. Dit standpunt wordt in uiteenlopende bewoordingen en in verschillende contexten naar voren gebracht, maar in feite komt het steeds op hetzelfde neer.

Deze stelling vergt een antwoord op twee verschillende vragen. Om te beginnen moet worden onderzocht, wat er volgens het geldende recht niet noodzakelijkerwijs in de motivering behoeft te worden opgenomen.

³⁴ — Zie U. Everling in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1989, blz. 877.

³⁵ — PB 1989, C 215, blz. 1, houdende het Besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, zoals gepubliceerd in PB 1988, L 319, en gerecificeerd bij de rectificatie verschenen in PB 1989, L 241.

Vervolgens moet worden nagegaan, welke positieve eisen er in dit opzicht eventueel aan de motivering kunnen worden gesteld, ten einde aan het in de rechtspraak van het Hof opgestelde algemene motiveringsvereiste te voldoen.

In het arrest Consten en Grundig³⁶ overwoog het Hof heel algemeen, dat het bestuur in een dergelijke procedure (dat wil zeggen een mededingingszaak voor de Commissie), die niet van judiciële aard is, zijn beslissing niet met redenen behoeft te omkleden voor zover daarbij door partijen voorgedragen middelen worden verworpen. In het arrest ACF Chemiefarma³⁷ preciseerde het Hof deze uitspraak door te overwegen (Jurispr. 1970, blz. 661, rechtsoverwegingen 76 e. v.), dat de in artikel 190 neergelegde motiveringsplicht niet vereist, dat de Commissie ingaat op alle punten van feitelijke of juridische aard, welke door de partijen in de loop van de administratieve procedure aan de orde zijn gesteld. Het Hof verklaarde vervolgens, dat de gegeven motivering voldoende moet worden geacht, wanneer zij duidelijk en samenhangend de feitelijke oordelen en juridische opvattingen aangeeft, waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, zodat zowel de adressaat van het besluit als het Hof van de door de Commissie gevolgde redenering kennis kan nemen. Het Hof oordeelde ten slotte, dat de Commissie zich niet aan schending van wezenlijke vormvoorschriften had schuldig gemaakt door die elementen buiten beschouwing te laten, welke zij, *terecht of ten onrechte*, als niet ter zake dienend beschouwde.

In het arrest van Landewyck³⁸ (rechtsoverwegingen 64 tot en met 66) verklaart het Hof met betrekking tot een bepaalde moti-

vering, dat deze een gedeeltelijk antwoord geeft op de door verzoekers aangevoerde argumenten, doch geen gedetailleerde weerlegging daarvan vormt. Volgens het Hof bevat de motivering daarentegen een zelfstandige redenering, waarin in algemene termen de redenen wordt aangegeven waarom de Commissie tot een bepaalde opvatting is gekomen. Het Hof overweegt vervolgens, dat van de Commissie niet kan worden geëist, dat zij ingaat op alle feitelijke en rechtspunten die door een onderneming zijn opgeworpen.

In rechtsoverweging 12 van het arrest GVL³⁹ overweegt het Hof, dat de Commissie niet verplicht is, in haar beschikking in te gaan op alle door de ondernemingen in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar gemaakte opmerkingen, indien de motivering van de beschikking op zich genomen de door de Commissie tijdens de administratieve procedure gemaakte gevolgtrekkingen rechtvaardigt.

Uit de rechtspraak van het Hof kan allereerst worden afgeleid, dat de Commissie op soevereine wijze bepaalt, welke punten tijdens de procedure worden besproken. Indien zij van mening is, dat de rechtssituatie X is en de bewijsproblematiek Y, is zij niet verplicht om in haar beschikking in te gaan op rechtssituatie A en bewijsproblematiek B. De Commissie bepaalt dus naar eigen goedvinden het kader van de procedure en zij is geenszins verplicht, nader in te gaan op bewijzen en argumenten die zij, gelet op het aldus vastgestelde kader — om met het Hof te spreken, terecht of ten onrechte — als niet ter zake dienend beschouwt. De Commissie behoeft evenmin in te gaan op de argumenten die in zoverre wél relevant zijn; zij kan volstaan met een zelfstandige redenering waarin de redenen worden aangege-

36 — Arrest van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Jurispr. 1966, blz. 450. Deze lijn is later doorgetrokken: zie bij voorbeeld het arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215, r. o. 6, en het arrest VBVB en VBVB, reeds aangehaald in noot 15.

37 — Zie noot 21.

38 — Zie noot 8.

39 — Arrest van 2 maart 1983, zaak 7/82, GVL, Jurispr. 1983, blz. 483.

ven waarom zij tot een bepaalde opvatting is gekomen, mits die redenering op zich genomen de conclusie rechtvaardigt.

De Commissie kan er uiteraard belang bij hebben om tot op zekere hoogte in te gaan op de tijdens de administratieve procedure naar voren gebrachte argumenten en bewijzen, zulks ten einde te vermijden dat haar — zoals in casu — wordt verweten, dat zij zich van meet af aan heeft vastgepind op een bepaald standpunt, waarvan zij later niet meer is willen terugkomen. Dat een dergelijk verwijt moeilijk valt te rijmen met het in deze zaak eveneens aangevoerde argument, dat de Commissie haar opvatting in de loop van de procedure heeft gewijzigd, is weer een ander verhaal.

Gelijk advocaat-generaal Slynn in de zaak *Hasselblad*⁴⁰ opmerkte, kunnen er zich echter gevallen voordoen waarin twee tegengestelde zienswijzen moeten worden weergegeven en onderzocht. Dit kan noodzakelijk zijn om aan te tonen, dat al het relevante materiaal in aanmerking is genomen en dat de door partijen aangevoerde argumenten en bewijzen niet tot een andere uitkomst kunnen leiden. De Commissie zou mijns inziens dan ook in haar motiveringsplicht tekort schieten, zo zij weigerde bewijsmateriaal in aanmerking te nemen dat door de ondernemingen was aangedragen en betrekking had op een bewijsproblematiek die, gelet op de inhoud van de beschikking, ook door haar zelf relevant werd geacht. Een soortgelijke redenering kan daarentegen bezwaarlijk opgaan voor de juridische argumentatie. Normaal gesproken is er geen enkele redelijke grond om in een beschikking over de oplossing van een theoretisch juridisch probleem te discussiëren. Het is voldoende, dat de Commissie zich in concreto uitspreekt over de betrokken zaak en

de door haar bereikte conclusie feitelijk en rechtens motiveert. Zo doet het er ook niet toe, dat de Commissie de door de ondernemingen geleverde kritiek op de wijze waarop zij — blijkens de mededeling van de punten van bezwaar — het bewijs heeft beoordeeld, slechts op summier wijze weerlegt, zolang de motivering de inhoud van de beschikking kan dragen.

Het grootste deel van het door de Commissie geleverde commentaar op de door de ondernemingen tijdens de administratieve procedure aangevoerde argumenten en bewijzen, is te vinden in deel E van de beschikking, getiteld „Oordeel van de Commissie over de argumenten van de producenten met betrekking tot de feiten”, dat wil zeggen de punten 70 tot en met 77. In de punten a, b en c, gelezen in samenhang met de rest van de beschikking, wordt zeer duidelijk uiteengezet, waarom de Commissie de door de ondernemingen aangevoerde argumenten onaanvaardbaar acht. Zelfs al zou naar geldend recht van de Commissie kunnen worden verlangd, dat zij de door de ondernemingen aangevoerde argumenten weerlegt, dan heeft zij mijns inziens ten volle aan dit vereiste voldaan. In punt c wordt gewag gemaakt van de door professor Albachs gemaakte analyse van de Duitse markt. Afgezien van het feit dat, zoals ter terechtzitting is gebleken, de resultaten van de door professor Albachs verrichte studie onbetwist noch onbetwistbaar zijn, zet de Commissie in de betrokken passage zeer duidelijk uiteen, waarom zij aan haar standpunt meent te kunnen vasthouden, ongeacht de uitkomst van het marktonderzoek. Verzoeksters lijken eigenlijk te zeggen, dat de Commissie moet buigen voor vaststaande feiten en verder de door hen verdedigde standpunten moet volgen. Het is mogelijk, dat de op dit gebied door de Commissie ingenomen standpunten niet onwankelbaar zijn, maar dat de Commissie zich niet heeft

⁴⁰ — Arrest van 21 februari 1984, zaak 86/82, *Hasselblad*, Jurispr. 1984, blz. 883 (blz. 915, tweede kolom).

laten overtuigen, levert nog geen motiveeringsgebrek op. Precies hetzelfde geldt voor de in punt d genoemde controle van de nettoverkooprijzen van de ondernemingen door een accountantskantoor. Ik ben dan ook van mening, dat de Commissie voldoende aandacht heeft besteed aan het haar door verzoeksters overgelegde relevante bewijsmateriaal.

3. De specialisering van de beschikking

Er is betoogd, dat de beschikking zodanig is opgebouwd, dat het voor de individuele onderneming onmogelijk was te achterhalen, welke grieven er nu precies tegen haar bestonden. Met name Rhône-Poulenc zou hiervan de „dupe” zijn geweest. Deze onderneming, die in 1980 de markt verliet, stelt, dat zij niet heeft kunnen ontwaren, waaraan zij zich volgens de Commissie nu precies schuldig zou hebben gemaakt. Zij is derhalve van mening, dat zij moet opdraaien voor iets wat anderen later hebben gedaan. De formele kant van deze kwestie kan mijns inziens uiteraard worden beschouwd als een onderdeel van de vraag, in hoeverre de beschikking ten aanzien van de individuele verzoeksters aan het motiveeringsvereiste voldoet.

In het arrest Suiker Unie ⁴¹ overwoog het Hof, dat aan de Commissie nergens wordt verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken uit te spreken, ook al mochten sommige van die inbreuken buiten sommige adressaten om hebben plaatsgevonden, zolang slechts ieder hunner in de beschikking nauwkeurig kan lezen welke grieven er tegen hemzelf bestaan. Vervolgens oordeelde het Hof — zonder nadere motivering —, dat de beschikking

van de Commissie ten aanzien van de twee ondernemingen die het probleem hadden opgeworpen, aan dat vereiste voldoet. In het arrest van Landewyck ⁴² bevestigde het Hof, dat verschillende administratieve procedures kunnen uitmonden in één enkele beschikking, doch het voegde daar verder niets aan toe dat voor de onderhavige kwestie van belang kan zijn.

Volgens de rechtspraak is — mijns inziens terecht — dus enkel vereist, dat elk van de adressaten in de beschikking „nauwkeurig” kan lezen welke „grieven” er tegen hemzelf bestaan. In de rechtspraak van het Hof wordt echter — ik zei bijna uiteraard — niets gezegd over de vraag, hoe precies een beschikking moet zijn om te kunnen stellen, dat iets er „nauwkeurig” uit kan worden afgeleid.

In casu geeft de Commissie in deel I, A van de beschikking een uitvoerige beschrijving van de door haar relevant geachte markt-omstandigheden. Dit gedeelte levert geen problemen op. In deel I, C geeft de Commissie in de punten 15 tot en met 68 een beschrijving van het bewijsmateriaal waarover zij beschikt. In punt 15 begint zij met een beschrijving van het karakter van deze bewijsstukken; vervolgens bespreekt zij, mijns inziens zeer zorgvuldig, de oorspronkelijke bodemprijsovereenkomst, de geregelde bijeenkomsten, het doel van de bijeenkomsten, het richtprijzenstelsel, de prijsinitiatieven en de tenuitvoerlegging ervan, de individuele prijsinitiatieven, de quotaregelingen en de bijzondere positie van de vier voornaamste producenten. In deel I, F worden alle ondernemingen met name genoemd en wordt ingegaan op de vraag, in hoeverre zij volgens de Commissie bij de gewraakte gedragingen betrokken waren. In de punten 79 tot en met 94 zet de Commissie haar

⁴¹ — Arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 en volgende, Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 111.

⁴² — Zie noot 8 (r. o. 32).

juridische beoordeling van de zaak op gedetailleerde wijze uiteen. Zij doet dit op een manier die, zo het Gerecht zich in die beoordeling kan vinden, als juridische motivering het dispositief ten volle kan dragen. In punt 95 gaat de Commissie in op haar internationale rechtsbevoegdheid, in de punten 96 tot en met 102 bespreekt zij de twijfel die er zou kunnen bestaan met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de individuele ondernemingen, en in punt 103 behandelt zij het probleem van de verjaring. In de punten 104 en 105 wordt voor elk van de ondernemingen afzonderlijk vermeld, in welke periode deze volgens de Commissie bij de gewraakte gedragingen betrokken is geweest.

Om te beginnen is er dus, algemeen gezien, een duidelijke afbakening in de tijd. Verder heeft de Commissie zich in elk geval uitgesproken over de belangrijkste aansprakelijkheidsgronden en heeft zij op gedetailleerde wijze beschreven waaraan de ondernemingen zich haars inziens schuldig hebben gemaakt en in hoeverre ieder van hen bij de gewraakte gedragingen betrokken is geweest. Gelet op een en ander ben ik van oordeel, dat verzoeksters standpunt betreffende de motivering van de beschikking niet kan worden aanvaard.

4. De uitlegging van artikel 85 als formeel probleem

Het laatste probleem dat in het kader van deze algemene behandeling van de zaken dient te worden besproken, is het door enkele verzoeksters aangevoerde argument, dat de omstandigheid dat de Commissie in

haar beschikking geen onderscheid maakt tussen een overeenkomst in de zin van artikel 85 en onderling afgestemde feitelijke gedragingen een schending van een aantal essentiële rechtszekerheidswaarborgen oplevert, waardoor afbreuk wordt gedaan aan verzoeksters' mogelijkheden om tegen de beschikking van de Commissie adequaat verweer te voeren.

Dit standpunt is terug te voeren op de door verzoeksters voorgestane uitlegging van artikel 85, volgens welke er pas van onderling afgestemde feitelijke gedragingen kan worden gesproken wanneer er een bepaald feitelijk marktgedrag kan worden aangetoond. Verzoeksters zijn dan ook van mening, dat het bewijs van de twee typen van inbreuken verschillend is en dat er dus ook verschillende feiten moeten worden bewezen. Derhalve is de Commissie volgens verzoeksters verplicht, precies aan te geven wat zij als een overeenkomst en wat zij als een onderling afgestemde feitelijke gedraging beschouwt. Doordat de Commissie zulks heeft nagelaten, is er volgens verzoeksters een dermate versluierd beeld ontstaan, dat afbreuk is gedaan aan hun mogelijkheden om effectief verweer te voeren.

Verzoeksters betwisten evenwel niet, dat de Commissie haar beschikking met recht heeft opgesteld zoals zij heeft gedaan, indien het inderdaad zo is, dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging niet impliceert dat dit gedrag in de markt tot uiting is gekomen. Anderzijds zal de Commissie het er vermoedelijk mee eens zijn, dat indien verzoeksters gelijk hebben, de beschikking aldus had moeten worden opgesteld, dat daaruit duidelijk kon worden opgemaakt, wat de Commissie als overeenkomst en wat zij als onderling afgestemde feitelijke gedraging beschouwde.

Zoals ik eerder al stelde, staat het echter vast, dat het motiveringsvereiste moet worden gezien in het licht van de door de Commissie feitelijk tot uitdrukking gebrachte rechtsopvatting.

Zoals we zullen zien, hangt het antwoord op deze vraag dus af van de uitlegging van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1. De motivering, die op zichzelf genomen het standpunt van de Commissie uitstekend weergeeft (zie met name de punten 87, derde en vierde alinea, van de beschikking), voldoet mijns inziens dan ook aan de in artikel 190 gestelde vereisten. Indien de door de Commissie verdedigde rechtsopvatting wordt verworpen, zal daarmee ook de motivering tekortschieten, maar in dat geval zal dit niet veel belang meer hebben.

C — Het begrip „onderneming” als „handelingsbevoegd rechtssubject”

In de punten 96 tot en met 102 van de beschikking zet de Commissie uiteen, welke betekenis haars inziens aan een aantal binnen de Europese petrochemische industrie tot stand gebrachte reorganisaties moet worden toegekend in verband met de vraag, in hoeverre bepaalde ondernemingen aansprakelijk kunnen worden geacht voor de in de beschikking gestelde inbreuken. De overwegingen van de Commissie hebben onder meer betrekking op de situatie van Anic, Rhône-Poulenc en Saga Petrokjemij.

In punt 96, tweede alinea, van de beschikking stelt de Commissie onder meer:

„de activiteiten van Anic in de polypropyleensector werden (...) overgenomen door Montepolimeri (...), maar Anic is als onder-

neming steeds blijven voortbestaan. De Commissie is niet van mening dat Anic door de overdracht van haar activiteiten in deze sector (...) bevrijd is van haar verantwoordelijkheid voor inbreuken waaraan zij tot het tweede halfjaar van 1982 deelnam. Hetzelfde geldt voor Rhône-Poulenc die begin 1981 haar activiteiten in de polypropyleensector van de hand deed.”

In de punten 97 tot en met 100 van de beschikking gaat de Commissie vervolgens uitvoerig in op de structurele veranderingen die Saga Petrokjemij had ondergaan. Hieruit blijkt onder meer, dat Saga Petroleum tot 1982 56% en nadien 100% van de aandelen van Saga Petrokjemij in handen had, maar dat de Commissie geen reden zag om de twee ondernemingen voor de oplegging van de boete als één onderneming te beschouwen en de door Saga Petrokjemij begane inbreuken aan Saga Petroleum toe te rekenen. In 1983 werd Saga Petroleum aan Statoil verkocht en op 1 januari 1984 hield Saga Petrokjemij op als afzonderlijke rechtspersoon te bestaan, toen zij „in Statoil opging”, dat wil zeggen met Statoil fuseerde. Verder wordt verklaard, dat de onderneming thans „een afzonderlijke winstplaats in de Statoil-organisatie” vormt. Vervolgens heet het, dat Statoil thans onder haar eigen naam de activiteiten in de thermoplasticssector uitoefent, die voorheen werden waargenomen door Saga Petrokjemij, waarvan de met de afzet belaste dochterondernemingen in Denemarken en het Verenigd Koninkrijk thans formeel optreden als dochterondernemingen van Statoil, maar „precies dezelfde functie als voorheen vervullen met betrekking tot de verkoop en marketing van thermoplastics”.

De Commissie stelt verder, dat „niet ernstig” kan worden betwist, dat zij Saga Petrokjemij een boete had kunnen opleggen,

indien deze onderneming in haar oorspronkelijke vorm was blijven voortbestaan. Volgens de Commissie is de hamvraag, of de „onderneming die de inbreuk beging na de fusie en ondanks de wijzigingen in haar structuur en rechtsvorm nog voortbestaat of dat zij werd geliquideerd”. Voor de beantwoording van deze vraag zijn uitsluitend de voorschriften van het gemeenschapsrecht bepalend. De Commissie definieert het begrip „onderneming” vervolgens als een eenheid die zich bezighoudt met commerciële activiteiten, en die bij vennootschappen betrekking kan hebben op een moeder- of dochteronderneming of op de eenheid die door de moeder- of dochterondernemingen te zamen wordt gevormd.

De Commissie is van mening, dat de onderneming die de inbreuk beging — Saga Petrokjemi — „is blijven voortbestaan”, ook al is zij opgenomen in een groter concern. Volgens de Commissie is in dit verband beslissend, of er een economische en functionele continuïteit tussen de oorspronkelijke onderneming en haar opvolgster bestaat, ook al heeft die opvolgster de laakbare activiteiten niet voortgezet. Ten aanzien van die economische en functionele continuïteit wijst de Commissie er vervolgens op, dat de opvolgster — Statoil — Saga Petrokjemi niet heeft ontbonden of haar activa heeft vereffend, maar dat zij integendeel de economische activiteiten van Saga Petrokjemi heeft voortgezet en haar belangrijkste functies op het gebied van de exploitatie en de afzet van produkten is blijven uitoefenen. De Commissie wijst verder op advertenties in de vakpers, waarin de nadruk wordt gelegd op de continuïteit wat activiteiten, beheer en personeel betreft, en op de omstandigheid dat het hooggeplaatste kaderlid van Saga Petrokjemi, dat deelnam aan de „bosses”-bijeenkomsten, zijn oude functie behield en later tot president van Statoil's afdeling petrochemie en plastic werd bevorderd. De Commissie komt vervolgens tot de conclusie, dat de onderneming die de inbreuk beging, economisch gezien nog steeds

kan worden geïdentificeerd, zodat de aansprakelijkheid voor de inbreuk met de fusie niet is opgehouden. De aansprakelijkheid voor de inbreuk berust dus bij de onderneming die middels een fusie de onderneming overnam die de inbreuk had begaan.

In haar beschikking maakt de Commissie een onderscheid tussen het Noorse geval en de situatie van Anic en van Rhône-Poulenc. Zij stelt namelijk, dat in de laatste twee gevallen de ondernemingen die de inbreuk begingen, als afzonderlijke eenheden in stand bleven, ofschoon zij hun polypropyleenbedrijf aan andere producenten hadden overgedragen (zie punt 101, eerste alinea, van de beschikking).

Rhône-Poulenc heeft geen bezwaar gemaakt tegen het feit, dat zij aansprakelijk wordt geacht voor eventuele inbreuken die zijn begaan in het tijdvak voor zij haar polypropyleenbelangen van de hand deed. Anic daarentegen heeft betoogd, dat de Commissie haar ten onrechte een boete heeft opgelegd voor handelingen die zijn verricht vóór de overdracht van haar polypropyleenactiviteiten aan Montedipe. Zij acht zich hierdoor benadeeld ten opzichte van de Noorse ondernemingen. Bovendien zou die behandeling op gespannen voet staan met de voorheen door de Commissie gevolgde praktijk, volgens welke de aansprakelijkheid — die met een boete kan worden gesanctioneerd — de overgedragen activiteit „volgt”. Aan het begin van de procedure betoogde Anic bovendien, dat er tegenspraak bestond tussen de wijze waarop de Commissie aankeek tegen de relatie Anic — Montedipe en de opvatting van de Commissie over de verhouding tussen Anic en SIR. Anic was namelijk van mening, dat de Commissie eventuele inbreuken die SIR had begaan alvorens de polypropyleenactiviteiten van deze onderneming door Anic werden overgenomen, aan Anic had toegerekend.

Zoals tijdens de procedure is gebleken, is er ten aanzien van de verhouding SIR — Anic sprake van een klein misverstand. De Commissie heeft namelijk ter terechtzitting gesteld, dat het niet haar bedoeling was om Anic de gevolgen te laten dragen van door SIR verrichte handelingen. Het misverstand lijkt te zijn ontstaan doordat de Commissie zich voornamelijk heeft gebaseerd op bewijsmateriaal waarin SIR en Anic in één adem worden genoemd, en aangezien Anic in feite in 1982 de polypropyleenactiviteiten van SIR overnam via haar dochtervennootschap SIL SpA, die later werd overgenomen door Enoxy Chimica SpA, verkeerde Anic in de veronderstelling, dat de Commissie eventuele door SIR begane inbreuken aan haar had toegerekend. De Commissie ontkent evenwel dat zulks het geval is geweest; de opmerkingen van Anic, dat er tot aan de overname geen enkele band bestond tussen SIR en Anic en dat er in de fabrieken van SIR geen productie van betekenis voor rekening van Anic was verricht, worden door haar dan ook niet weersproken.

Derhalve kan worden vastgesteld, dat de Commissie niet heeft gewild, dat met de overdracht van SIR's activiteiten in de polypropyleensector aan Anic, ook eventuele aansprakelijkheden „mee over gingen”. Anic is echter nog steeds van mening, dat de Commissie bij de vaststelling van de haar opgelegde boete niet naar behoren rekening heeft gehouden met de marktaandeelen waarover SIR in de relevante periode beschikte. Anic is bovendien van mening, dat de Commissie ten onrechte heeft nagelaten, de omstandigheid dat Anic en SIR in een aantal bewijsstukken samen worden genoemd, bij de bewijsvoering in het voordeel van Anic te laten werken. De gemeenschappelijke benaming SIR/Anic zou immers net zo goed kunnen betekenen, dat de inbreuk in plaats van door Anic geheel of gedeeltelijk door SIR is begaan. Beide door Anic naar voren gebrachte standpunten worden door de Commissie bestreden. Het betreft hier een bewijskwestie, waarop ik in het aan Anic gewijde hoofdstuk nader zal ingaan.

Anic heeft vervolgens de vraag gesteld, waarom de Commissie geen rechtsvervolgning heeft ingesteld tegen SIR, aangezien zij zegt, dat zij Anic niet aansprakelijk heeft willen stellen voor SIR's vroegere activiteiten. De Commissie verklaart, dat zij tegen SIR geen vervolging instelde, omdat deze onderneming in liquidatie was. Anic heeft hiertegen ingebracht, dat SIR nog altijd bestaat aangezien zij werd overgenomen door een consortium van onder meer banken, en dat zij thans deel uitmaakt van het Montedison-concern. Op grond van de beschikbare gegevens is het echter nog altijd niet helemaal duidelijk; wat er nu eigenlijk van SIR is geworden.

Uit het door de Commissie gestelde lijkt echter duidelijk naar voren te komen, dat deze van mening is, dat zo er naar aanleiding van de door SIR begane inbreuken iemand vervolgd had moeten worden, dit niet Anic op grond van de overname van de polypropyleenactiviteiten van SIR was, doch datgene wat er van SIR nog over bleef. Dat de Commissie — kennelijk om opportuniteitsredenen — ervoor heeft gekozen, de in liquidatie verkerende onderneming uiteindelijk niet te vervolgen, kan mijns inziens niet worden aangevoerd ter ondersteuning van het argument, dat de Commissie bij haar benadering van de verschillende situaties consequent heeft gehandeld, zelfs niet indien het niet instellen van rechtsvervolgning zou moeten worden toegeschreven aan het feit, dat de Commissie de aansprakelijkheidskwestie verkeerd heeft beoordeeld. Het is dus vrij duidelijk, hoe de Commissie in de onderhavige zaak tegen die aansprakelijkheidskwestie aankijkt, en diezelfde opvatting komt ook weer terug waar het gaat om de verhouding Anic-Montedipe, waar het betrokken probleem zich werkelijk voerdeed.

Gelet op een en ander moet er een standpunt worden bepaald ten aanzien van de vraag, hoe het zit met de aansprakelijkheid ingeval een bepaalde eenheid op het moment dat zij wordt overgedragen of anderszins in andere handen overgaat, een inbreuk heeft begaan, maar hiervoor nog niet is bestraft. Er moet met andere woorden worden nagegaan, wat er moet gebeuren met betrekking tot een „onderneming” in de zin van een „handelingsbevoegd rechtssubject”, die herstructureringen heeft ondergaan welke gewijzigde eigendomsverhoudingen meebrengen. Vanuit het oogpunt van de overdragende onderneming is natuurlijk de belangrijkste vraag, of het mogelijk is een onderneming over te dragen mét de bijbehorende latente strafrechtelijke aansprakelijkheid krachtens de mededingingsregels; voor de verkrijgende onderneming is het daarentegen van belang, of een verkrijger die zich zelf niet schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatig gedrag, zich niettemin een boete op de hals kan halen wegens een economische activiteit die hij heeft overgenomen nadat het laakbare gedrag had plaatsgevonden. In dit verband wil ik er om te beginnen op wijzen, dat het weliswaar zo is dat de onrechtmatige handelingen zelf op objectieve grondslag aan de onderneming kunnen worden toegerekend, zodat, ongeacht de ingesteldheid van degenen die namens de onderneming hebben gehandeld, kan worden gelast de inbreuken te beëindigen, maar dat ingevolge artikel 15 van verordening nr. 17/62 voor het opleggen van een boete altijd is vereist, dat er opzettelijk of uit onachtzaamheid is gehandeld (zie artikel 15, lid 2).

In de tweede plaats is deze vraag in zoverre verschillend van de kwestie, wie er uiteindelijk voor de opgelegde boeten heeft in te staan. Het heeft geen zin om een bepaalde afdeling van een onderneming een boete op te leggen, wanneer die boete ten opzichte van die eenheid toch niet ten uitvoer kan worden gelegd. Derhalve moet altijd worden gezocht naar de rechtspersoon — of in voorkomend geval de natuurlijke persoon

— op wie de opgelegde boete kan worden verhaald (zie in dit verband punt 101, tweede alinea, van de beschikking), hetgeen op zich al aanleiding kan geven tot problemen.

Met betrekking tot de aansprakelijkheidskwestie heeft Anic meer in het bijzonder aangevoerd, dat de Commissie bij de beoordeling van de situatie van Anic een andere definitie van het begrip „onderneming” heeft gehanteerd dan zij ten aanzien van de Noorse ondernemingen heeft gedaan. In de „Noorse gevallen” heeft de Commissie de onderneming beschouwd als een economisch-functionele eenheid en niet als een rechtspersoon. Anic is in de polypropyleensector echter niet blijven voortbestaan als „onderneming”, maar als een juridische eenheid die een aantal andere economisch-functionele eenheden, welke niet in de polypropyleensector werkzaam zijn, in eigendom heeft. Het onderscheidend criterium waarop de Commissie zich baseert — namelijk de vraag of de overdrager na de overname is blijven voortbestaan — heeft volgens Anic absurde en willekeurige consequenties, aangezien het de aansprakelijkheid van de overdragende onderneming uitsluitend laat afhangen van het antwoord op de vraag, of deze onderneming nog economische activiteiten verricht, en zo ja, hoe deze zijn georganiseerd. De innerlijke tegenstrijdigheid van het door de Commissie verdedigde standpunt komt volgens Anic duidelijk aan het licht, wanneer men de situatie van Anic vergelijkt met de verhouding tussen PCUK en Atochem in de peroxydezaak, waarvan de Commissie in punt 101 van de beschikking gewag maakt. Indien het standpunt van de Commissie wordt aanvaard, zou Anic haar aansprakelijkheid reeds hebben kunnen ontlopen door haar activiteiten in de overige sectoren over te dragen aan andere ondernemingen in de ENI-groep. Het door de Commissie gehanteerde onderscheidend criterium is derhalve niet ter zake dienend. Volgens Anic valt namelijk moeilijk in te zien, hoe het al dan niet bestaan van de „juridische huls” door de Commissie

kan worden aangegrepen om nu eens de „onderneming” en dan weer de „juridische huls” te vervolgen. Ongeacht of de Commissie voor de aansprakelijkheidskwestie de onderneming dan wel het juridisch omhulsel doorslaggevend acht, moet zij consequent aan haar standpunt vasthouden, zonder daarbij rekening te houden met de vraag, of de door haar beslissend geachte eenheid is blijven voortbestaan. Anic betoogt, dat er met de overdracht van haar polypropyleenbelangen eigenlijk een ondernemingsoverdracht heeft plaatsgevonden, aangezien al haar materiële en immateriële activa — inclusief machines en know-how — in de polypropyleensector aan Montepolimeri werden overgedragen. De polypropyleenafdeling vormde binnen Anic een aparte economische eenheid en die economische eenheid werd overgedragen. Als vennootschap kan Anic worden beschouwd als een verzameling van verschillende ondernemingen. De omstandigheid dat één van die ondernemingen werd overgedragen, terwijl de overige bij Anic bleven, lijkt de situatie van Anic niet in voldoende mate te onderscheiden van die van de Noorse ondernemingen.

De Commissie heeft hierop geantwoord, dat zij de Noorse ondernemingen en Anic niet verschillend heeft behandeld. Terwijl de Noorse onderneming bleef voortbestaan als een onderdeel van Statoil en daarbij haar economische en functionele kenmerken grotendeels behield, is Anic na de overdracht van haar produktiefaciliteiten in de polypropyleensector dezelfde onderneming gebleven als voor die tijd. Wat de Noorse ondernemingen betreft, is de Commissie er niet van uitgegaan, dat het begrip onderneming samenvalt met een bepaalde produktie of een bepaalde activiteit. Volgens de Commissie is het begrip onderneming evenwel een complex begrip, dat zowel personeel als materiële elementen omvat, waarmee een nader bepaalde economische activiteit wordt uitgeoefend. De opvattingen van concurrenten en afnemers kunnen een rol spelen bij de identificatie van de onderneming. Ook na het

afstoten van haar polypropyleenbelangen is Anic in de ogen van afnemers en concurrenten Anic gebleven. Dezen hebben kunnen vaststellen, dat Anic niet langer werkzaam was in de polypropyleensector, maar ook, dat zij haar activiteiten als onderneming voortzette. Anic was namelijk niet opgebouwd uit verschillende ondernemingen, dat wil zeggen één onderneming per produktie. Als onderneming heeft Anic één doel, waarin door het afstoten van de polypropyleenactiviteiten geen verandering is gebracht; zij moet dan ook worden geacht als onderneming te zijn blijven voortbestaan.

Het probleem van het vinden van de schulddige — of, zoals de Commissie het later in de PVC- en LdPE-zaken⁴³ heeft uitgedrukt, „de identificatie van de ondernemingen” — kan ontstaan in de verhouding tussen moeder- en dochtervennootschappen en in verband met een overdracht of anderszooortige eigendomsovergang alsmede bij andere vormen van herstructurering. In de verhouding moeder-/dochtervennootschap kan een onderneming in dit verband de moedervennootschap, de dochtervennootschap of de economische eenheid van moeder en dochter te zamen zijn. Dit probleem is in de rechtspraak van het Hof herhaaldelijk aan de orde geweest en is in de literatuur uitvoerig behandeld.⁴⁴ Er zijn echter slechts weinig uitspraken geweest waarin een dergelijk probleem zich voordeed in verband met een overdracht.

In het arrest Suiker Unie⁴⁵ ging het om de vraag, of de „Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA” aansprakelijk kon worden gesteld. Suiker Unie, die haar bedrijf op 2 januari 1971 had aangevangen, bestreed

43 — Beschikkingen van 21 december 1988, IV/31.865, PVC, en IV/31.866, LdPE, PB 1989, L 74, blz. 1, respectievelijk 21.

44 — Zie laatstelijk Rüttsch, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen*, Köln 1987, en Lipowsky, *Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen*, München 1987.

45 — Reeds aangehaald in noot 41.

dat zij aansprakelijk kon worden gesteld voor vóór die tijd begane inbreuken. De feiten lagen als volgt. In 1966 hadden vier coöperaties bij wijze van overgangsregeling een samenwerkingsorgaan opgericht, waarbij zij als leden waren aangesloten. In 1970 werd echter een aandelenvennootschap gevormd, waarin de leden van de vier oorspronkelijke coöperaties rechtstreeks deelnamen. Vervolgens werd het samenwerkingsorgaan, dat bij de inbreuken betrokken was geweest, opgeheven. Suiker Unie betoogde nu, dat zij niet aansprakelijk kon worden gesteld voor door het samenwerkingsorgaan verrichte handelingen, aangezien zij hiervan geen activa had overgenomen, maar enkel kon worden beschouwd als de opvolgster — in juridische en economische zin — van de vier oorspronkelijke coöperaties. Het Hof overwoog dienaangaande (rechtsoverwegingen 84 tot en met 88), dat aangezien Suiker Unie alle rechten en verplichtingen van de vier coöperaties van de oude vereniging had overgenomen, zij als opvolgster in economische zin was te beschouwen van de oude vereniging zowel als van haar leden, die haar ook zelf die functie hadden willen toewijzen. Het Hof wees er voorts op, dat het onbetwist was dat onder de benaming „Suiker Unie” steeds dezelfde ondernemingen, grotendeels geleid door dezelfde personen en hun zetel houdend op hetzelfde adres, waren begrepen, en dat zelfs niet was gesteld dat het marktgedrag van Suiker Unie naar aard van dat der oude vereniging zou hebben verschild. Het Hof concludeerde dan ook, dat het gedrag van Suiker Unie en haar voorganger op de markt was gekenmerkt door „een kennelijke eenheid van optreden welke medebrengt dat bedoeld gedrag aan verzoekster (Suiker Unie) mag worden toegerekend”. Advocaat-generaal Mayras ging in zijn conclusie uitvoerig in op de betrokken kwestie (blz. 2091 tot en met 2092). Hij merkte onder meer op, dat de boeten volgens de mededingingsregels aan ondernemingen als economische eenheden worden

opgelegd, en dat het de economische realiteit is die hier de doorslag moet geven. Hij wees verder op het gevaar van ontduiking en verklaarde, dat de Commissie de vroegere gedragingen aan de nieuwe rechtspersoon kan toerekenen, zolang het maar „om dezelfde economische eenheid gaat”.

In haar conclusie in de zaak Rheinink⁴⁶ wees advocaat-generaal Rozès eveneens op het gevaar van ontduiking. Zij stelde voorts, dat niet de voortgezette handeling — hetgeen dikwijls voortgezet laakbaar gedrag zal zijn — doorslaggevend is, maar dat er een afweging moet worden gemaakt van de aanwijzingen op grond waarvan het Hof in de suikerzaken eenheid van optreden had vastgesteld, namelijk dat Suiker Unie alle rechten en verplichtingen van de coöperaties had overgenomen, dat niet was betwist dat er sprake was van dezelfde ondernemingen, en dat zelfs niet was gesteld, dat het marktgedrag van Suiker Unie van dat der oude vereniging zou hebben verschild. Volgens de advocaat-generaal kon het enkele feit dat er sprake was van voortgezet laakbaar gedrag, niet beslissend worden geacht. Doorslaggevend zou daarentegen zijn, dat de rechten en verplichtingen van de vroegere onderneming waren overgenomen en dat de plaats van vestiging en de directie van de onderneming ongewijzigd waren gebleven. Zij concludeerde in de betrokken zaak dan ook, dat de Rheinink GmbH en een vroegere onderneming — „Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.” — weliswaar niet identiek waren, maar dat er met betrekking tot de gestie der ondernemingen, gezien beider economische en juridische relaties, mocht worden gesproken van „een continuïteit” die toerekening van de gewraakte inbreuken aan Rheinink GmbH rechtvaardigden. In rechtsoverweging 9 van het arrest stelde het Hof vast, dat Rheinink GmbH de vroegere vennootschap volledig had overgenomen en de economische activiteiten ervan had voortgezet. Vervolgens overwoog

⁴⁶ — Arrest van 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83, CRAM en Rheinink, Jurispr. 1984, blz. 1679.

het, dat een wijziging van rechtsvorm en naam van een onderneming er niet toe leidt, dat de nieuwe onderneming niet heeft op te komen voor de met de mededinging strijdige gedragingen van eerstgenoemde onderneming, wanneer de onderneming economisch gezien dezelfde is gebleven.

Met betrekking tot de door de Commissie gevolgde praktijk wil ik om te beginnen wijzen op de peroxydebeschikking, waarnaar de Commissie in punt 101, laatste alinea, van de polypropyleenbeschikking verwijst en die ook in de onderhavige zaak wordt besproken. In punt 49, vierde en vijfde alinea, van de peroxydebeschikking wordt verklaard:

„Op alle relevante data was PCUK, een onderdeel van het conglomeraat Pechiney-Ugine-Kuhlmann, de andere Franse leverancier naast L'Air Liquide. In 1983 werd de Franse chemische industrie gereorganiseerd en werd de peroxydeafdeling van PCUK overgedragen aan Atochem, een onderdeel van het Elf-Aquitaine-concern. De Commissie is van mening dat een beschikking moet worden gericht tot Atochem als de huidige eigenaar van de commerciële eenheid die bij de inbreuken was betrokken en de activa te zamen met de economische doelstellingen van PCUK in deze sector heeft overgenomen. Atochem moet tevens aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van eventuele geldboeten die wegens inbreuken die door PCUK zijn gepleegd, worden opgelegd.”

In de polypropyleenbeschikking heeft de Commissie thans gesteld, dat de onderneming PCUK, die de inbreuk had begaan, werd gesplitst nadat de inbreuk was beëindigd en haar peroxydebelangen waren overgenomen door Atochem. De Commissie stelt verder, dat moet worden aangenomen

dat waar PCUK had opgehouden als een afzonderlijke rechtspersoon voort te bestaan en waar Atochem de peroxydeactiviteiten en de economische doelstellingen van PCUK had overgenomen, Atochem de adressaat van de beschikking diende te zijn. Het is waar, dat PCUK later werd geliquideerd — zoals overigens ook blijkt uit punt 43 van de PVC-beschikking —, maar in de peroxydebeschikking wordt hiervan geen melding gemaakt. Derhalve blijkt met name niet, dat de Commissie belang heeft gehecht aan de vraag, in hoeverre de onderneming voor een deel nog was blijven voortbestaan. Gezien de bewoordingen van de beschikking lijkt de Commissie eerder belang te hebben gehecht aan de overname van activa en economische doelstellingen — dat wil zeggen de overname van de peroxydebelangen — dan aan de vraag, of de overdragende onderneming was blijven voortbestaan. Dat de Commissie vroeger vermoedelijk van mening was — en dat is wat Anic haar aanwrijft —, dat de aansprakelijkheid de productie en de inkomsten volgt, lijkt verder te kunnen worden opgemaakt uit de PVC-beschikking (punt 44), waaruit onder meer blijkt dat Norsk Hydro, die de PVC-activiteiten van een nog steeds bestaande onderneming had overgenomen, volgens de oorspronkelijke opvatting van de Commissie aansprakelijk moest worden gehouden voor vroegere inbreuken, maar dat de Commissie thans — dat wil zeggen in de PVC-beschikking — erkent, dat de overdragende onderneming aansprakelijk had moeten worden gesteld.

In de PVC- en LdPE-beschikkingen stelt de Commissie ten aanzien van deze kwestie in het algemeen:

„In elke zaak waarin een producent een reorganisatie heeft ondergaan dan wel zich van zijn LdPE-activiteiten heeft ontdaan, komt het in hoofdzaak erop aan:

- i) vast te stellen welke onderneming de inbreuk heeft begaan;
- ii) uit te maken of die onderneming in haar fundamentele vorm nog bestaat dan wel of zij is geliquideerd.

Voor de beantwoording van de vraag naar de identiteit van een onderneming is uitsluitend het gemeenschapsrecht bepalend en zijn organisatorische veranderingen in de zin van de nationale vennootschapswetgevingen niet van doorslaggevend belang.

Zo is het irrelevant dat een onderneming haar LdPE-afdeling aan een andere onderneming heeft verkocht: de koper wordt hierdoor niet aansprakelijk voor de deelneming van de verkoper in het kartel. Indien de onderneming die de inbreuk heeft begaan, blijft bestaan, dan blijft zij — ondanks de overdracht — aansprakelijk.

Wanneer aan de andere kant de inbreukmakende onderneming zelf door een ander producent wordt opgeslorpt, zal haar aansprakelijkheid wellicht mee overgaan en moeten worden gedragen door de nieuwe, door fusie ontstane eenheid."

In beide beschikkingen bespreekt de Commissie vervolgens een aantal concrete gevallen. Zonder op deze gevallen nader in te gaan, kan op grond van het bovenstaande en van hetgeen de Commissie in de onderhavige zaken heeft aangevoerd, wellicht op goede gronden worden vastgesteld, dat de Commissie thans van mening is, dat de aansprakelijkheid mee overgaat indien er sprake is van een fusie waarbij de vroegere onderneming in haar geheel opgaat in de nieuwe, als „onderneming” beschouwde eenheid.

Daarentegen blijft de aansprakelijkheid waar zij is, indien er nog een onderneming over is, in elk geval indien deze „in haar fundamentele vorm nog bestaat”.

De Commissie lijkt in haar beschikkingen enigszins te hebben gearzeld tussen de individualiserende methode die zij ten aanzien van Saga Petrokjemi/Statoil heeft toegepast, en een eenvoudiger variant, volgens welke het doorslaggevende criterium is, of de vroegere onderneming in haar fundamentele vorm nog bestaat. Daarom was het voor Anic niet moeilijk om de Commissie op dit punt aan te vallen.

Zoals uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof en in zoverre ook uit de door de Commissie gevolgde praktijk duidelijk blijkt, moet er in elk individueel geval in concreto worden bepaald, wat er van de schuldige „onderneming” is overgebleven. In de polypropyleenbeschikking en in haar processtukken in de zaak Anic heeft de Commissie de meeste van de in aanmerking komende factoren op uitstekende wijze uiteengezet. Bovendien heeft zij in het onderdeel van de beschikking dat betrekking heeft op Saga Petrokjemi, op voorbeeldige wijze beschreven, waarom Statoil haars inziens aansprakelijk moet worden gesteld.

Er moet dus steeds nauwkeurig worden onderzocht, hoe de combinatie van materiële en personele elementen — die moeten worden geacht „de onderneming” te vormen — is opgegaan in de gewijzigde structuur. In dit verband wil ik er opnieuw aan herinneren, dat voor het opleggen van een boete opzet, respectievelijk onachtzaamheid is vereist, en dat daarom aan de personele factoren, waaraan het Hof in de genoemde rechtspraak belang heeft gehecht, bijzondere betekenis moet worden toegekend.

Het standpunt waarvan men de Commissie misschien heeft kunnen verdenken, namelijk dat een eventueel overblijvende ondernemingsstructuur onder alle omstandigheden kan worden beboet, is dan ook niet zonder meer juist, al zal het misschien in de regel wel correct blijken te zijn. Aan de andere kant kan het van belang zijn te beklemtonen, dat algemene overwegingen inzake de voorwaarden en de functie van het boetesysteem tot de conclusie kunnen leiden, dat er zwaarwegende gronden moeten zijn om bij gebreke van een bijzondere rechtsgrond te kunnen bepalen, dat men middels de verwerving van een produktie-eenheid aansprakelijk kan worden gesteld voor een door de overdragende onderneming met betrekking tot die produktie-eenheid begane inbreuk. Ook de Commissie lijkt zich hiervan bewust te zijn. Zonder dat ik hiermee een oordeel wil vellen over de wijze waarop de Commissie in haar beschikking de Noorse ondernemingen heeft behandeld, kan dus worden gesteld, dat het voor de aansprakelijkheidskwestie van wezenlijk belang is, of de bestuursorganen en/of de personen die achter de inbreuken hebben gestaan, bij de overdracht mee overgegaan zijn.

Met betrekking tot het geval Anic beschikken wij slechts over weinig gegevens. Tegenover de stelling van de Commissie, dat Anic nog steeds werkzaam is als „onderneming” in de bovenomschreven zin, kan in feite alleen de opmerking van Anic worden gesteld, dat alle materiële en immateriële rechten — inclusief produktiefaciliteiten en know-how — zijn verkocht. Tegen het argument van de Commissie, dat Anic na het afstoten van haar polypropyleenactiviteiten in de ogen van afnemers en concurrenten gewoon Anic is gebleven en de in punt 101 van de beschikking geponeerde stelling, dat de gevallen Anic en Rhône-Poulenc anders zijn dan Saga, waarbij onder meer ook het bestuur en het personeel aan Statoil waren overgedragen, heeft Anic met name niet ingebracht, dat de voor de polypropyleenacti-

viteiten verantwoordelijke bestuursorganen en/of personen Anic zouden hebben verlaten of mee zouden zijn overgegaan naar Montedipe.

De omstandigheid dat Anic zelfs alle materiële en immateriële rechten — inclusief fabrieken en know-how — aan Montedipe heeft overgedragen, is in het licht van de bovenbesproken rechtspraak van het Hof en gelet op hetgeen ik heb gezegd over de voorwaarden en de functie van het boetesysteem, mijns inziens niet voldoende om Anic niet langer aansprakelijk te achten, nu er immers van moet worden uitgegaan, dat Anic in wezen nog steeds bestaat in haar toenmalige vorm en met haar toenmalige bestuursorganen en bestuurders, zij het dat zij haar polypropyleenbelangen van de hand heeft gedaan.

D — *De uitlegging van artikel 85*

1. *Inleiding*

Artikel 85, lid 1, verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen, welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In artikel 85, lid 1, sub a tot en met e wordt een — niet uitputtende — opsomming gegeven van de vormen van gedrag waaraan verzoeksters zich volgens de Commissie hebben schuldig gemaakt. Ingevolge artikel 85, lid 2, zijn alle krachtens het eerste lid ver-

boden overeenkomsten of besluiten van rechtswege nietig.

In de thans bij het Gerecht aanhangige zaken heeft de uitlegging van artikel 85 met name aanleiding gegeven tot onenigheid over de betekenis van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” en over de vraag, of een veelheid van handelingen of — in voorkomend geval — verzuimen, die voor een deel volkomen heterogeen van aard zijn, met recht kan worden aangemerkt als één overeenkomst respectievelijk één onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1.

Een vraag die begripsmatig wel los kan worden gezien van bovengenoemde problemen, maar hiermee niettemin nauw verband houdt, is of het verbod van artikel 85 zich ook uitstrekt tot de deelneming aan een kartel als zodanig, met als gevolg dat de betrokkenen uit hoofde van hun deelneming aansprakelijk kunnen worden geacht voor alle in het kader van het kartel begane inbreuken. In de in de onderhavige zaken gevoerde discussies is dit het probleem van de „collectieve aansprakelijkheid” genoemd.

Alvorens nader in te gaan op de uitlegging van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, lijkt het mij echter zinvol eerst enige beschouwingen te wijden aan het begrip „overeenkomst” in de zin van artikel 85.

2. Het begrip overeenkomst

Op basis van de rechtspraak van het Hof kan een vrij precieze definitie van het begrip

„overeenkomst” in de zin van artikel 85, lid 1, worden gegeven. Een onder artikel 85 vallende overeenkomst kan uiteraard op zodanige wijze zijn aangegaan, dat zij voor de betrokken partijen juridisch bindend zou zijn, ware het niet dat zij op grond van artikel 85, lid 2, nietig moest worden geacht. Blijkens de rechtspraak van het Hof kan een overeenkomst in de zin van artikel 85 echter ook een „gentlemen's agreement” zijn ⁴⁷, die niet op juridische gronden, maar uit hoofde van sociaal-psychologische overwegingen moet worden geacht een dwingend en normatief karakter te hebben. Een overeenkomst kan een duurzame contractsverhouding zijn ⁴⁸; zij kan vermoedelijk ook stilzwijgend zijn en behoeft niet schriftelijk te zijn vastgelegd.

Zoals het Hof reeds in het arrest Grundig ⁴⁹ zeer duidelijk heeft vastgesteld, zijn concurrentiebeperkende overeenkomsten verboden zodra zij „ertoe strekken” de mededinging te beperken. De vraag, onder welke omstandigheden een overeenkomst kan worden geacht een beperking van de mededinging ten doel te hebben, zal worden behandeld in het hoofdstuk betreffende het door verzoeksters aangevoerde argument, dat de in geding zijnde overeenkomsten niet als „objectief” doel hadden, de mededinging te beperken.

Het moet worden beklemtoond, dat er sprake is van een zuiver formeel delict, zodat de concrete gevolgen van de overeenkomst buiten beschouwing kunnen blijven (zie laatstelijk het arrest van het Hof in de zaak Sandoz). Deze vorm van inbreuk op

47 — Zie het arrest Chemiefarma, reeds aangehaald in noot 21, r. o. 106 tot en met 116.

48 — Zie het arrest Sandoz.

49 — Reeds aangehaald in noot 36.

artikel 85, lid 1, is terecht omschreven als een abstract gevaarzettingsdelict.⁵⁰

arresten aan genoemd begrip gegeven uitlegging.

Een overeenkomst in de zin van artikel 85 [„overeenkomsten (...) ten gevolge (...)”] kan echter ook het karakter hebben van een zuiver materieel delict; in een dergelijk geval behoeft niet te worden bewezen, dat een beperking van de mededinging wordt beoogd.⁵¹ Anderzijds is het duidelijk, dat een bepaald feitencomplex tegelijkertijd onder beide „delictsoomschrijvingen” kan vallen.

Zoals bij de behandeling van de onderhavige zaken is gebleken, is het verre van gemakkelijk een ook maar enigszins duidelijke definitie te geven van enerzijds een onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ertoe strekt” en anderzijds een onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ten gevolge heeft”.

In de onderhavige zaken hebben de uitlegingsproblemen evenwel geen betrekking op het begrip „overeenkomst”. Zoals ik al zei, heeft daarentegen het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” tot aanzienlijke uitlegingsproblemen geleid.

Uit de in de doctrine en de in het kader van de onderhavige zaken gevoerde discussies valt op te maken, dat velen tot de conclusie zijn gekomen, dat de combinatie onderling afgestemde feitelijke gedraging/doel eigenlijk als een begripsmatige anomalie moet worden beschouwd, wat in feite tot een „weginterpreteren” van dit type delict heeft geleid. Het valt niet te ontkennen, dat een delictstype dat zowel elementen van een formeel delict (doel) als van een materieel delict (feitelijke gedraging die onderling is afgestemd) lijkt te bevatten, moeilijk hanteerbaar kan zijn.

3. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging

a) Probleemstelling

Tot op heden is het Hof slechts zeer zelden om uitlegging van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” in de zin van artikel 85 verzocht. Zoals hierna zal blijken, kan — onder meer omdat de feiten in de tot dusver aan het Hof voorgelegde zaken verschillend waren — voor de oplossing van de specifieke problemen van de thans aanhangige zaken slechts in beperkte mate aansluiting worden gezocht bij de in eerdere

De Commissie acht bewezen, dat aan de beweerde onderlinge afstemming uitvoering is gegeven door de toepassing van parallele maatregelen. Zij is bovendien van mening, dat de markt hierdoor is beïnvloed. Haars inziens behoeft er voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 85 echter niets anders te worden bewezen dan dat er onderlinge afstemming heeft bestaan. De onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat dus in de onderlinge afstemming als zodanig, aldus de Commissie in de onderhavige procedure.

50 — Zie Hildebrandt: *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, blz. 40, Dannecker, Fischer-Fritsch, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, blz. 15; vgl. ook Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, ad artikel 85, nr. 28.

51 — Zie onder meer het arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald in noot 36.

Het is denkbaar dat het Gerecht bewezen zal achten, dat die elementen van het dos-

sier welke met recht als onderling afgestemd feitelijk gedrag kunnen worden aangemerkt, de markt merkbaar hebben beïnvloed, of toch in elk geval dat er parallelle maatregelen zijn getroffen. Het Gerecht zou echter ook tot de conclusie kunnen komen, dat niet met de vereiste zekerheid kan worden vastgesteld, dat de markt merkbaar is beïnvloed of dat er op zijn minst gedragingen zijn geweest die moeten worden geacht op onderlinge afstemming te berusten.

Het is op zich een interessante vraag, hoe moet worden aangekeken tegen een situatie waarin men wél weet, dat er een bepaalde heimelijke verstandhouding tot stand is gekomen, maar niet precies kan vaststellen, wat er nadien is gebeurd.

De feiten in de onderhavige zaken zijn zodanig van aard, dat het aan het Gerecht staat om voor het eerst een uitspraak te doen over de vraag, of het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in artikel 85 ook betrekking kan hebben op gevallen waarin geen bewijzen voorhanden zijn van bepaalde feitelijke handelingen op de markt, maar uitsluitend van tussen de marktdeelnemers gehouden bijeenkomsten, waarop informatie werd uitgewisseld over prijzen, produktiehoeveelheden en dergelijke — welke informatie normaal gesproken wordt geacht onder het zakengeheim te vallen — en waarmee blijkens de tussen partijen gevoerde besprekingen werd beoogd, het latere marktgedrag te coördineren. Het gaat met andere woorden om de vraag, of het in artikel 85 gebezigde begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging een bepaald marktgedrag — als bestanddeel van het delict — veronderstelt, dan wel of volgens deze bepaling reeds het feitelijk gedrag bestaande in de op de bijeenkomsten tot stand gebrachte onderlinge afstemming als zodanig onrechtmatig kan worden geacht, ook al

kan niet worden bewezen dat de betrokken ondernemingen vervolgens bepaalde feitelijke handelingen hebben verricht die aan de onderlinge afstemming moeten worden toegeschreven.

Op grond van de door partijen gemaakte opmerkingen moet bovendien worden ingegaan op de vraag, of ook de strafbare poging onder de werkingsfeer van artikel 85 valt, met andere woorden, of „onderling afgestemde feitelijke gedragingen (...) die ertoe strekken (...)” als bedoeld in artikel 85 op zichzelf reeds als een voltooid delict zijn te beschouwen en niet louter als een poging tot een „onderling afgestemde feitelijke gedraging die ten gevolge heeft”.

b) De betekenis van de vraag in de onderhavige zaken

Het is opmerkelijk, dat het probleem zich juist in deze zaken zo duidelijk voordoet, nu de Commissie — zoals blijkt uit punt 87, derde en vierde alinea, van de beschikking — immers van mening is dat het merendeel van de gewraakte gedragingen als een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, moet worden aangemerkt. De Commissie noemt in feite slechts twee voorbeelden van situaties die haars inziens eerder als een onderling afgestemde feitelijke gedraging dan als een overeenkomst zouden zijn aan te merken. Dit zou het geval kunnen zijn met de in 1981 en 1982 genomen maatregelen tot uitwisseling van informatie over geleverde hoeveelheden. Ook zou dit kunnen gelden voor gevallen waarin een onderneming bij bepaalde elementen van een regeling slechts stilzwijgend betrokken was, zoals bij voorbeeld Shell, die zich ten aanzien van de quotaregelingen nogal passief zou hebben opgesteld.

De Commissie was echter van mening dat hiermee rekening moest worden gehouden; tegelijkertijd heeft zij verklaard of althans te verstaan gegeven, dat ook van een groot aantal andere deelelementen of deelaspecten van het optreden van de ondernemingen kan worden gezegd, dat deze eerder de kenmerken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertonen.

Nu de Commissie geen onderscheid heeft gemaakt, moet er een antwoord worden gevonden op de vraag, of de twee vormen van verboden gedrag — overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen — qua structuur en qua kenmerken zo sterk overeenkomen, dat het voor de toepassing van de bepaling niet nodig is de gewraakte handelingen duidelijk als hetzij een overeenkomst hetzij een onderling afgestemde feitelijke gedraging te kwalificeren.

Aangezien er in de onderhavige zaken — zoals later bij de beoordeling van het bewijsmateriaal zal blijken en zoals ook door de Commissie is betoogd — slechts weinig is dat als een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden aangemerkt, had de Commissie de beschikking vermoedelijk zonder al te veel extra werk anders kunnen opzetten: door een onderscheid te maken tussen de elementen die zij als overeenkomst en die welke zij als onderling afgestemde feitelijke gedraging beschouwde, had zij zich kunnen indekken tegen de mogelijkheid dat het Gerecht de kern van haar betoog van de hand zou wijzen.

Dat heeft de Commissie echter niet gedaan en de vraag is dan ook, wat er gaat gebeuren indien het Gerecht haar op dit punt geen gelijk geeft. Zal het Gerecht het genoemde onderscheid zelf aanbrengen of zal het de beschikking nietig verklaren? Gelet op de rechtspraak van het Hof, waaruit blijkt dat het Hof de hem voorgelegde zaken vrij diepgaand en autonoom pleegt te

beoordelen, kan bezwaarlijk worden uitgesloten dat het Gerecht een zelfstandig onderzoek gaat verrichten. Bij een dergelijk onderzoek zal het echter op minstens twee problemen stuiten. In de eerste plaats zal de beschikking, zo de door de Commissie verdedigde opvatting niet wordt aanvaard, onvoldoende gemotiveerd blijken te zijn. In dat geval voldoet het in de punten 86 tot en met 88 gestelde namelijk geenszins aan het motiveringsvereiste van artikel 190. De tweede moeilijkheid is, dat de Commissie in punt 87 van de beschikking te kennen geeft, dat alle door verzoeksters verrichte handelingen zowel elementen van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen bevatten. De krachtens artikel 173 EEG-Verdrag op het Gerecht rustende controlefunctie kan mijns inziens echter niet meebrengen, dat het Gerecht de aan hem voorgelegde zaak werkelijk vanaf de bodem onderzoekt. Hierop zou het echter wel neerkomen indien het Gerecht zelf met betrekking tot elk element van een heel complex van handelingen moest nagaan, of er sprake was van een overeenkomst dan wel van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Zo de Commissie op dit punt in het ongelijk wordt gesteld, moet de beschikking dus in haar geheel worden nietig verklaard.

c) Middelen en argumenten van partijen

In haar schrijven van 29 maart 1985 heeft de Commissie uitvoerig uiteengezet, hoe zij de verhouding tussen de in artikel 85, lid 1, gebezigde begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging ziet. In de beschikking heeft zij haar opvatting nader uitgewerkt (zie ook deel I, A, 1 van deze conclusie). In de punten 86 tot en met 88 van de beschikking zet de Commissie onder verwijzing naar de arresten ICI en Suiker Unie uiteen, waarom zij van mening is dat er geen onderscheid behoeft te worden gemaakt. Haars inziens moet uiteraard wél worden vastgesteld, aan welke mini-

mumvereisten een bepaalde vorm van samenwerking moet voldoen om als een inbreuk op artikel 85 te kunnen worden aangemerkt.

In het algemene deel van haar verweerschrift geeft de Commissie de meest gedetailleerde beschrijving; een beschrijving die zij later, tijdens de mondelinge behandeling voor het Gerecht, nader heeft uitgewerkt.

Zo voert zij aan, dat „overeenkomsten” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in de zin van het Verdrag alle soorten regelingen omvatten waarbij producenten niet in volkomen zelfstandigheid hun toekomstige mededingingsbeleid bepalen, doch wederzijds beperkingen voor hun vrijheid van handelen aanvaarden. Dergelijke regelingen veronderstellen steeds rechtstreekse of onrechtstreekse contacten tussen concurrenten, of deze nu de vorm hebben van eigenlijke overeenkomsten, van informele afspraken van het type „gentlemen's agreement”, of van een louter feitelijke samenwerking. Volgens de Commissie wordt met het naast elkaar bestaan van de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging in artikel 85 beoogd, elke mogelijke „leemte” in de werkingssfeer van deze bepaling te voorkomen. Artikel 85 is dus van toepassing op alle overeenkomsten, uitdrukkelijk of stilzwijgend, formeel of informeel. Het kan eveneens worden toegepast op louter feitelijke of praktische samenwerking. Een dergelijke samenwerking is niet noodzakelijkerwijs identiek aan een netwerk van parallelle gedragingen op de markt, aangezien artikel 85 ook gedragingen verbiedt die louter ten doel hebben, de mededinging te beperken.

De Commissie beschrijft vervolgens de verschillende graden van samenwerking. In de eerste plaats noemt zij overeenkomsten, die niet noodzakelijkerwijs juridisch bindend zijn — wat zij trouwens ingevolge arti-

kel 85, lid 2, nooit zijn, zo zij onder het verbod van lid 1 vallen. Of men er nu voor kiest, juridisch niet-bindende akkoorden als overeenkomsten in de zin van artikel 85 te beschouwen, dan wel er de voorkeur aan geeft, het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging voor te behouden aan vormen van praktische samenwerking die geen formele neerslag hebben gekregen, volgens de Commissie wordt met artikel 85 beoogd, het hele gamma van concurrentiebeperkende regelingen te verbieden. De uitdrukking onderling afgestemde feitelijke gedraging slaat in werkelijkheid op een zuiver feitelijke praktische samenwerking, die niet uit een plan of uit overleg in eigenlijke zin behoeft voort te vloeien. De arresten van het Hof in de zaken Suiker Unie⁵² en Züchner⁵³ laten volgens de Commissie zien, dat er reeds sprake kan zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging op het moment dat concurrenten, alvorens op de markt op te treden, met elkaar in contact treden. Dit contact kan in voorkomend geval bestaan in een uitwisseling van informatie, zonder dat er ter zake een overeenkomst behoeft te bestaan. Het is denkbaar dat een overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie op zichzelf onder artikel 85 valt, indien zij een beperking van de mededinging ten doel of ten gevolge heeft. Wil een dergelijke uitwisseling van informatie worden aangemerkt als een onderling afgestemde feitelijke gedraging die op zijn minst ten doel heeft de mededinging te beperken, dan dient de uitgewisselde informatie betrekking te hebben op het voorgenomen marktgedrag van de betrokkenen. Bovendien mag het niet zo zijn, dat de concurrenten die informatie kunnen achterhalen door het enkele feit dat zij de markt observeren. Het achterliggende doel van een dergelijke informatie-uitwisseling is, elk van de betrokken ondernemingen in staat te stellen haar toekomstig marktgedrag te bepalen in de veronderstelling dat de concurrenten een zelfde gedragsslijn zullen volgen. Voor een dergelijke uitwisseling van informatie kan enkel de verklaring worden

52 — Zie noot 41.

53 — Zie noot 3.

gegeven, dat er bij degenen die de informatie uitwisselen een gewettigd vertrouwen bestaat, dat de anderen zich ook werkelijk overeenkomstig de door hen gedane uitlatingen zullen gedragen.

Het feit dat verzoeksters beweren, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging zich op de markt moet hebben gemanifesteerd, betekent volgens de Commissie, dat zij de kwestie van het bewijs van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging en die gedraging zelf door elkaar halen.

Naar mijn mening is er echter niet veel dat erop wijst, dat verzoeksters in het algemeen de verschillende begrippen door elkaar halen of het probleem anderszins verkeerd hebben begrepen. Zij zijn het alleen maar met de Commissie oneens.

Het door verzoeksters ingenomen standpunt is door advocaat Hermanns op het kernachtigst verwoord. Ter terechtzitting verklaarde deze onder meer, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging pas kan worden geacht onder het verbod van artikel 85, lid 1, te vallen, indien is bewezen *dat* minstens twee ondernemingen, ongeacht op welke wijze, tot onderlinge afstemming zijn overgegaan, *dat* die afstemming op de markt in praktijk is gebracht, *dat* hierdoor de mededinging is beperkt en *dat* een eventuele beperking van de mededinging was te voorzien.

Verzoeksters erkennen echter ook, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, kan bestaan in een onderling afgestemde feitelijke gedraging die uitsluitend „ten doel” heeft, zonder

dat een beperking van de mededinging behoeft te worden bewezen, namelijk — aldus verzoeksters — indien de ondernemingen met een bepaald marktgedrag de mededinging beogen te beperken, doch niet in staat zijn hun doel te realiseren.

Ofschoon beide partijen in hun memories uitvoerig de rechtspraak van het Hof bespreken, komen zij tot volkomen verschillende resultaten. Het lijkt mij daarom zinvol eerst eens in te gaan op de ontstaansgeschiedenis van de bepaling en te bekijken, wat er uit de rechtspraak van het Hof — die, zoals ik al zei, niet al te overvloedig is — kan worden afgeleid. Partijen hebben bovendien verwezen naar de conclusies van de advocaten-generaal in die zaken, zodat ook deze aan een nader onderzoek moeten worden onderworpen. Tot slot kan de doctrine ons bij de oplossing van het onderhavige uitlegingsprobleem enigszins verder helpen.

d) De historische context

Het is bekend, dat de auteurs van het Verdrag zich bij de opstelling van artikel 85, lid 1, enigszins hebben laten inspireren door de begrippen „concerted actions”, „concerts of action” en „concerted practices”⁵⁴, begrippen die in de Amerikaanse rechtspraak zijn ontwikkeld op grond van Section 1 van de Sherman Act, met name het hierin gebedigde begrip „conspiracy”.

Uit de Amerikaanse rechtspraak blijkt, dat een nadelige beïnvloeding van de mededinging geen noodzakelijk bestanddeel van

54 — Zie bij voorbeeld Mayras in Jurispr. 1972, blz. 674.

„conspiracy” is; evenmin is vereist, dat er behalve de samenspanning zelf nog andere handelingen zijn verricht. ⁵⁵

Gelijk Joliet heeft verklaard ⁵⁶, is het begrip „concerted action” gebruikt bij de vaststelling van de juridische betekenis van een bewuste parallelie in de gedragingen, ingeval er geen rechtstreekse bewijzen voor „conspiracy” waren. Het begrip is dus van betekenis geweest in gevallen waarin het probleem vanuit de optiek van de markt werd bekeken en waarin op grond van een beoordeling van die markt — gezien in samenhang met andere aanwijzingen — moest worden vastgesteld, of de geconstateerde praktijk kon worden geacht „op een ongeoorloofde onderlinge afstemming te berusten”.

Daarentegen is voor de vaststelling van een inbreuk op de Sherman Act reeds voldoende, dat het bestaan van een „samenzwering” rechtstreeks is bewezen.

Met betrekking tot de ontstaansgeschiedenis van artikel 85 betogen verzoeksters in concreto, dat de opstellers van het Verdrag, die onder meer hadden kunnen zien hoe de geallieerden na de oorlog in Duitsland een nogal vaag geformuleerde anti-trustwetgeving hadden ingevoerd, het — volgens verzoeksters eveneens nogal vage — Amerikaanse begrip „conspiracy” niet wensten over te nemen. In plaats daarvan werd in het belang van de rechtszekerheid gekozen voor de begrippen overeenkomst — een begrip met enigszins vaste contouren — en onderlinge afgestemde feitelijke gedraging. Naar ik begrijp, zou laatstgenoemd begrip juist aan de Amerikaanse rechtspraak zijn ontleend, zijnde het bestanddeel van „con-

spiracy” dat betrekking heeft op het marktgedrag.

Het is bekend, dat de uitlegging van de gemeenschapsverdragen op basis van de ontstaansgeschiedenis ervan een nogal netelige kwestie is, wat onder meer is toe te schrijven aan het feit dat een groot aantal van de voorbereidende stukken niet openbaar zijn gemaakt. Wat het mededingingsrecht betreft, worden die moeilijkheden bij voorbeeld geïllustreerd door het onderzoek van Ellis ⁵⁷ met betrekking tot de bekende — min of meer officiële — documenten betreffende de ontstaansgeschiedenis van artikel 85. In dit verband is het toch ook tekenend, dat verzoeksters de door hen verdedigde opvatting met geen enkel schriftelijk stuk hebben trachten te staven.

Het is weliswaar niet onwaarschijnlijk, dat verzoeksters' overwegingen inzake de rechtshistorische context juist zijn, maar hieraan kan bezwaarlijk zeer veel betekenis worden toegekend. Blijkens de bewoordingen van artikel 85 wordt met deze bepaling duidelijk beoogd, het gehele gamma van concurrentiebeperkende activiteiten die onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, te verbieden. Er kan dan ook niet zonder meer worden aangenomen, dat de opstellers van het Verdrag een hele categorie dubieuze commerciële praktijken van de werkingsfeer van de bepaling hebben willen uitsluiten. Zoals uit de volgende paragraaf zal blijken, is ook het Hof deze mening toegedaan. Er zijn mijns inziens ook geen beslissende uitleggings-elementen die het Gerecht ertoe zouden verplichten, de werkingsfeer van artikel 85 zodanig in te perken. Anderzijds is ook voor de door de Commissie verdedigde opvatting geen steun

55 — Zie U. S. v. Kissel, (U. S. Supr. Court 1910) 173 Fed. 823, 218 US 601, Multiflex, Inc. v. Samuel Moore & Co., and Eaton Corp., (5th Circ. 1983), 1983-2 Trade Cases, 65, 507, en American Tobacco Co. et al. v. U. S., (CCA-6 1944), 1944-45 Trade Cases, 57, 317 (blz. 57, 587).

56 — *Cahiers de droit européen*, 1974, blz. 258.

57 — Ellis, J.: „Source material for Article 85 (1) of the EEC Treaty” in *Fordham Law Review*, Vol. XXXII 1963, no. 2, blz. 247 tot en met 278.

te vinden in de ontstaansgeschiedenis van de bepaling.

e) Wat het Hof over het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft gezegd

De eerste arresten van het Hof over dit onderwerp dateren van 1972.⁵⁸ Over deze arresten is later een uitvoerig — deels kritisch — debat gevoerd, dat onder punt g ter sprake zal komen.

In die zaken lagen de feiten wezenlijk anders dan in de thans bij het Gerecht aanhangige zaken. Destijds waren het de op de markt toegepaste prijsverhogingen die bij de Commissie het vermoeden deden rijzen, dat er sprake was van een onderlinge afstemming van gedragingen, waaraan onbetwist op de markt uitvoering was gegeven. Het geschil draaide om de vraag, of het uniforme karakter van de prijsverhogingen kon worden verklaard door de oligopolistische structuur van de markt. Het arrest (r. o. 96) maakt slechts gewag van één bijeenkomst waarop de ondernemingen de gelegenheid kunnen hebben gehad over te gaan tot onderlinge afstemming als die welke in de discussies in de onderhavige zaken centraal staat.

In het kader van de definitie van het begrip sprak het Hof zich om te beginnen uit over een tot dan toe controversiële kwestie, namelijk of het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, een zelfstandig toepassingsgebied heeft, dan wel of er enkel sprake is van een soort wettelijke regel ter vergemakkelijking van de bewijsvoering in gevallen waarin men in wezen uitsluitend kan teruggrijpen op hetgeen op de markt wordt geobserveerd, en waarin het bestaan van een overeenkomst

vaak onmogelijk is te bewijzen, tenzij men het begrip overeenkomst volledig wil doen verwateren.⁵⁹

In de rechtsoverwegingen 64 en 65 overwoog het Hof dienaangaande:

„(...) dat zo artikel 85 het begrip ‚onderling afgestemde feitelijke gedraging’ van die der ‚overeenkomsten tussen ondernemingen’ of ‚besluiten van ondernemersverenigingen’ onderscheidt, daarbij de bedoeling voorzit onder de verboden van dit artikel een vorm van coördinatie tussen ondernemingen te begrijpen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking;

dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve naar haar aard niet alle bestanddelen van een overeenkomst omvat, doch onder andere het resultaat kan zijn van een coördinatie welke in het gedrag der deelnemers tot uitdrukking komt;”

Het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” heeft volgens het Hof dus een eigen toepassingsgebied, dat kan worden gekwalificeerd als een vorm van samenwerking waarbij het niet tot een overeenkomst komt. Het sleutelwoord is dus coördinatie. In de onderhavige zaken gaat het erom, of de coördinatie als zodanig beslissend moet worden geacht dan wel de „coördinatie welke in het gedrag der deelnemers tot uitdrukking komt”.

58 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 619, en de arresten van dezelfde datum in de zaken 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69 en 57/69.

59 — Zie Piriou, *Cahiers de droit européen*, 1973, blz. 52, en Joliet, a. w., blz. 266, en de bij beide artikelen opgenomen verwijzingen.

Verder verdient het vermelding, dat het Hof in de rechtsoverwegingen 118 en 119 van het arrest overwoog:

„dat het weliswaar iedere fabrikant vrijstaat zijn prijzen te wijzigen en daartoe rekening te houden met het tegenwoordige of te verwachten gedrag zijner concurrenten, doch dat het anderzijds in strijd is met de mededingingsregelen van het Verdrag wanneer een fabrikant op enigerlei wijze met zijn concurrenten samenwerkt ten einde een gecoördineerde gedragslijn inzake prijsverhogingen vast te stellen en het welslagen daarvan te verzekeren door tevoren iedere onzekerheid omtrent het over en weer te volgen gedrag ten aanzien van de hoofdzaken der te ondernemen actie, zoals percentage, voorwerp, datum en plaats der verhogingen, uit te sluiten;

dat onder deze omstandigheden en gelet op de bijzonderheden van de markt voor de onderhavige produkten, het gezamenlijk gedrag van verzoekster en de andere vervolgde ondernemingen erop gericht is geweest de risico's van de mededinging en de ongewisheid hunner spontane reacties te vervangen door een samenwerking die een in artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging oplevert.”

Deze laatste zinsneden hebben betrekking op de analyse van de markt en op de eigen opvatting van het Hof over het karakter van de publiekelijk aangekondigde prijsverhogingen. De vraag is echter weer, of het Hof uitsluitend de „samenwerking ten einde een gecoördineerde gedragslijn vast te stellen” beslissend heeft geacht dan wel of het bovendien beslissende betekenis heeft toegekend aan „de verzekering van het welslagen ervan”.

Wanneer men in aanmerking neemt, dat de overwegingen van het Hof uiteraard uitslui-

tend betrekking hadden op de destijds aan hem voorgelegde zaken, waar het ging om de vraag, of bepaalde gedragingen op de markt, waarvan was geconstateerd dat ze in feite uniform waren, op onderlinge afstemming berustten, en dat niets in het betrokken arrest erop wijst dat het Hof met de aangehaalde overwegingen ook situaties als de onderhavige op het oog had, kunnen uit het arrest bezwaarlijk argumenten worden geput voor het door verzoeksters of het door de Commissie verdedigde standpunt.

Het arrest van het Hof in de zaak Suiker Unie ⁶⁰ komt misschien iets dichter in de buurt van het thans door de Commissie verdedigde standpunt. In de rechtsoverwegingen 172 tot en met 176 overwoog het Hof namelijk:

„(...) dat SU en DSM betogen dat de term ‚onderling afgestemde feitelijke gedragingen’ een plan doet veronderstellen, alsmede de bedoeling bij voorbaat onzekerheid over het toekomstig marktgedrag der concurrenten uit te sluiten, zodat met de enkele mogelijkheid dat belanghebbenden zich over en weer van de parallele of complementaire aard hunner beslissingen bewust zijn geweest niet mag worden volstaan, wil niet iedere poging van een onderneming zo intelligent mogelijk op het optreden van een concurrent in te spelen, zijn verboden;

(...) dat de begrippen van coördinatie en samenwerking welke in 's Hof's jurisprudentie worden aangenomen, allerminst inhouden dat er een werkelijk ‚plan’ zou moeten zijn opgesteld en dienen te worden verstaan in het licht van de in de Verdragsvoorschriften inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren, waartoe

60 — Reeds aangehaald in noot 41.

mede behoort de keus der genen aan wie hij zijn produkten wenst aan te bieden en te verkopen;

dat deze eis van zelfstandigheid, weliswaar niet uitsluit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch anderzijds onverbidde-lijk in de weg staat aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot beduiding aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag;

dat er blijkens de aangehaalde stukken contacten tussen de verzoeksters hebben plaatsgehad en dat die contacten er juist op waren gericht bij voorbaat onzekerheid over het toekomstig marktgedrag van de concurrent uit te sluiten;

dat de stelling van verzoeksters derhalve faalt."

Hier ging de discussie dus over de vraag, of voor de toepassing van artikel 85, lid 1, het bestaan van een „plan" moest worden vastgesteld, welke vraag door het Hof ontken-nend werd beantwoord. Het Hof sprak zich echter uitsluitend uit over de aard van de samenwerking die onder de bepaling kan vallen en niet over de vraag, op welk tijdstip er van een voltooide inbreuk kan worden gesproken.

Het arrest Züchner⁶¹ had betrekking op de door een Duitse rechter aan het Hof gestelde vraag, of er sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging indien in het intracommunautaire betalings- en kapitaalverkeer tussen banken een vaste provisie ter hoogte van 0,15% van het over te maken bedrag werd berekend.

In de rechtsoverwegingen 12 tot en met 14 van het arrest gaf het Hof om te beginnen een samenvatting van hetgeen het in de zaken ICI en Suiker Unie had overwogen:

„Zoals het Hof onder meer in zijn arrest van 14 juli 1972 (zaak 48/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 619) heeft overwogen, vormt een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.

In zijn arrest van 16 december 1975 (gevoegde zaken 40/73 tot 48/73, 50/73, 54/73 tot 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663) heeft het Hof voorts verklaard dat de begrippen coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, allerminst inhouden dat er een werkelijk „plan" zou moeten zijn opgesteld en dienen te worden verstaan in het licht van de in de verdragsvoorschriften inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke zal voeren en welke condities hij zijn klanten zal bieden.

61 — Arrest van 14 juli 1981, zaak 172/80, Jurispr. 1981, blz. 2021, reeds aangehaald in noot 3.

Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch staat onverbiddeijk in de weg aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact, dat ten doel of tengevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard der producten of verleende diensten, de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.”

Later in het arrest ging het Hof op de onderlinge afstemming in. Zo verklaarde het in rechtsoverweging 21:

„Het betreft hier een feitelijke vraag, die ter uitsluitende beoordeling staat van de rechter bij wie het hoofdgeding aanhangig is gemaakt. Daartoe dient deze te onderzoeken of tussen de banken die zich parallel gedragen onderling contact of althans een uitwisseling van gegevens bestaat over onder meer de hoogte van de provisies die voor vergelijkbare overmakingstransacties daadwerkelijk zijn berekend of voor de toekomst zijn voorzien, en of, gelet op de voorwaarden van de betrokken markt, de hoogte van de uniform berekende provisie niet afwijkt van het tarief dat bij vrije mededinging zou hebben gegolden. Voorts dient hij rekening te houden met het aantal bij een zodanige gedraging betrokken banken en hun positie op de markt van het geldverkeer tussen de Lid-Staten, (...)”

Het Hof beantwoordde de gestelde vraag als volgt:

„(...) dat parallel gedrag bij de berekening van een uniforme bankprovisie voor door de banken uit de tegoeden van hun cliënten verrichte overmakingen van de ene Lid-Staat naar de andere, een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt, indien voor de nationale rechter komt vast te staan dat dit parallel gedrag de voor zulk een feitelijke gedraging kenmerkende eigenschappen van coördinatie en samenwerking vertoont en dat deze gedraging de mededingingsvoorwaarden op de dienstverleningsmarkt voor deze overmakingen merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.”

Zoals uit de aangehaalde passages blijkt, biedt het arrest Züchner, vergeleken met het arrest Suiker Unie, geen nieuwe aanknopingspunten voor de oplossing van het vraagstuk. Ook in de zaak Züchner is er duidelijk sprake van een feitelijke gedraging in de betekenis die verzoeksters in de onderhavige zaken aan dat begrip toekennen; de overwegingen van het Hof hebben dan ook in werkelijkheid betrekking op dat feitelijke gedrag.

Op grond van een en ander ben ik van mening, dat de rechtspraak van het Hof weliswaar geen rechtstreekse aanknopingspunten biedt om het door de Commissie verdedigde standpunt te ontkrachten, maar dat niet mag worden vergeten dat de feiten in de tot dusver aan het Hof voorgelegde zaken wezenlijk verschilden van die in de onderhavige zaken. De door het Hof gegeven omschrijving van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging moet noodzakelijkerwijs tegen die achtergrond worden gezien en kan derhalve niet worden geacht enig antwoord te geven op de vraag, of reeds door de onderlinge afstemming alle bestanddelen van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, zijn vervuld dan wel of daarnaast nog is vereist, dat de betrokken ondernemingen datgene

waarover zij overeenstemming hebben bereikt vervolgens ook werkelijk in praktijk brengen.

f) Wat de advocaten-generaal van het Hof over de kwestie hebben gezegd

In de zaak Chemiefarma⁶² verdedigde advocaat-generaal Gand hetzelfde standpunt als verzoeksters in de onderhavige zaken. Zo verklaarde hij in het kader van zijn beantwoording van de vraag, of een „gentlemen's agreement” als een overeenkomst dan wel als een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, moest worden aangemerkt, het volgende⁶³:

„In de eerste plaats: moet het gentlemen's agreement, gelijk de bestreden beschikking wil, als een overeenkomst worden beschouwd, dan wel als een onderling afgestemde gedraging? Hoewel beide onder artikel 85 van het Verdrag vallen is de onderscheiding niet zonder belang en wel op zijn minst voor wat het bewijs van de overtreding betreft. Immers overeenkomstig het arrest Grundig (...) behoeft, wanneer blijkt dat een overeenkomst ten doel heeft de mededinging te beperken, te verhinderen of te vervalsen voor de toepassing van artikel 85 niet op haar concrete gevolgen acht te worden geslagen. Dit geldt stellig niet voor een onderling afgestemde gedraging waarvoor, naar de heersende leer, wordt vereist dat van de gemeenschappelijke opzet in concreto blijkt, zodat moet worden bewezen zowel een feitelijke gedraging der betrokke-

nen als het verband tussen deze gedraging en een van tevoren opgemaakt plan.”⁶⁴

In de kleurstoffen-zaken⁶⁵ sloot advocaat-generaal Mayras zich in grote lijnen aan bij de opvatting die advocaat-generaal Gand in de zaak Chemiefarma had verdedigd. Op één punt ging hij echter wellicht nog iets verder dan Gand. Hij wees om te beginnen de opvatting van de hand, als zou met „onderling afgestemde feitelijke gedraging” — als juridische categorie — louter een bijzonder soort overeenkomst worden bedoeld. Hij verklaarde dan ook, dat aan het in het Verdrag gemaakte onderscheid zelfstandige betekenis moest worden toegekend en dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen als een aparte categorie moesten worden beschouwd, ten einde te vermijden dat de ondernemingen de verboden van artikel 85 zouden omzeilen door geen schriftelijke sporen van hun overeenkomsten achter te laten. Zoals gezegd, sloot het Hof zich bij dit standpunt aan. Mayras verklaarde vervolgens (blz. 676):

„Zulk een uitlegging — waarbij men aan het in artikel 85 gemaakte onderscheid recht doet wedervaren — is van onmiskenbaar belang voor het bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, waarvoor andere voorwaarden gelden dan voor het bewijs van een overeenkomst, ook wanneer daartoe een zekere wilsovereenstemming der deelnemende ondernemingen nodig is.

Hiernaast wordt echter aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging een objectieve eis gesteld: er moet sprake zijn van een gemeenschappelijk *feitelijk* gedrag der deelnemende ondernemingen. Dat is het eerste verschil met een overeenkomst: volgens Uw

62 — Arrest van 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma, Jurispr. 1970, blz. 661, reeds aangehaald in noot 21.

63 — Blz. 719, eerste kolom.

64 — Het Hof ging in zijn arrest niet in op het onderscheid tussen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging.

65 — Zie noot 28.

jurisprudentie valt een overeenkomst, wanneer haar bestaan is vastgesteld en zij benadeling van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ten doel heeft, onder artikel 85 zonder dat het *werkelijk gevolg* dier overeenkomst voor de mededinging behoeft te worden nagegaan, terwijl een onderling afgestemde feitelijke gedraging als zodanig onzes inziens niet geheel los van de werkelijke gevolgen voor de mededingingsvoorwaarden binnen de gemeenschappelijke markt kan worden gezien.”

In een volgende paragraaf (blz. 688 en 689), betreffende de benadeling van de mededinging, verklaarde de advocaat-generaal voorts:

„Sommige schrijvers hechten echter voor de omschrijving van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging bijzonder belang aan de objectieve elementen en menen dat een gedraging als bedoeld, wil zij onder artikel 85 vallen, ook in feite, in concreto, tot verstoring der mededinging moet leiden.

In zijn conclusie in de zaak *Chemiefarmascheen* de Advocaat-generaal Gand deze richting in te slaan (...)

Wij lieten reeds doorschemeren niet ver van deze opvatting af te staan.

Zou men nog verder mogen gaan door behalve op het resultaat, de concrete gevolgen van de gedraging, ook op haar *mogelijke gevolgen* acht te slaan? Het zou stellig bevreemding kunnen wekken indien men de

mogelijkheid zou openlaten dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging zonder materieel gevolg voor de mededinging, ondanks de bedoeling der deelnemers en om redenen welke zich aan hun invloed onttrekken, aan artikel 85 zouden kunnen ontkomen; wij zouden het er in zodanig geval dan ook voor willen houden dat reeds een poging of een begin van uitvoering op zichzelf toepassing van artikel 85, lid 1, rechtvaardigt.”

Wat nu voor de in de onderhavige zaken spelende problematiek interessant is, is het feit dat Mayras een eerste aanzet geeft om in artikel 85, lid 1, — voor zover het onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreft — een plaats in te ruimen voor het leerstuk van de poging. Deze suggestie heeft echter bij het Hof noch bij de advocaten-generaal gehoor gevonden en is ook in latere arresten nooit meer ter sprake gekomen.

De Commissie baseert haar — door verzoeksters bestreden — redenering onder meer op de conclusie van advocaat-generaal Reischl in de *Fedetab*-zaken. ⁶⁶ Uit de omstandigheid dat Reischl van een „onbelangrijk kwalificatieprobleem” spreekt, zou kunnen worden opgemaakt, dat hij het met de Commissie eens is. In feite zei Reischl echter het volgende (blz. 3310, linker kolom):

„Juist bij lezing van dit arrest (ICI) krijg ik echter de indruk dat partijen op dit punt door een onbelangrijk kwalificatieprobleem verdeeld worden gehouden: ten processe bleek dat er in ieder geval mag worden uitgegaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, id est van een in de handelwijze van betrokkenen aan den dag tredende coördi-

66 — Zie noot 8.

natie. Als geheel onomstreden staat namelijk vast dat de richtlijnen voor de handel niet slechts gezamenlijk werden opgesteld, maar dat er ook uitvoering aan werd (wordt) gegeven (...)"

Mijn inziens blijkt uit de woorden van Reischl — gezien in hun logische samenhang — veeleer, dat hij van mening is dat in de zaak Fedetab alle elementen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging — in de betekenis die verzoeksters aan dit begrip toekennen — aanwezig waren, zodat de vraag of datgene wat de Commissie in haar beschikking als een overeenkomst had gekwalificeerd, ook als een onderling afgestemde feitelijke gedraging kon worden beschouwd, niet meer dan een „onbelangrijk kwalificatieprobleem" was. Het is nog maar de vraag, of dit wel geoorloofd is, maar als men uiteindelijk in de woorden van de advocaat-generaal méér wil lezen dan er eigenlijk staat, ben ik van mening dat zij wellicht eerder in de richting van de door verzoeksters verdedigde opvatting wijzen.

De Commissie verwijst ten slotte naar de conclusie van advocaat-generaal Slynn in de Pioneer-zaken.⁶⁷ Slynn gaat hier echter niet in op de vraag, waarin een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan bestaan, doch behandelt uitsluitend de vraag, hoe een dergelijke afstemming kan worden bewezen, namelijk onder meer door naar het feitelijke gedrag te kijken.

De laatste die zich over het probleem heeft uitgelaten, was advocaat-generaal Van Gerven in de zaak Sandoz⁶⁸ (blz. II-875 van de conclusie, zie noot 8), die zonder nadere

motivering verklaarde, dat moet zijn bewezen dat de relevante omstandigheid een beperking van de mededinging *tot gevolg* heeft gehad. Hij ging verder niet in op het thans aan de orde zijnde probleem, waartoe de feiten van de zaak ook geen aanleiding gaven.

Concluderend kan mijns inziens worden gesteld, dat de aangehaalde passages van de conclusies van de advocaten-generaal geen steun bieden aan de door de Commissie verdedigde opvatting. Ik zou eerder zeggen integendeel, aangezien Gand, Mayras en Reischl stuk voor stuk van mening zijn, dat de onderlinge afstemming door feitelijke gedragingen moet worden gevolgd. Zoals we zagen, wordt dit standpunt bij Mayras echter doorkruist door zijn opmerkingen over de mogelijkheid ook tegen een „poging tot" op te treden. Mayras lijkt hier echter twee zaken door elkaar te halen, namelijk dat wat door hem het „noodzakelijke" „objectieve gedrag" wordt genoemd, te weten het „gemeenschappelijk feitelijke gedrag" der deelnemende ondernemingen, en de „werkelijke gevolgen voor de mededingingsvoorwaarden". Hij spreekt niet alleen over de „concrete gevolgen", die in aanmerking moeten worden genomen, maar ook over de „mogelijke gevolgen", die hij als „poging" kwalificeert. Mayras lijkt dus de mening te zijn toegedaan, dat alleen onderling afgestemde feitelijke gedragingen die „ten gevolge" hebben, duidelijk onder artikel 85 vallen, terwijl onderling afgestemde feitelijke gedragingen die „ertoe strekken", als poging moeten worden beschouwd.

g) De doctrine

In deze paragraaf, die niet uitputtend pretendeert te zijn, laat ik enkele schrijvers de revue passeren, wier opmerkingen over het vraagstuk mijns inziens zeer illustratief zijn voor het probleem.

67 — Zie noot 8, blz. 1929.

68 — Arrest van 11 januari 1990, zaak C-277/87, summier publicatie in Jurispr. 1990 I, blz. 45.

*Joliet*⁶⁹ is vermoedelijk degene die de arresten van het Hof in de kleurstoffen-zaken het meest diepgaand heeft becommentarieerd. In zijn artikel betoogt hij met name, dat het begrip onderling afgestemde gedraging en het bewijs van het bestaan van een dergelijke gedraging niet door elkaar moeten worden gehaald. Zijns inziens is er sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging indien concurrenten over en weer elkaars voornemens bekend maken alvorens enige handeling op de markt te verrichten, waardoor elk van de deelnemende ondernemingen bij de overige ondernemingen de gerechtvaardigde verwachting wekt, dat zij op een bepaalde manier zal handelen, en zo de op de markt heersende onzekerheid vermindert (blz. 285, zie ook blz. 271). Volgens *Joliet* is er dus reeds sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging op het moment dat van het gemeenschappelijk opzet blijkt; het is dus niet van belang, of de verschillende deelnemende ondernemingen de plannen vervolgens al dan niet in praktijk hebben gebracht en of de mededinging al dan niet nadelig is beïnvloed, zolang maar vaststaat, dat de onderlinge afstemming dergelijke nadelige gevolgen kón hebben.

Dezelfde opvatting is terug te vinden bij *J. A. Van Damme*⁷⁰, die beklemtoont dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen los van de feitelijke gevolgen voor de marktvoorwaarden kunnen worden gezien. Hij voert hiertoe aan, dat het verbod van artikel 85, lid 1, ook geldt voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken de mededinging te vervalsen. Het is echter interessant, dat *Van Damme* uitsluitend een onderscheid lijkt te maken tussen enerzijds gevallen waarin alleen het gemeenschappelijk opzet zelf is bewezen en anderzijds gevallen waarin zowel onderlinge afstemming als beïnvloeding van de marktvoorwaarden is bewezen. De laatste categorie is in feite onderlinge afstemming die niet

alleen ten doel, maar ook ten gevolge heeft. *Van Damme* heeft het dus niet over een aparte tussencategorie: onderlinge afstemming die „ertoe strekt” heeft en waaraan vervolgens ook uitvoering wordt gegeven, maar die uiteindelijk op een mislukking uitloopt en dus geen concrete gevolgen voor de mededinging heeft.

*Schapira, Le Tallec en Blaise*⁷¹ betogen daarentegen, dat een letterlijke interpretatie meebrengt, dat belang moet worden gehecht aan de uitdrukking „feitelijke gedraging”, die lijkt uit te sluiten dat er van een louter voornemen sprake kan zijn. Volgens deze schrijvers kan dus niet worden volstaan met het bewijs van de onderlinge afstemming, maar moet ook worden bewezen, dat aan die afstemming feitelijk uitvoering is gegeven.

In zijn commentaar op de kleurstoffen-zaken verklaart *Goldman*⁷², dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden opgevat hetzij als een uitwisseling van wilsverklaringen, waarmee de betrokkenen zich evenwel niet juridisch willen binden (of als verplichtingen waaraan men zich eenzijdig kan onttrekken), hetzij als een regeling waarbij de onderling afgestemde deelneming voortvloeit uit het feit dat de betrokken ondernemingen over en weer informatie uitwisselen en overleg plegen, maar waarbij elk van hen uiteindelijk volkomen vrij is in de beslissing al dan niet mee te doen. *Goldman* zegt vervolgens, dat niet alleen gentlemen's agreements en eenzijdig opzegbare overeenkomsten onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen vallen, maar dat ook gedragingen waartoe de ondernemingen weliswaar individueel hebben besloten, doch waaraan uitwisseling van informatie en onderling overleg zijn voorafgegaan, als „onderling afgestemd” kunnen worden beschouwd. Uit de door *Goldman* gegeven omschrijving van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging blijkt dus, dat er

69 — Zie noot 56.

70 — *La politique de la Concurrence dans la CEE*, 1977, publication de l'Institut universitaire international, Luxembourg, éditions UGA.

71 — *Droit européen des affaires*, Thémis, Droit 1990, blz. 278, Presses Universitaires de France.

72 — *Journal du droit international* 1973, blz. 925 (blz. 938).

zijns inziens kan worden gesproken van een onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ertoe strekt”, wanneer is bewezen dat er tussen de betrokken ondernemingen onderlinge afstemming heeft bestaan, bij voorbeeld in de vorm van onderling overleg en de uitwisseling van informatie, en wanneer aan die afstemming vervolgens feitelijke uitvoering is gegeven, zelfs indien elk van de deelnemende ondernemingen hierover in volledige vrijheid beslist. Het is dus niet noodzakelijk dat gezamenlijk tot de feitelijke gedragingen wordt besloten, zolang die gedragingen maar ná de onderlinge afstemming plaatsvinden. Volgens Goldman behoeven „onderling afgestemde handelingen” dus niet noodzakelijkerwijs parallel te lopen; het is heel best mogelijk, dat zij volkomen verschillend zijn. Onderlinge afstemming die „ertoe strekt” is dus op zich nog niet voldoende; er moeten vervolgens ook bepaalde feitelijke handelingen plaatsvinden.

*Pirou*⁷³ (a. w., blz. 53) betoogt in haar commentaar op de kleurstoffen-arresten, dat het Hof de concurrentie beperkende gevolgen van de onderlinge afstemming doorslaggevend heeft geacht. Zij leidt hieruit af, dat de onderlinge afstemming concreet gestalte moet krijgen in de uitschakeling van de risico's der onderlinge concurrentie. Zij plaatst daarom vraagtekens bij de door advocaat-generaal Mayras gedane suggestie, dat eventueel ook de mogelijke gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, dat wil zeggen de „poging tot” als zodanig, tot toepassing van artikel 85, lid 1, zouden kunnen leiden. *Pirou* komt tot de conclusie (blz. 58), dat uit de arresten — waarin het Hof geen minimumvereisten stelt met betrekking tot de aard van de samenwerking die tot toepassing van artikel 85 kan leiden — kan worden afgeleid, dat bij voorbeeld ook de uitwisseling van informatie over prijzen onder de bepaling kan vallen, met dien verstande dat wél is vereist, dat de onderlinge afstemming tot uitdrukking komt in een wijziging van de feitelijke mededingingssituatie. *Pirou* lijkt dus geen

oog te hebben voor de tussencategorie, waar de onderlinge afstemming weliswaar door bepaalde feitelijke handelingen is gevolgd, maar waar de beoogde gevolgen uiteindelijk niet zijn bereikt doordat die handelingen op een mislukking zijn uitgelopen. Goed beschouwd lijkt de door *Pirou* gegeven beschrijving er op neer te komen, dat de categorie „onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken” wordt uitgesloten. Zij stelt immers als vereiste, dat de onderlinge afstemming tot uitdrukking komt in een wijziging van de feitelijke mededingingssituatie. Met andere woorden: de onderlinge afstemming moet gevolgen hebben gehad.

De door *Eric Colmant*⁷⁴ verdedigde opvatting staat niet ver af van het in casu door verzoeksters naar voren gebrachte standpunt. Hij betoogt namelijk, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging een ongeoorloofd doel kan hebben zonder dat zij ook noodzakelijkerwijs tot ongeoorloofde gevolgen behoeft te leiden. Hiervan is volgens *Colmant* sprake, indien de gevolgen van het gedrag van de ondernemingen enerzijds ontoereikend zijn om de mededinging te schaden, terwijl zij anderzijds voldoende manifest zijn om de conclusie te rechtvaardigen, dat het opzet om de mededinging te schaden aanwezig moet zijn geweest. Volgens *Colmant* moet aan twee elementen zijn voldaan, wil van een onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen worden gesproken: in de eerste plaats de onderlinge afstemming, het subjectieve element, en in de tweede plaats een bepaald feitelijk gedrag, het objectieve element. Tussen deze twee elementen moet een bepaald verband bestaan.

Volgens *Van Gerven*⁷⁵ is het van belang, dat de concurrentie beperkende gevolgen van de onderlinge afstemming zijn aangetoond.

De in *Groeben/Boeckh*⁷⁶ door *Schröter* verdedigde opvatting komt in grote lijnen over-

74 — *Revue du Marché commun*, 1973, blz. 17.

75 — *Kartellrecht*, 1986.

76 — *Handbuch des Europäischen Rechts*, artikel 85, nrs. 17 en 18, blz. 106 en volgende.

73 — *Cahiers de droit européen* 1973, blz. 50.

een met het standpunt van Joliet en Van Damme. Hij verklaart onder meer, dat het kartelverbod reeds gaat gelden op het moment waarop de deelnemende ondernemingen hun toekomstig gedrag onderling afstemmen, dat wil zeggen ook vóórdat het beoogde gedrag in daden is omgezet.

Ook *Koch* betoogt in *Grabitz* ⁷⁷, overigens zonder nadere motivering, dat onderlinge afstemming als zodanig een inbreuk op artikel 85, lid 1, kan opleveren.

Bellamy/Child ⁷⁸ zijn eveneens van mening, dat contacten tussen ondernemingen — meestal in de vorm van bijeenkomsten, besprekingen, uitwisseling van informatie of „soundings out” —, zo deze ertoe strekken het marktgedrag te veranderen, onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging vallen.

Volgens *Kovar* ⁷⁹ bestaat de door het Hof in de kleurstoffen-arresten gegeven definitie uit twee elementen: een objectief element, de parallelie in de gedragingen, en een subjectief element, het opzettelijke karakter hiervan.

Druesne ⁸⁰ is van mening, dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging twee aspecten heeft, namelijk de gedraging zelf en de wil om gezamenlijk te handelen. Volgens *Druesne* kan evenwel de enkele uitwisseling van informatie een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren voor zover de ondernemingen, door hun voornemens aan hun concurrenten kenbaar te maken, het

zelfstandige commerciële beleid van die concurrenten beïnvloeden.

Deringer ⁸¹ vraagt zich af, of het verbod van artikel 85, lid 1, enkel betrekking heeft op het onderling afgestemde gedrag als zodanig, dan wel of het ook geldt indien er alleen maar sprake is van een poging tot afstemming.

Deze korte bespreking van een deel van de doctrine vanaf 1973 tot heden laat zien, dat er over de uitlegging van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” verre van eenstemmigheid bestaat. Sommige schrijvers achten de onderlinge afstemming als zodanig reeds voldoende. Dit betekent dat zij hetzij aan het woord feitelijke gedraging geen betekenis toekennen, hetzij de onderlinge afstemming op zich als een feitelijke gedraging beschouwen. Andere schrijvers — met name de meer recente — houden vast aan de opvatting, dat er zowel van onderlinge afstemming als van feitelijke gedragingen sprake moet zijn, of, zoals sommigen het zeggen, zowel van een subjectief als van een objectief element. Alle schrijvers zijn het er echter zonder meer over eens, dat de onderlinge afstemming het centrale element is. Zij zijn het er ook over eens, dat een feitelijke gedraging op de markt, die niet aan onderlinge afstemming kan worden toegeschreven, duidelijk buiten de werkings sfeer van artikel 85 valt.

Uit het voorgaande blijkt tevens, dat de schrijvers die van mening zijn dat er ook van een feitelijke gedraging sprake moet zijn, in zekere mate lijken te veronderstellen, dat een bepaald gevolg voor de markt

77 — *Kommentar zum EWG-Vertrag*, art. 85, nr. 28, blz. 10.

78 — *Common Market Law of Competition*, 3e druk 1987, punt 2-040, blz. 60.

79 — *Clunet* 1977, blz. 219.

80 — *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, 1986, blz. 163.

81 — *Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, artikel 85, nr. 23, blz. 799.

moet zijn bewezen en niet slechts een bepaald gedrag, ook al is de mededinging niet feitelijk beïnvloed. Mijns inziens kan dan ook niet worden geconcludeerd, dat de schrijvers met betrekking tot de uitlegging van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging duidelijk — of in sterkere mate — op de lijn zitten van hetzij het door de Commissie hetzij het door verzoeksters verdedigde standpunt.

h) Het uitgangspunt voor de uitlegging

Gaat men af op de bewoordingen van artikel 85, dan blijkt deze bepaling met betrekking tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen in beginsel precies dezelfde elementen te bevatten als met betrekking tot overeenkomsten. Zij verbiedt namelijk onderling afgestemde feitelijke gedragingen die *ertoe strekken* dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, alsmede gedragingen die iets dergelijks *ten gevolge* hebben. Een letterlijke en grammaticale interpretatie leidt dus ondubbelzinnig tot de conclusie, dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een — onwettig — doel een aparte categorie vormen.

Gaat men er met een aantal van de schrijvers en — naar het schijnt — de advocaten-generaal van uit, dat de bewoordingen van artikel 85 meebrengen dat behalve onderlinge afstemming ook bepaalde feitelijke gedragingen moeten worden bewezen, die aan die afstemming kunnen worden toegeschreven, dan rijst de vraag, waarin die „feitelijke gedraging” moet bestaan in geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging die „ertoe strekt”. In dit verband is het irrelevant, of een eventueel bewezen feitelijke gedraging de mededinging in concreto heeft beïnvloed. Aan de andere kant heeft de Commissie in casu nogal wat moeite met te verklaren, hoe de „feitelijke gedraging”

— als bestanddeel van het delict — eruit ziet, aangezien zij van mening is dat onderlinge afstemming die ertoe strekt de mededinging te beperken, op zich al een onderling afgestemde feitelijke gedraging is.

Zoals ik hieronder zal trachten aan te tonen, kan het probleem vermoedelijk worden teruggebracht tot de vraag, vanaf welk moment de inbreuk kan worden geacht te zijn voltooid. Zoals we zullen zien, ben ik van mening dat overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen wat dit betreft slechts in zoverre van elkaar verschillen, dat in geval van een *onderling afgestemde feitelijke gedraging met een onwettig doel* pas in een later stadium van een voltooide inbreuk kan worden gesproken dan in geval van een *overeenkomst met een onwettig doel*.

i) Veronderstelt een „onderling afgestemde feitelijke gedraging” een bepaald marktgedrag?

Zoals uit de paragrafen d en e blijkt, kan mijns inziens noch in de rechtspraak van het Hof noch in de conclusies van de verschillende advocaten-generaal enige steun worden gevonden voor het standpunt van de Commissie. Evenmin kan worden gezegd, dat de verschillende schrijvers duidelijk en ondubbelzinnig op dezelfde lijn als de Commissie zitten.

Ook uit de bewoordingen en de ontstaansgeschiedenis van artikel 85⁸² kan niet worden afgeleid, dat er reeds sprake is van een

82 — Zie paragraaf d.

onderling afgestemde feitelijke gedraging op het moment waarop — en door het enkele feit dat — er informatie wordt uitgewisseld die voor de concurrentie van belang kan zijn, dan wel anderszins een bepaalde afstemming wordt verzekerd.

Bekijken we de bestaande rechtspraak van het Hof, zoals besproken in paragraaf e, dan kunnen we constateren dat in de betrokken zaken altijd het marktaspect centraal stond. Het Hof heeft tot nog toe steeds een antwoord moeten geven op de vraag, of op basis van het feitelijk waargenomen marktgedrag en het overigens beschikbare — dikwijls schaarse — bewijsmateriaal als vaststaand kon worden aangenomen, dat het geconstateerde marktgedrag op onderlinge afstemming tussen de betrokken ondernemingen berustte. Het is duidelijk, dat het feit dat de marktontwikkelingen moeilijk zijn te verklaren, er een of meer bijeenkomsten zijn gehouden tussen ondernemingen die elkaar normaal beconcurreren en er verscheidene of uniforme telexen — met bij voorbeeld prijsinstructies — zijn uitgegaan, sterke aanknopingspunten biedt om te concluderen dat er iets niet in de haak is, al zijn hiervoor geen rechtstreekse en overtuigende bewijzen aan te voeren.

Zo men een situatie vanuit het perspectief van de markt bekijkt, is het evident dat het wantrouwen van de Commissie in de regel zal worden gewekt door het feit dat de marktdeelnemers een *opvallend uniforme gedrag* aan de dag leggen. Het is echter ook zeer goed denkbaar dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging hierin bestaat, dat de deelnemende ondernemingen het er onderling over eens zijn, dat onderneming A X zal doen (bij voorbeeld een bepaalde prijs vragen), terwijl de ondernemingen B, C, D en E Y zullen doen (bij voorbeeld een bepaalde prijs minus 5 Pfennig vragen). Ook dan is er sprake van een on-

derling afgestemde feitelijke gedraging. Laten we — ten behoeve van de redenering — maar even voorbijgaan aan het feit, dat een dermate verfijnde regeling moeilijk kan worden geacht tot stand te komen zonder iets wat het beste als een overeenkomst kan worden gekwalificeerd, en ervan uitgaan dat de ondernemingen A, B en C respectievelijk a, b en c moeten doen. Het is vrij evident, dat een dergelijke onderlinge afstemming buitengewoon moeilijk is te bewijzen, tenzij men zich ook andere bewijzen heeft weten te verschaffen, die tamelijk rechtstreeks aantonen wat er precies is gebeurd. Dit neemt niet weg dat er duidelijk sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging; alleen krijgt deze geen gestalte in uniforme, parallelle gedragingen.

Wanneer men wordt geconfronteerd met een markt die zich opvallend gedraagt en ook verder het vermoeden wekt, dat er sprake is van ongeoorloofde onderlinge afstemming, moeten de verschillende relevante factoren uiteraard in dezelfde richting wijzen. Wordt op de markt — op overigens onverklaarbare wijze — een feitelijke prijs toegepast die 15% boven de „juiste” marktprijs ligt, dan schiet men er voor de bewijvoering weinig mee op, dat men over een telex beschikt die de „juiste” prijs minus 15% vermeldt of, voor mijn part, de „juiste” prijs plus 150%. De bewijsmiddelen moeten een bepaalde samenhang vertonen; op basis van het marktgedrag moet aan de hand van in dezelfde richting wijzende bewijselementen kunnen worden vastgesteld, dat er sprake is geweest van onderlinge afstemming, en hoe deze eruit heeft gezien.

Maar hoe ziet het eruit vanaf de andere kant? Hoe is de situatie indien de „afstemming” bekend is, maar de overige factoren wat onduidelijker zijn? Is het, zoals de Commissie gelooft, voldoende dat de heimelijke verstandhouding is bewezen? Met andere woorden: is de enkele afstemming of

de uitwisseling van informatie reeds vol-
doende en kan de heimelijke verstandhou-
ding op zich als een onderling afgestemde
feitelijke gedraging worden aangemerkt?

Zoals ik hierboven uiteenzette, is er voor
die opvatting niet veel steun te vinden. Een
dergelijke uitlegging van het begrip onder-
ling afgestemde feitelijke gedraging mag
dan misschien vanuit rechtspolitiek oogpunt
wenselijk zijn ⁸³, zij is moeilijk verenigbaar
met de bewoordingen en de ratio van de be-
paling. Een dergelijke uitlegging moet mijns
inziens dan ook van de hand worden gewe-
zen.

Men moet zich echter de vraag stellen, wat
onderlinge afstemming tussen ondernemin-
gen nu precies inhoudt. Waarom moet aan
die afstemming zoveel betekenis worden
toegekend, dat volgens het Hof uit arti-
kel 85 volgt, dat „enigerlei tussen zulke on-
dernemers al dan niet rechtstreeks opgeno-
men contact strekkend hetzij tot beïnvloe-
ding van het marktgedrag van een bestaande
of mogelijke concurrent...”, categorisch is
verboden (zie laatstelijk de arresten Suiker
Unie en Züchner) ? Dit is mijns inziens toe
te schrijven aan het feit, dat dergelijke on-
dernemingen vervolgens bij hun marktge-
drag noodzakelijkerwijs en — normaal ge-
sproken — onvermijdelijk rekening zullen
houden met dat wat zij dank zij de onder-
linge afstemming te weten zijn gekomen als-
mede met de in het kader van die afstem-
ming gevoerde besprekingen. Zij hebben in-
formatie ontvangen inzake de overwegingen

van andere ondernemingen; zij weten, dat
de andere ondernemingen nu iets van hun
eigen situatie afweten en zij weten min of
meer wat zij op basis van de gevoerde be-
sprekingen van die anderen kunnen ver-
wachten of in elk geval zouden moeten
kunnen verwachten. Dit betekent, dat zij
onder meer bij de onderhandelingen met
hun afnemers en bij de organisatie van hun
productie over andere informatie beschik-
ken en vanuit een ander bewustzijn hande-
len dan het geval was geweest zo zij uitslui-
tend hadden kunnen afgaan op hun eigen
ervaring, hun algemene kennis van de markt
en hun concrete marktgevoel.

Mijns inziens kan dan ook worden gesteld,
dat onderlinge afstemming in beginsel auto-
matisch een bepaald marktgedrag teweeg-
brengt dat aan die afstemming kan worden
toegeschreven, ongeacht welke richting de
ondernemingen uiteindelijk met hun markt-
beleid uitgaan, dat wil zeggen ongeacht of
zij vervolgens een min of meer uniform
marktgedrag aan de dag leggen. Iets derge-
lijks zal mijns inziens ook het geval zijn in-
dien de afstemming bestaat in de uitwis-
seling van voor de concurrentie relevante in-
formatie — zoals huidige en verwachte
prijzen —, zonder dat er verder van enige
coördinatie tussen de ondernemers sprake is
en deze het er dus eigenlijk uitsluitend on-
derling over eens zijn, dat allen worden ver-
ondersteld rationeel te reageren op hun eigen
situatie en op die van de andere deelne-
mers. Ook in een dergelijk geval worden de
ondernemingen namelijk in staat gesteld, de
marktsituatie met een aanzienlijk grotere
mate van zekerheid te beoordelen en dien-
overeenkomstig te handelen. Er is dan ook
een zeer grote kans, dat door de uitwis-
seling van informatie — ceteris paribus —
hoe dan ook een andere marktsituatie ont-
staat dan anders het geval zou zijn geweest.
Het spreekt vanzelf, dat het in een dergelijk
geval in de regel niet mogelijk zal zijn, een

83 — Zie Lübbert, Hans-Dieter: *Das Verbot abgestimmten Ver-
haltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, blz. 90
en noot 51.

concreet causaal verband tussen de handelingen (de feitelijke gedragingen) en de onderlinge afstemming (de uitwisseling van informatie met een onwettig doel) aan te tonen.

Artikel 85, lid 1, verbiedt *alle vormen* van onderling afgestemd feitelijk gedrag. Dit onderdeel van de bepaling is dus bedoeld als een soort „vangnet”⁸⁴: met deze ruime formulering wordt beoogd niet alleen overeenkomsten, maar ook alle andere vormen van concurrentiebeperkende samenwerking tussen ondernemingen onder het verbod van artikel 85 te doen vallen. De in paragraaf e aangehaalde woorden van het Hof:

„(...) een vorm van coördinatie die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking”,

moeten in dezelfde zin worden opgevat.

Op grond van een en ander ben ik van mening, dat indien vaststaat dat een onderlinge afstemming een onwettig doel heeft gehad, en er — zoals ik hierboven zei — van kan worden uitgegaan dat de ondernemingen vervolgens op basis van die afstemming hebben gehandeld — ook al heeft de Commissie de concrete handelingen (een feitelijke gedraging) niet bewezen —, zonder enig bezwaar kan worden gesproken van een door artikel 85 verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging met een onwet-

tig doel. Wanneer ondernemingen méér informatie tot hun beschikking hebben en méér zekerheid hebben over het te verwachten gedrag hunner concurrenten dan zij hadden moeten hebben of normaliter zouden hebben, is altijd duidelijk het gevaar aanwezig, dat de mededinging minder intens wordt dan zij anders zou zijn geweest. Dit geldt met name indien de marktomstandigheden van dien aard zijn, dat een volkomen vrije mededinging een sterke prijsdaling zou veroorzaken. Nu een overeenkomst met een onwettig doel in de zin van artikel 85, zoals we hierboven onder punt 2 zagen, het karakter van een abstract gevaarzettingsdelict heeft, zie ik niet goed in waarom een in zoverre volkomen parallelle inbreuk, te weten een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een onwettig doel, niet min of meer op dezelfde wijze zou kunnen worden uitgelegd. De inbreuken hebben precies hetzelfde karakter. In geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging moet en zal er behalve van onderlinge afstemming ook sprake zijn van daaropvolgend feitelijk gedrag, dat met die afstemming in verband staat. Iets dergelijks is bij een overeenkomst niet vereist. Bij beide inbreuken gaat het er echter eerst en vooral om, dat de ondernemers hun toekomstig beleid niet langer zelfstandig bepalen en er daardoor een grote kans bestaat dat er mededingingsvoorwaarden ontstaan die afwijken van de op de betrokken markt normaal geldende voorwaarden.

In tegenstelling tot wat het standpunt van de Commissie zou meebrengen, moet mijns inziens dan ook als eis worden gesteld, dat de betrokkenen zich bij hun marktgedrag hebben laten leiden door de kennis waarover zij ingevolge de onderlinge afstemming beschikten. Het eerste verschil is, dat zo er überhaupt niet wordt gehandeld, er ook geen sprake is van een inbreuk. Ziet men

⁸⁴ — Zie Schröter in Groeben/Boeckh, a. w., nr. 13, blz. 103.

zich bij voorbeeld onmiddellijk na het ontstaan van de heimelijke verstandhouding genoodzaakt, op grond van externe factoren, die met de onderlinge afstemming geen verband houden — zoals de vernietiging van het productieapparaat —, uit de markt terug te treden, dan kan artikel 85 geen toepassing vinden. Dit zou anders zijn indien het bestaan van een overeenkomst met een onwettig doel was bewezen. De door mij verdedigde opvatting brengt in de tweede plaats mee, dat het in elk geval theoretisch gezien mogelijk blijft te bewijzen, dat de gevolgde praktijken niet op afstemming berusten. In voorkomend geval kan dus worden aangetoond, dat men aan die afstemming niet langer gebonden is en zich ook niet meer door de ingevolge die afstemming verworven kennis laat leiden. Te denken valt bij voorbeeld aan een overname, in het kader waarvan een nieuw bestuur schoon schip wil maken of eenvoudig onwetend is van een bestaande heimelijke verstandhouding. Het is natuurlijk duidelijk, dat het in geval van een continu proces — zoals de totstandkoming van het polypropyleenkartel — in de praktijk moeilijk kan blijken te zijn aannemelijk te maken, dat men na het ontstaan van de heimelijke verstandhouding en voordat men van de dank zij de bijeenkomsten verworven kennis heeft geprofiteerd, een andere koers is gaan varen.

Het is evident, dat de opvatting van de Commissie en de door mij voorgestane uitlegging van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging elkaar normaliter qua praktische consequenties niet veel zullen ontlopen. Gaat men ervan uit, dat een onderlinge afstemming in feite automatisch bepaalde gevolgen zal en moet hebben, dan zal in de regel kunnen worden volstaan met het bewijs dat de betrokken ondernemingen tot afstemming zijn overgegaan en dat zij zich vervolgens bij hun marktgedrag hebben laten leiden door de kennis waarover zij dank zij die afstemming beschikten. De

Commissie behoeft dus niet concreet bepaalde handelingen aan te tonen die aan de onderlinge afstemming moeten worden toegeschreven. Dit betekent voor de ondernemingen, dat zij in feite met een zekere bewijslast — of toch in elk geval een zeer vèr-gaande informatieplicht — worden opgezaald, zo zij het Gerecht ervan willen overtuigen dat zij bij het uitzetten van hun ondernemingsstrategie geen gebruik hebben gemaakt van de dank zij de onderlinge afstemming verworven kennis. Tijdens de mondelinge behandeling hebben verzoeksters toch immers ook erkend, dat de op de bijeenkomsten verkregen informatie hun goed van pas kwam.

De door mij voorgestane uitlegging van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, waarvoor, zoals ik al zei, weliswaar niet rechtstreeks of uitdrukkelijk steun kan worden gevonden in de rechtspraak van het Hof, is mijns inziens wél in overeenstemming met — of ligt in de lijn van — die rechtspraak. Mijn uitlegging van het begrip sluit in feite aan bij de door een groot aantal van de schrijvers verdedigde opvatting en is met name met de bewoordingen van de bepaling in overeenstemming. In dit verband wil ik opmerken, dat er geen sprake is van een extensieve interpretatie van de bepaling. Gelet op het quasi-strafrechtelijk karakter van de bepaling zou een dergelijke interpretatie immers op gespannen voet staan met algemeen erkende rechtszekerheidswaarborgen (vgl. ook het arrest van het Hof in de zaak Parke, Davis en Co.⁸⁵). Tot slot wordt met de door mij voorgestane uitlegging ook verzekerd, dat geen afbreuk wordt gedaan aan het „nuttig effect” van de bepaling, hetgeen wél het geval zou zijn indien de door verzoeksters verdedigde opvatting werd gevolgd.

85 — Arrest van 29 februari 1968, zaak 24/67, Jurispr. 1968, blz. 81.

j) De structuur van de twee vormen van inbreuk

Verzoeksters hebben betoogd, dat de Commissie een onderscheid had moeten maken tussen „overeenkomst” en „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, aangezien deze vormen van inbreuk een verschillend karakter hebben. Met name de bewijsproblematiek zou verschillend zijn.

Het belang van dit vraagstuk heb ik al eerder uiteengezet, te weten in het hoofdstuk betreffende de uitlegging van artikel 85 als formeel probleem. Uitgaande van het door mij bereikte resultaat ben ik echter van mening, dat de twee vormen van inbreuk in feite qua structuur zo sterk overeenkomen, dat het in een situatie als de onderhavige niet nodig is het bedoelde onderscheid te maken.

Bij het bewijs van overeenkomsten gaat het in essentie om twee vragen. In de eerste plaats, of er overeenkomsten zijn aangegaan [die ertoe strekten (...)], en in de tweede plaats of deze de door de Commissie gestelde gevolgen hebben gehad. De gevolgen vormen op zich een bewijsthema, niet alleen in verband met de vraag, of er wegens die gevolgen sprake is van een inbreuk op artikel 85, maar ook, subsidiair, met het oog op het eventuele bewijs dat de inbreuk minder ernstig moet worden geacht op grond dat het kartel de mededinging niet of slechts in mindere mate nadelig heeft beïnvloed. Het vraagstuk van de gevolgen speelt echter ook een rol in verband met het bewijs — of misschien eerder het tegenbewijs — van het bestaan zelf van de overeenkomsten. Een van de door verzoeksters naar voren gebrachte standpunten is, dat dat wat op een

overeenkomst lijkt, geen overeenkomst is, omdat het niet de beoogde gevolgen heeft gehad. Overigens voeren verzoeksters ook andere bewijzen aan met betrekking tot het bestaan van de overeenkomsten, of althans trachten zij het door de Commissie gestelde bestaan ervan te ontkennen.

Volkomen parallel hieraan kan mijns inziens worden gezegd, dat de bewijsproblematiek exact dezelfde is wanneer men het bestaan van de onderlinge afstemming wil bewijzen — of althans beargumenteren — door middel van een discussie over de beschikbare schriftelijke bewijsstukken, motieven, enzovoort, zonder aandacht te besteden aan de markt. Nu ik van mening ben, dat zowel bij overeenkomsten als bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen het „doel” een zelfstandig bestanddeel van het delict is en dat uitsluitend het tijdstip waarop de inbreuk moet worden geacht te zijn voltooid, verschillend is, kan mijns inziens niet worden staande gehouden, dat de twee vormen van inbreuk zo verschillend van aard zijn, dat het bedoelde onderscheid moet worden gemaakt.

Ofschoon ik mij dus niet kan vinden in de uitlegging die de Commissie aan het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging geeft, ben ik het in zoverre met haar eens, dat de twee begrippen — in de door mij voorgestane uitlegging — qua structuur zozeer overeenkomen, dat het bedoelde onderscheid niet behoeft te worden gemaakt, althans niet in de onderhavige context. Derhalve zal ik bij mijn latere bespreking van de verschillende bewijzen niet telkens uitdrukkelijk specificeren, of deze of gene gedraging van de ondernemingen als een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden aangemerkt dan wel of er eerder sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

4. Biedt artikel 85 ruimte voor het leerstuk van de poging?

Zoals ik in het vorige hoofdstuk heb gezegd, moet het in artikel 85 gebezigde begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging aldus worden uitgelegd, dat de „delictsomschrijving” pas kan worden geacht te zijn vervuld indien er een bepaald marktgedrag is aangetoond. Ik heb uiteengezet, in hoeverre deze opvatting afwijkt van die van de Commissie. Er is mijns inziens dus sprake van een inbreuk, zodra kan worden bewezen dat de betrokken ondernemingen zijn overgegaan tot onderlinge afstemming die ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, en dat zij vervolgens op de markt zijn opgetreden. Zoals ik al zei, kan er in beginsel een causaal verband tussen de onderlinge afstemming en het marktgedrag worden aangenomen, indien de ondernemingen na het ontstaan van de heimelijke verstandhouding in de betrokken sector werkzaam zijn gebleven. Ook is er sprake van een inbreuk wanneer een heimelijke verstandhouding die er misschien niet toe strekte, de mededinging te beperken, niettemin een dergelijke beperking tot gevolg heeft gehad, en wanneer de ondernemingen inzagen of moesten inzien, dat een dergelijk gevolg zou intreden.

Indien het Gerecht zich in dit standpunt kan vinden, lijkt het mij vanuit praktisch oogpunt nauwelijks nodig in artikel 85 een aparte plaats voor de strafbare poging in te ruimen. Gelet op de wijze waarop de Commissie haar beschikking heeft opgesteld, lijkt het echter toch noodzakelijk te onderzoeken, of ook een „poging tot” onder het verbod van artikel 85 kan vallen, met name waar het onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreft.

In artikel 85 zijn verschillende delicten omschreven: een abstract gevaarzettingsdelict, namelijk de overeenkomst met een onwettig

doel, en twee materiële delicten, te weten overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met de daaruit voortvloeiende gevolgen. In de door mij voorgestane uitleggings vormen „onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken” een tussencategorie.

Wat het delict „overeenkomst die ertoe strekt” betreft, is het duidelijk dat er sprake is van een voltooide inbreuk op artikel 85, zodra de overeenkomst is aangegaan. Aan de bestanddelen van het delict „overeenkomst die ten gevolge heeft” is voldaan, wanneer is gebleken dat de overeenkomst (ongeacht haar doel) een beperking van de mededinging tot gevolg heeft gehad.

Zoals we zagen, wierp advocaat-generaal Mayras in de kleurstoffen-zaken⁸⁶ — vermoedelijk in verband met de nadere inhoud van datgene wat door hem het „objectieve” aspect van de onderling afgestemde feitelijke gedraging werd genoemd — de vraag op, of een onderling afgestemde feitelijke gedraging reeds in het stadium van de poging, dat wil zeggen nog voordat er sprake is van enig marktgedrag, onder het verbod van artikel 85 kan vallen (zie blz. II-933).

Gelet op de bewoordingen van artikel 85 lijkt het mij duidelijk, dat het niet de bedoeling is geweest het begrip „overeenkomst die ertoe strekt” ook van toepassing te doen zijn op situaties als die waarin de Commissie er in slaagt alvorens het tot een overeenkomst tussen de ondernemingen komt, tussenbeide te komen. Hetzelfde lijkt voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen te gelden. Daar komt nog bij, dat het vanuit een oogpunt van rechtszekerheid ongewenst is, zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag ook de „poging tot” onder het verbod van artikel 85 te brengen, waardoor de werkingssfeer van deze bepaling in feite

86 — Jurispr. 1972, blz. 689, eerste kolom.

wordt opgerekt. Ook in de latere rechtspraak van het Hof of in de doctrine is geen steun te vinden voor de opvatting, dat reeds een poging om de in artikel 85 omschreven delicten te begaan, onwettig moet worden geacht.

Ik ben dan ook van mening, dat in artikel 85 geen aparte plaats voor de poging kan worden ingeruimd. Overigens brengen de door het Hof aan de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging gegeven uitlegging alsmede de door mij voorgestane interpretatie van laatstgenoemd begrip mee, dat artikel 85 een zo ruime werkingsfeer heeft, dat er vermoedelijk in de praktijk niet echt behoefte zal bestaan aan de mogelijkheid ook voor de „poging tot” een boete op te leggen.

5. *Was het gedrag van de ondernemingen objectief gezien als middel ongeschikt?*

Tijdens de terechtzitting heeft professor Albach verklaard, dat alle door de ondernemingen ontplooiden initiatieven zijns inziens als belangrijkste effect hadden, dat zij een soort placebo voor nerveuze zakenlieden vormden. Hij zei onder meer, dat een prijs-overeenkomst in een oligopolie een effectieve strategie kan zijn, indien de verkoopprijzen niet kostendekkend zijn. De theorie en de ervaring zouden echter leren, dat op een markt met 17 producenten aan een dergelijke overeenkomst moeilijk uitvoering kan worden gegeven en dat zulks zelfs praktisch onmogelijk is in een periode waarin men met grote overcapaciteit te kampen heeft. Vervolgens deed Albach verslag van de door hem verrichte studie, op basis waarvan hij tot de conclusie was gekomen dat de zogeheten richtprijzen niet konden worden geacht enige invloed van betekenis op de door een zo scherpe concurrentie gekenmerkte markt te hebben gehad.

Verder hebben verzoeksters getracht te bewijzen, dat de verzonden prijsinstructies geen enkel verband hielden met de op de bijeenkomsten overeengekomen richtprijzen en dat in elk geval de uiteindelijk tot stand gekomen prijzen niet met die richtprijzen overeenkwamen. Ook zijn er bewijzen overgelegd — bij voorbeeld het rapport van professor Budd — volgens welke verzoeksters gedrag niet alleen geen enkele invloed op de markt heeft gehad, maar ook nooit een dergelijke invloed had kunnen hebben, aangezien de markt moest worden geacht ongevoelig te zijn voor de pogingen die de ondernemingen — naar ik hier aanneem — in het werk stelden.

Naar aanleiding hiervan hebben partijen zich onder meer uitgesproken over de vraag, wat nu precies met de in artikel 85, lid 1, gebezigde bewoordingen „ertoe strekken” wordt bedoeld.

Zo betoogt één der verzoeksters (ICI), dat reeds uit de bewoordingen van de bepaling blijkt, dat het om de zogenoemde objectieve strekking van de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging gaat, en niet om de subjectieve bedoelingen van de deelnemende ondernemingen. Verzoekster verklaart in dit verband, dat de strekking van de regelingen moet worden beoordeeld in verband met de feitelijke economische omstandigheden waarin zij worden toegepast. Zij verwijst ook naar de arresten van het Hof van 30 juni 1966⁸⁷ en 9 juli 1969⁸⁸, waaruit zou zijn af te leiden dat bij de beoordeling van een regeling de feitelijke gevolgen voor de mededinging niet buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Dit zou ook gelden indien uitsluitend de strekking van de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ter beoordeling stond. Om te kunnen vaststellen dat de re-

87 — Zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 392.

88 — Zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295.

geling ertoe strekte de mededinging te beperken, moet de Commissie volgens ICI dus bewijzen, dat het voldoende waarschijnlijk was dat het beoogde doel ook kon worden bereikt. Ervan uitgaande dat zij had bewezen, dat het beweerde kartel de markt had beïnvloed noch had kunnen beïnvloeden, voerde ICI vervolgens aan, dat de Commissie niet had aangetoond dat het kartel ertoe strekte de mededinging te beperken. De Commissie heeft hiertegen ingebracht, dat uit de aangehaalde arresten niet kan worden afgeleid dat pas iets over de strekking van een overeenkomst of een andersoortige regeling kan worden gezegd, indien die overeenkomst of regeling feitelijke gevolgen voor de markt heeft gehad. Tot slot heeft de Commissie betoogd, dat zij met het door haar geleverde bewijs van de mogelijke en feitelijke gevolgen van het kartel ruimschoots heeft voldaan aan de dienaangaande in de rechtspraak van het Hof gestelde eisen.

Volgens verzoekster kan het aangetoonde gedrag dus niet tot aansprakelijkheid leiden, nu immers is bewezen dat het onder geen enkele voorwaarde de markt kon beïnvloeden. Onder deze omstandigheden kon het gedrag volgens verzoekster derhalve evenmin een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85 ten doel hebben.

Ervan uitgaande dat de markt inderdaad niet werd beïnvloed, hoe moet dan worden aangekeken tegen een situatie waarin de betrokkenen onmiskenbaar de bedoeling hadden, de mededingingsregels te overtreden?

Het is moeilijk, in de aangehaalde rechtspraak of in andere arresten van het Hof enige steun te vinden voor de door verzoekster verdedigde opvatting.

In de zaak Völk ging het om de vraag, of een overeenkomst die naar haar aard onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, daaraan niettemin op specifieke gronden kan ontkomen. Het Hof overwoog om te beginnen, dat een overeenkomst uitsluitend onder het verbod kan vallen indien zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doet verwachten dat zij het handelsverkeer tussen Lid-Staten nadelig kan beïnvloeden, en indien zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Deze voorwaarden moeten, aldus het Hof, worden bezien in het licht van de feitelijke omstandigheden van de overeenkomst. Het Hof overwoog tot slot, dat een alleenverkoopovereenkomst aan het verbod van artikel 85, lid 1, kan ontkomen wanneer zij, wegens de zwakke positie die de betrokkenen op de markt innemen, de markt slechts in geringe mate beïnvloedt. Het betrof hier ondernemingen die slechts over een bescheiden marktaandeel beschikten.

In de onderhavige zaken is er geen sprake van kleinere ondernemingen met een bescheiden marktaandeel, als gevolg waarvan het risico van een werkelijke beïnvloeding van de markt gering zou zijn. Het betreft hier integendeel de grootste petrochemische ondernemingen in Europa, die te zamen bijna de hele markt voor hun rekening namen. In de zaak Völk lagen de feiten dus volkomen anders; het in die zaak gewezen arrest kan ons bij de oplossing van het onderhavige probleem dan ook niet verder helpen.

Er valt ook nauwelijks enige samenhang te zien tussen verzoeksters' situatie en het arrest in de zaak Société Technique Minière. In dat arrest overwoog het Hof, dat moet worden gelet op de strekking der overeenkomst in verband met de economische om-

standigheden, waarin zij moet worden toegepast, en dat de verstoring van de mededinging moet voortvloeien uit alle of sommige van de clausules van de overeenkomst zelf. Ook hier was sprake van een alleenverkoopovereenkomst.

Prijs- en productieovereenkomsten worden vanouds — en met name volgens de in artikel 85, lid 1, sub a en b, tot uitdrukking gebrachte opvatting — geacht de mededinging nadelig te beïnvloeden. Maar hoe zit het nu indien mocht blijken, dat prijsovereenkomsten normaal gesproken niet kunnen worden gebruikt om het vrije spel van de marktkrachten te verstoren? Of indien dit juist in het onderhavige geval niet mogelijk was? Met andere woorden: wat te doen indien mocht blijken dat prijsovereenkomsten in het algemeen of in het concete geval geen geschikt middel zijn of waren?

Zo dit het geval was, zou het wellicht aangebracht zijn enige beschouwingen aan enkele fundamentele vraagstukken op het gebied van het kartelrecht te wijden. Een verzoeker die voor dergelijke standpunten — die in het mededingingsrecht een echt en belangrijk „novum” lijken te zijn — gehoor wil vinden, moet zijn ideeën wel met bijzonder overtuigende bescheiden onderbouwen.

Mijns inziens zou dan in elk geval moeten worden aangetoond, dat in de economische doctrine algemeen wordt aangenomen dat de middelen die men heeft trachten aan te wenden, de markt nooit hadden kunnen beïnvloeden. Dit nu is in casu geenszins aangetoond. De door professor Albach afgelegde verklaringen kunnen hooguit aldus worden opgevat, dat de deelnemende partijen gelet op de marktomstandigheden nauwelijks in staat waren, de markt noemenswaardig te beïnvloeden. Ook uit de overige overgelegde bescheiden zijn wat dit betreft geen sterke argumenten te putten. In elk ge-

val zijn er geen stukken overgelegd die — zonder voor de gelegenheid te zijn opgesteld — in het algemeen elementen bevatten die voor de beantwoording van de vraag van belang kunnen zijn.

Op grond van een en ander ben ik van mening, dat verzoeksters (ICI's) argumenten inzake de zogenoemde „objectieve” uitlegging van het begrip „ertoe strekken” — zoals gebezigd in verband met onderling afgestemde feitelijke gedragingen — in casu van de hand moeten worden gewezen, alleen al omdat de basisvoorwaarde, dat het middel objectief gezien ongeschikt was, niet kan worden geacht te zijn vervuld.

6. Is er sprake van één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging?

Verzoeksters hebben verder bezwaar gemaakt tegen het feit, dat de Commissie alle gebeurtenissen die tussen 1977 en 1983 hebben plaatsgevonden, als één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft gekwalificeerd; of als een kaderovereenkomst, een term waartegen sommige verzoeksters zich zeer sterk hebben verzet.

Het valt moeilijk in te zien, hoe in casu enige beslissende betekenis kan worden toegekend aan de kwalificatie als zodanig. Of het gebeurde nu als één voortgezette inbreuk dan wel als één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging moet worden aangemerkt, de benaming kan mijns inziens niet doorslaggevend worden geacht.

Gelet op de oorspronkelijke en gebruikelijke betekenis van het woord „overeenkomst” kan het echter nogal geforceerd aandoen, deze term te gebruiken voor een reeks bij-

eenkomsten en dergelijke, waarop — een aantal jaren lang — overleg werd gevoerd en afspraken werden gemaakt alsmede plannen werden gesmeed, gewijzigd, opgegeven, uitgesteld en ga zo maar door.

Het zou wellicht even voor de hand liggend zijn de gewraakte gedragingen als een voortgezette inbreuk aan te merken. Indien de Commissie gelijk heeft waar zij stelt, dat vertegenwoordigers van een aantal ondernemingen, die zich stuk voor stuk van de gemeenschappelijke problemen bewust waren, overeenkwamen nader overleg te voeren over de wijze waarop een verwoestende prijsoorlog kon worden voorkomen, dat in dit kader werd afgesproken op gezette tijden bijeen te komen en dat de ideeën zich langzamerhand zodanig uitkristalliseerden, dat het tot een vrij verfiind systeem kwam, waarmee het hoofd moest worden geboden aan de moeilijkheden die een door 17 ondernemingen gevormd kartel op een markt met een aanzienlijke overcapaciteit vanzelfsprekend op zijn weg zou vinden, is er mijns inziens niets dat eraan in de weg staat, dit feitencomplex als één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging te kwalificeren.

Volgens verzoeksters is het begrip kaderovereenkomst echter niet meer dan een kunstgreep, waarmee de Commissie lacunes in de bewijsvoering beoogt te verbergen. Ik geloof niet dat dit het geval is. Wanneer echter op basis van een grote hoeveelheid bewijsmateriaal tot het bestaan van „één overeenkomst” is geconcludeerd, moet men er echter erg voor oppassen, niet vervolgens uit dat begrip iets af te leiden wat er voorheen niet was.

Gelet op hetgeen door een aantal ondernemingen is aangevoerd, kan het nuttig zijn te beklemtonen dat het begrip kaderovereenkomst als een verzamelbegrip moet worden

opgevat, hetgeen de Commissie ook lijkt te doen (zie met name punt 81 van de beschikking). Het valt echter niet te ontkennen, dat de beschikking van de Commissie op dit punt wat onduidelijk is. In elk geval is niet bewezen dat er enige overeenkomsten grondslag lag aan de maatregelen die misschien pas jaren later tot uitvoering werden gebracht. In zoverre ben ik het dus eens met de op de terechtzitting ter sprake gebrachte „theorie van het hellende vlak”.

De Commissie heeft boeten opgelegd wegens de betrokkenheid van de ondernemingen bij een aantal steunmaatregelen en bij initiatieven op het gebied van prijzen en dergelijke; hierover moet een oordeel worden uitgesproken, ongeacht of de gewraakte gedragingen gemakshalve als één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging worden aangeduid. Voor een algemene beschrijving van het gebeurde kan derhalve met de begrippen één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging worden volstaan, zolang deze begrippen maar niet worden gebruikt om zwakke plekken in het bewijsmateriaal te camoufleren.

Indien er derhalve vanuit het oogpunt van de voortgezette inbreuk een leemte kan worden geconstateerd van medio 1978 tot het najaar van 1979, moet voor de kaderovereenkomst precies hetzelfde gelden, zodat deze in feite in twee overeenkomsten uiteenvalt, met de eventuele verjaringsproblemen die dit kan meebrengen.

Een en ander betekent, dat de desbetreffende argumenten van verzoeksters op zich nog niet tot nietigverklaring van de beschikking kunnen leiden. Wél moet worden nagegaan, of de Commissie haar beweringen kan staven en of zij zich er niet toe heeft laten verleiden, op grond van haar eigen beschrijving van het gebeurde tot bepaalde feiten te concluderen waarvoor verder geen enkel bewijs is aan te voeren.

7. *Collectieve aansprakelijkheid krachtens artikel 85, lid 1?*

Tijdens de behandeling van de onderhavige zaken is ook — op soms nogal heftige wijze — gediscussieerd over de vraag, of er in casu misschien sprake is van collectieve aansprakelijkheid, met andere woorden, of de Commissie één of meer van de ondernemingen heeft laten opdraaien voor iets wat door anderen is gedaan en waaraan zij zelf niet hebben deelgenomen. Dit probleem hangt nauw samen met de in artikel 1 van de beschikking gegeven omschrijving van de inbreuk. De omstandigheid dat de Commissie de inbreuk als één overeenkomst en één onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeert, houdt volgens verzoeksters het gevaar in, dat zij voor alle elementen van de inbreuk, zoals omschreven in artikel 1, sub a tot en met e, van de beschikking, aansprakelijk kunnen worden gesteld, ook al zouden zij bij één of meer van die elementen niet betrokken zijn geweest.

Zoals uit het vorige hoofdstuk blijkt, is er mijns inziens niets dat erop wijst, dat praktisch alles waarvan de ondernemingen worden beschuldigd, in feite op één voorafgaande basisovereenkomst zou zijn terug te voeren. Dit is tijdens de mondelinge behandeling trouwens ook door de Commissie erkend. Zij zou zoiets ook niet in de beschikking hebben beweerd. Derhalve is het alleen al om deze reden niet mogelijk verzoeksters individueel aansprakelijk te stellen voor alle in het kader van het kartel verrichte handelingen, ook al is komen vast te staan dat zij daaraan in een bepaalde periode hebben deelgenomen.

Het valt echter niet te ontkennen, dat de Commissie zich in haar beschikking af en toe zodanig heeft uitgedrukt, dat men de indruk zou kunnen krijgen dat zij alle ondernemingen zonder meer aansprakelijk heeft willen stellen voor alles wat, in de periode dat zij bij het kartel waren aangesloten, in het kader van dat kartel werd verricht. Zo is in punt 83, tweede alinea, van de beschikking het volgende bepaald:

„Waar het in deze zaak om gaat, is het samenspel over een lange periode van de producenten met het oog op een gemeenschappelijk doel; iedere deelnemer moet verantwoordelijk zijn, niet alleen voor zijn eigen rol die hij daarbij rechtstreeks heeft gespeeld maar ook voor de werking van de overeenkomst in haar geheel. Voor de bepaling van de mate van betrokkenheid van elke producent is dan ook niet de periode beslissend waarin van hem toevallig prijsinstructies voorhanden waren, maar de gehele periode gedurende welke hij bij de gemeenschappelijke onderneming aangesloten was.”

In haar verweerschrift in de zaak BASF verklaart de Commissie ten aanzien van deze kwestie onder meer:

„Bovendien behoort een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag tot het type inbreuken dat uitsluitend door meerdere daders gezamenlijk kan worden begaan. De medewerking van één der daders aan de door de andere deelnemers aan het kartel begane inbreuk moet aan deze dader dus noodzakelijkerwijs als zijn eigen daad worden toegerekend, aangezien de inbreuk nu juist in die samenwerking bestaat. Dit sluit niet uit, dat de verschillende daders zich op verschillende tijdstippen bij het kartel aansloten (...)”

Terwijl de Commissie het met deze opmerking, zonder nu echt veel te zeggen, bij het rechte eind heeft, kan punt 83, tweede alinea, van de beschikking aanleiding geven tot verwarring.

Het spreekt echter vanzelf, dat de eigenlijke „telastelegging” is opgenomen in artikel 1 van de beschikking, volgens hetwelk de ondernemingen inbreuk hebben gemaakt op artikel 85 „door deel te nemen (...) aan een (...) overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, bestaande uit een aantal elementen. Op zich lijkt er niets aan te merken op het feit dat de inbreuk wordt omschreven als „het deelnemen” aan een overeenkomst, dat wil zeggen aan een kartel dat in de beschikking als „overeenkomst” is gekwalificeerd. Door te stellen dat een onderneming bij een overeenkomst partij is geweest of aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft deelgenomen, geeft de Commissie op zich een juiste omschrijving van de inbreuk.

Wanneer de Commissie daarentegen in punt 83, tweede alinea, stelt, dat iedere deelnemer niet alleen verantwoordelijk moet zijn voor zijn eigen rol, maar ook voor de werking van de overeenkomst in haar geheel, duidt dit erop dat de ondernemingen moeten opdraaien voor méér dan datgene waarbij zij zelf betrokken zijn geweest, en dat is nu net het probleem. Hieraan moet echter worden toegevoegd, dat de Commissie in hetzelfde punt van de beschikking preciseert, dat de aansprakelijkheid van de verschillende deelnemers aan het kartel enkel de periode geldt waarin deze bij het kartel waren aangesloten.

De Commissie heeft uiteraard gelijk wanneer zij in haar verweerschrift in de zaak BASF stelt, dat het bij artikel 85 in zoverre om collectieve inbreuken gaat, dat voor het

begaan van de inbreuk de samenwerking van twee of meer ondernemingen is vereist en dat de medewerking van de een aan de inbreuken van de ander een noodzakelijke en logische consequentie van het collectieve karakter van de inbreuk is. Indien het basisvereiste is, dat men een overeenkomst is aangegaan of bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken is geweest, mag het mijns inziens echter niet mogelijk zijn dat de aansprakelijkheid voor anderen inbreuken verder reikt dan de mate waarin men zelf aan die inbreuken heeft deelgenomen. Anders dan de Commissie lijkt te suggereren, is het derhalve niet zonder meer juist, dat de individuele onderneming aansprakelijk moet worden gesteld voor handelingen waarbij zij niet zelf betrokken is geweest.

Aangezien de kwestie van de collectieve aansprakelijkheid in de onderhavige procedure uitvoerig aan de orde is geweest, lijkt het zinvol eerst eens vast te stellen, in welke gevallen er — in tegenstelling tot wat een aantal verzoeksters misschien menen — *niet* van collectieve aansprakelijkheid kan worden gesproken.

Gaat men na, hoe het beweerde kartel vermoedelijk tot stand is gekomen, dan begrijpt men al gauw dat het buitengewoon lastig kan zijn precies te bepalen, in hoeverre elke onderneming afzonderlijk daarbij betrokken is geweest. Van wie was het idee voor een bepaald initiatief afkomstig? Wie zorgde ervoor, dat ook degenen die misschien minder enthousiast waren, werden overgehaald? Wie kwam het best voorbereid naar de bijeenkomsten enzovoort? Het spreekt vanzelf, dat het in gevallen waarin de deelnemende ondernemingen niet hebben bekend, dikwijls niet mogelijk zal zijn op al deze vragen een antwoord te vinden tijdens een administratieve procedure, waarbij men zich immers hoofdzakelijk op schriftelijk bewijsmateriaal moet baseren. Het is natuurlijk ook zo, dat in dergelijke zaken niet onbeperkt op de allerkleinste details behoeft te worden ingegaan. Op juridisch-technische gronden valt

het dan ook te verdedigen, dat — in zekere mate en indien nodig — met een wat ruimere omschrijving van de betrokkenheid van elk der deelnemers afzonderlijk wordt volstaan. Neem nu bij voorbeeld het delict valsmunterij: het is nauwelijks denkbaar dat de omstandigheid dat niet valt te bewijzen, wie de drukinkt heeft bijgevuld of wie de drukpers heeft bediend, terwijl wél vaststaat dat allen aanwezig zijn geweest en aan het delict hebben deelgenomen, in de rechtsorde van enige Lid-Staat een belemmering zou vormen om niettemin tot veroordeling over te gaan.

Bij een redelijke en beperkte toepassing van dit standpunt kan niet worden staande gehouden, dat er in een dergelijk geval sprake is van collectieve aansprakelijkheid. Het is alleen maar zo, dat de betrokken rechtsorde geen overdreven gedetailleerde beschrijving en bewijsvoering vereist in gevallen waarin zulks zelden mogelijk zal zijn en waarin de vermoedelijke daders zich zelf in een zodanige situatie hebben gebracht, dat een zekere verlichting van de bewijslast niet bezwaarlijk moet worden geacht. Anders zou de Commissie waarschijnlijk in een groot aantal gevallen reeds op voorhand van rechtsvervolgning moeten afzien, namelijk indien het bestaan van een verboden kartel buiten kijf staat, doch onmogelijk gedetailleerd kan worden bewezen in hoeverre elke onderneming afzonderlijk aan de verboden gedragingen heeft meegewerkt. Hierdoor zou artikel 85 aanzienlijk aan effectiviteit inboeten.

Een ander aspect van de vraag betreft de algemene eisen met betrekking tot de sterkte van het door de Commissie te leveren bewijs. Indien bij voorbeeld — op grond van een beoordeling van al het beschikbare bewijsmateriaal — bewezen moet worden geacht, dat een onderneming bij een prijsinitiatief betrokken is geweest, ofschoon er

geen schriftelijke bewijzen van prijsinstructies en dergelijke zijn gevonden, is er geenszins sprake van collectieve aansprakelijkheid, maar enkel en alleen van een waardering van het bewijs.

Van collectieve aansprakelijkheid in de door de ondernemingen bedoelde zin is pas sprake zodra *niet* kan worden aangenomen, dat een onderneming aan een of meer van de elementen van de inbreuk heeft deelgenomen.

Het zijn wellicht deze bewijsproblemen die doorklinken in de niet al te gelukkig geformuleerde tweede zin van punt 83, tweede alinea, van de beschikking.

Worden de bewoordingen van de Commissie aldus opgevat, dat zij enkel uitdrukking geven aan de bedoelde bewijsproblematiek — hetgeen mijns inziens het geval is —, dan valt de Commissie niets te verwijten.

Indien volgens het Gerecht niet bewezen kan worden geacht, dat een onderneming in een bepaald opzicht aan de inbreuk heeft deelgenomen, moet het desbetreffende onderdeel van artikel 1 van de beschikking met betrekking tot die onderneming als niet bestaand worden beschouwd. Voor zover ik kan zien, is de Commissie niet op een „alles of niets”-beslissing uit geweest (vgl. mijn eerdere opmerkingen over het karakter van de kaderovereenkomst). Mijns inziens staat dan ook niets eraan in de weg, om redenen die verband houden met de bewijsvoering één of meer van de elementen van artikel 1 van de beschikking met betrekking tot een bepaalde onderneming (of bepaalde ondernemingen) buiten beschouwing te laten; hierdoor wordt op zich geen afbreuk gedaan aan de principiële vaststelling, dat de betrokken onderneming (of ondernemingen)

in andere opzichten wél inbreuk op artikel 85 heeft gemaakt, op voorwaarde dat is bewezen, dat die onderneming (of ondernemingen) aan andere onderdelen van de inbreuken hebben deelgenomen.

Bij lezing van de beschikking van de Commissie — met name punt 78 en de punten 107 tot en met 109 ervan — blijkt niet direct, dat de Commissie in feite bepaalde ondernemingen heeft laten opdraaien voor iets wat door anderen is gedaan. Dit moet echter voor elk van de ondernemingen concreet worden nagegaan, hetgeen ik verderop in deze conclusie zal doen bij de bespreking van de op elke onderneming afzonderlijk betrekking hebbende bewijzen.

Ofschoon de Commissie tijdens de mondelinge behandeling steeds heeft ontkend, dat zij de ondernemingen collectief aansprakelijk heeft willen stellen, heeft zij in enkele van haar schriftelijke memories — bij voorbeeld op blz. 65 tot en met 66 van het verweerschrift in de zaak Hercules — uitspraken gedaan die nauwelijks anders kunnen worden uitgelegd dan dat zij toch op zijn minst een element van collectieve aansprakelijkheid op het oog heeft gehad. Zo zegt zij in genoemd verweerschrift, dat verzoeksters bij de beschikking zijn schuldig verklaard aan één (voortgezette) overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *krachtens welke de producenten in het algemeen of als groep* (generally) — cursivering van de Commissie — de in artikel 1, sub a tot en met e, van de beschikking beschreven handelingen verrichtten.

Er valt mijns inziens niets in te brengen tegen het feit, dat verzoeksters van een dergelijke opvatting duidelijk afstand nemen. De bedoelde formulering is echter niet terug te vinden in artikel 1 van de beschikking, dat, samen met de motivering van de beschik-

king, beslissend moet worden geacht. De definitieve uitlegging van de beschikking is uiteraard voorbehouden aan het Gerecht en aan het Hof, en niet aan de Commissie zelf. Met het door haar in genoemd verweerschrift tot uitdrukking gebrachte standpunt komt de Commissie verdacht dicht in de buurt van de opvatting, dat iemand reeds aansprakelijk kan worden geacht wegens het enkele feit dat hij met de overtreder contact heeft gehad of dat hij is aangesloten bij een organisatie met een ongeoorloofd oogmerk. Zoals ik al zei, voorziet artikel 85 niet in een dergelijke vérgaande aansprakelijkheid. Mocht er aan een dergelijke regel niettemin behoefte bestaan, dan is hier een taak voor de wetgever weggelegd.

E — *Algemene opmerkingen over de bewijswaardering en over bewijstypen en bewijzen*

1. *Algemeen*

Behalve in zeer eenvoudige gevallen levert de formele toepassing van de bewijsregels meestal nogal wat problemen op. Indien daarentegen twee of meer personen, zij het professionele rechters, „lekenrechters” of anderen die zich met bewijskwesties bezighouden, zich over concrete bewijsvragen moeten uitspreken, zullen hun opvattingen dikwijls niet ver uiteenlopen.

Het zou daarom verleidelijk kunnen zijn meteen met een bespreking van het in casu beschikbare bewijsmateriaal te beginnen. Verzoeksters hebben echter dermate veel aandacht aan de bewijsproblematiek besteed, dat het mij zinvol lijkt eerst enkele algemene opmerkingen over bewijskwesties te maken.

2. De vrije beoordeling van het bewijs

Om te beginnen moet worden vastgesteld, dat voor het Hof — en derhalve ook voor het Gerecht — het beginsel van de vrije bewijswaardering geldt. Het Hof en het Gerecht zijn dus niet gebonden aan de in de nationale rechtsorden geldende bewijsregels. De in de communautaire rechtsorde voorziene uitzonderingsgevallen buiten beschouwing gelaten, is uitsluitend de geloofwaardigheid van de overgelegde bewijzen bepalend voor de bewijswaardering.⁸⁹ Zoals ik eerder verklaarde, kan dit beginsel in de onderhavige zaken enkel opzij worden gezet met betrekking tot de bewijzen die de ondernemingen tijdens de administratieve procedure niet zijn overgelegd en hun derhalve ook niet kunnen worden tegengeworpen.

Dat het Hof zich bij de waardering van het bewijs door niets anders dan een globale beoordeling van de bewijskracht van een document en eenvoudige regels op het gebied van bewijslogica laat leiden, blijkt duidelijk uit — onder meer — zijn arrest in de zaak *Suiker Unie*⁹⁰ (met name r. o. 156 tot en met 166, blz. 1942 tot en met 1944).

Dit geldt ook voor de onderhavige zaken. Het mag echter uiteraard nooit zo ver komen, dat op basis van het bewijsmateriaal conclusies worden getrokken die in feite niet meer dan slecht gefundeerde veronderstellingen blijken te zijn. Het bewijsmateriaal moet de beslissing kunnen dragen en ingevolge de regel „in dubio pro reo„ moet iedere redelijke twijfel in verzoeksters' voordeel werken.

⁸⁹ — Zie bij voorbeeld K. P. E. Lasok, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 1984, blz. 263.

⁹⁰ — Reeds aangehaald in noot 41.

In casu is het buitengewoon belangrijk, dat de verschillende bewijzen in hun totaliteit worden gezien. Het is duidelijk, dat zelfs indien het mogelijk is voor een bepaald document — en misschien voor meerdere documenten — een redelijke alternatieve verklaring te geven, het niet is uitgesloten dat de betrokken verklaringen, wanneer ze in het kader van een algehele beoordeling van een hele reeks bewijzen nader worden onderzocht, geen steek blijken te houden. Zo valt er ook niets in te brengen tegen de door de Commissie gevolgde praktijk, op basis van perioden waaromtrent vrij veel bewijsmateriaal beschikbaar is, tot bepaalde conclusies te komen met betrekking tot andere perioden, ten aanzien waarvan de bewijzen misschien niet zo dik zijn gezaaid. Er is nu eenmaal een werkelijk goede verklaring nodig om een rechter ervan te overtuigen, dat er van een hele reeks bijeenkomsten een aantal waren waarop iets heel anders gebeurde dan tijdens eerdere en latere bijeenkomsten, indien de verschillende bijeenkomsten steeds dezelfde deelnemers hadden, onder uiterlijk gelijke omstandigheden plaatsvonden en onbetwistbaar alle als belangrijkste doel hadden, de problemen in de betrokken industrietak te bespreken.

3. Getuigenbewijs

Tijdens de administratieve procedure heeft de Commissie niet de mogelijkheid op eigen initiatief personen als getuige op te roepen. Dit is een van de redenen waarom in mededingingszaken de beschikkingen van de Commissie grotendeels op schriftelijke bewijsstukken zijn gebaseerd, zoals ook thans het geval is. De ondernemingen daarentegen kunnen de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 verzoeken, bepaalde personen te horen. In de polypropyleen-zaken is echter geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid personen die rechtstreeks bij de gebeurtenissen betrokken

zijn geweest, te laten verklaren wat er tijdens de bijeenkomsten gebeurde en wat zij met de door hen opgestelde notities bedoelden. Voor zover ik weet, is deze mogelijkheid ook in veel andere zaken niet benut. In casu hebben de ondernemingen hun standpunten met name naar voren gebracht bij monde van hun interne en externe juridische en economische adviseurs.

De omstandigheid dat de betrokken personen niet zijn gehoord, is door de Commissie aangevoerd tot staving van haar standpunt, dat hierdoor ook minder geloof moet worden gehecht aan de argumenten waarmee enkele verzoeksters hebben trachten aan te tonen — waarbij zij overigens een waar talent voor de advocatuur aan de dag legden —, dat de overgelegde bescheiden niet datgene bewijzen wat zij op het eerste gezicht lijken te bewijzen. Ik geloof dat de Commissie het daarmee bij het rechte eind heeft. Nu van aan de ondernemingen verbonden personen — waarvan een groot deel vermoedelijk nog steeds bij de betrokken ondernemingen werkzaam is — kan worden vernomen, wat er werkelijk met de verschillende regelingen werd beoogd, kan toch immers redelijkerwijs niet worden verlangd dat er verschillende hypothesen worden opgesteld met betrekking tot de vraag, hoe de zaak nu precies in elkaar zit.

Aan de omstandigheid dat bepaalde verklaringen niet zijn afgelegd, kan uiteraard geen beslissende betekenis worden toegekend. Het door de Commissie aangevoerde feit is echter hoe dan ook een bewijselement, dat in zekere mate afbreuk doet aan verzoeksters pogingen de beweringen van de Commissie te ontkrachten.

Men zou — zoals Shell heeft gedaan — kunnen verklaren, in de mondelinge fase

van de administratieve procedure voor de Commissie zo weinig vertrouwen te hebben, dat men het het wijste achtte, daaraan niet deel te nemen. Maar wat zou verzoeksters er dan van hebben weerhouden overeenkomstig de regels van het Reglement voor de procesvoering te verzoeken, de betrokkenen voor het Gerecht te horen? Een dergelijk verzoek is echter niet gedaan. De omstandigheid dat verzoeksters, die duidelijk moeite hebben met het geven van passende verklaringen, geen getuigen willen doen horen die dergelijke verklaringen wél zouden kunnen geven, spreekt niet bepaald in hun voordeel.

4. *Schriftelijke bewijsstukken*

De meeste verzoeksters hebben de betrouwbaarheid van de notulen van bijeenkomsten en van de aantekeningen, waarop de beschikking van de Commissie is gebaseerd, in twijfel getrokken.

De belangrijkste categorie van bewijzen waarover de Commissie beschikt, bestaat nu juist uit de bewijsstukken waarin bepaalde mededelingen worden gedaan, zoals de bij ICI aangetroffen aantekeningen. In punt 70, vijfde alinea, van haar beschikking verklaart de Commissie, dat de notulen van de bijeenkomsten een nauwgezet, getrouw en samenhangend verslag bevatten van wat er op de bijeenkomsten is gebeurd. Verder beklemtoont zij, dat verzoeksters van hun kant niet met bewijsstukken zijn gekomen die twijfel zouden kunnen doen rijzen over de betrouwbaarheid van de stukken waarop de Commissie zich beroept (punt 70, eerste alinea, van de beschikking).

Verzoeksters hebben hiertegen ingebracht, dat de betrokken notities — waarbij die van ICI als voorbeeld worden genomen — absoluut geen getrouwe weergave bieden van wat er in het algemeen in hun ondernemingen gebeurde. Bovendien zouden die aante-

keningen uitsluitend ten doel hebben gehad, in de verschillende ondernemingen de collega's van de deelnemers aan de bijeenkomsten op te hoogte te stellen van hetgeen op de bijeenkomsten was besproken en van wat hieruit kon worden afgeleid, en zou de opsteller van de notities deze na de bijeenkomsten hebben aangevuld met analyses en vergelijkingen voor eigen gebruik.

Zelfs al zouden de aantekeningen wél een getrouw verslag bevatten van wat er op de bijeenkomsten was besproken, volgens onderzoeksters betekent dit nog geenszins dat ook de feitelijke situatie in de industrie of de bedoelingen van de individuele producenten er op betrouwbare wijze in worden weergegeven. Verzoeksters verwijzen in dit verband naar de niet zelden voorkomende opmerkingen over gebrek aan vertrouwen tussen de partijen alsmede naar het latere gedrag van de ondernemingen, waaruit zou blijken dat deze niet echt bereid waren de — blijkens de notities — op de bijeenkomsten gemaakte afspraken na te komen.

De Commissie wijst er met name op, dat de notities onmiddellijk na de bijeenkomsten werden opgesteld en dat de auteur of auteurs ervan niet de minste reden hadden het besprokene onjuist weer te geven. De stukken zouden ook geenszins van enige overdrijving getuigen. Zoals ik al zei, wijst de Commissie er met name op, dat geen van de ondernemingen haar overeenkomstig artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 heeft verzocht de betrokken personen te horen.

Bij de beoordeling van de bewijswaarde van een stuk waarin bepaalde mededelingen worden gedaan, moet eerst en vooral worden gekeken naar de mate van waarschijn-

lijkheid van de in het document vervatte informatie. Hierbij moet met name in aanmerking worden genomen van wie het stuk afkomstig is, onder welke omstandigheden het tot stand is gekomen, tot wie het is gericht, en of het gelet op zijn inhoud redelijk en geloofwaardig overkomt.

In het algemeen gezien is het geenszins onwaarschijnlijk, dat — zoals de Commissie beweert — vertegenwoordigers van ondernemingen bijeenkomen ten einde overeenkomsten te sluiten of hun gedragingen onderling af te stemmen. Zoals bekend, heeft de Commissie het Hof er in veel gevallen ook van weten te overtuigen, dat iets dergelijks was gebeurd.

De in geding zijnde bescheiden zijn afkomstig van werknemers die aan hun collega's en superieuren verslag moesten uitbrengen van de bijeenkomsten waaraan zij hadden deelgenomen. Laten we de zaak Hercules buiten beschouwing, dan is er geen enkele aanwijzing dat deze personen zich niet volkomen loyaal en naar beste vermogen van hun taak zouden hebben gekweten. Overeenkomstig algemene bewijsregels moet het van wezenlijk belang worden geacht, dat de documenten onmiddellijk na de bijeenkomsten werden opgesteld en dat daarbij duidelijk nooit de gedachte opkwam, dat zij in handen van „derden" zouden komen. Uit de inhoud van de notulen van de bijeenkomsten kan mijns inziens over het geheel genomen worden opgemaakt, dat deze op zorgvuldige wijze zijn opgesteld door personen met veel kennis van zaken, die in zakelijke bewoordingen nuchter en beknopt weergeven, wat er huns inziens op de bijeenkomsten is gebeurd en besproken. De notulen zijn duidelijk en logisch en wekken geenszins de indruk, dat de opsteller of opstellers ervan het gebeurde bepaaldelijk verkeerd zouden hebben begrepen of uitgelegd. Grote industriële ondernemingen zouden toch immers geen medewerkers afvaardigen naar bijeenkomsten waaraan zij duidelijk

zeer veel belang hechten, indien zij deze medewerkers niet in staat achtten op zinvolle en betrouwbare wijze verslag uit te brengen van wat er op die bijeenkomsten was gebeurd?

ICI heeft, zoals ik al zei, betoogd, dat de opsteller of opstellers van haar notulen deze in een aantal gevallen hebben aangevuld met analyses en andere opmerkingen voor eigen gebruik. Dit valt echter niet rechtstreeks uit de notulen op te maken en ondanks een daartoe strekkend verzoek van de Commissie heeft ICI niet gepreciseerd, om welke toevoegingen en analyses het zou gaan. Bovendien heeft ICI, het zij nog eens herhaald, de Commissie niet verzocht de betrokkene(n) te horen ten einde haar beweringen bevestigd te zien.

Op grond van een en ander kan er mijns inziens zonder meer van worden uitgegaan, dat de notulen en aantekeningen een getrouw verslag bevatten van wat er op de bijeenkomsten is gebeurd. Het lijkt mij dan ook niet bezwaarlijk op basis van de inhoud van die stukken te concluderen, wat de betrokken ondernemingen precies voor ogen hadden.

5. *De economische analyses*

Economische analyses zijn in mededingingszaken dikwijls een belangrijk onderdeel van het bewijsmateriaal en kunnen voor het Gerecht een wezenlijk hulpmiddel zijn bij het doorgronden van economische situaties. Zo is het van belang te weten, hoe een markt met een oligopolistische structuur normaal gesproken op bepaalde factoren reageert. Dit betekent echter niet — en daar gaat het om —, dat economische expertise de juridi-

sche beoordeling en de juridische beslissing kan vervangen. Wanneer professor Albach dus ingaat op de vraag, wat economisch gezien onder richtprijzen kan worden verstaan, mag niet uit het oog worden verloren, dat dit een juridisch oordeel is noch kan zijn. Zelfs indien voorts zou worden vastgesteld, dat de markt niet noemenswaardig is beïnvloed, dan is hiermee nog niet bewezen, dat er geen overeenkomst is aangegaan of informatie is uitgewisseld met het oogmerk de prijzen te reguleren. Het is aan het Gerecht zich uit te spreken over de vraag, welke gedragingen onder het verbod van artikel 85 vallen, en het staat ook aan het Gerecht de bewijzen te beoordelen. De economische wetenschap kan ons wat dit betreft niet verder helpen.

Het Gerecht moet dus op basis van een beoordeling van al het bewijsmateriaal vaststellen, of het gebeurde als een verboden gedraging kan worden aangemerkt, ook al kan het begrip „richtprijzen” economisch gezien misschien wel iets anders betekenen dan onderling overeengekomen prijzen die door allen moeten worden nagestreefd. De inhoud van de schriftelijke bewijsstukken moet aan het licht brengen, of de aan de bijeenkomsten deelnemende ondernemingen beoogden de prijzen te beïnvloeden dan wel of zij louter elkaar op de hoogte wilden stellen van de prijs die zij, in aanmerking genomen de marktomstandigheden, redelijk achtten, in welk geval het Gerecht moet uitmaken of het gedurende een langere periode uitwisselen van informatie over de vraag, hoe ver men gezien de marktomstandigheden denkt te kunnen gaan, ongeoorloofd moet worden geacht.

6. *Bij overeenkomst of via onderlinge afstemming overeengekomen richtprijzen en streefhoeveelheden*

Volgens de Commissie trachtten de ondernemingen aan de gewraakte prijsinitiatieven

uitvoering te geven middels de toepassing van „richtprijzen”. In het kader van de beoordeling van het beschikbare bewijsmateriaal moet allereerst worden vastgesteld, wat de ondernemingen kunnen hebben bedoeld toen zij het tijdens de bijeenkomsten over „richtprijzen” hadden. Vervolgens moet worden nagegaan, of het vaststellen van die richtprijzen kan worden geacht onder het verbod van artikel 85, lid 1, te vallen.

erkend, was het dikwijls moeilijk — volgens verzoeksters zelfs onmogelijk — het beoogde prijsniveau te halen. Verzoeksters zijn immers van mening, dat de markt het hun *niet* mogelijk maakte richtprijzen toe te passen, maar dat de richtprijzen in feite door de markt werden bepaald.

Dienaangaande verklaart de Commissie onder meer, dat het „jargon” dat wordt gebezigd in de op de bijeenkomsten betrekking hebbende bewijsstukken, voor zich spreekt. Zij zou gerechtigd zijn, zich door haar gezond verstand te laten leiden en de in de stukken gebezigde uitdrukkingen letterlijk te interpreteren. Zo zou het woord richtprijs redelijkerwijs aldus moeten worden uitgelegd, dat de producenten waren overeengekomen een bepaald prijsniveau te halen, voor zover zulks op de betrokken markt haalbaar was.

Vandaar het eindeloze debat over de vraag, of de markt door verzoeksters werd gestuurd dan wel of het omgekeerde het geval was.

Vandaar ook dat enkele verzoeksters met een indrukwekkende reeks bewijzen — in de vorm van accountantsrapporten, economische expertises enzovoort — zijn gekomen, die stuk voor stuk moeten aantonen dat de beoogde prijzen niet werden gehaald.

Ook ik ben van mening, dat de notulen van de bijeenkomsten niet anders kunnen worden uitgelegd.

Als volgend argument voeren de meeste verzoeksters aan, dat zij niets waren overeengekomen of zich in elk geval aan eventuele afspraken niet gebonden achtten, hetgeen zou moeten blijken uit het enkele feit dat de gezamenlijk nagestreefde prijzen niet werden gehaald.

Het is echter niet uitgesloten, dat in de onderhavige procedure in feite juist over dat begrip „richtprijzen” zoveel verwarring is ontstaan. Zoals de Commissie immers zegt, moet dat begrip — zoals gebezigd in de notulen van bijeenkomsten en in andere stukken — aldus worden opgevat, dat de ondernemingen overeenkwamen voor zover mogelijk een bepaald prijsniveau te halen. Zoals is gebleken en ook door de Commissie is

Hiermee hebben verzoeksters zich in feite de zeer moeilijke taak op de hals gehaald, de uiterst zekere en goed gedocumenteerde inhoud van de onderhandelingen, zoals deze uit de notulen van de bijeenkomsten naar voren komt, te „eliminieren”. Mijns inziens zijn zij daarin niet geslaagd en kan er zonder meer van worden uitgegaan, dat er, voor zover dit door de overige bewijsstukken wordt gestaafd, richtprijzen en dergelijke zijn overeengekomen — vermoedelijk

in de vorm van „gentlemen's agreements” —, zoals door de Commissie is betoogd.

Dat de discussie überhaupt heeft kunnen plaatsvinden en dat verzoeksters er zoveel voor over hebben gehad, is wellicht te wijten aan de omstandigheid dat „richtprijzen”, wanneer het om de toepassing van de mededingingsregels gaat, een nogal rekbaar begrip is.

Sommigen zouden misschien willen beweren, dat een overeenkomst die er uitsluitend toe strekt voor zover mogelijk een bepaald prijsniveau te halen, op zich nog niet kan worden geacht de mededinging nadelig te beïnvloeden.

Uit de notulen van de bijeenkomsten blijkt echter, dat de ondernemingen iets heel anders voorhadden: zij wilden een hogere prijs zien te halen dan die welke zij verwachtten anders te kunnen halen. Zij hadden duidelijk de bedoeling het prijsniveau op te drijven. Het „doel” in de zin van artikel 85, lid 1, was dus volkomen duidelijk aanwezig.

Gelet op het voorgaande is het mijns inziens irrelevant, dat het begrip „richtprijzen” zelf dermate vaag is, dat moeilijk is vast te stellen op welk tijdstip een bepaalde bij het kartel aangesloten onderneming een dergelijke afspraak heeft geschonden. De omstandigheid dat de overeenkomsten wegens hun nogal onbepaalde en vage inhoud nog het meeste weg hadden van „gentlemen's agreements” en derhalve geen wederzijdse

juridische of morele verplichtingen in het leven zouden hebben kunnen roepen, is volgens de rechtspraak van het Hof niet beslissend.

Het doet er op zich dus vrij weinig toe, of de ondernemingen zelf van mening waren, een verplichting jegens de andere te hebben, aangezien de inhoud van de verplichting van meet af aan nogal vaag was.

Concluderend moet worden gesteld, dat ook een type overeenkomst dat *naar zijn inhoud* — en ongetwijfeld noodzakelijkerwijs — rekening houdt met de feitelijke marktsituatie, onder artikel 85, lid 1, valt. Wat het bewijs betreft, kan verder worden geconcludeerd, dat de eventuele omstandigheid dat de nagestreefde prijzen in de praktijk niet of niet volledig werden toegepast, niet kan worden aangevoerd om het bewijs van het bestaan van dergelijke overeenkomsten te ontzenuwen.

Verskillende verzoeksters bestrijden immers ook niet de feiten, maar uitsluitend de juridische consequenties hiervan. Zo stelt ICI, dat de op de bijeenkomsten van producenten besproken „doelen” in feite niet méér waren dan een soort gemeenschappelijke aanbevelingen met betrekking tot datgene wat de producenten — met verschillende graden van enthousiasme — beoogden of hoopten te bereiken.

Mijns inziens is hiermee in alle opzichten voldaan aan de kenmerken van een door artikel 85 verboden overeenkomst of onder-

linge afstemming, zodat we hier eigenlijk uitsluitend met een probleem van definitie of kwalificatie te maken hebben.

F — *Is het bestaan van een kartel bewezen?*

1. *Inleiding*

Alles wijst er immers op, dat de ondernemingen zich door de overeenkomsten of de onderlinge afstemming niet in dezelfde mate gebonden achtten als het geval zou zijn geweest in geval van een overeenkomst betreffende een op een bepaald tijdstip aan een bepaalde klant te leveren partij polypropyleen. Wanneer de afnemers na een prijsverhoging probeerden elders een lagere prijs te krijgen, konden de voor de verkoop verantwoordelijke personen uiteraard niet passief toezien hoe de afzet stagneerde of sterk daalde. De notulen van enkele bijeenkomsten laten er echter geen twijfel over bestaan, dat de ondernemingen in sterke mate de noodzaak voelden, gezamenlijk iets te ondernemen, al waren er onmiskenbaar een aantal waarvan de solidariteit te wensen overliet.

Zoals ik al eerder zei ⁹¹, moet de vraag of het beweerde kartel werkelijk heeft bestaan, op procedurele gronden worden beantwoord op basis van de documenten die de Commissie, op de in de rechtspraak van het Hof voorgeschreven wijze, aan alle ondernemingen heeft doen toekomen. Het bewijsmateriaal dat de Commissie kan gebruiken om het bestaan van het kartel aan te tonen, bestaat dus in wezen uit de 101 bewijsstukken die bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar waren gevoegd en de documenten die met de brief van de Commissie van 29 maart 1985 werden meegestuurd.

2. *De gewraakte bodemprijsovereenkomst*

Het is niet mogelijk in het algemeen vast te stellen, welke ondernemingen zich meer en welke zich minder solidair betoonden, al waren er een aantal die zich in het zoeklicht van de andere bevonden, wat immers lang niet altijd dezelfde hoeven te zijn geweest. Het is mogelijk dat van een of twee ondernemingen kan worden bewezen, dat zij eerder dan de andere tot „vals spelen” waren geneigd, maar het beeld is verre van eenduidig en de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen zich misschien ten koste van de andere hebben „verrijkt”, kan mijns inziens niet worden beschouwd als een aanwijzing dat zij niet hebben meegedaan.

Volgens de beschikbare informatie werd eind 1977 begonnen met een reeks bijeenkomsten, waaraan werd deelgenomen door een aantal polypropyleenproducenten die de Europese markt bevoorraadden. De bijeenkomsten vonden plaats tot eind september 1983. Zij werden met een steeds grotere frequentie gehouden. Zo werden er — hetgeen verzoeksters in wezen niet hebben weersproken — in 1978 vermoedelijk zes bijeenkomsten gehouden, in 1979 een onbekend — maar waarschijnlijk kleiner — aantal, in 1980 vermoedelijk zes bijeenkomsten en in 1981, 1982 en 1983 — tot eind september van dat jaar — respectievelijk 10, 23 en 15 bijeenkomsten. Volgens de Commissie werd met de bijeenkomsten eerst en vooral

Bovenstaande overwegingen gelden ook voor de streefhoeveelheden en de quota.

⁹¹ — Zie hoofdstuk A 5 c.

beoogd, via de vaststelling van „richtprijzen” en via diverse steunmaatregelen een verhoging van de polypropyleenprijs te bewerkstelligen.

Aan die reeks bijeenkomsten was volgens de Commissie een periode voorafgegaan waarin een aantal ondernemingen had getracht een stijging van de polypropyleenprijs te bewerkstelligen door uitvoering te geven aan een zogenoemde „*bodemprijsovereenkomst*”. Ook andere ondernemingen zouden zich op zodanige wijze bij die regeling hebben aangesloten, dat volgens de Commissie van een verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging kon worden gesproken.

Het belangrijkste bewijsmiddel waarover de Commissie met betrekking tot de *bodemprijsregeling* beschikt, is een notitie die ergens in de eerste helft van 1977 — mogelijk in juni — zou zijn opgesteld door de marketingdirecteur van Hercules. Het betreft hier een notitie die deze marketingdirecteur tijdens een telefoongesprek met een niet met name genoemd persoon heeft gemaakt. In het betrokken document, dat, zoals bij notities van telefoongesprekken dikwijls het geval is, nogal fragmentarisch is en niet zonder meer volledig is te begrijpen, wordt om te beginnen verklaard dat de grootste producenten een overeenkomst hebben gesloten. Naast deze mededeling staan de namen Monte, Hoechst, Shell en ICI. Vervolgens wordt in telegramstijl het volgende opgemerkt: „systeem van bodemprijzen — bodemprijzen vanaf 1 juli — in elk geval vanaf 1 augustus, datum waarop huidige contracten aflopen — bodemprijzen uitsluitend gedurende periode van vier maanden”. Daarna volgt een opmerking over een alternatief, waarmee mogelijk wordt gewezen op iets wat destijds bestond. Tussen deze trefwoorden staan ook nog enkele opmerkingen over importeurs, maar deze lijken niet onmiddellijk te kunnen worden thuisgebracht.

Dan volgt er een zin waarmee vermoedelijk wordt bedoeld, dat er in oktober een bijeenkomst moet worden gehouden om de geboekte vooruitgang te beoordelen. Verder bevat de notitie nog een opmerking waaruit valt op te maken, dat er het volgend jaar een quotaregeling zou moeten worden ingevoerd, waarbij eventueel — zo is althans de Commissie van mening — als voorwaarde geldt, dat het systeem van bodemprijzen succesvol is geweest. Tot slot bevat de notitie kolommen met prijzen — in Franse, Britse, Belgische en Duitse valuta — voor verschillende kwaliteiten. De gegevens die op de „volgende” bladzijde voorkomen, lijken met een andere hand te zijn geschreven. Voor zover deze gegevens al leesbaar zijn, lijken zij in geen enkele context door partijen te zijn ingeroepen.

We weten dus, dat Hercules' marketingdirecteur uit onbekende bron heeft vernomen, dat de „vier grote” een overeenkomst zouden zijn aangegaan, waarvan de inhoud — zij het niet zo consistent als de beschikking van de Commissie doet vermoeden — is weergegeven in een naar aanleiding van een telefoongesprek gemaakte notitie.

Uit de betrokken notitie valt derhalve op te maken, dat er tussen de vier grootste producenten iets heeft bestaan wat de Commissie later, op bladzijde 3 van haar schrijven van 29 maart 1985, een „*kernovereenkomst*” heeft genoemd, en dat Hercules hiervan op de hoogte was. Dit is alles wat we op grond van dat document weten; met name weten we niets over andere producenten. Gezien de inhoud van het document is het echter niet onredelijk te veronderstellen, dat juist de „vier grote” een overeenkomst hadden gesloten en dat daarbij geen andere ondernemingen betrokken waren. Deze uitlegging wordt ook door de Commissie voorgestaan, zowel in haar brief van 29 maart 1985 als in latere stukken.

Over het betrokken document en de be-
weerde overeenkomst zeggen de vier grote
producenten het volgende:

Montedipe (hierna: Monte) ontkent dat er
een overeenkomst in de zin van artikel 85,
lid 1, heeft bestaan. Haars inziens is er en-
kel sprake van een dergelijke overeenkomst,
indien de partijen ondubbelzinnig blij heb-
ben gegeven van hun bereidheid bepaalde
verplichtingen op zich te nemen en indien
die bereidheid duidelijk tot uitdrukking
komt in hun eventuele latere gedrag. Ver-
zoekster verwijst in dit verband naar het ar-
rest Chemiefarma, waarbij zij vermoedelijk
rechtsoverweging 112 op het oog heeft. Wat
men ook moge denken over de door Monte
aan dat arrest gegeven uitlegging, interes-
sant is met name de wijze waarop deze on-
derneming de gebeurtenissen van 1977 be-
schrijft. Zij betoogt onder meer dat het be-
trokken document — het enige dat er is —
niet aantoon, dat er een overeenkomst of
zelfs maar een plan zou hebben bestaan. De
werkelijkheid was anders, aldus Monte. Zo
verklaart zij op bladzijde 100 van haar ver-
zoekschrift:

„In de hierboven beschreven marktsituatie
hadden zes of zeven producenten, waaron-
der (...) (Monte), contact met elkaar, naar
alle waarschijnlijkheid telefonisch, ten einde
na te gaan welke maatregelen er eventueel
zouden kunnen worden overwogen om de
zeer ernstige problemen waarmee men des-
tijds te kampen had, het hoofd te bie-
den (...)”

Deze contacten zouden onder meer hierin
hebben bestaan, dat werd aangegeven bij
welk prijsniveau de moeilijkheden in de sec-
tor zouden afnemen.

De Commissie brengt hiertegen in, dat de
ondernemingen geen reden hadden in geza-
menlijk overleg een prijs vast te stellen
waardoor de kosten zouden worden gedeckt.

Dat had elke onderneming voor zich kun-
nen doen. Bovendien zouden ICI en Shell
hebben erkend, dat met de betrokken actie
werd beoogd de sterke prijsdalingen een
halt toe te roepen.

Mijns inziens moeten de verklaringen van
Monte in werkelijkheid worden opgevat als
een *erkenning* van de feiten op dit punt. Ge-
lijk de Commissie verklaart, is het immers
verre van aannemelijk dat zeer grote on-
dernemingen elkaar zouden helpen met het en-
kele oogmerk, eenvoudige prijsberekeningen
te maken. Het is altijd mogelijk de dingen
een andere dan de gebruikelijke naam te ge-
ven; het samen „aangeven” van prijzen
duidt er, althans normaal gesproken, in feite
op, dat de ondernemingen hun prijsbeleid
hebben gecoördineerd. Mijns inziens moe-
ten er buitengewoon sterke aanknopings-
punten zijn om vast te stellen, dat een der-
gelijk gezamenlijk „aangeven” van prijzen
voor het prijsbeleid van de ondernemingen
geen betekenis heeft gehad. Zulke aankno-
pingspunten zijn in casu niet aanwezig.

De feiten worden ook door ICI in ver-
gaande mate *erkend*. Zo ontkent deze on-
derneming niet, dat de producenten in het
crisisjaar 1977 telefonisch contact met el-
kaar hadden en dat de besprekingen betrek-
king kunnen hebben gehad op de enorme
prijsval in West-Europa. Het is ook moge-
lijk, aldus ICI, dat enkele producenten ver-
klaarden dat het wenselijk was een mini-
mumprijsniveau vast te stellen ten einde de
prijsval een halt toe te roepen. ICI verwijst
vervolgens naar bovengenoemde notitie. Zij
acht deze echter niet overtuigend, aangezien
de prijzen in werkelijkheid tot 1,0 DM
per kg daalden.

De Commissie verklaart in dit verband, dat
de notitie op zich geloofwaardig overkomt
en dat zowel ICI als Shell heeft erkend, dat
de producenten telefonisch contact met el-

kaar hadden ten einde erachter te komen, hoe de prijsval tot staan kon worden gebracht. Met betrekking tot de werkelijke prijzen betoogt de Commissie, dat Monte in november 1977 een prijsverhoging aankondigde die dicht in de buurt van de in de notitie genoemde verhoging kwam en dat binnen een tijdsbestek van enkele dagen soortgelijke prijsverhogingen werden meegedeeld door de drie andere ondernemingen die in de notitie worden genoemd. Bovendien gaven ICI en een aantal andere ondernemingen openlijk te kennen, dat zij het initiatief ondersteunden. Tot slot zou ook de werkelijke prijsontwikkeling laten zien, dat het prijsinitiatief met succes werd bekroond.

Shell acht het niet uitgesloten, dat er in of omstreeks november 1977 besprekingen hebben plaatsgevonden tussen haarzelf en Monte, en dat Monte toen prijsverhogingen heeft gesuggereerd en de reacties van Shell hierop heeft trachten te peilen. Volgens Shell is dit echter een onvoldoende basis om schending van artikel 85 vast te stellen. Ook de notitie betreffende de bodemprijsvereenkomst zou onvoldoende aankopingspunten bieden om te concluderen tot het bestaan van een overeenkomst in de door de Commissie bedoelde zin. Tot staving van haar standpunt verwijst Shell naar het in punt 16, vijfde alinea, van de beschikking genoemde document van 6 september 1977, volgens hetwelk Shell en Solvay op 30 augustus 1977 in België een bijeenkomst zouden hebben gehouden om de prijs van polypropyleen te bespreken. Dit document is volgens Shell één van de elementen waaruit valt op te maken, dat zij zich aan geen enkele inbreuk heeft schuldig gemaakt. Shell wijst met name op het feit, dat volgens de notulen van de bijeenkomst haar beleid erop was gericht, de verkopen aan een aantal afnemers in de Benelux „koste wat kost” in stand te houden, en zij voor het probleem van de overcapaciteit geen andere oplossing zag dan de polypropyleenmarkt door modernisering van het productieproces en uit-

breiding van de toepassingsmogelijkheden nieuwe impulsen te geven. Shell beklemtoont verder, dat de deelnemers aan de bijeenkomsten direct noch indirect naar enige prijsvereenkomst verwezen. Zo de veronderstellingen van de Commissie met betrekking tot de bodemprijsvereenkomst juist zijn en de twee ondernemingen de val van de prijzen inderdaad als een belangrijk probleem beschouwden, dan is het volgens Shell toch op zijn minst opmerkelijk te noemen, dat er niet over prijsvereenkomsten werd gesproken.

Het bedoelde document, dat pas in het stadium van de mondelinge behandeling boven tafel kwam, maakt geen deel uit van de „101 bewijsstukken” en is aan Shell niet overgelegd. Derhalve kan het, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft erkend, alleen ten voordele van Shell worden gebruikt.

De Commissie blijft erbij, dat de notitie betreffende een bodemprijs geloofwaardig overkomt, met name wanneer ook de overige beschikbare informatie in aanmerking wordt genomen. Zij is voorts van mening, dat uit het document van Solvay van september 1977 geenszins valt op te maken, dat er geen prijsvereenkomst zou hebben bestaan en er zelfs nooit over prijzen zou zijn gesproken.

Hoechst gaat niet rechtstreeks in op de vraag of er in 1977 tussen de ondernemingen contacten zijn geweest, onder meer in de vorm van prijsbesprekingen. Met betrekking tot de notitie zelf zegt Hoechst, dat hieruit niet ondubbelzinnig blijkt dat met de term „agreement” op een overeenkomst in de zin van artikel 85 wordt bedoeld. Het is even goed denkbaar dat die term uitsluitend betekent, dat de betrokkenen het eens waren over de noodzaak van een prijsstijging. Tot slot kan het volgens Hoechst niet worden

uitgesloten, dat degene die met de medewerker van Hercules heeft gesproken, te verstaan heeft gegeven dat er tussen de vier grote overeenstemming bestond, ten einde op die manier Hercules voor zijn eigen plannen te winnen. Hoehst voegt hieraan nog toe, dat de bewering van de Commissie als zou de prijsverhoging zijn uitgesteld, geen steun vindt in de bewijsstukken.

De Commissie brengt hiertegen in, dat de notitie van Hercules een authentiek document is, dat ten tijde van de gewraakte gebeurtenissen werd opgesteld en waarvan de nauwkeurigheid buiten kijf staat. Bovendien zou de notitie goed in overeenstemming zijn met de uniforme prijsverhogingen die door een aantal producenten werden aangekondigd op de op 22 november 1977 te Parijs gehouden EATP-bijeenkomst en waarvan ook in de vakpers melding werd gemaakt.

Een aanwijzing voor de juistheid van de in de notitie vermelde gegevens zou volgens de Commissie bovendien zijn, dat Hercules, die dus van de gewraakte overeenkomst op de hoogte was, reeds in mei 1977 op een bijeenkomst had verklaard, dat de ondernemingen die in de betrokken industrietak vanouds als marktleaders optraden, moesten worden verplicht in de destijds heersende chaos enige orde te scheppen. Volgens de Commissie zijn het evenwel de hierboven beschreven gebeurtenissen van november 1977 die de inhoud van de notitie betreffende de overeenkomst tussen de vier grote ondernemingen bevestigen. Op vrijdag 18 november 1977 had Monte in het tijdschrift *European Chemical News* een prijsverhoging aangekondigd: voor raffiakwaliteit zou een minimumprijs van 1,30 DM gelden en voor twee andere kwaliteiten een minimumprijs van respectievelijk 1,40 DM en 1,50 DM. Op dinsdag 22 november werd er in Parijs een EATP-bijeenkomst ge-

houden, waaraan zowel producenten als afnemers van polypropyleen deelnamen.

Op deze bijeenkomst deelde Hoehst mee, dat zij enkele dagen tevoren een prijsverhoging had aangekondigd. ICI verklaarde de initiatieven van Monte te ondersteunen. Ofschoon de vertegenwoordiger van ICI geen nadere details kon verstrekken, verklaarde hij dat de afnemers van ICI binnen afzienbare tijd een mededeling zouden ontvangen. Ook uit de uitlatingen van Shell kon worden opgemaakt, dat deze onderneming het initiatief ondersteunde. Het initiatief werd verder nog ondersteund door Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Saga en Solvay. Chemie Linz verklaarde, dat zij zich genoodzaakt zag de nieuwe prijzen te volgen. De vertegenwoordiger van Hercules zei, dat hij weliswaar nog niet van de details van het initiatief van Monte op de hoogte was en evenmin wist, of dit initiatief door de andere erkende „leaders” in de betrokken sector zou worden ondersteund, maar dat het beleid van Hercules zou zijn, volledige steun te geven aan iedere poging de polypropyleenprijzen op te trekken tot een redelijk en kostendekkend niveau. Rhône-Poulenc wees erop, dat zij de vrijdag vóór de bijeenkomst via de pers van de door Monte geplande prijsverhogingen had kennis genomen. Zij achtte het onmogelijk in één keer terug te keren naar het economisch aanvaardbare niveau van circa 3,50 FF. Zij zou echter hebben besloten Monte te volgen, zodat haar basisprijs met ingang van 28 november 1977 3,00 FF zou bedragen. Solvay deelde mee, dat zij zich zou conformeren aan de reeds door de grootste producenten genoemde prijzen.

Van deze bijeenkomst werd nog dezelfde week verslag gedaan in *European Chemical*

News, onder de titel „Prijsverhoging van Montedison PP ondersteund door Europese producenten”.

keren, zodat verdere prijsverhogingen noodzakelijk waren.

3. Voortzetting van de bodemprijsovereenkomst

Volgens de beschikbare informatie steeg de polypropyleenprijs vervolgens tot 1,20 DM per kg voor de basiskwaliteit raffia. In april 1978 werd in *European Chemical News* vermeld, dat Montedison voornemens was vóór de zomervakantie, vermoedelijk in juni, een prijsverhoging van „minstens 10%” door te voeren.

Op de EATP-bijeenkomst van 26 mei 1978 deelde Monte mee, dat de in november 1977 doorgevoerde prijsverhoging de industrie nog niet had teruggebracht naar een bevredigend prijsniveau en dat het novemberinitiatief derhalve slechts als een eerste stap kon worden gezien, die weldra — vermoedelijk in de tweede helft van 1978 — door een tweede stap moest worden gevolgd. Op dezelfde bijeenkomst verklaarde DSM, dat zij de pogingen de prijzen op een redelijk niveau te brengen, zou ondersteunen. Hercules zei onder meer, dat de noodzaak een minimumprijsniveau van 1,30 DM per kg te bereiken, niet was verminderd en evenmin zou verminderen. De vertegenwoordiger van ICI verklaarde onder meer, dat deze onderneming de pogingen het in Parijs aangekondigde prijsniveau te bereiken, volledig zou ondersteunen. Volgens Rhône-Poulenc was de eerdere prijsverhoging nog maar een eerste stap en was een verdere verhoging van 10% noodzakelijk. Shell sprak zich over de prijzen niet duidelijk uit. Solvay beklemtoonde, dat de destijds geldende prijzen te laag waren om de producenten een redelijke winst te verze-

4. Bijeenkomsten tussen de producenten

Volgens de door ICI verstrekte informatie was een groep producenten vóór genoemde bijeenkomst van mei 1978 begonnen bijeen te komen ten einde de problemen in de betrokken sector te bespreken. Die bijeenkomsten zouden „omstreeks december 1977” zijn aangevangen. ICI verklaart, dat er in 1978 ongeveer zes bijeenkomsten van „bosses” plaatsvonden en dat het idee van de richtprijzen werd ontwikkeld „tijdens de eerste bijeenkomsten die in 1978 werden gehouden” (dus niet noodzakelijkerwijs begin 1978, zoals de Commissie zegt). Deze feiten werden door de Commissie aangevoerd tot staving van haar betoog, dat de op de EATP-bijeenkomst van mei 1978 aan de dag gelegde solidariteit wel moest berusten op een tevoren tussen de producenten gesloten overeenkomst.

5. Beoordeling van de situatie in 1977

In de periode vóór 1978 bevond het kartel zich in een soort inleidende fase, die — zoals de Commissie doet — in zekere mate apart kan worden beoordeeld. Het belangrijkste bewijsstuk waarop de Commissie zich met betrekking tot deze inleidende fase baseert, is de bovengenoemde notitie betreffende de tussen de vier grote producenten gesloten bodemprijsovereenkomst. Zoals we zullen zien, baseert de Commissie haar beslissing met betrekking tot de periode vanaf 1977 op een ander soort bewijzen, aange-

zien zij voor de periode ná eind 1977 of begin 1978 vooral betekenis hecht aan het feit, dat er bijeenkomsten plaatsvonden waarop de producenten — hetgeen onweersproken is — de problemen in de betrokken industriesector bespraken.

Voor zover ik kan beoordelen, heeft de medewerker van Hercules die de telefonische boodschap kreeg, ongetwijfeld enkele belangrijke inlichtingen ontvangen. Gelet op de door deze medewerker opgestelde notitie lijkt er geen redelijke grond te zijn eraan te twifelen, dat er tussen de vier grote producenten een overeenkomst of toch in elk geval een bepaalde „verstandhouding” bestond. De notitie is zeer specifiek met betrekking tot de nagestreefde prijzen; de aangegeven prijsniveaus zelf komen min of meer overeen met de werkelijke gemiddelde prijs in het voorjaar 1978 en met de prijs die zowel in het najaar 1977 als in het voorjaar 1978 als een aanvaardbaar minimum werd beschouwd, namelijk 1,30 DM per kg. Het is weinig aannemelijk, dat de in de notitie vervatte informatie min of meer verzonnen zou zijn. Bovendien zijn de beschikbare bewijzen ontoereikend om ervan uit te gaan, dat iemand bij Hercules bepaalde informatie zou hebben „verspreid” ten einde deze onderneming ertoe te bewegen, zich aan te sluiten bij iets wat nog niet tot stand was gekomen. Daar komt nog bij, dat in elk geval twee van de vier grote producenten de feiten grotendeels hebben erkend. De bewering van Shell, dat zij niets ongeoorloofds zou hebben gedaan, kan mijns inziens niet met het door deze onderneming ingeroepen document worden gestaafd. Weliswaar wordt er in dat document niet van een prijs-overeenkomst gerept, maar indien de overeenkomst — zoals in de Hercules-notitie is bepaald — uitsluitend tussen de vier grote was gesloten, is het niet verwonderlijk dat met Solvay niet uitdrukkelijk over prijsovereenkomsten werd gesproken. Bovendien moet men er uiteraard in het algemeen voor oppassen, niet al te veel waarde te hechten

aan het feit dat iets in een document niet wordt vermeld.

Bijgevolg moet er mijns inziens van worden uitgegaan, dat er, zoals in de notitie wordt vermeld, medio 1977 een overeenkomst of heimelijke verstandhouding heeft bestaan. Wat er vervolgens tot november gebeurde, is niet bekend. We weten echter wél, dat Monte toen met een prijsverhoging kwam, die, zoals gezegd, grotendeels met de in de notitie vermelde gegevens in overeenstemming was, en dat die prijsverhoging betrekkelijk snel door de andere grote producenten werd ondersteund. We weten ook, dat de prijzen in werkelijkheid tot ongeveer 1,20 DM per kg stegen. Gelet op een en ander is het niet onredelijk er bovendien van uit te gaan dat, zoals de Commissie heeft verklaard, aan de oorspronkelijke prijsovereenkomst pas later uitvoering werd gegeven.

Volgens de Commissie is dit de al eerder genoemde „kernovereenkomst”. De omstandigheid dat Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz en Solvay op de bijeenkomst te Parijs het prijsinitiatief ondersteunden, zou een sterke aanwijzing zijn voor de betrokkenheid van deze producenten bij de overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging. Ook het feit dat ICI en Shell erkennen contact te hebben gehad met andere — niet met name genoemde — producenten, zou in deze richting wijzen. Een andere mogelijkheid is, aldus de Commissie, dat de vier grote producenten de kernovereenkomst alléén hebben gesloten en dat de andere ondernemingen bij de totstandkoming ervan niet betrokken waren en niet eerder dan op de EATP-bijeenkomst aan de vier grote te kennen gaven, zich bij het initiatief aan te sluiten. Volgens de Commissie waren die andere ondernemingen echter hoe dan ook betrokken bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging, aangezien zij bewust

met de vier grote samenwerkten bij de uitvoering van de tussen deze gesloten overeenkomst.

dat het hele gebeuren in scène was gezet ter ere van de afnemers van de ondernemingen en van de buitenwacht.

Zoals ik al zei, zijn er mijns inziens voldoende aanknopingspunten om aan te nemen, dat de vier grote producenten zich aan de in de beschikking van de Commissie genoemde gedragingen schuldig hebben gemaakt. Er lijkt geen reden te zijn de juistheid van de notitie van Hercules in twijfel te trekken en de in deze notitie vermelde gegevens bieden duidelijk steun aan de door de Commissie verdedigde opvatting. Bovendien hebben twee van de in de notitie uitdrukkelijk genoemde ondernemingen de feiten grotendeels erkend. Verder sloten de latere gebeurtenissen perfect bij de inhoud van de notitie aan. Het ligt voor de hand dat voor de toepassing van de prijsverhoging een gunstig tijdstip moest worden afgewacht, waarvan, zoals we weten, later een paar maal sprake was.

Voor de overige ondernemingen wier betrokkenheid de Commissie bewezen acht, ligt de situatie mijns inziens anders. De vier grote producenten worden in de notitie van Hercules met zoveel woorden genoemd; het is dan ook logisch als uitgangspunt aan te nemen, dat de andere ondernemingen niet meededen. Hercules werd van de overeenkomst op de hoogte gebracht; een aantal andere ondernemingen vermoedelijk ook, we weten alleen niet welke. Goed beschouwd hebben we eigenlijk helemaal geen wezenlijke informatie over wat er gebeurde tot het moment waarop Monte — in november — haar prijsverhoging aankondigde. De vraag is nu, of kan worden aangenomen dat de ondernemingen die op de bijeenkomst te Parijs het prijsinitiatief ondersteunden, in de periode van vrijdag 18 tot dinsdag 22 november op eigen houtje hadden besloten zich bij het initiatief aan te sluiten, eventueel in de wetenschap dat de vier grote het eens waren. Het alternatief is uiteraard,

Ik acht het niet ondenkbaar of onwaarschijnlijk, dat de ondernemingen in een situatie als zich destijds voordeed, snel besloten de marktleider te volgen, te meer omdat zij op 22 november over een passend forum beschikten om hun voornemens bekend te maken. Zoals we weten, hadden enkele ondernemingen contact met de vier grote. We weten alleen niet welke en dat is wel nodig om een daadwerkelijke betrokkenheid van deze of gene onderneming te kunnen vaststellen. Het is uiteraard niet uitgesloten, dat er tijdens de bijeenkomst te Parijs in de wandelgangen besprekingen werden gevoerd en dat er na telefonisch overleg bepaalde besluiten werden genomen, maar daarvoor hebben we nu eenmaal geen bewijzen. Mijns inziens moet er dan ook van worden uitgegaan, dat de andere ondernemingen, te weten Rhône-Poulenc, Chemie Linz, Hercules en Solvay, elk afzonderlijk en onafhankelijk van elkaar besloten Montedipe te volgen.

Dit geldt mijns inziens ook indien zou moeten worden aangenomen, dat de betrokken ondernemingen van de — ongeoorloofde — overeenkomst op de hoogte waren, hetgeen immers van Hercules kan worden gezegd. Het volgen van een prijsniveau, bij de vaststelling waarvan men zelf niet betrokken is geweest, kan mijns inziens op zich niet ongeoorloofd worden genoemd, net zo min als het volgen van een „price-leader” — in casu hebben de vier groten immers geza-

menlijk een vorm van „price-leadership”⁹² toegepast. Anders zou het de ondernemingen in feite worden verboden op intelligente wijze op een bestaande marktsituatie in te spelen, hetgeen toch niet de bedoeling van de mededingingsregels kan zijn (vgl. ook het arrest van het Hof in de zaak ICI, r. o. 118).

Gelet op het bovenstaande ben ik het evenmin eens met de door de Commissie naar voren gebrachte alternatieve of subsidiaire opvatting van het gebeurde. Het is juist, dat de ondernemingen op de EATP-bijeenkomst hun steun betuigden aan het voorneemen de prijzen te verhogen totdat een prijsniveau van 1,30 DM per kg zou zijn bereikt. Zo er echter van moet worden uitgegaan, dat de betrokken ondernemingen ieder voor zich tot dat besluit kwamen, handelden zij dan ongeoorloofd door hiervan in een „openbaar” forum mededeling te doen? Een dergelijke conclusie lijkt in beginsel niet geoorloofd. Het is natuurlijk niet uit te sluiten, dat openbare kanalen — op basis van een onderliggende „verstandhouding” — worden gebruikt voor het uitwisselen van signalen, die in hun totaliteit gezien als een onderlinge afstemming van gedragingen moeten worden beschouwd⁹³, maar in casu lijken er onvoldoende aanknopingspunten te zijn om een dergelijke conclusie te rechtvaardigen.

Wat het jaar 1977 betreft, moet derhalve worden vastgesteld, dat de vier grote — Monte, ICI, Hoechst en Shell — inderdaad aan een bodemprijsovereenkomst hebben deelgenomen. Er zijn echter onvoldoende bewijzen om deze beschuldiging

92 — Zie de Amerikaanse uitspraak Hunt tegen Mobil Oil Corp. (Supreme Court, 1977) 465 F. Supp. 195, 231, waarin werd bepaald, dat een ongeoorloofde handelwijze niet bewezen kan worden geacht door het enkele feit dat een onderneming op de plaats waar de ongeoorloofde handelingen werden verricht, aanwezig was, en eventueel zelfs van het onrechtmatige gedrag van anderen op de hoogte was.

93 — Zie in dit verband de wijze waarop Van Damme zich op dit punt distantieert van de kritiek van Joliet op het arrest ICI: *La politique de la concurrence dans la CEE*, blz. 150.

ook ten aanzien van de andere ondernemingen hard te maken.

6. *Beoordeling van de situatie in 1978*

Zoals gezegd, is de Commissie van mening, dat de solidariteit die op de EATP-bijeenkomst van mei 1978 aan de dag werd gelegd, kan worden toegeschreven aan onderhandse besprekingen die hebben kunnen plaatsvinden tijdens de in 1978 gehouden bijeenkomsten van „bosses”, waaraan door een groot aantal van de producenten werd deelgenomen. Tot staving van haar opvatting wijst de Commissie bovendien op de door ICI afgelegde verklaring, volgens welke het idee van de richtprijzen in de loop van 1978 tot ontwikkeling kwam.

Tot slot betoogt de Commissie in het algemeen, dat dat wat is besproken op de bijeenkomsten waarvan notulen beschikbaar zijn, in de regel illustratief kan worden geacht voor de bijeenkomsten waaromtrent nadere gegevens ontbreken. Dit standpunt wordt door verzoeksters algemeen bestreden. Eén hunner (Rhône-Poulenc) betoogt meer in het bijzonder, dat de Commissie is voorbijgegaan aan het feit dat het kartel, dat aanvankelijk misschien van nogal bescheiden omvang was, zich gaandeweg tot een geraffineerder systeem heeft ontwikkeld.

Anders dan voor de latere jaren, zijn er in casu voor het jaar 1978 geen directere bewijzen voorhanden. Het enige prijsinitiatief dat de Commissie denkt te hebben gevonden, is het „tweede deel” van de bodemprijsovereenkomst van 1977. Het is uiteraard verdacht dat, zoals ICI heeft verklaard, concurrerende ondernemingen op min of meer regelmatige basis samenkomen ten

einde van gedachten te wisselen over de markt, de vraag, het evenwicht tussen vraag en aanbod, en het prijsniveau op de verschillende deelmarkten. Het wordt nog bedenkelijker, indien er — wederom volgens de door ICI verstrekte informatie — wordt gesproken over richtprijzen, richtquota, marktaandeelen, compenserende maatregelen en „account leadership”. Nu er in 1977 iets ongeoorloofds is gebeurd en, zoals hierna ter sprake zal komen, ook is bewezen dat er in 1979 en de daaropvolgende jaren iets niet in de haak was, is het onvermijdelijk dat ook de eerste bijeenkomsten waarvan we weet hebben, in een kwaad daglicht komen te staan. Anderzijds kunnen we, wanneer we het kartel in zijn totaliteit bezien, constateren, dat dit gaandeweg is uitgegroeid tot een steeds fijnmaziger net van regelingen, die de wensen van de ondernemingen op prijsgebied moesten realiseren.

De vraag is dan ook, vanaf welk tijdstip de gevoerde besprekingen kunnen worden geacht in zo vérgaande mate tot gemeenschappelijke ideeën te zijn verworven, dat juridisch gezien van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden gesproken. ICI heeft verklaard, dat het idee van de richtprijzen in de loop van 1978 is ontstaan; het precieze tijdstip hiervan is echter niet bekend. We weten ook van ICI, dat tot eind 1978 of begin 1979 uitsluitend de zogenoemde „bosses”-bijeenkomsten werden gehouden en dat pas in 1979 met de bijeenkomsten van „experts” werd begonnen, waaraan werd deelgenomen door lager geplaatste medewerkers die meer verstand van marketing hadden.

Het verloop van de gebeurtenissen — voor zover ons bekend — laat er mijns inziens niet veel twijfel over bestaan, dat er in 1978

besprekingen zijn gevoerd die een soort onwettig oogmerk hadden en die later tot iets onwettigs hebben geleid; maar het moet nu eenmaal zijn bewezen, dat de besprekingen tot een bepaald soort concrete resultaten — in de vorm van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen — hebben geleid, en voor de betrokken periode is een dergelijk bewijs niet voorhanden.

Op grond van een en ander moet mijns inziens voorshands worden vastgesteld, dat er onvoldoende zekere aanknopingspunten zijn om te constateren, dat de ideeën met betrekking tot de richtprijzen zich reeds begin 1978 concretiseerden. Het valt dan ook te betwijfelen of als vaststaand kan worden aangenomen, dat de op de EATP-bijeenkomst van mei 1978 afgelegde verklaringen „afgesproken werk” waren. Er is mijns inziens in elk geval geen enkel element dat een dergelijke conclusie voor andere dan de vier grote producenten rechtvaardigt. Evenals in 1977 kan hun ondersteuning van de prijsverhogingen zeer goed als een reactie op de door Monte aangekondigde prijsverhoging worden gezien; waarbij die steunbetuiging eventueel werd geconcretiseerd doordat de betrokken ondernemingen „passief” van een tussen de vier grote producenten gesloten overeenkomst op de hoogte waren.

Wat de vier grote betreft, is het misschien minder bedenkelijk vast te stellen, dat deze ondernemingen de onrechtmatige activiteit die zij — naar moet worden aangenomen — in 1977 hebben uitgeoefend, na die tijd hebben voortgezet. Ook hier geldt echter, dat in elk geval voor een aanzienlijke periode van 1978 geen bewijsmateriaal beschikbaar is.

Samenvattend zou ik dan ook willen stellen, dat de Commissie er in elk geval voor een

aanzienlijke periode van 1978 niet in is geslaagd te bewijzen, dat één of meer van de ondernemingen betrokken zijn geweest bij ingevolge artikel 85 verboden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Zoals later nog ter sprake zal komen, moet de aansprakelijkheid van de vier grote producenten voor de door deze in 1977 en in het begin van 1978 verrichte handelingen, voor zover de Commissie hiervoor het bewijs heeft geleverd, worden geacht te zijn verjaard.

7. Beoordeling van de situatie in 1979

Het schriftelijke bewijsmateriaal met betrekking tot het jaar 1979 bestaat uit bij ICI aangetroffen tabellen, zoals vermeld in punt 54 van de beschikking, en een nota betreffende een op 26 september 1979 gehouden bijeenkomst. Bovendien zijn er de prijsinstructies die betrekking hebben op het eerste van de in de beschikking genoemde prijsinitiatieven.

De eerste tabel (bijlage 55 bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar), getiteld „verkoop van de producenten in West-Europa (uitgezonderd Turkije)”, geeft in de eerste drie kolommen een opsomming van de verkoopcijfers van de producenten in de periode 1976-1978. Het betreft hier de cijfers van alle verzoeksters in de onderhavige zaken alsmede van de overige Westeuropese producenten. In een vierde kolom worden de cijfers voor 1979 genoemd, met de toevoeging „werkelijk”. De vijfde kolom bevat ook cijfers voor 1979, onder het kopje „herziene doelen” voor 1979. De volgende tabel (bijlage 56), die is opgedeeld in een hoofdkolom, getiteld „verkoop”, en een aantal andere kolommen, respectievelijk ge-

titeld „+ % gg 1979”, „quota 1980” en „voorstel I”, „voorstel II” en „voorstel III”, is volgens ICI — bij wie de tabel werd aangetroffen — vermoedelijk afkomstig van een van de Duitse of Oostenrijkse producenten. In deze tabel zijn volgens ICI eerst de werkelijke verkoopcijfers van de producenten in West-Europa in de periode 1976-1979 bij elkaar opgeteld. De kolom „+ % gg 1979” bevat een berekening van de door de verschillende ondernemingen in 1979 gerealiseerde verkoopcijfers, vermeerderd met 5 of 10%. In de kolom „quota 1980” zijn de door de opsteller van de tabel voor het jaar 1980 voorgestelde „streefhoeveelheden” opgenomen. De kolommen „voorstel I, II en III” moesten door de vertegenwoordiger van ICI worden ingevuld. De kolom „voorstel III” bevat de definitieve streefhoeveelheden, die als „quota” voor 1980 werden voorgesteld.

De cijfers in de kolom „1979, werkelijk” van de eerste tabel komen precies overeen met die in de kolom voor 1979 van de tweede tabel. De cijfers in de kolom „herziene doelen 1979” van de eerste tabel wijken enkele procentpunten (tot 5 à 7) af van die in de kolom „1979, werkelijk”. De cijfers in de tabel „1979, werkelijk” zijn ook in andere schema's terug te vinden.

Aangaande produktiehoeveelheden wordt in de nota betreffende de bijeenkomst van 26 september 1979 onder meer verklaard, dat het belang van een vast quoteringssysteem werd onderkend. Verder bevat deze nota de opmerking: „go for 80% scheme as per recent Zurich note”. Ten aanzien van deze wat cryptische opmerking verklaart ICI (antwoord ex artikel 11) het volgende: Op een bijeenkomst in Zürich kwamen de aanwezige producenten op basis van de totale verkoopcijfers die gedurende de eerste acht maanden van 1979 in West-Europa

waren gerealiseerd, tot een gemiddeld maandelijks verkoopcijfer. Er werd aangenomen, dat de maandelijks vraag in de laatste drie maanden van het jaar niet meer dan 80% van de gemiddelde maandelijks vraag in de eerste acht maanden van het jaar zou bedragen. Derhalve werd op de bijeenkomst voorgesteld, dat de producenten met die situatie rekening zouden houden door hun ambities te beperken.

Een ander document, dat in punt 54, derde alinea, van de beschikking van de Commissie wordt genoemd en dat op de Franse producenten betrekking heeft, moet op procedurele gronden buiten beschouwing worden gelaten, omdat het niet aan alle ondernemingen is toegezonden (zie hoofdstuk A, 5, c).

Zoals later nog ter sprake zal komen, is het bestaan van een quotaregeling in 1980 vrij duidelijk bewezen. Er bestaat ook niet veel twijfel over, dat de uitdrukking „herziene doelen” voor 1979 niet anders kan dan betekenen, dat er voor een — meer of minder aanzienlijk — deel van het jaar 1979 een of andere regeling heeft bestaan. Het is ons niet bekend, op welk moment de eerste van de hierboven beschreven tabellen werd opgesteld, maar een vergelijking van de werkelijke cijfers voor 1979 met een aantal van de herziene streefcijfers voor 1979 doet wel zeer sterk vermoeden, dat het hier een vaststelling achteraf van al dan niet bestaande overeenstemming betrof. Logisch gezien is er natuurlijk niets dat eraan in de weg staat, dat er in de loop van 1979 — eventueel laat in het jaar — streefcijfers voor de verkoop, en eventueel ook herziene streefcijfers, worden opgesteld. Uit het verslag van de bijeenkomst van 26 september 1979 blijkt in elk geval, dat men destijds met het probleem bezig was.

Zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken, laat het beschikbare bewijsmateriaal er geen enkele twijfel over bestaan, dat er in de tweede helft van 1979 sprake was van een prijsinitiatief. Daarentegen zijn er mijns inziens onvoldoende bewijzen om aan te nemen, dat er reeds vanaf begin 1979 een quotaregeling bestond. Het is duidelijk dat er de laatste maanden van 1979 een of andere regeling heeft bestaan, maar uit het beschikbare bewijsmateriaal valt niet op te maken dat dit de door de Commissie gestelde quotavereenkomst was.

Gelet op een en ander ben ik van mening, dat het Gerecht — voor zover het het ook eens is met mijn beoordeling van de op de latere gebeurtenissen betrekking hebbende bewijzen — bewezen moet achten, dat de eerste inbreuken — uitgezonderd de bodemprijsovereenkomst van 1977 — hebben plaatsgevonden in de tweede helft van 1979, en niet, zoals de Commissie beweert, in 1978 en het begin van 1979.

8. De prijsinitiatieven

a) Het prijsinitiatief van juli tot december 1979

Als bewijs voor het bestaan van dit prijsinitiatief beroept de Commissie zich vooral op de notulen van een op 26 en 27 september 1979 gehouden bijeenkomst. In die bij ICI gevonden notulen wordt allereerst het „algemene niveau” aangegeven met de cijfers „1,70 tot 1,75 DM”, „4,0 FF/4,1” en „26 tot 27 BFR”. Vervolgens wordt gezegd, dat het doel 2,05 (ongetwijfeld DM) is. Daarnaast wordt verklaard, dat het duidelijk is dat die prijs, dat wil zeggen 2,05, *niet* kan worden bereikt in oktober of no-

vember, en dat hij thans voor 1 december is gepland. Ten slotte wordt gezegd, dat de prijs voor „1 november — namelijk 1,90 of 1,95 — thans zal worden bepaald” en vervolgens „but the decision will be swift”, wat zulks in dit verband ook moge betekenen.

Met betrekking tot het andere bewijsmateriaal van de Commissie moet allereerst worden opgemerkt, dat de in punt 29, tweede alinea, en punt 31, eerste alinea, genoemde van Shell afkomstige stukken buiten beschouwing moeten worden gelaten, daar zij in de administratieve procedure niet aan alle ondernemingen zijn toegezonden (zie hierboven blz. II-897 e. v.).

In *European Chemical News* van 30 juli 1979 verscheen een artikel met als titel „Montedison kondigt een prijsverhoging voor polypropyleen in Europa aan”, waarin werd gezegd, dat Monte voornemens was de prijzen in heel Europa vanaf 27 augustus met 8% te verhogen. Volgens ECN zou die prijsverhoging de prijzen voor verkoop aan grote klanten op respectievelijk 920 LIT per kg, 2,05 DM per kg, 4,70 FF per kg en 33 BFR per kg brengen. De algemeen directeur van de afdeling Plastics van Monte zou te zamen met andere grote producenten te kennen hebben gegeven, dat nog vóór het einde van het jaar een nieuwe reeks prijsverhogingen zou volgen. De directeur van de sector Polypropyleen van ICI zou hebben verklaard: „ICI staat volledig achter het initiatief van Montedison”, en verder wordt gezegd, dat in de industrie velen ervan uitgaan, dat ICI binnenkort overeenkomstige verhogingen zal aankondigen. Shell zou Montedison steunen en de ondernemingen van Shell in Europa zouden proberen de door Monte nagestreefde prijs van 2,05 DM per kg te bereiken. Shell zou er-

van uitgaan, dat haar polypropyleenprijzen eind augustus of begin september zouden stijgen.

Bij brief van 29 augustus 1979 maakt ATO-Chemie bekend, welke prijzen zij vanaf 1 september 1979 zal toepassen voor partijen van 20 ton en meer, te weten 4,70 FF voor „Fibre”, 4,70 FF voor „Moulage Homopolymère”, 5,00 FF voor „Moulage Copolymère” en 4,90 FF voor „Film Homopolymère”. De prijzen voor de andere kwaliteiten worden eveneens op de lijst vermeld. Verder worden de prijstoeslagen voor andere kwaliteiten en voor hoeveelheden van minder dan 20 ton meegedeeld.

Bij nagenoeg eensluitende circulaires van 24 en 26 juli 1979 deelde BASF aan haar kantoren in Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, België, Frankrijk en Italië de prijsverhogingen mee die vanaf 20 augustus 1979 in Duitsland en vanaf 1 september 1979 in de andere landen zouden gelden. In die circulaires wordt als reden voor de prijsverhogingen de stijging van de grondstoffenprijzen in het derde kwartaal genoemd en wordt gezegd, dat bij het bepalen van het tijdstip voor de prijsverhogingen rekening is gehouden met de vakantieperiode, ofschoon de prijsverhogingen dwingend noodzakelijk waren. Vanaf de genoemde data zouden de navolgende prijzen gelden: „Grobtextil 2,05 DM/kg, Spritzguß 2,05 DM/kg, Folie 2,10 DM/kg” van een kwaliteit die „Novolen 11” wordt genoemd en 0,10 DM meer voor dezelfde producten van de kwaliteit „Novolen 13”. De genoemde prijzen zijn „minimumprijzen”, terwijl de „maximumprijzen” voor de twee kwaliteiten respectievelijk op 2,45 DM per kg en 2,55 DM per kg zijn bepaald. In enkele van deze circulaires met prijsinstructies wordt verder gezegd, dat de prijsverhogingen nodig zijn, ofschoon vaststaat dat een eind mei 1979 meegedeelde prijsverhoging

„niet volledig is gehaald”. In de aan de kantoren in de andere landen gerichte brieven worden voor „Raffia” en „Spritzguss” de navolgende prijzen genoemd: 33 BFR per kg, 4,70 FF per kg, 920 LIT per kg en 500 UKL en 510 per ton.

In een rondschrijven van 20 juli 1979 kondigde Hoechst onder verwijzing naar de stijgende propyleenprijzen aan, dat er voor polypropyleen nieuwe prijzen op komst waren, berekend aan de hand van de navolgende basisprijzen voor een kwaliteit die werd genoemd „Hostalen PP — Homopolymer natur/Granulat im Sack”: Duitsland 2,06 DM per kg, Frankrijk 4,70 FF per kg, Groot-Brittannië 500 UKL per ton, Italië 925 LIT per kg en België 32,50 BFR per kg. Volgens dat rondschrijven zou de prijsverhoging gelden voor alle leveranties die in september plaatsvinden. De nieuwe prijslijst werd bij rondschrijven van 1 augustus 1979 verspreid en moest worden toegepast voor alle leveranties die na 3 september zouden plaatsvinden. In die prijslijst, die volgens zijn eigen bewoordingen slechts voor intern gebruik was bestemd, worden de prijzen voor hoeveelheden van meer dan 20 ton aangegeven met „van” en „tot” een bepaald bedrag. Voor zes verschillende kwaliteiten is er aangegeven van 202 tot 207 DM per 100 kg, terwijl voor alle andere kwaliteiten hogere prijzen worden genoemd. Verder bevat de prijslijst een kolom met lichtjes verhoogde minimumprijzen voor klanten die minder dan 20 ton per keer afnemen. Volgens het rondschrijven zijn de prijzen aldus aangegeven om een zekere speelruimte te laten. Ten slotte wordt verklaard, dat in een aantal gevallen, genoemd „bijzondere gevallen/grote klanten”, contact moet worden opgenomen met het hoofdkantoor.

In een telexbericht van 30 juli 1979 van „ICI Europa” aan „ICI Germany” worden

„minimumrichtprijzen” voor september meegedeeld: „raffia 2,05; ho moulding 2,05; co moulding 2,20; ho cast film; 2,10”; de laatste prijs is met de hand doorgehaald en veranderd in „2,05 DM/kg”. In voetnoten bij de prijslijst wordt verklaard, dat de premies en kortingen ongewijzigd blijven, en dat „oriented film”, die thans 1,90 DM kost, vanaf 1 september 2,05 DM zal kosten.

Bij circulaire van 30 juli 1979 deelde ICI een op 1 september ingaande algemene prijsverhoging van 25 UKL per ton mee. Daardoor zou de minimumprijs voor „Homopolymer — Film Yarn” van 475 UKL per ton op 500 UKL per ton komen. „Moulding” en „Film” zouden respectievelijk tot 510 UKL en 550 UKL per ton en „Copolymer — General purpose” tot 550 UKL per ton stijgen. Verder wordt te kennen gegeven, dat ICI verwacht dat prijzen op het continent in september tot 2,05 DM per kg zullen oplopen. In een latere circulaire van 28 september 1979 wordt uiteengezet, dat de prijzen op het continent nog steeds iets beneden de door Montedison begin september aangekondigde 2,05 DM liggen. Vervolgens wordt meegedeeld, dat de prijzen in Duitsland, Frankrijk en België respectievelijk 1,70 — 1,75 DM, 4,00 — 4,10 FF en 26,00 — 27,00 BFR per kg bedragen. Verder wordt gezegd, dat het nu duidelijk is, dat de prijs van 2,05 DM op het continent niet zal worden gehaald, maar dat ICI nog steeds van mening is dat deze prijs in november of december kan worden gehaald, en dat alle pogingen om dat prijsniveau te bereiken actief zullen worden gesteund. Bijgevolg wordt opdracht gegeven de prijs van 500 UKL per ton niet vanaf 1 oktober toe te passen, maar grote klanten nog een maand lang de prijs 475 UKL per ton in rekening te brengen.

Bij telexbericht van 20 juni 1979 liet Chemie Linz haar verkoopkantoor in Duitsland weten, dat op 19 juni definitief was beslist de prijs voor raffia te verhogen tot 1,90 DM. De concurrenten zouden een prijsverhoging per 1 juli 1979 nastreven, hetgeen zou blijken uit het feit dat zij hun plaatselijke kantoren daarvan op de hoogte hebben gebracht. Aangezien de concurrenten daardoor noodzakelijkerwijs over een geringere prijsflexibiliteit beschikken, zou men zich eraan mogen verwachten door vele verbruikers te worden benaderd. Ten slotte zou het nodig en uitvoerbaar zijn tegen 1 september een verdere prijsverhoging met 15 Pfennig na te streven. Hierachter staat tussen haakjes (2,05 DM) en met de hand is het woord „Raffia” toegevoegd.

„Floor 500 PPF
HPM 510”

Ten slotte moet nog melding worden gemaakt van een door Atochem overgelegd uitknipsel uit *European Chemical News* van 6 augustus 1979. Onder de titel „ICI sluit zich aan bij het laatste prijsinitiatief voor polypropyleen” wordt meegedeeld, dat ICI in aansluiting op de prijsinitiatieven van Montedison van de laatste week heeft bekendgemaakt, dat zij van plan is haar polypropyleenprijzen op de Europese markt vanaf 1 september met 5 - 10% te verhogen. Homopolymer zou aldus 500 UKL per ton gaan kosten, daar waar het op 1 juni tegen 480 UKL per ton werd verkocht.

Bij brief van 30 juli 1979 liet Shell weten, dat zij van plan was de prijs voor alle kwaliteiten vanaf 1 september met 25 UKL per ton te verhogen. Dit zou in de periode van 30 juli tot 1 augustus aan alle klanten bij brief worden meegedeeld. Verder worden in die brief de op het continent toegepaste prijzen genoemd en wordt meegedeeld, dat Montedison een persbericht heeft doen uitgaan, volgens hetwelk Monte haar polypropyleenprijzen in Europa per 27 augustus wil optrekken tot de prijzen die ook in het artikel in *European Chemical News* zijn genoemd. Verder wordt gezegd, dat in Europa thans een prijs van 425 UKL per ton wordt toegepast, zodat een aanzienlijke prijsverhoging nodig zal zijn om de aangekondigde prijzen te halen. Shell is voorts van oordeel, dat er in september misschien een geleidelijke prijsverhoging zal plaatsvinden in de plaats van één enkele stijging op 1 september. Ten slotte verklaart zij, te hopen dat in het Verenigd Koninkrijk geen gelijkaardige situatie zal ontstaan. Onder de handtekening is in handschrift toegevoegd:

Wanneer de notulen van de interne bijeenkomsten die op 5 juli en 12 september 1979 bij Shell zijn gehouden, — zoals hierboven op blz. II-972 is gezegd — niet als bewijs tegen de ondernemingen kunnen worden gebruikt, wordt de grondslag voor bepaalde conclusies waartoe de Commissie in de punten 29 tot en met 31 van de beschikking is gekomen, aanzienlijk verzwakt. Aldus berust de stelling, dat het prijsinitiatief reeds op 1 juli 1979 in werking was getreden, tot op zekere hoogte uitsluitend op het telexbericht van Chemie Linz van 20 juli 1979. De notulen van de bijeenkomst van 26 en 27 september bevatten immers geen rechtstreekse gegevens hierover.

Dat het initiatief op 1 september 1979 is ingegaan, wordt mijns inziens evenwel genoegzaam bewezen door de hierboven kort besproken stukken. Allereerst blijkt uit de notulen van de bijeenkomst van 26 en 27 september 1979, dat er een richtprijs was vastgesteld die op een onbepaald tijdstip vóór 26 september in werking zou treden. Monte kondigde voor 27 augustus een prijsverhoging aan, waarover een bericht verscheen in *European Chemical News* van

30 juli. Intussen hadden BASF, Hoechst en Chemie Linz korte tijd vóór dat bericht precies dezelfde prijsverhoging voor ongeveer hetzelfde tijdstip aangekondigd. Shell en ICI deden hun mededeling uitgaan op 30 juli en het is natuurlijk denkbaar, dat deze door Shell genoemde ondernemingen hebben gehandeld op basis van een persbericht dat Monte misschien enkele dagen vóór het bericht in *European Chemical News* heeft verspreid. In ieder geval hebben die ondernemingen dan wel zeer snel gereageerd. Wanneer is aangetoond, dat er bijeenkomsten zijn gehouden, wanneer het duidelijk is, dat op zijn minst drie ondernemingen op een moeilijk te verklaren wijze tot precies dezelfde opvatting zijn gekomen als Monte over de prijzen die vanaf een bepaalde datum moesten worden toegepast, en wanneer uit genoemde notulen blijkt, dat vóór 26 september precies dat prijsniveau werd nagestreefd, kan mijns inziens op goede gronden worden aangenomen, dat het prijsniveau en het tijdstip vanaf wanneer die prijzen zouden gelden, het voorwerp waren van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

b) Januari tot mei 1981

Met betrekking tot de bijeenkomsten die, gelijk door de Commissie is gesteld en door ICI en andere verzoeksters is erkend, in 1980 hebben plaatsgevonden, heeft de Commissie geen notulen kunnen vinden. Het prijsinitiatief voor 1981, dat blijkbaar in verschillende etappes is verlopen, wordt in de bijlagen bij het schrijven van de Commissie van 29 maart 1985 verdeeld in drie periodes, die overeenkomen met respectievelijk januari 1981, februari/maart 1981 en mei 1981.

Het in punt 32 van de beschikking genoemde interne document van Solvay en de daarin voorkomende gegevens kunnen niet in aanmerking worden genomen, daar dit document in de administratieve procedure niet aan de ondernemingen is toegezonden en overigens ook niet is overgelegd in deze zaak.

De Commissie heeft in haar beschikking gesteld, dat eind 1980 een prijsinitiatief is begonnen waarbij een richtprijs van 1,50 DM per kg werd vastgesteld. Deze stelling berust uitsluitend op een aantal prijsinstructies van verschillende ondernemingen, die tot doel hadden de prijs te brengen op het niveau dat de producenten volgens *European Chemical News* van 10 november 1980 vóór de jaarwisseling meenden te kunnen bereiken.

Bij een memorandum van 8 december 1980 verspreidde DSM een interne mededeling over de vanaf 1 januari 1981 toe te passen richtlijnen voor de verkoopprijzen. Voor een kwaliteit die „HEX” wordt genoemd, worden respectievelijk voor West-Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk de getallen 1,30/1,50, 3,50/3,50 en 320/325 genoemd. In een noot bij de tabel wordt gezegd „Rock Bottom/Verkoop Richtlijn”, hetgeen de Commissie in haar beschrijving van het document uitlegt als respectievelijk een minimumprijs en een richtprijs.

Op 22 oktober 1980 deelde ICI haar dochteronderneming in Duitsland de „richtprijzen voor eind 1980” mee. Voor november werden prijzen genoemd van 1,30, 1,50 en 1,85 en voor december prijzen van 1,50, 1,70 en 2,00 voor respectievelijk raffia, homopolymeer en „copolymeri general purpose”. Bij interne circulaire van 1 december 1980 liet ICI weten, dat vanaf 5 januari 1981 de navolgende minimumprijzen zou-

den gelden: 320 UKL per ton voor raffia, 380 UKL per ton voor „Homopolymer — Moulding” en 430 UKL per ton voor „Copolymer — General purpose”. In die circulaire werd medegedeeld, dat Shell volgens de geruchten aan haar klanten een brief had gestuurd waarin werd aangekondigd dat de prijzen vanaf 1 januari 1981 met 30 UKL per ton zouden worden verhoogd. Verder wordt in de circulaire aangegeven, hoe moet worden tewerk gegaan wanneer het nodig is een compromis aan te gaan met betrekking tot de richtprijzen. In telexberichten aan ICI Frankrijk en ICI Italië, waarvan de data onleesbaar zijn, is sprake van „gewenste minimumprijzen vanaf het begin van volgend jaar: 3,50, 4,10, 4,00 en 4,30 voor januari en 4,00, 4,40, 4,30 en 4,60 (FF) voor februari en 720, 760, 750 en 850 voor januari en 830, 860, 850 en 950 (LIT) voor februari.

Een intern document van Hoechst, dat oorspronkelijk de datum van 29 oktober 1980 droeg, voerde als opschrift „Mindestpreise” en „Zielpreise/Minimum” voor, vermoedelijk, december 1980 en januari 1981. In dat document wordt als richtprijs voor de basis-kwaliteiten vermeld 1,50 DM per kg, 1,70 DM per kg en 1,95 DM per kg. Als minimumprijs worden prijzen genoemd die 25 tot 30 Pfennig lager liggen. Het opschrift van het document is doorgehaald en met de hand is de datum van 5 januari 1981 aangebracht en is als datum van inwerking-treding februari 1981 vermeld. Voor de basis-kwaliteiten worden de navolgende richt-prijzen genoemd: 1,75, 1,85 en 2,00 DM per kg.

Bij telexbericht van 31 december 1980 liet Chemie Linz haar verkoopkantoor in Duitsland weten, dat de prijzen voor de basis-kwaliteiten vanaf januari 1,50, 1,70 en 1,95 DM per kg en vanaf februari 1,75,

1,85 en 2,00 DM per kg zouden bedragen. In dat bericht wordt onder meer gezegd, dat het zeker nodig zal zijn in bepaalde gevallen overgangso oplossingen te vinden.

Op 9 december 1980 liet Monte haar Italiaanse verkoopafdelingen weten, dat de prijzen vanaf 31 december 1980 720, 750 en 870 LIT zouden bedragen. Gezegd werd, dat men de verdere ontwikkeling van de situatie zou volgen ten einde de best mogelijke verhouding tussen prijs en hoeveelheid te waarborgen.

Op 17 december 1980 deed Shell een mededeling uitgaan waarin stond, dat een aantal van haar vennootschappen hadden bepaald, dat vanaf 1 januari 1981 voor de basiskwaliteiten de minimumprijzen van 1,50, 1,70 en 2,00 DM per kg zouden gelden. Verder werd gezegd, dat voor 1 februari een verdere prijsverhoging van 0,25 DM per kg was aangekondigd.

Ten slotte komen in de aan Saga in Groot-Brittannië gegeven instructies overeenkomstige getallen voor.

Gelijk hierboven op blz. II-975 is gezegd, heeft ICI in haar circulaire van 1 december 1980 verklaard: „It has become clear today via various messages from the marketplace that Shell (...)” Verder wordt aan de dochterondernemingen van ICI meegedeeld, waarom men zelf (ICI) overeenkomstige prijsverhogingen wenste „we will be supporting Shell's initiative (...)” Hiertegenover staat, dat er in de onderhavige zaak geen enkel stuk is overgelegd, waaruit blijkt dat een „price leader” het prijsniveau zou hebben aangegeven en dat de andere dit ge-

woon zouden hebben gevolgd. De wat vage, anonieme berichten in *European Chemical News* lijken dus duidelijk geen verklaring te kunnen opleveren voor het feit dat het prijsniveau bij zovele ondernemingen zo eenvormig werd vastgesteld als in casu het geval was. Hierbij komt, dat de gelijkens tussen de prijsmededelingen bijzonder opvallend is.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening, dat de in punt 32 van de beschikking gegeven beschrijving correct is, met dien verstande, dat niet valt in te zien op basis waarvan de Commissie aanneemt, dat oorspronkelijk het voornemen bestond het prijsinitiatief op 1 december 1980 te doen ingaan.

De inhoud van de beschikking wordt bevestigd door de zeer gedetailleerde notulen van twee in januari 1981 gehouden bijeenkomsten, waaraan heel wat ondernemingen hebben deelgenomen (maar niet Petrofina, zoals de Commissie ter terechtzitting heeft toegegeven). Hierin wordt het prijsniveau in een hele reeks landen besproken. Met betrekking tot Duitsland wordt gezegd, dat de prijzen zijn gestegen, maar niet tot het afgesproken niveau, vooral voor raffia.

Gelijk in punt 33 van de beschikking is gezegd, wordt aan het einde van de notulen vastgesteld, dat er „eensgezindheid” bestaat om de richtprijs op 1,75 DM te handhaven en om deze met ingang van 1 maart „zonder uitzondering” tot 2,00 DM op te trekken.

De in punt 33, laatste alinea, van de beschikking besproken prijsinstructies zijn hiermee in alle belangrijke opzichten in overeenstemming, behalve de door ATO gegeven instructies, die wat afwijken.

Gelet op een en ander, zie ik dus geen enkele reden om, wat de inhoud van de punten 32 en 33 van de beschikking betreft, de essentiële punten van wat de Commissie met betrekking tot de bewijzen heeft vastgesteld, in twijfel te trekken.

Het laatste deel van het „initiatief” januari-mei 1981 blijkt volgens de stukken op een fiasco te zijn uitgelopen. Een vluchtig onderzoek van de door de Commissie in punt 34 genoemde prijsinstructies leert ons, dat de aldaar genoemde ondernemingen, kennelijk vergeefs, hebben geprobeerd de genoemde prijzen te doen toepassen. Zoals ik hierboven heb uiteengezet, is het mijns inziens evenwel voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een inbreuk, niet van doorslaggevend belang dat het initiatief min of meer spaak is gelopen. Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen, dat er net voordien een bijeenkomst van de ondernemingen heeft plaatsgevonden en dat er geen gegevens aan het licht zijn gekomen die een andere geloofwaardige verklaring bieden, kan niet op redelijke gronden worden betwijfeld, dat de prijzen het voorwerp van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn geweest.

c) Augustus tot september 1981

Uit het hierboven gegeven gedetailleerde overzicht van de bewijsstukken betreffende de eerste prijsinitiatieven blijkt, dat het oordeel van de Commissie over de bewijsstukken op alle belangrijke punten op een stevige grondslag berust. Het is dus voornamelijk de weglating van de documenten die — gelijk hierboven sub A, 5, c is uiteengezet — om processuele redenen niet kunnen worden gebruikt, die het beeld enigszins heeft gewijzigd.

Daarom zal ik mij — mede gelet op de lengte van deze conclusie — beperken tot die passages uit de in de beschikking gegeven beschrijving van de latere prijsinitiatieven, waarover ik iets bijzonders op te merken heb.

Tijdens de periode waarin het in het opschrift genoemde prijsinitiatief plaatsvond, werden er volgens tabel 3 bij de beschikking van de Commissie bijeenkomsten gehouden op 28 juli, 4 augustus, 28 augustus, 17 november, 20 november, en 16 en 18 december 1981.

Op de in punt 35 van de beschikking genoemde bijeenkomst van 15 juni 1981 bespraken C. R. Green van ICI, J. E. Lane van Shell en E. Zacchi van Monte de verschillende mogelijkheden om de vermindering van de prijsstijging in de eerste 4 à 5 maanden van het jaar tegen te gaan. Als een van de mogelijke oplossingen werd voorgesteld de prijs vanaf 1 juli met 20 Pfennig per kg te verhogen.

Gelijk de Commissie in haar beschikking bij het begin van de bespreking van dit punt opmerkt, hadden Shell en ICI reeds eerder, dat wil zeggen bij bovengenoemde brieven, aangekondigd dat er in september/oktober een prijsverhoging kon komen.

Volgens de beschikking zonden ICI en Shell hun medewerkers „enkele dagen” na de bijeenkomst van 15 juni een mededeling, waarin zij hen verzochten, de markt erop voor te bereiden dat de prijs in september zou worden verhoogd op basis van een raffiaprijs van 2,30 DM per kg. De hierdoor gesuggereerde rechtstreekse band tussen de bijeenkomst van 15 juni en de mededelingen van ICI en Shell, die respectievelijk

op 17 juni en 19 juni zijn verstuurd, kan niet zonder meer worden aanvaard. Shell heeft het weliswaar over een minimumprijs van 2,00 DM per kg in juli, maar het enige daarmee overeenstemmende gegeven in de onderhavige zaak komt voor in de notulen van een bijeenkomst die op 27 mei 1981 is gehouden tussen C. R. Green van ICI en J. E. Lane en G. Dewick van Shell en waarop een prijsvergelijking werd verricht die een gemiddelde prijs van 1,8 DM voor raffia en van 2,1 tot 2,2 DM voor copolymeer liet zien (bijlage 64/1 bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar). De Commissie heeft zich dienaangaande evenwel niet op dit document beroepen. Uit de meer concrete gegevens in de twee mededelingen blijkt enkel, dat men wenste dat de prijzen begin september tot 2,30 DM per kg zouden worden opgetrokken, en dat houdt niet noodzakelijk verband met in de notulen van de bijeenkomst vermelde eventuele prijsverhoging vanaf 1 juli 1981. Er kan dus geen rechtstreeks verband tussen de twee documenten worden vastgesteld.

De brief die Solvay op 17 juli 1981 aan haar verkoopkantoor in de Benelux schreef en die, voor zover ik weet, in de onderhavige zaak niet is overgelegd, kan niet als bewijs tegen de ondernemingen worden gebruikt.

Uit het onderzoek is gebleken, dat op 28 juli 1981 een bijeenkomst van experts heeft plaatsgevonden, en wij bezitten een document dat ogenschijnlijk enig verband houdt met die bijeenkomst, namelijk een nota die een van de bestuurders van Hercules aan de heer Bastiaens heeft geschreven. In deze nota wordt gezegd, dat de „officiële prijzen” voor augustus en september respectievelijk 2,00 en 2,20 DM voor raffia, 2,25 en 2,40 DM voor „moulding” en 2,40 en 2,55 DM voor copolymeer bedragen.

In punt 35, tweede alinea, van de beschikking verklaart de Commissie, dat oorspronkelijk het voornemen bestond de prijs in september 1981 tot DM 2,30 per kg te verhogen en dat dit plan waarschijnlijk op de bijeenkomst van 28 juli is herzien. Gelijk uit het bovenstaande blijkt, is het enige aanknopingspunt voor de stelling dat er oorspronkelijk een onderling afgestemd plan bestond, de brieven die Shell en ICI respectievelijk op 17 en 19 juni 1981 hierover hebben geschreven, en wij weten niet, of er, afgezien van de bijeenkomst van 15 juni, in de periode vóór 28 juli nog andere bijeenkomsten hebben plaatsgevonden.

Wij weten dus, dat zowel ICI als Shell na de bijeenkomst van 15 juni plannen hadden om de prijzen vanaf 1 september tot 2,30 DM te verhogen. De eerste stevigere aanwijzing is evenwel de bijeenkomst van 28 juli 1981 in samenhang met de nota van Hercules van 29 juli over de „officiële” prijzen voor augustus en september.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening, dat het bestaan van het in het begin van de tweede alinea van punt 35 van de beschikking genoemde „oorspronkelijk voornemen” niet genoegzaam is aangetoond.

De in de derde alinea van punt 35 van de beschikking genoemde instructies betreffende de prijzen vanaf 1 oktober 1981 zijn verstuurd als volgt: BASF zond op 7 augustus een mededeling over de prijzen vanaf 1 september en op 7 september een mededeling over de prijzen vanaf 1 oktober. DSM gaf prijsinstructies bij brief van 6 augustus 1981. Hoechst zond twee brieven, één (vermoedelijk) op 29 juli en een andere op 13 augustus. ICI stuurde op 4 augustus en 7 september 1981 brieven betreffende de prijzen vanaf, respectievelijk, 1 september en 5 oktober. Monte stuurde op 4 september 1981 een brief voor de maanden septem-

ber en oktober. Shell deed op 28 augustus een mededeling uitgaan over het prijsniveau vanaf 1 september en 1 oktober. De in punt 36, eerste alinea, van de beschikking gestelde prijsverhoging is in die brief slechts aangeduid met de woorden „nov. 2,5 DM/kg”.

ICI zond op 23 december 1981 een mededeling rond over de prijzen in januari 1982. Shell deed op 5 november 1981 een mededeling uitgaan over de richtprijzen voor november en december. Op 27 november werden de prijzen voor januari 1982 rondgestuurd.

Uit het onderzoek van deze prijsinstructies blijkt, dat de Commissie deze terecht genoeg identiek kan noemen. Gelet op het feit dat er, zoals algemeen bekend, kort voor het versturen van de meeste prijsinstructies bijeenkomsten hebben plaatsgevonden, en dat het bestaan van prijsinitiatieven voor het overige rijkelijk is gestaafd, kan mijns ziens op goede gronden worden aangenomen, dat iets dergelijks ook voor september en wellicht ook voor de rest van het jaar heeft plaatsgevonden.

d) De perioden juni-juli 1982 en september-november 1982

Volgens de Commissie zijn er in deze periode twee prijsinitiatieven geweest. Hierover vinden wij bijzonder veel gegevens in de notulen van de bijeenkomsten en deze initiatieven geven geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

e) Het einde van het prijskartel

Het laatste in de beschikking genoemde prijsinitiatief begint volgens de beschikking in juli 1983. Met betrekking tot de periode tot aan de laatste bijeenkomst vóór het verificatiebezoek van de Commissie, welke bijeenkomst op 29 (of misschien op 30) september 1983 is gehouden, geeft de inhoud van de beschikking geen aanleiding tot opmerkingen. Ook voor de periode van juni 1982 tot november 1982 zijn de bewijzen zo talrijk, dat er geen reden is om die periode in deze conclusie tot in de details te behandelen. Opgemerkt zij, dat de twee van Shell afkomstige documenten die in punt 49 van de beschikking worden genoemd, niet ter staving van het bestaan van het kartel kunnen worden aangevoerd. Het gaat om het document getiteld „PP W. Europe-Pricing” en om een intern rapport van 14 juni 1983. Volgens de Commissie hebben alle verzoeksters de mogelijkheid gekregen, inzage te nemen van die documenten, daar zij toegang hebben gekregen tot het dossier. Zoals hierboven gezegd, is dit mijns inziens evenwel niet voldoende.

De omstandigheid dat deze twee stukken niet kunnen worden gebruikt, doet mijns inziens evenwel niets af aan de conclusie van de Commissie.

Ten slotte is de vraag gerezen, hoe de periode na de laatste bijeenkomst, en eventueel na het verificatiebezoek van de Commissie, moet worden beoordeeld.

Sommige verzoeksters hebben gesteld, dat het prijskartel moet worden geacht uiterlijk op de datum van de laatste bijeenkomst te

zijn beëindigd. De Commissie is daarentegen van mening, dat de ondernemingen ook na 29 september 1983 hun feitelijke gedragingen onderling hebben afgestemd op basis van de eerder gesloten overeenkomsten.

De vraag, in hoeverre het kartel nog enige werking heeft gehad na het verificatiebezoek van de Commissie, is in deze zaak niet van bijzonder belang, daar er hoe dan ook enkel is gesteld, dat het kartel zijn werking misschien nog een paar maanden langer heeft doen gevoelen. Wanneer men dit vergelijkt met de duur van het kartel, is het duidelijk, dat de vraag, in hoeverre de vóór 13 en 14 oktober 1983 gesloten overeenkomsten na die datum nog zijn nageleefd, van weinig belang is geweest voor het bepalen van de omvang van de geldboeten.

Verzoeksters' opvatting over de rechtstoestand met betrekking tot de laatste periode van het kartel is evenwel onjuist. De onwettige activiteiten kunnen niet worden geacht te zijn opgehouden door het enkele feit dat de Commissie optrad en daardoor eventueel een domper zette op de georganiseerde bijeenkomsten. Beslissend is de werking van het kartel.

Dienaangaande wordt in het arrest van het Hof in de zaak Binon ⁹⁴ overwogen: „Artikel 85 zou overigens ook van toepassing zijn geweest indien de uitgevers na de beëindiging van de oude overeenkomst hun parallel gedrag zouden hebben voortgezet zonder dat een nieuwe overeenkomst tot stand was gekomen, (...). Het mededingingsstelsel van de artikelen 85 en volgende, EEG-Verdrag is meer geïnteresseerd

⁹⁴ — Arrest van 3 juli 1985, zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015, r. o. 17 op blz. 2040.

in de economische gevolgen van overeenkomsten — en van iedere vergelijkbare vorm van onderlinge afstemming of coördinatie — dan in de rechtsvorm ervan". In dezelfde lijn wordt in het arrest EMI⁹⁵ overwogen, dat wanneer ondernemersafspraken niet meer van kracht zijn, het voor de toepasselijkheid van artikel 85 voldoende is dat zij na hun formele beëindiging hun werking nog uitoefenen. In die twee zaken lagen de feiten iets anders dan in de onderhavige zaak. Het ging daar om rechtmatige overeenkomsten die formeel waren beëindigd en niet om maatregelen getroffen in het kader van een kartel, waarin de overeenkomsten naar de aard der zaak worden gekenmerkt door het feit dat de partijen bij de overeenkomst zich zeer goed bewust zijn van de onrechtmatigheid van hun plannen.

De beginselen blijven evenwel dezelfde. Wanneer dus kan worden vastgesteld, dat na het ophouden van de bijeenkomsten een gelijkaardig gedragspatroon is aangehouden, kan geredelijk worden aangenomen, dat de eerdere overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de periode na het verificatiebezoek van de Commissie verder zijn gevolgd. Mijs inziens blijkt uit de prijsinstructies voor de betrokken periode, dat wil zeggen oktober en november 1983, zonder enige twijfel dat er sprake was van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Ik ben het derhalve eens met de Commissie, waar deze stelt, dat moet worden aangenomen dat het kartel pas een paar maanden na de laatste bijeenkomst is beëindigd. Dat het in punt 51, derde alinea, van de beschikking genoemde bij ATO gevonden stuk niet tegen de ondernemingen kan worden gebruikt omdat het niet aan alle ondernemingen is toegezonden, doet hieraan niets af.

95 — Arrest van 25 juni 1976, zaak 51/75, EMI, Jurispr. 1976, blz. 811, r. o. 30 tot en met 32 op blz. 847.

9. De quotaregelingen

Zoals ik in mijn opmerkingen onder punt F, 7, betreffende de situatie in 1979 heb gezegd, zijn er mijns inziens niet voldoende elementen aanwezig om te kunnen vaststellen dat er voor het hele jaar 1979 een quotaregeling bestond. De eerste quotaregeling die ik in dit hoofdstuk zal behandelen, is daarom de door de Commissie gestelde quotaovereenkomst voor 1980.

Gelijk de Commissie in hoofdstuk VII van de beschikking verklaart en gelijk uit de bewijsstukken blijkt, werkten de ondernemingen met „kwantitatieve doelen”, „streefhoeveelheden”, „quota” of „aspiraties”. Deze begrippen leveren precies dezelfde uitlegingsmoeilijkheden op als het begrip „richtprijzen”. Gelijk hierboven onder punt E, 6, is gezegd, mag evenwel worden aangenomen, dat overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, ook al zijn zij naar hun inhoud voor een groot deel terug te voeren op de feitelijke marktsituatie. Hetzelfde geldt voor de „doelquota”.

a) De regeling voor 1980

Zoals gezegd, staat in de notulen van de bijeenkomst van 26 september 1979 te lezen, dat een strikt quotasysteem van wezenlijk belang („essential”) is. Dit wijst erop, dat dit probleem destijds aan de orde was, en zoals hierboven onder punt F, 7, is aangegeven, zijn er bepaalde elementen die erop wijzen, dat er eind 1979 een quotaregeling heeft bestaan.

Aan het einde van de periode waarvoor de gestelde quotaregeling zou hebben gegolden, vinden wij de notulen van de in januari 1981 gehouden bijeenkomst van experts. Hierin worden de voorlopige verkoopcijfers voor december 1980 opgeteld en vergeleken met die van de verkoop in het vierde kwartaal van 1980 en met die van de overeenkomstige maanden van 1979. Daaruit blijkt, dat de verkoop elke maand van het vierde kwartaal van 1980 hoger was dan die in de overeenkomstige maand van 1979 en dat de totale verkoop in 1980 slechts 3% lager was dan die in 1979. Vervolgens worden in een kolom de verkoopcijfers voor elke onderneming opgeteld. Naast die kolom staat een andere kolom met het streefcijfer van elke onderneming, berekend — zoals in de notulen van de bijeenkomst wordt gezegd — op basis van „een Westeuropese markt van 1,2 miljoen ton in 1980”. In de toelichting bij die cijfers wordt gezegd, dat van de vier grote producenten alleen ICI van het streefcijfer afweek. Verder wordt gezegd, dat DSM niet bereid was de toezegging te doen haar oorspronkelijke quotum te verlagen; de cijfers voor Amoco waren over het geheel genomen slechts ramingen en het cijfer voor Hercules leek niet te kloppen met de indruk die de activiteiten van die onderneming in 1980 gaven. Verder wordt meegedeeld, dat er geen cijfers beschikbaar zijn voor Solvay en BP, maar dat men door samentelling van de andere cijfers weet, dat de totale verkoop van deze ondernemingen 90 kiloton moet hebben belopen tegenover een streefhoeveelheid van 71 kiloton.

Voor ICI wordt een streefgetal van 139,2 kiloton en een feitelijke verkoop van 128,1 kiloton genoemd. Met betrekking tot de situatie van ICI wordt gezegd, dat een deel van de problemen van ICI duidelijk te wijten is aan de grote achteruitgang van de verkoop in het Verenigd Koninkrijk, maar dat de feitelijke „terugtrekking uit Dundee”

nadat ICI eerder in dat jaar had geprobeerd de prijzen te verhogen, een nog belangrijker factor is geweest.

Uit 1980 beschikken wij ook over een tabel (bijlage 60 bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar), waarnaar in punt 55, eerste en tweede alinea, van de beschikking wordt verwezen. Op deze getypte tabel met het opschrift „Polypropyleen — nagestreefde verkoop voor 1980 (kiloton)” is met de hand de datum 28 (of misschien 26) februari 1980 aangebracht. De tabel bevat vier kolommen met de opschriften „streefhoeveelheden voor 1980 uitgaande van de cijfers van 1979; cijfers voor Petrofina bijgesteld”, „openingsvoorstel”, „voorgestelde aanpassingen” en „aanvaarde streefhoeveelheden”. In de laatste kolom wordt voor elk van de ondernemingen een cijfer genoemd, welke cijfers te zamen het zogenoemde „maximum van 1390” (kiloton) opleveren. Onderaan het document wordt verklaard, dat die „1390 kiloton een stijging met 12,1% ten opzichte van 1979 opleveren”. Bij de ondernemingen Saga, Tagas/Paular, BASF en Petrofina staat een asterisk, die verwijst naar een noot in het document waarin wordt gezegd dat die cijfers „zullen worden gecontroleerd”. Bij Petrofina wordt in de kolom „voorgestelde aanpassingen” vermeld „max. 20”, welk cijfer in de kolom „aanvaarde streefhoeveelheden” terugkomt. Dit klopt met de informatie, dat Petrofina zich in 1980 voor het eerst op de betrokken markt begaf.

De in de kolom „openingsvoorstel” vermelde cijfers komen slechts uitzonderlijk overeen met de cijfers die worden genoemd in de kolom „voorstel I” van het eerder besproken document (bijlage 56) dat bij ICI werd gevonden, maar misschien afkomstig is van een van de Duitse producenten. Verder bevat dezelfde kolom van dit document een

aantal tussen haakjes staande cijfers die, in samenhang met de in de kolom „voorstel II” van dat document vermelde cijfers, overeenkomen met de cijfers uit de kolom „agreed targets” van eerstgenoemd document, voor de ondernemingen waarvoor „aanpassingen” waren voorgesteld. In de kolom „voorstel III” van bijlage 56 worden cijfers genoemd die in alle belangrijke opzichten overeenkomen met de „aanvaarde streefhoewelheden” uit eerstgenoemd document en samengeteld een cijfer van 1 378 kiloton opleveren. De verschillen zijn te vinden bij Petrofina (15 in de plaats van 20), BASF (60 in de plaats van 64) en Saga (35 in de plaats van 38), dat wil zeggen in totaal 12 kiloton, en betreffen drie van de vier ondernemingen die volgens bijlage 60 moeten worden gecontroleerd.

De in de kolom „aanvaarde streefdoelen” van bijlage 60 vermelde cijfers vindt men terug in bijlage 57, een document van 8 oktober 1980, afkomstig van ICI, waarin de quota voor 1980 worden vergeleken met de theoretische capaciteit van de verschillende ondernemingen. Zij komen ook voor in de kolom „verkoopaspiraties voor 1980” van bijlage 58. In dit document, dat afkomstig is van ICI en de datum van 9 oktober 1980 draagt, worden ook de cijfers betreffende de feitelijke verkopen van de verschillende ondernemingen vermeld; die cijfers leveren een totaal van 1 170 kiloton op. Ten slotte bevat bijlage 59, die eveneens afkomstig is van ICI, een kolom met de „streefdoelen” voor 1980 — in totaal 1 382 kiloton — met daarnaast twee kolommen met de cijfers van de „feitelijke” verkopen, namelijk een kolom met getypte ronde getallen en een kolom met in handschrift nauwkeurige cijfers, die een totaal van 1 207,9 kiloton opleveren. Deze getallen komen op enkele zeer kleine afwijkingen na, overeen met de getallen die in de notulen van de bijeenkomst van januari 1981 worden genoemd.

Bij de beoordeling van deze bewijsstukken valt meteen het buitengewone feit op, dat wij beschikken over documenten uit drie verschillende bronnen, — namelijk ATO, ICI en een niet geïdentificeerde Duitse onderneming —, met gedetailleerde gegevens over de quota — de „openingsvoorstellen”, de wijzigingsvoorstellen en definitieve of goedgekeurde voorstellen — die nagenoeg tot in de kleinste details met elkaar overeenstemmen.

Wanneer dan nog in de notulen van de bijeenkomsten van 26 en 27 september 1979 en januari 1981 wordt verklaard, dat er in de tweede helft van 1979 besprekingen hebben plaatsgevonden, en in die notulen de inhoud van de tabellen wordt bevestigd, zie ik geen enkele reden om eraan te twijfelen, dat de in punt 55 van de beschikking beschreven gang van zaken voor 1980 correct is weergegeven en door toereikende bewijzen wordt gestaafd. Bijzonder onthullend vind ik de opmerking in de notulen van de bijeenkomst van januari 1981, dat DSM niet bereid was de toezegging te doen haar oorspronkelijke quota te verlagen. Gezegd is, dat DSM 46,1 kiloton heeft verkocht, hetgeen moet worden gezien in samenhang met het document van 28 februari 1980, waarin voor DSM een quotum van 45 kiloton wordt genoemd.

b) De periode 1981-1982

Volgens de Commissie (punten 56 tot en met 59 van de beschikking) bestond er in die periode geen definitieve quotaovereenkomst. In artikel 1, sub e, van de beschikking wordt de aan de ondernemingen verweten inbreuk beschreven als het verdelen

van de markt door, bij gebreke van een definitieve zich over het gehele jaar uitstrekende overeenkomst, van de producenten „een beperking van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode” te eisen.

De aldus beschreven feiten leveren ongetwijfeld een schending van artikel 85, lid 1, op, indien de Commissie het door haar gestelde kan bewijzen.

1981

Het eerste document dat de Commissie in dit verband noemt, zijn de hierboven besproken notulen van de expertsbijeenkomst van januari 1981. Zoals hierboven onder punt 8, b, is gezegd, staat in die notulen te lezen, dat men het erover eens was, voor februari (1981) de richtprijs op 1,75 DM te handhaven en in maart zonder uitzondering een prijs van 2,00 DM toe te passen. Verder wordt gezegd: „Intussen zal de maandelijkse hoeveelheid worden beperkt tot een twaalfde van 85% van de streefhoeveelheid voor 1980” en zulks zoals dat heet „with a freeze on customers”.

Uit bij ICI gevonden, niet-gedateerde interne notulen (besproken in punt 56, derde alinea, van de beschikking; bijlage 63) blijkt, dat er op die bijeenkomst verschillende alternatieven voor de quotaregeling werden besproken. Het is niet duidelijk, of het ging om een interne bijeenkomst bij ICI dan wel om een bijeenkomst van producenten. Volgens die notulen was ICI van mening, dat de hoeveelheid moest worden beperkt tot niet meer dan de markt naar verwachting zou kunnen halen, namelijk 1,35 miljoen ton. Daarop werd gezegd, dat ook „al zijn er geen verdere besprekingen

met Shell gevoerd”, de vier grote producenten zouden kunnen aanvaarden, dat hun voor 1980 nagestreefd marktaandeel met 0,35% zou worden verminderd, mits de meer ambitieuze, kleinere producenten zoals Solvay, Saga, DSM, Chemie Linz en Anic/SIR hun eisen ook zouden matigen. Ten slotte wordt gezegd, dat op voorwaarde dat de vier grote producenten het eens zijn, afwijkingen vermoedelijk het best kunnen worden geregeld tijdens individuele besprekingen op het niveau van de „bosses”, zo mogelijk „vóór de bijeenkomsten te Zürich”. Daarna volgt een tabel met een compromisvoorstel, waarin het aandeel van de verschillende ondernemingen wordt aangegeven in percenten van hun streefhoeveelheid voor 1980.

Verder is er de in het hoofdstuk over 1980 besproken bijlage 61 bij het algemene deel van de mededeling van de punten van bezwaar, waarin tevens een kolom „wensen voor 1981” voorkomt. Ten slotte is er dan nog bijlage 62, die een overzicht geeft van drie verschillende voorstellen waarbij werd gepoogd tot samenwerking te komen en waarin rekening werd gehouden met de wensen van de ondernemingen.

Uit de in de beschikking genoemde notulen van de bijeenkomst van 27 mei 1981 tussen Shell en ICI (bijlage 64) blijkt duidelijk, dat er op dat tijdstip nog geen quotaovereenkomst was tot stand gekomen. De eveneens behandelde notulen van de bijeenkomst van 17 juni 1981 wijzen erop, dat er ook op dat ogenblik nog geen quotaregeling was tot stand gekomen.

In een bij ICI gevonden, maar kennelijk van Monte afkomstig document (bijlage 65) is

er voor de periode van januari tot december 1981 een vergelijking gemaakt tussen wat wordt genoemd de „feitelijke” en de „theoretische” verkoop. Een laatste document in dit verband (bijlage 67) dateert van 21 december 1981 en bevat de maandelijkse verkoopcijfers van alle producenten in 1981. Voor de maanden tot en met oktober zijn de getallen getypt, doch voor november en december zijn zij met de hand geschreven. Een andere kolom bevat een handgeschreven vergelijking voor het hele jaar.

Het laatste schriftelijke bewijs waarop de Commissie zich beroept, is een nota die een medewerker van ICI, M. E. Robinson, midden 1981 heeft opgesteld toen hij directeur marketing voor de thermoplasticsector werd. De door de Commissie aangehaalde relevante passage uit die nota luidt als volgt: „Geen overeenkomst voor 1981, maar de mensen gebruiken 1980 als model”.

Zoals gezegd, is de Commissie van mening, dat de ondernemingen onderling waren overeengekomen de produktie te beperken. In punt 57, tweede alinea, van de beschikking heeft de Commissie het over een lapmiddel dat erin zou hebben bestaan, de verkoop te regelen op basis van een theoretische verdeling van de beschikbare markt, uitgaande van de quota van 1980.

Behalve voor de eerste maanden van het jaar, blijkt uit de schriftelijke bewijsstukken vrij duidelijk, dat de producenten het niet eens waren kunnen worden over een quotaregeling. De opvatting, dat het gehanteerde lapmiddel van dien aard was dat het onder het verbod van artikel 85, lid 1, viel, berust evenwel uitsluitend op de mededeling dat „de mensen” de quota van 1980 gebruikten. Dat een medewerker van Monte of ICI op

een tijdstip tussen eind 1981 en begin 1982 een vergelijking tussen de theoretische en de praktische basisgegevens heeft gemaakt, lijkt een wat zwakke grondslag voor de voorgaande conclusies die de Commissie daaruit trekt. Het is natuurlijk verdacht, dat een medewerker van ICI blijkbaar nauwkeurig op de hoogte was van de verkoopcijfers van de verschillende ondernemingen, en er zijn dus goede gronden om aan te nemen, dat tijdens de bijeenkomsten gegevens over de verkoop zijn uitgewisseld. Tussen de aangehaalde bewijzen bestaat mijns inziens evenwel niet voldoende onderlinge samenhang om te kunnen concluderen, dat de ondernemingen zich jegens elkaar hadden verbonden de verkoop te beperken.

Gelet op het voorgaande, is mijns inziens genoegzaam aangetoond, dat er in de eerste maanden van het jaar een quotaregeling was overeengekomen ter ondersteuning van de prijsinitiatieven voor februari en maart als bedoeld in de notulen van de bijeenkomst van januari. Afgezien daarvan bieden de aangehaalde stukken en de lapidaire opmerking in de genoemde nota onvoldoende steun voor het oordeel van de Commissie over het bewijsmateriaal. Op dit punt kan ik de Commissie dan ook niet volgen.

1982

Volgens de Commissie hebben de ondernemingen elkaar ook aangemaand de verkoop voor 1982 te beperken, doch slaagden zij er voor het overige niet in overeenstemming te bereiken over een quotaregeling. De gedane voorstellen blijken uit de bijlagen 69 tot en

met 71 bij het algemene deel van de mededeling van de punten van bezwaar, doch de in punt 58 van de beschikking genoemde notities betreffende de bijeenkomst van 10 maart 1982 kunnen niet tegen de ondernemingen worden gebruikt, daar bekend is geworden dat zij alleen aan ICI zijn meegegeeld. Volgens de verweerschriften in een aantal zaken is dit stuk alleen meegegeeld aan ICI, die dan ook weer niet stelt dat het stuk niet volgens de voorschriften is meegegeeld. Intussen is evenwel gebleken dat dit stuk in de onderhavige zaak helemaal niet is overgelegd. De Commissie heeft toegegeven, dat dit een vergissing was, en heeft in de plaats daarvan verwezen naar de van Hercules afkomstige notities betreffende dezelfde bijeenkomst, die als bijlage 23 bij het algemene deel van de mededeling van de punten van bezwaar was gevoegd. Met betrekking tot de voorstellen tot beperking van de hoeveelheden bevatten deze notities evenwel geen andere relevante gegevens dan een overzicht van de theoretische productiecapaciteit van de verschillende ondernemingen. Er is mijns inziens dan ook geen voldoende grond om aan te nemen, dat de ondernemingen in de eerste helft van 1982 met betrekking tot de beperking van de hoeveelheden iets anders hebben gedaan dan het uitwisselen van gegevens over de feitelijke verkoop of het verstrekken van meer algemene inlichtingen over de toestand van de afzonderlijke ondernemingen.

In punt 59 van de beschikking wordt beschreven, wat ICI heeft gedaan nadat zij de leiding van „de groep” had overgenomen. Het is duidelijk, dat ICI wenste en ervan uitging dat begin 1983 een effectief quotasysteem in werking zou treden. Intussen werd erop aangedrongen — en blijkens de notulen van de bijeenkomst van augustus 1982 was het ICI die er bij de anderen op aandrang — dat de ondernemingen hun verkoop zouden beperken tot het marktaandeel dat zij tijdens de eerste maanden van het jaar bezaten, uitgaande — nog steeds

volgens de notulen van de bijeenkomst van augustus — van een markt van 120 kiloton.

De van ATO afkomstige informatie, waarnaar in punt 59, tweede en derde alinea, van de beschikking wordt verwezen, bevat slechts één opmerking over overeenkomsten en dergelijke, namelijk dat men eind 1982 een „bijna-eensgezindheid” over de aspiraties en de marktaandelen had bereikt.

Uit deze stukken blijkt mijns inzien niet met voldoende zekerheid, dat er enige eensgezindheid was bereikt om de verkoop in 1982 te beperken. Het enige wat uit die stukken blijkt is het verzoek van ICI, doch het is niet duidelijk in hoeverre de anderen daarop zijn ingegaan. Hieruit volgt dus, dat het er vooral om ging een bruikbaar systeem te ontwikkelen voor 1983.

Op grond van het voorgaande ben ik het niet eens met de Commissie, volgens welke is aangetoond dat de ondernemingen een vorm van eensgezindheid hadden bereikt om de verkoop in 1982 te beperken.

c) De quotaregelingen in 1983

Volgens de Commissie waren de producenten het eens over een quotaregeling voor de eerste twee kwartalen van 1983.

Uit de overgelegde stukken blijkt ook duidelijk, dat ICI bij de overname van de lei-

ding van de „groep” in het midden van het jaar 1982 sterk aandrang op de invoering van een quotaregeling. Uit de bewijsstukken blijkt overigens, dat de medewerkers van ICI zeer grote inspanningen hebben gedaan om een regeling tot stand te brengen.

Vooraf wanneer men geen rekening mag houden met stukken die om processuele redenen niet tegen de ondernemingen kunnen worden gebruikt (namelijk de nota van ICI ter voorbereiding van de bijeenkomst met Shell in mei 1983, waarvan sprake is in punt 63, tweede alinea, tweede zin, van de beschikking, en het plan van Shell voor het eerste kwartaal van 1983, waarvan sprake is in punt 63, derde alinea, van de beschikking), is het evenwel moeilijk enig stuk te vinden waaruit de gestelde instemming met een quotaregeling blijkt. Het enige bewijsstuk waarin iets te vinden is dat op overeenstemming zou kunnen wijzen, is het in punt 64 van de beschikking genoemde interne document van Shell (bijlage 90), waarin sprake is van „de overeengekomen streefhoeveelheid voor Shell”. Verder is er in deze zaak evenwel niets te vinden betreffende het tweede kwartaal van 1983. Dit bewijsmateriaal is mijns inziens te zwak om op basis daarvan als vaststaand aan te nemen, dat er een overeenkomst bestond voor het tweede kwartaal.

Met betrekking tot het eerste kwartaal stelt de Commissie in punt 63, eerste alinea, van de beschikking, dat een aantal ondernemingen de op de bijeenkomst van 2 december 1982 toegewezen quota „aanvaardbaar” achten. Er wordt evenwel niet gezegd, hoe de anderen daarover dachten, en het is evenmin duidelijk, hoe de instemmende ondernemingen zouden hebben gereageerd wanneer de andere grotere aandelen verlangden. Ook de andere stukken bieden mijns inziens geen steun voor de opvatting,

dat er voor het eerste kwartaal eensgezindheid bestond.

Mijn inziens zijn er derhalve geen voldoende gronden om aan te nemen, dat er voor enige periode van 1983 overeenstemming over een quotaregeling bestond.

10. „Account management” en „account leadership”

In artikel 1, sub c, van de beschikking wordt het „systeem van account management” uitdrukkelijk genoemd als een van de maatregelen die de ondernemingen troffen om de door hen gewenste prijsverhogingen mogelijk te maken.

Het systeem van „account management” of „account leadership”, dat nader wordt uiteengezet in punt 27 van de beschikking, had tot doel een dam op te werpen tegen het klantverloop of het „klantentoeerisme” waarover in verschillende bewijsstukken wordt gesproken. Gelijk ICI heeft gesteld, zijn er waarschijnlijk twee systemen toegepast. Over het eerste systeem hebben wij weinig informatie, maar het blijkt, dat er in ieder geval voorbereidselen zijn getroffen om een regeling in te voeren en dat er gedetailleerde plannen zijn gemaakt voor een hele reeks landen. Dit gebeurde tijdens een bijeenkomst van 2 september 1982. Tijdens een bijeenkomst van 2 december 1982 werd voorgesteld de toepassing van het plan te veralgemenen en werd een hele reeks klanten genoemd waarvoor het systeem zou gelden. Uit de notulen van een bijeenkomst van 3 mei 1983 blijkt, dat tijdens die bijeen-

komt de toestand van elke klant zeer grondig is besproken.

Gelet op deze bewijsstukken, kan mijns inziens niet redelijkerwijs worden betwijfeld, dat de Commissie gelijk heeft waar zij stelt, dat een of meer sturingsmechanismen zijn gebruikt om te proberen het verloop van de klanten tegen te gaan of te neutraliseren. Men kan zich gemakkelijk voorstellen, dat een dergelijk systeem na enige tijd instortte. Het is ongetwijfeld moeilijk, een dergelijk systeem te doen werken op een markt met 20 producenten en een zeer groot aantal afnemers. Uit de notulen van een bijeenkomst in 1983 blijkt evenwel, dat het systeem gedurende enkele maanden heeft gewerkt.

11. *Andere begeleidende maatregelen*

De meeste andere in punt 27 van de beschikking genoemde maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van prijsverhogingen kunnen worden beschouwd als een integrerend deel van de belangrijkste inbreuken, te weten de overeenkomsten betreffende de prijzen en de hoeveelheden. Er is dus nauwelijks enige reden om deze punten, die eigenlijk slechts details van een groter geheel zijn, afzonderlijk te behandelen. Het beschikbare bewijsmateriaal laat er evenwel geen redelijke twijfel over bestaan, dat de opvatting van de Commissie over wat er dienaangaande is gebeurd, correct is.

Een uitzondering moet mijns inziens worden gemaakt voor de opvatting van de Commissie, dat de ondernemingen waren overeengekomen de leveranties naar overzeese markten te verleggen om in West-Eu-

ropa een voor een prijsverhoging bevorderlijke schaarste te scheppen. Uit de bewijsstukken blijkt mijns inziens niet duidelijk, of de ondernemingen iets anders hebben gedaan dan elkaar in te lichten over hun verkoop op overzeese markten, in de bewijsstukken genoemd „de rest van de wereld”. Het is normaal, dat ondernemingen hun overschotten op andere dan de dichtstbijgelegen markten proberen af te zetten. Het bewijsmateriaal moet evenwel sterke aanwijzingen bevatten, om op grond daarvan te kunnen oordelen dat de ondernemingen waarschijnlijk de bedoeling hadden een schaarste te creëren op de Westeuropese markt. Dergelijke aanwijzingen zijn er mijns inziens niet, en daarom meen ik dat het beter is, bij de uitspraak in deze zaken geen rekening te houden met de stelling van de Commissie dat er overeenstemming bestond om de leveranties uit West-Europa te verleggen.

G — *Verjaring*

Ingevolge artikel 1, lid 1, sub b, van verordening nr. 2988/74⁹⁶ verjaart de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten of sancties op te leggen wegens inbreuken op het vervoers- of mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap na vijf jaar bij inbreuken als die welke in de onderhavige zaken aan de orde zijn.

Volgens artikel 1, lid 2, vangt de verjaring aan op de dag waarop de inbreuk is gepleegd. Bij voortdurende of voortgezette in-

⁹⁶ — Verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB 1974, L 319, blz. 1).

breuken vangt de verjaring echter eerst aan op de dag waarop de inbreuk is beëindigd.

Ingevolge artikel 2, lid 1, eerste alinea, wordt de verjaringstermijn gestuit door iedere handeling die door de Commissie of door een Lid-Staat op verzoek van de Commissie tot onderzoek of vervolging van de inbreuk wordt verricht. De stuiting treedt in op de dag waarop van de handeling wordt kennis gegeven aan ten minste één onderneming die heeft deelgenomen aan de inbreuk, en volgens artikel 2, lid 2, geldt de stuiting ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen.

In de onderhavige zaken hebben een aantal ondernemingen reeds tijdens de administratieve procedure aangevoerd, dat de bodemprijsovereenkomsten uit 1977 losstonden van de latere regelingen, en dat althans voor dit deel van de zaak de bevoegdheid om een boete op te leggen is verjaard. In punt 103 van de beschikking verwierp de Commissie die stelling op grond van de overweging, dat „er een duidelijk, feitelijk en uit de omstandigheden blijkend verband” bestaat tussen de regelingen.

Enkele verzoeksters hebben zich in de procedure voor het Gerecht op de verjaringsregels beroepen. Gelet op de aard van de verjaringsregels, is het niet eens nodig dat verzoeksters uitdrukkelijk naar verordening nr. 2988/74 verwijzen. Het volstaat, dat zij stellen dat voor een bepaald aspect van de zaak geen geldboete kan worden opgelegd.

De Commissie beschouwt het gebeurde zonder meer als een voortgezette of voortdurende inbreuk en lijkt in haar beschikking te stellen, dat het onderlinge verband tussen de bodemprijsovereenkomst uit 1977 en de latere handelingen van dien aard is, dat de in 1977 begonnen overtreding slechts kan worden geacht te zijn beëindigd enige tijd na het verificatiebezoek van de Commissie bij de ondernemingen op 13 en 14 oktober 1983.

Verzoeksters blijven bij hun standpunt, dat de regelingen uit 1977 van een totaal andere aard waren en volledig losstonden van de latere handelingen.

Vaststaat, dat zo er al een verjaringstermijn liep, deze is gestuit op 13 oktober 1983 toen de Commissie haar verificatiebezoek begon, en de vraag is dus, of enige inbreuk of deel van een inbreuk kan worden geacht vóór 13 oktober 1978 te zijn begaan of te zijn beëindigd.

Indien het Gerecht het eens is met mijn hierboven uiteengezette beoordeling van het bewijsmateriaal, twijfel ik er niet aan, dat het zal oordelen dat de feiten betreffende de bodemprijsovereenkomst uit 1977 zijn verjaard. Mijns inziens was de bodemprijsovereenkomst hoogstens een soort voorspel van wat later zou gebeuren. Zij had weliswaar hetzelfde doel als de latere overeenkomsten, maar sproot, voor zover ik weet, niet voort uit in hetzelfde kader gevoerde onderhandelingen. Voor zover ik heb kunnen nagaan, bestaat er ook een duidelijk tijdsverschil tussen de bodemprijsovereenkomst en het eerste met voldoende zekerheid vastgestelde resultaat van verzoeksters' bijeenkomsten, namelijk de prijsinitiatieven uit de tweede helft

van 1979. Er bestaat ongetwijfeld enig verband in de tijd tussen de bodemovereenkomst en de bijeenkomsten die het kader van de latere inbreuken vormden, doch er zijn geen concrete onwettige resultaten van de vóór 1979 gehouden bijeenkomsten be-
wezen.

wijzen duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Ik herinner eraan, dat ik sub I F 5 mijn standpunt heb bepaald met betrekking tot de deelneming van de kleine ondernemingen aan de bodemprijsovereenkomst van 1977, zodat ik dit punt hierna in beginsel niet be-
spreek.

A — *Rhône-Poulenc* (zaak T-1/89)

Mijns inziens moet derhalve worden aangenomen, dat de inbreuk betreffende de bodemprijsovereenkomst uiterlijk in het voorjaar van 1978 is geëindigd en dat de bevoegdheid om daarvoor een geldboete op te leggen dus is verjaard. Bijgevolg moet het bedrag van de geldboeten enigszins worden verminderd, zoals ik in deel III betreffende de geldboeten zal uiteenzetten.

Vaststaat, dat Rhône-Poulenc haar polypropyleenbelangen eind 1980 van de hand deed. Verzoekster is dus een van de ondernemingen waaromtrent slechts weinig rechtstreekse bewijzen voorhanden zijn. De ter zake dienende periode loopt van het najaar 1979 — het tijdstip vanaf wanneer het kartel, zoals hierboven sub I F 7 is uiteengezet, op grond van de bewijsstukken kan worden geacht in werking te zijn getreden — tot eind 1980. De omstandigheid, dat er slechts weinig rechtstreekse bewijzen voorhanden zijn, verleent het betoog van partijen in deze zaak een bijzonder karakter en geeft op zichzelf aanleiding om duidelijk stelling te nemen ten aanzien van een van de belangrijkste bewijsproblemen in deze zaak, namelijk de vraag, welke betekenis uit bewijsrechtelijk oogpunt moet worden toegekend aan het enkele feit van aan de bijeenkomsten te hebben deelgenomen.

II — De verschillende zaken afzonderlijk

In dit deel behandel ik de bewijsvraag met betrekking tot iedere verzoekster afzonderlijk en sommige middelen die slechts door een of enkele verzoeksters zijn aangevoerd. Ik zal niet ingaan op elk detail van het betoog van iedere verzoekster; dit is trouwens niet mogelijk, wanneer ik deze conclusie — ondanks alles — toch enigszins binnen redelijke perken wil houden. Dit geldt vooral voor de middelen en argumenten met een economische inslag, die, gelijk uit het voorgaande is gebleken, slechts van geringe betekenis zijn voor de vraag of artikel 85, lid 1, is geschonden. Hetzelfde geldt voor de bewijsvraag; een omstandige bespreking van elk bewijselement lijkt immers overbodig in gevallen waar de doorslaggevende be-

Mijns inziens zijn de bewijzen in de zaak Rhône-Poulenc zwakker dan die in al de andere zaken. De enige schriftelijke bewijsstukken zijn de notulen van de bijeenkomst van 26 en 27 september 1979 en de tabellen waarin sprake is van de quotaregelingen, waaronder de bij ATO gevonden nota betreffende de in Frankrijk werkzame producenten. Verder is er de mededeling van ICI, dat Rhône-Poulenc in ieder geval vanaf 1979 aan de bijeenkomsten van het kartel

deelnam. Ten slotte berust deze zaak op een aantal conclusies uit andere elementen van het dossier. In deze zaak rijst dus de vraag naar de eisen die moeten gesteld aan de bewijzen die de Commissie voor het geven van een beschikking nodig heeft. In dit verband mag vooral niet uit het oog worden verloren, dat dit soort mededingingszaken in feite een strafrechtelijk karakter heeft. Dit pleit natuurlijk voor de stelling, dat hoge eisen moeten gesteld aan het bewijs. Anderzijds mogen de betekenis en de kracht van indirecte bewijzen niet worden onderschat.

Rhône-Poulenc betoogt, dat de Commissie niet over doorslaggevende bewijsstukken tegen Rhône-Poulenc beschikt. Zij merkt met name op, dat veruit de meeste schriftelijke bewijsstukken betrekking hebben op de periode nadat Rhône-Poulenc van de markt was verdwenen, zodat die bewijsstukken volgens deze verzoekster niet tegen haar kunnen worden gebruikt. De overwegingen van de Commissie met betrekking tot het bewijs, door Rhône-Poulenc een soort vermoeden met terugwerkende kracht genoemd, zijn volgens die verzoekster dus onjuist. De Commissie zou bij haar beslissing onder meer geen rekening hebben gehouden met de ontwikkeling van de markt, daar de marktsituatie tot 1982 werd gekenmerkt door een gebrek aan evenwicht en door een lage rentabiliteit, zodat het optreden van de onderneming vóór eind 1980 niet op dezelfde wijze mag worden beoordeeld als haar optreden daarna. Verder zou de Commissie hebben nagelaten, de ontwikkeling van het kartel in aanmerking te nemen.

Met betrekking tot de schriftelijke bewijzen betreffende de periode waarin Rhône-Poulenc op de markt aanwezig was, betoogt

verzoekster allereerst, dat de notulen van de bijeenkomst van 26 en 27 september 1979 slechts een anoniem, met de hand geschreven stuk zijn, waarin geen enkele deelnemer met name wordt genoemd. In de tabellen betreffende de quota zouden geen doorslaggevende aanwijzingen kunnen worden gevonden voor de stelling, dat Rhône-Poulenc bij een overeenkomst betrokken was. In dat verband merkt Rhône-Poulenc in de eerste plaats op, dat ofschoon ook Amoco, Taqsa, Paular en BP in deze tabellen worden genoemd, de Commissie uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft erkend, dat die ondernemingen aan geen enkele mededingingsregeling hebben deelgenomen. Verder betwist Rhône-Poulenc, dat men — gelijk de Commissie heeft gedaan — als „quota” zou kunnen aanmerken iets wat in feite slechts „verkoopdoelen” zijn; dit laatste verklaart overigens, waarom die cijfers in de loop van het jaar nu en dan werden veranderd naar gelang van de feitelijke verkoop. Met betrekking tot de stelling van de Commissie, dat Rhône-Poulenc vanaf 1979 heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten van de „bosses” en van de experten, merkt Rhône-Poulenc op, dat deze stelling uit bewijsrechtelijk oogpunt uitsluitend op de desbetreffende mededelingen van ICI berust. Volgens verzoekster zijn deze mededelingen in vage en algemene bewoordingen geformuleerd en kunnen zij op zichzelf geen voldoende bewijs voor de deelneming van Rhône-Poulenc aan de bijeenkomsten of aan het gestelde kartel opleveren. Ten slotte merkt verzoekster op, dat er geen enkel ander bewijs omtrent haar marktgedrag, zoals prijsinstructies en dergelijke, is gevonden.

Ter verweer verwijst de Commissie allereerst naar haar basisstelling, namelijk dat mag worden aangenomen dat de inhoud van de bijeenkomsten waarvan geen notulen voorhanden zijn, dezelfde was als die van de bijeenkomsten waarvan wij de inhoud kennen. De Commissie baseert haar opvatting dus juist op dat vermoeden met terug-

werkende kracht waartegen Rhône-Poulenc opkomt. Tot staving daarvan verwijst de Commissie vooral naar de mededeling van ICI, dat het idee van richtprijzen in 1978 is ontstaan en dat in ieder geval mag worden aangenomen dat het kartel vanaf 1979 ten volle functioneerde. Met betrekking tot de gevonden tabellen merkt de Commissie op, dat deze voor Amoco en Hercules kennelijk geen nauwkeurige cijfers bevatten en dat de cijfers voor Amoco in de notulen van een latere bijeenkomst als ramingen zijn aange merkt. Aangaande de tabellen voor 1980 wijst de Commissie erop, dat het quotum dat volgens de stukken aan Rhône-Poulenc werd toegekend, nagenoeg overeenkomt met de cijfers van de feitelijke verkoop (2,97 tegenover 2,98% van de markt, die oorspronkelijk op 1 382 kiloton werd geraamd, maar slechts 1 207,9 kiloton bleek te bedragen). Volgens de Commissie toont dit aan, dat Rhône-Poulenc de overeenkomsten ernstig nam. Haars inziens wordt de deelneming van Rhône-Poulenc aan de bijeenkomsten bewezen door de mededelingen van ICI en door de omstandigheid dat Rhône-Poulenc de deelneming aan de bijeenkomsten nooit heeft betwist.

In het geval Rhône-Poulenc rijst, zoals gezegd, uit bewijsrechtelijk oogpunt vooral de vraag, of de enkele deelneming aan de bijeenkomsten in samenhang met enkele andere aanwijzingen als een afdoend bewijs van de deelneming aan het kartel kan worden beschouwd.

Volgens de mededelingen van ICI heeft Rhône-Poulenc in ieder geval vanaf 1979 regelmatig aan de bijeenkomsten deelgenomen. Rhône-Poulenc noch enige andere onderneming heeft kunnen uitleggen, waarom ICI zulks zou hebben verklaard indien zij

niet van mening was dat zij daarvoor kon instaan. Ik zie geen enkele redelijke grond waarom ICI zou proberen haar concurrenten in dit verband te belasten; men mag veeleer aannemen, dat ICI voorzichtig is geweest in haar antwoord op de vragen van de Commissie. Met betrekking tot de betrouwbaarheid van de mededelingen van ICI kan verder worden opgemerkt, dat de meeste andere verzoeksters die volgens ICI aan de bijeenkomsten hebben deelgenomen, de door ICI gestelde deelneming in feite hebben erkend. Alleen Rhône-Poulenc heeft gesteld, dat de mededelingen van ICI geen bewijs van haar deelneming opleveren, doch zij ontkent de deelneming niet. Zelfs al had Rhône-Poulenc, gelijk uit haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar blijkt, geen enkele van de personeelsleden die zich destijds met de polypropyleenproductie bezighielden, meer in dienst, dan mocht men toch minstens verwachten, dat zijzelf de kwestie zo grondig zou onderzoeken, dat zij haar deelneming aan de bijeenkomsten zou durven ontkennen. In dat geval zou de Commissie de mogelijkheid hebben gehad, verder onderzoek te verrichten om tot een positief of negatief oordeel over die ontkenning te komen. Volgens mij is gewoon stilzitten niet voldoende wanneer er elementen aanwezig zijn die de deelneming geloofwaardig maken. Mijns inziens kan dan ook op goede gronden worden aangenomen, dat Rhône-Poulenc vanaf 1979 tot eind 1980 aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen.

De deelneming van Rhône-Poulenc aan het kartel wordt slechts aannemelijk gemaakt door de gegevens in de quotatabellen en door de deelneming aan de bijeenkomsten. Zoals ik in de inleiding van mijn conclusie heb uiteengezet en gelijk in de Amerikaanse praktijk⁹⁷ wordt aangenomen, is de deelne-

⁹⁷ — Zie voetnoot 92 en de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in de zaak *Musique Diffusion Française* (zie voetnoot 2).

ming aan één bijeenkomst waarop anderen iets onwettigs overeenkomen, in de regel niet voldoende om de deelneming aan de onwettige handeling als bewezen te beschouwen. Gewoonlijk wordt als redelijke verklaring gegeven, dat men naar die bijeenkomst is gekomen zonder de bedoeling deel te nemen aan een overtreding van de mededingingsregels. Het is mijns inziens evenwel moeilijk de deelneming aan meer dan een of eventueel aan een zeer klein aantal bijeenkomsten op die wijze te verklaren, zonder zich de verdenking van deelneming aan de onwettige praktijken van de andere deelnemers aan de bijeenkomst op de hals te halen. Wanneer daarbij komt, dat er geen enkele andere redelijke verklaring voor de deelneming aan de bijeenkomsten is gegeven en dat voor Rhône-Poulenc, anders dan voor Amoco en BP, precieze cijfers worden gegeven, kan mijns inziens op goede gronden worden aangenomen, dat Rhône-Poulenc vanaf het begin van het kartel in het najaar van 1979 tot eind 1980, het ogenblik waarop zij de markt verliet, aan het kartel heeft deelgenomen.

Met name met betrekking tot de door de Commissie gestelde prijsinitiatieven, waarvan slechts het initiatief van juli tot december 1979 plaatsvond in de periode dat Rhône-Poulenc op de markt aanwezig was, betoogt verzoekster, dat er geen enkel bewijs van of aanwijzing voor de deelneming van Rhône-Poulenc aan die prijsinitiatieven voorhanden is. In feite is de houding van de onderneming volledig onbekend.

De Commissie antwoordt hierop, dat Rhône-Poulenc, die heeft deelgenomen aan geheime bijeenkomsten waarop richtprijzen werden afgesproken, niet aan haar aansprakelijkheid voor deelneming aan het kartel kan ontsnappen door het enkele feit dat er geen prijsinstructies betreffende die onder-

neming zijn gevonden. De Commissie betoogt verder, dat de gegevens over de wijze waarop Rhône-Poulenc het quotastelsel heeft inachtgenomen, erop wijzen, dat Rhône-Poulenc geenszins om niet aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen en dat zij zich aan de afspraken heeft gehouden. Verder is de Commissie van mening, dat de quotaregelingen en de prijsregelingen niet los van elkaar mogen worden gezien.

Over de stelling van Rhône-Poulenc moet allereerst worden gezegd, dat de omstandigheid dat er over een bepaalde gedraging niets bekend is, uiteraard niet betekent, dat er geen met de gemaakte afspraken overeenkomende gedraging kan zijn geweest. Zoals de Commissie heeft gesteld, zijn er bovendien belangrijke elementen die erop wijzen, dat Rhône-Poulenc de haar voor 1980 toegekende quota feitelijk heeft inachtgenomen. Gelet op het voorgaande, en wanneer mag worden aangenomen dat Rhône-Poulenc aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen, is er mijns inziens geen doorslaggevende grond om eraan te twijfelen, dat Rhône-Poulenc gebruik heeft gemaakt van de via de bijeenkomsten verworven kennis.

Met betrekking tot de intensiteit van de deelneming van Rhône-Poulenc zijn er geen gegevens die erop wijzen, dat die verzoekster bijzonder actief of bijzonder terughoudend is geweest.

Een middel dat in zekere mate verband houdt met de bewijsvraag, is de stelling van Rhône-Poulenc, dat de Commissie het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden, doordat zij heeft aangenomen dat Rhône-Poulenc aan het kartel heeft deelgenomen, terwijl zij

BP en Amoco vrijuit heeft laten gaan of schoon zij volgens Rhône-Poulenc tegen de twee laatstgenoemde ondernemingen stevigere bewijzen had dan tegen verzoekster.

De Commissie antwoordt hierop, dat de omstandigheid dat niet kon worden aangetoond dat genoemde ondernemingen betrokken waren bij de kartelbijeenvakomsten, de doorslag heeft gegeven bij haar beoordeling van het bewijsmateriaal, en dat zij daarom niettegenstaande haar verdenkingen heeft gemeend de tegen deze ondernemingen ingestelde vervolging te moeten stopzetten.

Mijns inziens is de opvatting van Rhône-Poulenc rechtens onhoudbaar. Nog afgezien van de vraag, of de Commissie door een verzoek van een daartoe bevoegde instantie kan worden verplicht een procedure tegen BP en Amoco in te leiden — hetgeen op zichzelf ten zeerste kan worden betwijfeld —, kan de beslissing om deze ondernemingen niet te vervolgen, normaliter geen gevolgen hebben voor de andere ondernemingen. In de onderhavige zaken zijn Amoco en BP enerzijds en Rhône-Poulenc anderzijds, gelet op het ten aanzien van elk van hen voorhanden zijnde bewijsmateriaal, geen gelijkaardige gevallen. Daarbij komt, dat ook niet is aangevoerd dat de beslissing van de Commissie om sommige ondernemingen wel en andere niet te vervolgen op andere dan materiële gronden berust. Wanneer andere dan materiële gronden kunnen worden uitgesloten, moet de Commissie mijns inziens een zekere beoordelingsvrijheid worden gelaten met betrekking tot de vraag, welke zaken zij haars inziens wel tot een goed einde kan brengen en welke niet. In de polypropyleenzaken heeft de Commissie de deelneming aan de bijeenkomsten als maatstaf genomen en derhalve geoordeeld,

dat de zaken tegen BP en Amoco niet houdbaar waren. Een dergelijk discretionair oordeel over het bewijsmateriaal blijft duidelijk binnen de grenzen van de beoordelingsvrijheid van de Commissie, ook al zullen anderen misschien menen, dat de zaken wel tot een goed einde konden worden gebracht. Dit discretionaire oordeel lijkt mij overigens redelijk. Derhalve ben ik van mening, dat het desbetreffende middel van Rhône-Poulenc moet worden afgewezen.

Ten slotte heeft Rhône-Poulenc gesteld, dat de beschikking te haren opzichte ontoereikend is gemotiveerd, daar de Commissie eraan is voorbijgegaan dat het kartel zich in de loop van zijn bestaansduur heeft ontwikkeld en Rhône-Poulenc daardoor ten onrechte heeft laten opdraaien voor handelingen die pas zijn gesteld nadat die onderneming van de markt was verdwenen.

Het valt moeilijk in te zien, waarop deze opvatting is gebaseerd. De beschikking moet natuurlijk aldus worden gelezen, dat aan de ondernemingen wordt verweten betrokken te zijn geweest bij hetgeen is gebeurd in de periode dat zij aan het kartel deelnamen, en de zaak bevat niets waaruit zou kunnen worden geconcludeerd, dat de Commissie iets anders heeft bedoeld.

B — *Petrofina* (zaak T-2/89)

Gelijk ik hierboven heb uiteengezet, ben ik het met de Commissie eens, dat het feit zelf van te hebben deelgenomen aan bijeenkomsten waarop met zekerheid besprekingen over concurrentiebeperkende maatregelen zijn gevoerd, een ernstig bewijs tegen de be-

trokken onderneming is. Voor zover een regelmatige deelneming niet kan worden vastgesteld, zijn er andere, sterke aanwijzingen nodig om te kunnen concluderen, dat de onderneming aan het kartel heeft deelgenomen. Zoals met betrekking tot Rhône-Poulenc, doet ook de kwestie van de deelneming van Petrofina aan de bijeenkomsten een aantal problemen rijzen.

Gelijk onder meer in punt 78, achtste alinea, van de beschikking wordt gezegd, exploiteerde Petrofina vanaf begin 1980 tot maart 1982 in samenwerking met Montedipe de fabriek te Feluy in België. Die samenwerking gebeurde via de vennootschap Montefina, waarvan die twee ondernemingen mede-eigenaar waren. In maart 1982 nam Petrofina de verkoop voor haar aandeel in de produktie zelf in handen via haar eigen verkoopafdeling voor chemische produkten.

In haar memories heeft Petrofina toegegeven, vanaf mei 1982 tot aan het einde van de geregelde bijeenkomsten in september 1983 aan de bijeenkomsten te hebben deelgenomen. Het standpunt van Petrofina met betrekking tot de periode van maart tot mei 1982 is wat onduidelijk. In haar antwoord van 12 januari 1984 op het verzoek van de Commissie om inlichtingen verklaart zij, dat haar medewerkers „vanaf maart 1982” aan de bijeenkomsten hebben deelgenomen. In een bijlage bij dat antwoord geeft Petrofina vervolgens een opsomming van de bijeenkomsten tussen mei 1982 en september 1983 waaraan zij heeft deelgenomen; zij begint met een bijeenkomst van 18 mei 1982 en vermeldt ook welke medewerkers de onderneming vertegenwoordigden. Hieruit kan worden afgeleid, dat Petrofina vanaf maart 1982 aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen, maar niet in staat is precies aan te geven wie heeft deelgenomen. Petrofina ontkennt evenwel uitdrukkelijk, dat zij vertegenwoordigd was op de bijeenkomst die vol-

gens punt 58, tweede alinea, van de beschikking op 10 maart 1982 plaatsvond. Uit geen enkel schriftelijk bewijsstuk valt het tegendeel af te leiden.

Met betrekking tot de periode vóór maart 1982 is de situatie vrij onduidelijk. In haar antwoord van 12 januari 1984 verklaart Petrofina, dat zij wegens haar samenwerking met Montedipe niet bevoegd was Montefina op eigen houtje te verbinden en dat zij derhalve niet namens die vennootschap kan antwoorden. Met betrekking tot een of twee bijeenkomsten, namelijk de bijeenkomsten van januari 1981, waarvan notulen voorhanden zijn (zie punt 33, derde alinea, van de beschikking), heeft Petrofina op een vraag van het Gerecht geantwoord, dat zij na een nieuw onderzoek tot de bevinding is gekomen dat zij niet aan die bijeenkomsten heeft deelgenomen.

De Commissie heeft op een overeenkomstige vraag van het Gerecht geantwoord, dat in punt 33, derde alinea, van de beschikking bij vergissing is gesteld, dat Petrofina aan die bijeenkomsten heeft deelgenomen. Over de eventuele deelneming van Petrofina aan de in die periode gehouden bijeenkomsten verklaart de Commissie overigens in punt 78, achtste alinea, van haar beschikking, dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld, dat die onderneming vóór maart 1982 afzonderlijk vertegenwoordigd was.

Gelet op het feit, dat de Commissie niet rechtstreeks stelt dat Petrofina op de bijeenkomsten van januari 1981 of op de andere bijeenkomsten vóór maart 1982 vertegenwoordigd was, en dat de uitspraken van Petrofina veeleer als een ontkenning moeten worden opgevat, dient het Gerecht mijns inziens ervan uit te gaan, dat aan deze bijeen-

komsten geen medewerkers van Petrofina hebben deelgenomen. Men had op zijn minst mogen verwachten, dat de Commissie na het antwoord van Petrofina dat deze niet namens Montefina kan antwoorden, nader zou hebben onderzocht wat achter dit antwoord verscholen lag.

Met betrekking tot de bijeenkomsten in de periode van maart tot mei 1982 kan op grond van wat Petrofina in haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar zelf heeft toegegeven, worden vermoed, dat Petrofina vanaf maart 1982 aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen (behalve aan de overeenkomst van 10 maart 1982).

De Commissie is evenwel van mening, dat Petrofina ook in de periode van begin 1980 tot maart 1982 bij de verschillende kartelregelingen betrokken is geweest, en geeft in punt 78, achtste alinea, van haar beschikking te verstaan, dat Petrofina misschien indirect op de bijeenkomsten vertegenwoordigd was via haar samenwerkingsverband met Montedipe met betrekking tot de fabriek te Feluy.

De stelling van de Commissie, dat Petrofina aan het kartel heeft deelgenomen en medeverantwoordelijk is voor hetgeen er in de periode van 1980 tot maart 1982 is gebeurd, berust op twee verschillende opvattingen. Blijkens punt 102, derde alinea, van de beschikking gaat de Commissie in beginsel ervan uit, dat Petrofina vanaf 1980 zelfstandig aan het kartel heeft deelgenomen. Subsidiair is de Commissie evenwel van mening, dat Petrofina medeverantwoordelijk is voor de omstandigheid dat Montefina tot maart 1982 aan het kartel heeft deelgenomen.

In de aan Petrofina toegestuurde individuele mededeling van de punten van bezwaar wordt dienaangaande gezegd, dat de twee moedervennootschappen, dat wil zeggen Petrofina en Montedipe, aansprakelijk zijn voor de overtreding van de communautaire mededingingsregels door Montefina (vóór maart 1982). In de mededeling van de punten van bezwaar die is toegestuurd aan Montedipe, destijds Montepolimeri genoemd, komt overigens een overeenkomstige passage voor.

Het is in deze zaak evenwel niet volledig duidelijk geworden, of Montefina zelfstandig vertegenwoordigd was op de bijeenkomsten en op die manier of op een andere wijze de aansprakelijkheid van de moedervennootschappen heeft teweeggebracht. Het is evenmin duidelijk, of Montefina de moedervennootschappen rechtstreeks heeft vertegenwoordigd, ongeacht of de Commissie, zoals gezegd, naar aanleiding van het eerste antwoord van Petrofina verder onderzoek had moeten verrichten. Om die redenen mag het subsidiaire betoog van de Commissie volledig buiten beschouwing worden gelaten. Een derde mogelijkheid werd ter terechtzitting door het Gerecht geopperd, toen het de Commissie vroeg of deze van mening was dat Montepolimeri via het samenwerkingsverband in Montefina ook Petrofina had vertegenwoordigd. Het Gerecht kreeg geen ter zake dienend antwoord op deze vraag.

Op grond van een en ander moet worden vastgesteld, dat het zeer onduidelijk is, of — en zo ja, hoe — Petrofina op de bijeenkomsten was vertegenwoordigd en hoe Petrofina voor het overige bij deze bijeenkomsten betrokken was.

Het andere bewijsmateriaal waarop de Commissie zich baseert voor haar stelling, dat Petrofina reeds vanaf 1980 bij het kartel betrokken was, is samengevat in het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 33 van het Gerecht. Daaruit blijkt, dat de Commissie zich vooral baseert op bijlage 60 bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar, waarin onder meer staat „doelen voor 1980 (uitgaande van de cijfers voor 1979 + cijfers voor Petrofina bijgesteld)”. Volgens de Commissie wijst dit erop, dat Petrofina vanaf 1980 heeft deelgenomen en derhalve ook bij de na het begin van 1980 genomen prijsinitiatieven betrokken moet zijn geweest. Verder beroept de Commissie zich dienaangaande op de omstandigheid, dat in de betrokken periode aan Petrofina bijzondere quota werden toegerekend, die dus niet waren samengevoegd met die van Montedipe.

Nu het, zoals hierboven beschreven, volstrekt onduidelijk blijft, in welke mate Petrofina bij de bijeenkomsten was betrokken, is het door de Commissie aangevoerde bewijsmateriaal mijns inziens zo zwak, dat het Gerecht dient te concluderen, dat niet kan worden vastgesteld dat Petrofina vóór 1982 op enige wijze aan het kartel heeft deelgenomen. Aangezien Petrofina in de daaraan voorafgaande periode met Montedipe heeft samengewerkt, is het evenwel niet ondenkbaar dat Petrofina op een of andere wijze bij het kartel betrokken was, doch het dossier bevat in feite geen enkel bewijs daarvoor.

Met betrekking tot de rest van de periode, dat wil zeggen van maart 1982 tot november 1983, betoogt Petrofina, dat zij dan weliswaar aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen maar dat die deelneming louter passief was en enkel tot doel had, informatie op te doen die van nut kon zijn voor haar concurrentiepositie.

Wij beschikken slechts over twee schriftelijke prijsinstructies van Petrofina, die verklaart dat de prijsinstructies verder mondeling aan de verkopers werden meegegeeld.

De omstandigheid dat de prijsinstructies niet schriftelijk zijn gegeven, betekent evenwel geenszins, dat er geen prijsinstructies zijn gegeven. Het dossier bevat alleen geen bewijskrachtige gegevens over de inhoud van die prijsinstructies. Het is mogelijk, dat die prijsinstructies precies overeenkwamen met de door andere ondernemingen gegeven schriftelijke instructies, maar zij kunnen er ook heel anders hebben uitgezien. Met de middelen van instructie waarover zij volgens de toepasselijke regeling beschikt, is het voor de Commissie vaak onmogelijk de feitelijke inhoud van mondelinge instructies aan het licht te brengen. Daartegenover staat evenwel, dat Petrofina geen enkel argument heeft aangevoerd ter staving van haar stelling, dat haar handelwijze volledig losstond van eventuele overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de andere ondernemingen. De omstandigheid, dat een onderneming — gelijk Petrofina met betrekking tot zichzelf heeft gesteld — beneden de richtprijzen verkocht, kan, gelijk hierboven is uiteengezet, het verwijt van deelneming aan een overeenkomst of aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet ontkrachten. Hiertoe moet worden geëist dat de onderneming aantoonde, dat zij ook niet heeft geprobeerd een overeenkomst of een onderling afgestemde richtprijs voor eigen doeleinden te gebruiken, of dat zij haar marktgedrag niet op een andere wijze door die overeenkomst of die onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft laten beïnvloeden.

Het ontbreken van schriftelijke prijsinstructies kan dus op zichzelf niet worden beschouwd als een grond om aan te nemen dat een onderneming niet aan het kartel heeft deelgenomen.

In de onderhavige zaak zijn twee prijsinstructies aan het licht gekomen. De eerste dateert van 11 maart 1982, dus van enkele dagen na de bijeenkomst waarvan, zoals gezegd, moet worden aangenomen dat Petrofina er niet aan heeft deelgenomen. Petrofina is van mening, dat zij mocht verwachten dat de Commissie dit stuk niet tegen haar zou gebruiken, aangezien het niet behoort tot de stukken die de Commissie te zamen met haar brief van 29 maart 1985 heeft toegezonden, en het evenmin in de beschikking of in de bijlagen daarbij wordt genoemd. Dienaangaande zij slechts opmerkt, dat de bijlage is toegezonden te zamen met het individuele deel van de mededeling van de punten van bezwaar, waarin die bijlage uitdrukkelijk tegen verzoekster is aangevoerd, en dat er in het dossier overigens niets is te vinden dat erop wijst dat de Commissie ervan heeft afgezien die bijlage te gebruiken. Dat dit stuk niet te zamen met de brief van 29 maart 1985 is toegezonden, vindt zijn verklaring natuurlijk hierin, dat de Commissie zich niet uitdrukkelijk op een op 1 april 1982 ingegaan prijsinitiatief heeft beroepen om het kartel te bewijzen. Vaststaat evenwel, dat de prijsinstructies van Petrofina overeenkomen met datgene wat uit de notulen van de bijeenkomst van 10 maart 1982 blijkt. Wanneer een onderneming de bijeenkomsten in de regel heeft bijgewoond, is het, zoals de Commissie in punt 83 van de beschikking heeft gezegd, niet van beslissend belang, dat zij, misschien om toevallige of praktische redenen, een enkele bijeenkomst niet heeft bijgewoond. Het was immers in ieders belang, ervoor te zorgen dat de afwezige in kennis werd gesteld van wat er was gebeurd. Of een de feiten betreffend document dat in de beschikking niet uitdrukkelijk wordt genoemd, überhaupt tegen de onderneming moet kunnen worden gebruikt, kan weliswaar worden betwijfeld, maar het feit dat dit document bestaat, pleit in ieder geval niet tegen de zienswijze van de Commissie. Met betrekking tot de inhoud van dit document heb ik weinig toe te voegen aan wat ik in mijn algemene opmerkingen over de prijsinitiatieven heb gezegd. Het document bevat een prijslijst en

laat de verkoopkantoren een zekere marge voor de onderhandelingen met de klanten. Dat niet tegen de in de lijst vermelde prijzen wordt verkocht, is heel gewoon, maar betekent geenszins dat die prijzen niet werden nagestreefd.

De tweede schriftelijke prijsinstructie dateert van 20 juli 1983. Daarin wordt opdracht gegeven om met onmiddellijke werking prijzen toe te passen die kennelijk overeenkomen met die welke op een bijeenkomst van 1 juni 1983 waren afgesproken. In een telexbericht wordt erop gewezen, dat de productie als gevolg van technische problemen was verminderd. Petrofina betoogt, dat het telexbericht geen verband hield met afspraken die op de bijeenkomst van 1 juni zouden zijn gemaakt. Dit bericht had volgens Petrofina enkel tot doel de verkoop af te remmen, hetgeen dus gebeurde door een hogere dan de destijds geldende marktprijs te vragen. De Commissie betwist die uitlegging verder niet, maar wijst erop, dat die prijsinstructie, in ieder geval wat de bedragen betreft, overeenkomt met prijzen die volgens de afspraken die op de door Petrofina bijgewoonde bijeenkomst van 1 juni 1983 zijn gemaakt, vanaf 1 juli 1983 zouden gelden.

Op grond van de in deze zaak aan het licht gekomen gegevens mag worden aangenomen, dat Petrofina die schriftelijke prijsinstructie om de door haar genoemde redenen heeft gegeven. Vaststaat evenwel, dat daarin de instructie werd gegeven de op de bijeenkomst van 1 juni afgesproken prijs toe te passen. Ofschoon dit stuk dus niet kan worden aangewend ter staving van de stelling, dat Petrofina de genoemde prijzen alleen heeft meegedeeld omdat die op de bijeenkomst waren afgesproken, pleit die prijsinstructie ook niet tegen de opvatting van de Commissie. Aan dit stuk kan dus überhaupt geen betekenis worden toegekend.

Ook al mag misschien niet te veel belang worden gehecht aan het bestaan zelf van de twee prijsinstructies, toch laat het andere bewijsmateriaal mijns inziens geen twijfel bestaan omtrent de betrokkenheid van Petrofina. Petrofina is een van de ondernemingen die ter verklaring van hun aanwezigheid op de bijeenkomsten aanvoeren, dat een nieuwe onderneming verplicht was de bijeenkomsten bij te wonen om kennis te krijgen van de gegevens die zij nodig had om de concurrentie het hoofd te bieden. Nog afgezien van de vraag betreffende de aansprakelijkheid voor louter passieve kennisgeving van gegevens in een dergelijke situatie, lijkt de gegeven uitleg gewoonweg niet geloofwaardig. Het is zo weinig waarschijnlijk dat een louter passieve rol geen enkel spoor in het schriftelijke bewijsmateriaal zou hebben nagelaten, dat die uitleg niet kan worden aanvaard.

Met het beeld dat ter terechtzitting werd gebruikt bij de bespreking van het door verschillende ondernemingen aangevoerde argument dat zij een louter passieve rol hebben gespeeld, kan worden gezegd, dat het nu eenmaal niet waarschijnlijk is, dat een groep bedrijfsleiders uit verschillende landen van de EG keer op keer rond een tafel gaan zitten en niets anders doen dan als een groep ornitologen zitten te luisteren naar een geluid dat niet komt.

Ook met betrekking tot Petrofina wordt iets dergelijks door het bewijsmateriaal tegengesproken. Uit de stukken blijkt, dat Petrofina zowel bij de prijsinitiatieven als bij de streefhoeveelheden en het „account management” betrokken was.

Mijns inziens moet derhalve worden vastgesteld, dat Petrofina aan het kartel heeft deelgenomen, maar alleen vanaf maart 1982

tot aan het einde van het kartel omstreeks november 1983.

C — *Atochem* (zaak T-3/89)

Volgens artikel 1 van de beschikking zou Atochem ten minste vanaf 1978 en tot aan het einde van het kartel aan dit kartel hebben deelgenomen. Dit deel van de beschikking is moeilijk in overeenstemming te brengen met punt 105, tweede alinea, van de motivering van de beschikking, waar de Commissie Atochem gelijkstelt met Anic, BASF, DSM en Hüls. In zoverre is er dus sprake van ontoereikende motivering. Aangezien evenwel volgens het door mij verrichte onderzoek van het bewijsmateriaal niet als bewezen kan worden beschouwd dat de leden van het kartel vóór het najaar van 1979 artikel 85, lid 1, hebben geschonden, heeft die vergissing geen enkel belang.

Atochem geeft toe, dat zij in de jaren 1978 tot en met 1983 een aantal bijeenkomsten met andere polypropyleenproducenten heeft bijgewoond, maar ontkent te hebben deelgenomen aan enige overtreding van artikel 85, lid 1. Zij betoogt, dat zij als nieuweling op de markt alle inlichtingen nodig had — daaronder ook de gegevens die op de bijeenkomsten van producenten werden uitgewisseld —, doch dat zij zich niet aan enige afspraak over prijzen of hoeveelheden heeft gebonden. Volgens ICI was Atochem een van de ondernemingen die tijdens de hele periode de bijeenkomsten regelmatig hebben bijgewoond.

Atochem heeft schriftelijke prijsinstructies gegeven die overeenstemmen met hetgeen op de bijeenkomsten van de producenten

was afgesproken, en met betrekking tot de deelneming aan de quotaregelingen en het „account management” zijn tegen Atochem dezelfde bewijzen voorhanden als tegen de andere ondernemingen.

Atochem heeft inzonderheid gesteld, dat de door haar gegeven schriftelijke prijsinstructies waren gebaseerd op de cijfers die zij in het European Chemical News had gelezen. De Commissie antwoordt hierop, dat het niet van beslissend belang is wie de prijsverhoging het eerst heeft aangekondigd, maar wel hoe die prijsverhoging is gevolgd.

Hierin heeft de Commissie mijns inziens gelijk. De in 1979 en later genomen prijsinitiatieven waren, anders dan in 1977, niet het werk van een kleine groep producenten die op eigen houtje een aantal besluiten namen waarbij de anderen zich aansloten nadat zij er uit de vakpers kennis van hadden gekregen. Uit de bewijsstukken blijkt immers duidelijk, dat op de bijeenkomsten beslissingen werden genomen of vaste afspraken werden gemaakt over richtprijzen die dan onder meer via de vakpers werden bekendgemaakt.

Gelet op een en ander ben ik van mening, dat er voldoende bewijzen voorhanden zijn om aan te nemen dat Atochem vanaf het najaar van 1979 tot aan het einde van het kartel in het najaar van 1983 aan het kartel heeft deelgenomen.

D — BASF (Zaak T-4/89)

In artikel 1 van de beschikking wordt gezegd, dat BASF — evenals DSM en Hüls — vanaf een tijdstip tussen 1977 en 1979 tot in het najaar van 1983 aan het kartel heeft deelgenomen. Wanneer het Gerecht met mij aanneemt, dat de werking van het kartel moet worden geacht pas vanaf het najaar van 1979 een schending van artikel 85, lid 1, te hebben opgeleverd, vervalt een belangrijk deel van de in deze zaak gevoerde discussie over het aanvangstijdstip van de betrokkenheid van BASF.

In haar antwoord op het door de Commissie gedane verzoek om inlichtingen verklaart BASF, dat haar medewerkers nu en dan een van de vóór 1 januari 1980 gehouden bijeenkomsten hebben bijgewoond. Verder deelt BASF mee, dat zij vier bijeenkomsten in 1981 en een groter aantal bijeenkomsten in juni 1982 en later heeft bijgewoond. In haar beroepschrift zegt BASF, dat zij vóór juni 1982 slechts nu en dan een van de bijeenkomsten heeft bijgewoond.

Mijns inziens mag niet te veel belang worden gehecht aan de wijze waarop BASF haar deelneming aan de vóór juni 1982 gehouden bijeenkomsten in haar memories heeft gekwalificeerd. Dat verzoekster vanaf het najaar van 1979 aan het kartel heeft deelgenomen, blijkt overigens uit andere bewijsstukken, namelijk uit de prijsinstructies die de Commissie heeft aangevoerd ten bewijze van de samenwerking die voortvloeide uit de op de bijeenkomsten gesloten overeenkomsten of afgesproken onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Verder is door ICI zonder vermelding van een periode gezegd, dat BASF aan de bijeenkom-

sten heeft deelgenomen. Op grond daarvan mag in ieder geval worden geconcludeerd, dat de deelneming van BASF aan de bijeenkomsten volstond om deze onderneming in staat te stellen te volgen wat er tijdens de bijeenkomsten gebeurde en zich daarnaar te richten.

Uit de overgelegde tabellen blijkt duidelijk, dat BASF op dezelfde voet als de andere ondernemingen betrokken was bij de streefhoeveelheden. De stelling van BASF, dat zij niet aan enig systeem van „account management” heeft deelgenomen, lijkt niet houdbaar. Op de koop toe ziet het ernaar uit, dat Arenz van BASF als eerste erop heeft gewezen, dat de omstandigheid dat alle ondernemingen tegelijkertijd precies dezelfde prijs zouden vragen wanneer een klant opdaagt, niet zonder risico zou zijn. Volgens de notulen van de in september 1982 gehouden bijeenkomst waarop deze opmerking is gemaakt, kwam men overeen dat de anderen dan de hoofdleverancier van de klant aan de klant een prijs zouden vragen die enkele Pfennig hoger lag dan de op dat ogenblik overeengekomen prijs van 2,00 DM. Uit de notulen van de latere bijeenkomsten blijkt, dat BASF, net als de andere ondernemingen, heeft proberen te verhinderen dat de klanten zich wenden tot de onderneming waar zij de gunstigste prijzen krijgen.

Op grond van het voorgaande kan mijns inziens worden vastgesteld, dat, zoals de Commissie heeft gesteld, BASF van het najaar van 1979 tot in het najaar van 1983 op dezelfde voet als de andere ondernemingen aan het kartel heeft deelgenomen.

E — *Anic* (Enichem; zaak T-6/89)

Anic heeft toegegeven, dat zij in ieder geval vanaf het najaar van 1979 aan de bijeenkomsten van de producenten heeft deelgenomen. Onduidelijk blijft daarentegen, wanneer *Anic* is gestopt met het bijwonen van de bijeenkomsten. In haar antwoord op het door de Commissie gedane verzoek om inlichtingen schrijft *Anic*, dat zij wellicht korte tijd nadat de reeks geregelde bijeenkomsten was begonnen, de bijeenkomsten van de producenten is begonnen bijwonen. In punt 19, eerste alinea, van de beschikking wordt gesteld, dat *Anic* sedert ongeveer het midden of het einde van 1982 de bijeenkomsten niet meer bijwoonde, daar haar belangen in de polypropyleensector toen waren overgenomen door Montepolimeri (Montedipe). De Commissie is evenwel van mening, dat *Anic* tot eind 1982 of begin 1983 aan het kartel deelnam (vgl. artikel 1 van de beschikking).

In haar antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen verklaart *Anic*, dat de in oktober 1982 te Zürich gehouden bijeenkomst de laatste was die zij heeft bijgewoond. *Anic* heeft later gezegd dat die mededeling op een vergissing berustte, en dat zij waarschijnlijk begin 1982 het bijwonen van de bijeenkomsten heeft gestaakt.

In de notulen van een bijeenkomst van mei 1982 wordt gezegd, dat *Anic/SIR* niet meer komt. In de notulen van een bijeenkomst van september 1982 staat te lezen, dat *Anic* als een probleem moet worden beschouwd. Verder wordt daarin gezegd, dat druk moest worden uitgeoefend en dat Zacchi (Monte) werd verzocht Morioni ertoe te bewegen met Corradini (*Anic*) te gaan praten. In de notulen van een op 2 november 1982

gehouden bijeenkomst wordt met betrekking tot de situatie in Italië gezegd, dat volgens Monte Anic, Saga, Amoco en BP zorgen baren.

Gelijk de Commissie ter terechtzitting heeft erkend, bevat het dossier niets dat erop wijst, dat Anic na het midden van 1982 nog bijeenkomsten zou hebben bijgewoond, en in ieder geval lijkt de mededeling in de notulen van de bijeenkomst van mei 1982, dat Anic niet meer komt, niet door andere bewijzen te worden tegengesproken. Het is mogelijk, dat Anic gegevens heeft verstrekt ter ondersteuning van de pogingen om voor 1983 tot een quotaovereenkomst te komen, maar het bewijsmateriaal bevat mijns inziens niet voldoende aanwijzingen om op grond daarvan te kunnen aannemen, dat Anic na het midden van 1982 nog aan het kartel heeft deelgenomen. Mitsdien moet worden aangenomen, dat Anic aan het kartel heeft deelgenomen vanaf het najaar van 1979 tot in de helft van het jaar 1982, en niet tot eind 1982 of begin 1983 zoals door de Commissie is gesteld.

De deelneming van Anic aan de prijsinitiatieven van het kartel tijdens de periode tot midden 1982 blijkt voornamelijk uit haar deelneming aan de bijeenkomsten. Zoals in de paragraaf over Rhône-Poulenc is gezegd, kan dit in de onderhavige situatie als een voldoende bewijs worden beschouwd, daar moeilijk kan worden aangenomen dat een onderneming over een vrij lange periode talrijke bijeenkomsten bijwoont zonder betrokken te zijn bij de maatregelen waartoe op die bijeenkomsten is besloten. Er zijn overigens geen redenen om met Anic aan te nemen, dat de aan Anic toegeschreven handelingen even goed door vertegenwoordigers van SIR kunnen zijn gesteld. In feite ontkent Anic haar eigen deelneming niet en in de meeste gevonden tabellen worden

deze twee ondernemingen dan ook afzonderlijk genoemd. Dat Anic en SIR in de notulen van de bijeenkomst van mei 1982 te zamen worden genoemd, betekent vermoedelijk dat geen van de twee de bijeenkomsten nog bijwoonde.

Met betrekking tot de quotaregelingen voor de periode waarin Anic aan het kartel heeft deelgenomen, zijn tegen deze onderneming dezelfde bewijzen voorhanden als tegen de andere ondernemingen. Het systeem van „account management” werd pas ingevoerd op een tijdstip waarop Anic kan worden geacht niet meer aan het kartel te hebben deelgenomen.

F — *Hercules* (Zaak T-7/89)

Hercules heeft inzonderheid de vraag opgeworpen, in hoeverre een onderneming een boete kan oplopen voor handelingen die een van haar personeelsleden eigener beweging en in strijd met de instructies van zijn hiërarchieke meerdere heeft gesteld.

Zij stelt, dat de deelneming van Bastiaens onofficieel was, niet door diens hiërarchieke meerdere was goedgekeurd en in strijd was met de politiek van het bedrijf. De Commissie antwoordt hierop, dat de hiërarchieke meerdere van Bastiaens van diens deelneming kennis hadden of hadden moeten hebben en dat zij haars inziens in ieder geval hun stilzwijgende goedkeuring moeten hebben gegeven.

De deelneming van Bastiaens aan de bijeenkomsten is met een zekere geheimzinnigheid omgeven; in ieder geval is geprobeerd

daar een zekere geheimzinnigheid rond te weven. De eerste vraag is natuurlijk: wat had hij überhaupt op die bijeenkomsten te zoeken? Verzoekster geeft als verklaring voor de deelneming van Bastiaens, dat de leiding van de onderneming Bastiaens niet voldoende duidelijk heeft laten verstaan, dat de onderneming niets te maken wou hebben met de afspraken waarvan zij in de eerste fase, dat wil zeggen in 1977, kennis had gekregen. Gezegd is, dat Bastiaens als een mot rond het vuur fladderde tot hij erdoor werd verschroeid doordat hij de bijeenkomsten begon bij te wonen. Volgens verzoekster bestond Bastiaens' taak in het maken van prognoses over de prijsbewegingen op de markt en in het geven van prijsinstructies aan de met de onderneming verbonden verkoopvennootschappen, en kon hij die taak natuurlijk beter vervullen wanneer hij de plannen van de andere ondernemingen kende. Verzoekster geeft toe, dat daaruit kan worden geconcludeerd dat de hoogste leiding niet voldoende toezicht hield op wat er gebeurde, maar haars inziens kan ontoereikend toezicht niet worden gelijkgesteld met een bewuste deelneming van de onderneming zelf.

De Commissie, die zoals gezegd van mening is dat de hiërarchieke meerderen van Bastiaens op de hoogte moeten zijn geweest van wat er gebeurde, wijst op de oorspronkelijke nota over de bodemprijsovereenkomst en op een interne nota van 29 juli 1981 die volgens haar — en op dit punt is zij door Hercules niet weersproken — beide aan Bastiaens waren gericht en door diens hiërarchieke meerderen waren opgesteld. In laatstgenoemde nota wordt gezegd: „Geloof het of niet, dit zijn de ‚officiële‘ prijzen voor augustus en september”, waarna een aantal prijzen worden vermeld. De nota eindigt met de woorden: „Dit heb ik gelezen op twee tafels die een heer met een baard bij zich had toen hij van een berg omlaag kwam”.

Verder verklaart verzoekster uitvoerig, dat de functie van Bastiaens niet impliceerde dat deze gemachtigd was de onderneming te verbinden, daar hij met name geen zeggenschap had over de produktie en derhalve niet op eigen houtje quotaovereenkomsten kon sluiten. Gezegd is, dat hij als hiërarchieke meerderen had de verkoopdirecteur en de directeur belast met het dagelijks bestuur van de onderneming, onder wie de verkoopdirecteur ressorteerde. De Commissie merkt op, dat Bastiaens de titel van verkoopchef had. Verzoekster wijst erop, dat Bastiaens meermaals te kennen gaf dat hij „onofficieel” aan de bijeenkomsten deelnam, en dat hij blijkbaar minder informatie verschaftte dan hij er opdeed. De Commissie antwoordt hierop met name, dat Bastiaens vrij actief was en goede ideeën had, en dat hij in ieder geval aanwezig was.

Dit alles geeft een ietwat onduidelijk beeld. Gaat het hier, gelijk Hercules stelt, om een ambitieuze medewerker die om redenen verband houdend met zijn carrière bevelen die misschien niet al te duidelijk zijn geformuleerd, naast zich neerlegt, of hebben wij hier, zoals in de opvatting van de Commissie blijkbaar impliciet besloten ligt, te maken met een onderneming die welbewust probeert het risico van te worden betrappt en een boete op te lopen binnen perken te houden?

Uit de processtukken blijkt, dat Bastiaens verkoopchef was en instond voor het maken van marktprognoses, zodat hij misschien wel een feitelijke invloed had op de prijsstelling. Verzoekster heeft dus ongetwijfeld voordeel gehaald uit de ingewonnen inlichtingen. De Commissie heeft ook aange-toond, dat de hiërarchieke meerderen van

Bastiaens in enkele gevallen op de hoogte waren van wat er op de bijeenkomsten gebeurde, en uit de nota van 29 juli 1981 blijkt in ieder geval, dat Bastiaens noch diens hiërarchieke meerderen onkundig waren van de algemene problematiek. Er lijkt integendeel een hoge mate van medeweten te zijn geweest. Ten slotte is bekend geworden, dat Bastiaens nadien de functie van derde man in een grote onderneming is gaan bekleden.

Het is mij een raadsel, hoe verborgen zou kunnen blijven dat een medewerker met een vrij hoge functie deelneemt aan bijeenkomsten waarvan de leiding van de onderneming nu en dan langs een andere weg kennis krijgt. Het is mogelijk, dat Bastiaens in mindere of meerdere mate een dubbel spel heeft gespeeld jegens zijn hiërarchieke meerderen. Het is ook mogelijk, dat Hercules via Bastiaens een dubbel spel heeft gespeeld jegens haar concurrenten en heeft geprobeerd door middel van de mysterieuze deelneming van Bastiaens het risico te beperken. Gelet op een en ander ben ik eerder van mening, dat de hiërarchieke meerderen van Bastiaens op de hoogte waren van wat er gebeurde, en dit in ieder geval stilzwijgend goedkeurden, en dat het verweer van Hercules alleen al daarom moet worden verworpen.

In de zaak Melchers en Co.⁹⁸ hechtte het Hof belang aan de bevoegdheden waarover degenen die namens de onderneming handelden, uit hoofde van hun functie beschikten. Bovendien legde het Hof de bewijslast met betrekking tot de overschrijding van de uit de functie voortvloeiende bevoegdheden bij de onderneming.

⁹⁸ — Zaak 101/80, Melchers & Co. (een van „Pioneer“-zaken), aangehaald in voetnoot 2 en 8.

Het is duidelijk, dat wanneer er sprake is van uit de functie voortvloeiende bevoegdheden, de grenzen van die bevoegdheden in beginsel op basis van objectieve factoren moeten worden bepaald. De onderneming kan normaliter niet aansprakelijk worden gesteld voor handelingen waarvan iedere derde moet weten dat zij een bevoegdheidsoverschrijding opleveren. De zaak ligt juridisch evenwel wat anders, wanneer een personeelslid binnen de uit zijn functie voortvloeiende bevoegdheden, maar in strijd met de bevelen of net tegen de grens van zijn bevoegdheden handelt.

Uit de processtukken blijkt niet, dat Bastiaens klaar en duidelijk te kennen heeft gegeven, dat hij geenszins bevoegd was om namens de onderneming te handelen en dat zijn deelneming geen enkele invloed zou hebben op het marktgedrag van Hercules. Iets dergelijks ware overigens ook moeilijk te verenigen met zijn feitelijke positie in de onderneming, waarbij komt, dat kan worden betwijfeld of de andere deelnemers aan de bijeenkomst hem in dat geval wel tot de bijeenkomst zouden hebben toegelaten. Zelfs zijn functie bij Hercules heeft de andere deelnemers niet doen concluderen, dat zijn woorden geen enkel gewicht in de schaal legden. Uit het voorhanden zijnde bewijsmateriaal blijkt integendeel, dat zij hebben aangenomen, dat hij namens Hercules kon handelen.

De functie die Bastiaens — zoals Hercules heeft toegegeven — feitelijk uitoefende, te zamen met de omstandigheid dat hij een positie had die hem in staat stelde gedurende een vrij lange periode bij de anderen de indruk te wekken, dat hij bepaalde bevoegdheden had, moet mijns inziens tot de conclusie leiden, dat Hercules niet aanneemelijk heeft gemaakt, dat Bastiaens de uit zijn functie voortvloeiende bevoegdheden

heeft overschreden. Het volstaat mijns inziens niet, dat verzoekster thans stelt dat Bastiaens geen beslissende invloed had op de productie en dergelijke, wanneer zij een hooggeplaatste medewerker die notoir een grote invloed had op de prijspolitiek, in feite zozeer de vrije hand heeft gelaten, dat deze in staat was de bijeenkomsten bij te wonen. Mitsdien ben ik van mening, dat dit betoog niet kan worden aanvaard.

Volgens de Commissie heeft Hercules vanaf het begin tot aan het einde van het kartel in november 1983 aan het kartel deelgenomen. Verzoekster voert evenwel aan, dat zij — anders dan de Commissie stelt — hoogstens een veel geringere rol heeft gespeeld en gedurende een veel kortere periode aan het kartel heeft deelgenomen.

Hercules geeft toe, dat zij vanaf mei 1979 aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen, maar stelt, dat zulks tot mei 1982 slechts sporadisch en na die datum in ieder geval niet regelmatig gebeurde. Na augustus 1983 heeft geen enkele vertegenwoordiger van Hercules de bijeenkomsten bijgewoond of contact gehad met de concurrenten. Verzoekster merkt met name op, dat ICI in haar antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen heeft verklaard, dat Hercules de bijeenkomsten niet regelmatig bijwoonde en op die bijeenkomsten haar eigen cijfers niet meedeelde. Verder wijst Hercules erop, dat Monte in haar antwoord aan de Commissie heeft verklaard, dat de voornaamste Europese producenten, behalve Amoco, Shell, BP en Hercules, in de regel aan de bijeenkomsten deelnamen, doch niet volledig uitsloot dat laatstgenoemde onderneming enkele bijeenkomsten heeft bijgewoond. Volgens Hercules heeft de Commissie zowel bij het beantwoorden van de

schuldvraag als bij het bepalen van het bedrag van de boete de geringe omvang van Hercules' deelneming ten onrechte buiten beschouwing gelaten.

Uit de stukken blijkt, dat Bastiaens in de periode vóór mei 1982 ongetwijfeld minder vaak dan vele andere aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen. Hercules heeft zelf bij een intern onderzoek ontdekt, dat Bastiaens vóór mei 1982 met zekerheid of waarschijnlijk heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten van 10 of 11 mei 1979, 1 of 2 oktober 1980, 27 of 28 augustus 1981, 16 december 1981, 4 februari 1982 en 9 of 10 maart 1982. Hierbij komt dan nog een bijeenkomst te Amsterdam, die misschien in 1979 plaatsvond, en eventueel nog een andere bijeenkomst te Londen. De Commissie heeft er evenwel op gewezen, dat Hercules in de notulen van de bijeenkomsten van 1983 als een vaste deelnemer wordt aangemerkt.

Wat notulen en dergelijke betreft, beschikken wij over de notulen van een op 10 maart 1982 gehouden bijeenkomst waarvan sprake is in punt 15, b, van de beschikking (bijlage 23 bij het algemene deel van de mededeling van de punten van bezwaar) en over notulen van een bijeenkomst van 13 mei 1982. Voor de periode na maart 1982 hebben wij schriftelijke prijsinstructies. Met betrekking tot de periode vóór maart 1982 is er de reeds genoemde nota, volgens welke de officiële prijzen „op twee tafels” stonden geschreven. Verder is er nog een copie van een overzicht van de prijsontwikkeling dat Bastiaens blijkbaar als basis voor een lezing voor de verkopers van de onderneming heeft gebruikt. Daarin wordt onder meer gezegd, dat de prijzen door de vastberadenheid van allen op 2,05 DM waren gebracht, welke prijs de bekendgemaakte

richtprijzen het dichtst benaderde. Ten slotte zij opgemerkt, dat de nota betreffende de oorspronkelijke bodemprijsvereenkomst uit 1977 van Hercules afkomstig was.

Uit een en ander blijkt duidelijk, dat Hercules in ieder geval vanaf maart 1982 aan het kartel heeft deelgenomen. Dat Bastiaens volgens de stukken zelf geen cijfers betreffende zijn werkgever heeft meegedeeld, is mijns inziens niet van doorslaggevend belang. De deelneming van Bastiaens aan de bijeenkomsten en discussies en het feit dat Hercules prijsinstructies heeft gegeven die met de gemaakte afspraken overeenstemmen, laat er immers weinig twijfel over bestaan, dat de anderen erop konden rekenen dat Hercules hun prijspolitiek zou volgen, hetgeen volstaat om van een schending van artikel 85, lid 1, te kunnen spreken. Het bewijsmateriaal betreffende de periode tussen het najaar van 1979 en maart 1982 is wat zwakker. Vaststaat evenwel, dat Hercules heeft toegegeven in die periode aan een niet onbelangrijk aantal bijeenkomsten te hebben deelgenomen, en uit andere bewijsstukken blijkt, dat Hercules steeds zeer goed op de hoogte was van wat er in het kartel gebeurde. Mitsdien ben ik van mening, dat op goede gronden kan worden aangenomen, dat Hercules vanaf het najaar van 1979 tot aan het einde van het kartel in 1983 aan het kartel heeft deelgenomen. Hierbij moet worden opgemerkt, dat met betrekking tot de deelneming van Hercules aan de quotaregeling van 1980, waarvan het bestaan als bewezen mag worden beschouwd, niet minder bewijzen voorhanden zijn dan met betrekking tot de deelneming van de andere ondernemingen.

In haar memories heeft Hercules beklemtoond, dat de schriftelijke bewijsstukken

waarop de Commissie zich beroept, niet meer zijn dan berichten uit tweede of derde hand over een feitencomplex dat Hercules niet nader kunnen onderzoeken, onder meer omdat zij de herkomst van de stukken niet kende. Gelijk ik hierboven sub I, E, 2, heb uiteengezet, is evenwel het totale oordeel over de bewijskracht van een document van beslissend belang en de meeste stukken waarop de Commissie zich beroept, hebben een zeer grote bewijskracht wanneer men daarvoor een redelijke maatstaf hanteert. Ik zie overigens niet goed in, wat Hercules zou hebben belet zich bij voorbeeld tot de Commissie te wenden om — voor zover dit mogelijk is — precies te weten te komen wie de auteur van welk document is.

G — DSM (zaak T-8/89)

DSM geeft toe, dat zij vanaf 1 januari 1981 met een zekere regelmaat aan de kartelbijeenkomsten heeft deelgenomen, doch zij ontkent, dat zij in de daaraan voorafgaande periode regelmatig of volgens enig schema aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen.

De Commissie, die volgens artikel 1 van de beschikking van oordeel is dat DSM vanaf een tijdstip tussen 1977 en 1979 aan het kartel heeft deelgenomen, stelt dat DSM blijkens de voorhanden zijnde tabellen met de streefhoeveelheden voor 1979 en 1980 in ieder geval vanaf 1979 aan het kartel heeft deelgenomen.

Wanneer het Gerecht mijn oordeel over het bewijsmateriaal betreffende de periode van 1977 tot het najaar van 1979 aanvaardt, is hierna enkel nog de deelneming van DSM

aan de bijeenkomsten vanaf het najaar van 1979 tot eind 1980 in geding. Gelet op het feit dat ICI in haar antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen heeft verklaard, dat DSM een van de regelmatige deelnemers was, dient mijns inziens niet al te veel belang te worden gehecht aan de omstandigheid dat DSM zelf heeft gezegd, dat haar deelneming aan de vóór 1 januari 1981 gehouden bijeenkomsten geen systeem of structuur vertoonde, vooral daar het gaat om een periode waarin er veel minder bijeenkomsten werden gehouden dan later het geval was. Daarbij komt, dat DSM in de tabellen met de quota en hoeveelheden voor 1979 en 1980 op dezelfde voet als de andere ondernemingen wordt genoemd. Gelet op een en ander kan mijns inziens op goede gronden worden aangenomen, dat DSM vanaf het najaar van 1979 aan het kartel heeft deelgenomen.

Verder heeft DSM verschillende prijsinstructies rondgestuurd en wordt zij in de bewijsstukken als „account manager” aangemerkt. Met betrekking tot de quotaregelingen zijn er tegen DSM even sterke bewijzen als tegen de andere verzoeksters.

Voorts beroept DSM zich op het beginsel „in dubio pro reo”. Zij betoogt met name, dat de Commissie niet het recht heeft te eisen dat de ondernemingen een andere overtuigende verklaring geven voor iets wat de Commissie als een doorslaggevend bewijs beschouwt. Ik zie niet goed in, hoe dergelijke meer algemene overwegingen een nieuw licht kunnen werpen op de bewijsvraag in deze zaak. In feite ligt de zaak toch zo, dat een overtreding moet worden bewezen en dat degene die de bewijzen moet beoordelen, na afweging van de kracht van alle bewijzen overtuigd moet raken van

het door de Commissie gestelde. Zoals gezegd, dienen mijns inziens aan de kracht van het bewijs hogere eisen te worden gesteld dan de Commissie heeft gedaan, doch ik vind in de tekst van de beschikking niets dat erop wijst dat de Commissie de algemene beginselen inzake de beoordeling van het bewijs, waaronder het beginsel „in dubio pro reo”, in de regel verkeerd zou hebben begrepen. Mitsdien ben ik van mening dat dit argument moet worden verworpen.

H — *Hüls* (zaak T-9/89)

Volgens artikel 1 van de beschikking heeft Hüls vanaf een tijdstip tussen 1977 en 1979 tot ten minste november 1983 aan het kartel deelgenomen. Zoals ik in het algemene deel van deze conclusie heb uiteengezet, rijst de aansprakelijkheidsvraag evenwel niet meer vóór de periode vóór het najaar van 1979.

Met betrekking tot de prijsinitiatieven heeft Hüls overigens als voornaamste verweermiddel aangevoerd, dat er geen sprake was of *kon* zijn van een door artikel 85, lid 1, verboden overeenkomst of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging. Het eerste deel van dit betoog hangt samen met de centrale uitleggingsvraag in de onderhavige zaken, namelijk de uitlegging van de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tegen de achtergrond van de feiten van de onderhavige zaken. Het tweede deel van het betoog berust op overwegingen omtrent de gevolgen die de betrokken gedragingen voor de markt kunnen hebben gehad en de conclusies die sommigen daaruit willen trekken. Hüls beroept zich met name op de opvatting van professor Albachs, volgens wie de feitelijke prijsstelling zich moeilijk verdraagt met de stel-

ling dat de prijzen door middel van kartelovereenkomsten werden bepaald.

Met betrekking tot dit betoog van Hüls kan ik ten volle verwijzen naar mijn opmerkingen over de uitlegging van artikel 85 en over de in deze zaken aan de orde zijnde algemene bewijsproblematiek. Het kan evenwel nuttig zijn er nogmaals op te wijzen, dat de vraag of er sprake is van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, niet kan of mag worden beantwoord op basis van theoretische overwegingen van economische aard. Het beantwoorden van die vraag is een juridische beslissing die moet worden genomen op basis van een alles omvattende beoordeling van alle overgelegde bewijsstukken, waaronder natuurlijk ook de in deze zaak aan het Gerecht voorgelegde rapporten van deskundigen.

Rest dan nog het probleem van de deelneming van Hüls aan de bijeenkomsten en wat er verder nog uit de bewijsstukken blijkt over de rol van Hüls in deze zaak. Hüls betoogt dienaangaande allereerst, dat zij volgens de door de Commissie overgelegde bijlagen in 1981 één keer en vanaf 1982 verschillende keren aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen. Aan plaatselijke bijeenkomsten betreffende bepaalde gebieden van de EG heeft zij niet deelgenomen en ook niet aan de op 18 oktober 1982 in het Verenigd Koninkrijk gehouden bijeenkomst.

In haar antwoord op de door de Commissie toegezonden mededeling van de punten van bezwaar betwist Hüls niet, dat zij aan de voltallige bijeenkomst van januari 1981 heeft deelgenomen, en verklaart zij, dat het niet is uitgesloten dat sommige van haar medewerkers in 1981 nog aan enkele andere bijeenkomsten hebben deelgenomen. In ie-

der geval zou moeten worden aangenomen, dat Hüls ten vroegste vanaf januari 1981 aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen en ten vroegste vanaf omstreeks mei 1982 die bijeenkomsten regelmatig heeft bijgewoond. Wat de lokale bijeenkomsten betreft, wordt gezegd dat een vertegenwoordiger van de onderneming slechts aan een of andere bespreking over de Scandinavische markt heeft deelgenomen.

De Commissie reageert hierop allereerst met een verwijzing naar de verklaringen van ICI over de deelneming van de andere ondernemingen aan de bijeenkomsten, waarin wordt gezegd, dat Hüls een van de ondernemingen was die regelmatig aan de bijeenkomsten deelnamen. Verder wijst de Commissie erop, dat Hüls wordt vermeld op de tabel met de „herziene” streefhoevenheden voor 1979.

Op grond van een en ander mag worden aangenomen, dat Hüls alles bij elkaar genomen toegeeft dat zij vanaf het begin van 1981 heeft deelgenomen, maar ontkent voordien te hebben deelgenomen. Daartegenover staan de verklaringen van ICI, waarvan de betrouwbaarheid overigens op de belangrijkste punten wordt gestaafd door wat de andere verzoeksters tot op verschillende hoogte hebben toegegeven, en de omstandigheid dat — anders dan voor Petrofina — niets erop wijst, dat Hüls vanaf een later tijdstip dan het tijdstip dat als het eigenlijke begin van het kartel mag worden beschouwd, namelijk het najaar van 1979, aan het kartel zou hebben deelgenomen.

Uit de schriftelijke prijsinstructies blijkt bovendien duidelijk, dat Hüls op dezelfde voet als de andere kleine producenten heeft deelgenomen, en Hüls wordt op precies dezelfde wijze vermeld als de andere.

Voorts berust de verweerstrategie van Hüls voornamelijk op de stelling, dat Hüls' houding op de bijeenkomsten bestond uit een combinatie van innerlijk voorbehoud en het geven van verkeerde informatie, hetgeen met name zou blijken uit het verschil tussen de vastgestelde richtprijzen en de prijzen die feitelijk werden gehaald.

Gelijk uit mijn algemene opmerkingen zal zijn gebleken, toont het verschil tussen de richtprijzen en de feitelijke verkoopprijzen mijns inziens niet aan, dat de onderneming niet heeft deelgenomen aan de uitvoering van de gemeenschappelijke plannen. Al kan nagenoeg niet worden vermeden, dat ondernemingen die ook concurrenten zijn, in aanzienlijke mate proberen hun eigen belangen ten koste van die van de anderen te bevorderen wanneer zij moeten proberen samen te werken, toch is het nagenoeg onmogelijk een voortgezette deloyale houding jegens de anderen, als die welke Hüls stelt te hebben ingenomen, gedurende een vrij lange tijd te handhaven zonder dat zulks sporen nalaat in bewijsstukken als die welke zijn overgelegd. Het duidelijkste bewijs daarvan is, dat in de notulen van sommige bijeenkomsten staat te lezen, dat sommige kleinere producenten (maar niet Hüls) ambitieus waren en dat anderen „herrieschoppers” waren. Bij gebreke van concrete gegevens die op het tegendeel wijzen, moet de uitleg van Hüls ongelofwaardig worden geacht. Volgens de voorhanden zijnde stukken heeft Hüls ook deelgenomen aan de quotaregelingen en het „account management”.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening, dat aannemelijk is gemaakt dat Hüls al met al vanaf het najaar van 1979 tot omstreeks november 1983 aan het kartel heeft deelgenomen.

I — Hoechst (zaak T-10/89)

In haar beschikking heeft de Commissie Hoechst aangemerkt als een van de vier grote producenten die in bijzondere mate verantwoordelijk moeten worden geacht voor de werking van het kartel (vgl. met name de punten 67, 68 en 78 van de beschikking).

Hoechst ontkent niet, dat zij aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen, maar wijst er toch op dat deze tot 1981 niet erg talrijk waren.

Het verweer van Hoechst berust voornamelijk op de stelling, dat er niet tegen de afgesproken richtprijzen werd verkocht en dat de omzet van de onderneming ook niet overeenkwam met de afgesproken quota. Verder wijst Hoechst in haar memories op de zwakke punten die de bewijsstukken van de Commissie, zoals bekend, vertonen. Ten slotte merkt Hoechst op, dat de op de bijeenkomsten uitgewisselde gegevens hoogst waarschijnlijk de onzekerheid van de deelnemers over de wijze waarop de anderen zich op de markt zouden gaan gedragen, niet konden wegnemen en dus de concurrentie niet konden uitschakelen. Al deze punten heb ik in het algemene deel van mijn conclusie behandeld.

Uit de van 1977 daterende bijlage betreffende de bodemprijsovereenkomst blijkt, dat Hoechst tot de bijzondere groep van grote producenten werd gerekend. Gelijk uit mijn beoordeling van het bewijsmateriaal met betrekking tot de situatie in 1977 blijkt, ben ik net als de Commissie van mening dat als bewezen moet worden beschouwd, dat Hoechst in die periode heeft deelgenomen

aan de door de Commissie gestelde basisovereenkomst. Uit het antwoord van ICI op het verzoek van de Commissie om inlichtingen blijkt, dat er, zoals in punt 68, eerste alinea, van de beschikking wordt gezegd, onder de vier grootste producenten een bijzondere „verstandhouding” bestond over het feit dat zij, indien de prijzen moesten worden verhoogd, de spits moesten afbijten, zelfs ten koste van hun eigen verkoop. In een nota van Shell (bijlage 94 bij de algemene mededeling van de punten van bezwaar) wordt gezegd, dat „(...) de prijsinitiatieven van de groten (Hoechst, M-P, ICI en Shell) nauwelijks enig effect sorteerden”. Eind 1982 begonnen de vier groten afzonderlijke bijeenkomsten te houden. Volgens tabel 5 bij de beschikking hebben al deze ondernemingen in de periode van 13 oktober 1982 tot 22 augustus 1983 in totaal aan zeven bijeenkomsten van die aard deelgenomen. Hoechst stelt, dat zij niet heeft deelgenomen aan de bijeenkomst van 13 oktober 1982 te Heathrow, en ICI heeft ook niet verklaard dat Hoechst daaraan heeft deelgenomen. Blijkens punt 67, derde alinea, van de beschikking, heeft Hoechst ook niet deelgenomen aan de op 17 juni 1981 gehouden bijeenkomst van grote producenten, waarop de verschillende alternatieven werden besproken.

Het aangehaalde bewijsmateriaal te zamen met het feit, dat Hoechst niet ontkent dat zij — op enkele uitzonderingen na — zowel aan de algemene bijeenkomsten als aan de bijzondere vóórbijeenkomsten van de vier groten heeft deelgenomen, en dat zij de mededelingen van ICI over de inhoud en het doel van de bijeenkomsten niet betwist, vormen volgens mij alleszins een voldoende grond om vast te stellen, dat Hoechst aan de activiteiten van het kartel heeft deelgenomen gelijk de Commissie heeft gesteld, behalve met betrekking tot die aspecten ervan die volgens het algemene deel van deze conclusie moeten worden geacht niet voldoende bewezen te zijn.

J — Shell (zaak T-11/89)

Over de rol van Shell bij de werking van het kartel lijken op het eerste gezicht het minst bewijzen te bestaan, daar Shell, anders dan de overige ondernemingen, niet heeft deelgenomen aan de bijeenkomsten van de „bosses” en van de experts.

Gelijk in de voorgaande paragrafen is gezegd, heeft Shell evenwel deelgenomen aan de bijeenkomsten van de vier grootste producenten en aan een aantal zogenoemde plaatselijke bijeenkomsten. De bijeenkomsten van de vier grootste producenten — in punt 68, tweede alinea, van de beschikking „vóórbijeenkomsten” voor de zogenoemde „bosses-bijeenkomsten” genoemd — vonden, zoals bekend, de dag vóór de bosses-bijeenkomsten plaats; volgens ICI gebeurde dit „om praktische redenen”, daar de deelnemers op die bijeenkomsten op hetzelfde hiërarchisch niveau vertegenwoordigd waren als op de bosses-bijeenkomsten.

Voor het Gerecht heeft Shell, net als tijdens de administratieve procedure, geloofend, dat deze bijeenkomsten op enigerlei wijze vóórbijeenkomsten voor de bosses-bijeenkomsten vormden, en dat de deelnemers tijdens die bijeenkomsten hun standpunten coördineerden met betrekking tot de onderwerpen die de volgende dag ter tafel zouden komen. Ter terechtzitting werd de indruk gewekt, dat het ging om een gezellig samenzijn zonder specifiek doel. Deze door Shell gegeven uitleg lijkt op het eerste gezicht niet erg geloofwaardig, en gelijk de Commissie in haar beschikking heeft verklaard, wordt de stelling van Shell ontkracht door de gegevens waarover wij beschikken, waaronder de informatie over de inhoud van de bijeenkomsten van de vier grote producenten in oktober 1982 en mei 1983.

De kwestie van de deelneming van Shell aan het oorspronkelijke bodemrijnsinitiatief heb ik in het algemene deel van mijn conclusie behandeld (zie hierboven sub I, F, 5).

Zoals wij weten, heeft Shell toegegeven, dat zij in de periode van het najaar 1979 tot het einde van 1982 verschillende keren van ICI inlichtingen heeft gekregen over richtprijzen en dergelijke. Uit de notulen van verschillende bijeenkomsten blijkt, dat er ook in de andere richting heel wat inlichtingen werden verstrekt; zo werden de deelnemers aan de voltallige bijeenkomsten bij voorbeeld op de hoogte gebracht van het standpunt van Shell over verschillende kwesties. Dat er talrijke contacten zijn geweest tussen ICI en Shell blijkt ook uit de notulen van de bijeenkomsten van 27 mei 1981, 17 juni 1981 en 9 en 10 september 1982. Verder dient ook melding te worden gemaakt van de in punt 67, tweede alinea, van de beschikking genoemde bijeenkomst van 1 juli 1981 waaraan ook Montepolimeri deelnam.

Met betrekking tot Shell International Chemical Company en Shell United Kingdom beschikken wij over respectievelijk „prijsaanbevelingen” en „prijsinstructies” die de op de voltallige bijeenkomsten tot stand gekomen overeenkomsten of afspraken volgen. Verder zijn er voldoende feitelijke gronden om aan te nemen, dat Shell aan de quotaregeling voor 1980 heeft deelgenomen. Ten slotte blijkt uit het bewijsmateriaal, dat Shells nationale organisaties in zekere mate als coördinatoren van het „account management” zijn opgetreden.

Gelet op al dit bewijsmateriaal kan mijns inziens op goede gronden worden vastgesteld, dat Shell zowel aan het kartel als zodanig als aan de bijeenkomsten van de groep van de grote vier heeft deelgenomen, gelijk de Commissie heeft gesteld. Dat Shell niet fysiek aanwezig was op de voltallige bijeenkomsten op het niveau van de „bosses” of op het niveau van de experten is mijns inziens niet van doorslaggevend belang wanneer, zoals in het onderhavige geval, is aangetoond, dat Shell de relevante gegevens aan de bijeenkomsten heeft meegedeeld, respectievelijk van de bijeenkomsten heeft ontvangen en zich blijkbaar naar de resultaten van de bijeenkomsten heeft gedragen.

Ten slotte mag mijns inziens niet te veel belang worden gehecht aan het door Shell als verweer aangevoerde argument, dat haar structuur of haar interne organisatie in vrij hoge mate gedecentraliseerd is (vgl. punt 102, eerste en tweede alinea, van de beschikking). Shell betoogt primair, dat de onderneming tot dewelke de beschikking is gericht, namelijk Shell International Chemical Company, geen enkele bevoegdheid had om instructies te geven aan de vennootschappen die zich met de verkoop van polypropyleen bezighielden, en dat Shell International Chemical Company, die volgens Shell slechts een servicevennootschap was, geen enkele overeenkomst kon sluiten zonder de goedkeuring van de nationale Shell-ondernemingen. Uit de bewijsstukken is evenwel gebleken, dat Shell International Chemical Company de vóórbijeenkomsten bijwoonde en de prijsmededelingen coördineerde. Het lijdt dus nauwelijks enige twijfel, dat juist die vennootschap de spil was van wat er bij Shell gebeurde, en Shells beroep op haar interne structuur is mijns inziens dan ook eerder een poging om aan de geldboete te ontsnappen, hetgeen uiteraard niet kan worden aanvaard.

K — *Solvay* (zaak T-12/89)

In haar antwoord op het verzoek van de Commissie om inlichtingen heeft Solvay toegegeven, dat zij vanaf het begin van 1978 aan de bijeenkomsten van de producenten heeft deelgenomen, hetgeen overeenkomt met de verklaringen van ICI. Solvay heeft dus aan het kartel deelgenomen in een periode met betrekking tot dewelke een schending van artikel 85, lid 1, is bewezen, te weten vanaf het najaar van 1979 tot het einde van 1983. Hierbij dient inzonderheid te worden opgemerkt, dat de deelneming aan de oorspronkelijke bodemprijsovereenkomst niet als bewezen kan worden beschouwd, onder meer omdat de in punt 16, vijfde alinea, genoemde nota van 6 september 1977, waaromtrent in deze zaak heftige discussies zijn gevoerd, niet eens op de door het Hof correct geachte wijze aan Solvay is meegedeeld.

Solvay is een van de ondernemingen die stellen, dat zij een louter passieve rol hebben gespeeld. Dit wordt tegengesproken door de notulen van de bijeenkomsten, en de feiten waarop de Commissie haar beslissing baseert, worden nauwelijks bestreden. In haar verzoekschrift betoogt Solvay, dat zij slechts aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen om kennis te krijgen van de technische en commerciële gegevens die zij kon gebruiken om haar handicap als nieuwkomer op de markt te overwinnen. Verder wordt evenwel gezegd, dat „verzoekster voor het overige niet ontkent, dat zij zich ervan bewust was dat die uitwisseling van gegevens de gevolgen van de door de te grote produktiecapaciteit op de markt ontstane crisis kon beperken”. Verder wijst verzoekster erop, dat zijzelf en verschillende andere ondernemingen een dubbel spel speelden. Zij herinnert eraan, dat zij reeds tijdens de mondelinge behandeling voor de

Commissie heeft gezegd, dat de kunst van het bluffen tijdens die bijeenkomsten ongekende hoogten bereikte.

Wanneer men de notulen van de bijeenkomsten leest, krijgt men vooral de indruk, dat er tussen de deelnemers aan de bijeenkomsten een sfeer van constructief wederzijds wantrouwen heerste, maar ook dat de deelnemers zich ernstig hebben beziggehouden met de ter tafel liggende problemen. Mijns inziens bevat Solvays theorie over het dubbel spel geen enkel element dat van doorslaggevende betekenis is voor het antwoord op de vraag, of er sprake was van een schending van artikel 85, lid 1.

Hetzelfde geldt voor het argument, dat de belangen van de deelnemers zó verschillend en tegenstrijdig waren, dat alleen al daarom moet worden uitgesloten dat overeenkomsten konden worden gesloten of regelingen konden worden getroffen. Dit betoog draait vooral om de motieven van de deelnemers. Solvay gaat ervan uit, dat de ondernemingen die in 1977 reeds een positie op de markt hadden verworven, hun marktaandeel probeerden te verdedigen en voor het overige de prijzen probeerden op te drijven, terwijl het de nieuwe producenten erom te doen was marktaandelen te veroveren, zo nodig door de bestaande ondernemingen te onderbieden.

Uit de processtukken blijkt, dat deze opvatting feitelijk onjuist is. In verschillende bewijsstukken wordt namelijk gezegd, dat anderen, dit wil met name zeggen de grote producenten, hun verkoop beperken en vrijwillig marktaandelen afstaan. Ook uit theoretisch oogpunt is dit standpunt niet houd-

baar. Gelijk hierboven onder noot 1 is uiteengezet, kan het uit het oogpunt van een bestaande onderneming onder omstandigheden even zinvol zijn een nieuwe marktdeelnemer op vreedzame wijze te integreren dan bij voorbeeld een prijzenoorlog te beginnen.

De tactiek van ICI in deze zaak bestaat er overigens in, verweer te voeren op elk punt waar dit mogelijk is. In het algemene deel van deze conclusie heb ik in alle relevante opzichten stelling genomen ten aanzien van de argumenten van ICI.

De rest van het betoog van Solvay betreft punten die ik hierboven in het algemene deel van mijn conclusie heb behandeld. Ook met betrekking tot Solvay is er geen grond om eraan te twifelen, dat deze onderneming betrokken was bij de prijs- en quota-overeenkomsten en bij de onderling afgestemde gedragingen, ook al verkocht zij haar produkten tegen lagere prijzen en stemden de verkochte hoeveelheden niet altijd overeen met de toegekende quota.

Verder betoogt ICI, dat niet op goede gronden kan worden gesteld dat het gedrag van verzoeksters de handel tussen de Lid-Staten feitelijk heeft beïnvloed. Volgens ICI heeft de kartelvorming de handel verhoogd noch verminderd en heeft zij ook geen gevolgen gehad voor de structuur van de mededinging. De handel tussen de Lid-Staten was reeds aanzienlijk en is nog toegenomen in de periode waarin het kartel functioneerde.

Mitsdien geef ik het Gerecht in overweging, vast te stellen dat Solvay vanaf het najaar van 1979 tot in het najaar van 1983 aan het kartel heeft deelgenomen.

Dit betoog moet worden afgewogen tegen de opmerking van de Commissie (punten 93 en 94 van de beschikking), dat de vaststelling van richtprijzen en dergelijke het handelspatroon ongunstig kan hebben beïnvloed of kan hebben verstoord.

L — ICI (zaak T-13/89)

De bewijsproblematiek ligt het eenvoudigst met betrekking tot ICI en Montedipe, de twee ondernemingen waarrond alles draaide. Het verweer van deze ondernemingen betreft in feite vooral de grenzen van het rechtmatig gedrag en niet zozeer de beoordeling der tegen deze ondernemingen aangedragen bewijzen, die zonder overdrijven tamelijk overstelpend kunnen worden genoemd. In beide gevallen worden de feiten die volgens de Commissie de schending van artikel 85, lid 1, opleveren, eigenlijk erkend en in beide gevallen wordt op verschillende manieren geprobeerd aan te tonen dat het bewezen gedrag rechtmatig is.

Het is duidelijk, dat wanneer men ervan uitgaat, dat het kartel de mededinging op geen enkele wijze heeft beïnvloed, men tevens moet concluderen, dat het ook de handel tussen de Lid-Staten niet ongunstig heeft beïnvloed. Het is echter even duidelijk, dat overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen als die welke het kartel heeft aangewend om de prijzen op te drijven, de handel tussen de Lid-Staten ongunstig *kunnen* beïnvloeden, en volgens artikel 85, lid 1, en de vaste rechtspraak van het Hof is juist dat het beslissende criterium. Een of meer ondernemingen kunnen zich bij voorbeeld genooddaakt hebben gezien uit de markt te treden, omdat de concurrentie buiten het kartel te sterk was geworden. Het

ligt voor de hand, dat de markt in dat geval in feite niet meer dezelfde was als zij zonder het kartel zou zijn geweest. Het argument van ICI moet derhalve worden verworpen.

Verder geeft ook de leidende rol van ICI in het kartel aanleiding tot enkele opmerkingen. ICI betoogt, dat het leiden van de groep geen welomschreven functie was. De leider van de groep had haars inziens in de praktijk slechts een coördinerende taak. De Commissie is evenwel van mening, dat ICI een zeer centrale rol heeft gespeeld in het kartel. Naast de deelneming aan de voltallige bijeenkomsten, de deelneming aan de bijeenkomsten van de vier grote producenten en de deelneming aan een lange reeks zogenoemde plaatselijke bijeenkomsten in verschillende landen, blijkt uit de bewijsstukken, dat ICI nagenoeg als een soort „horzel” is opgetreden. Met name zij gewezen op de in de punten 40 en 59 genoemde stukken, waaruit rechtstreeks blijkt, dat ICI vanaf het midden van 1982 de onderneming was die zich het meest heeft ingespannen om het kartel volgens de afspraken te doen werken. Mitsdien ben ik van mening, dat het oordeel van de Commissie over de rol van ICI in het kartel moet worden gevolgd.

ICI betoogt, dat de Commissie de markt voor het produkt op verschillende punten (die nergens anders in deze conclusie worden genoemd) verkeerd heeft beoordeeld. ICI stelt namelijk, dat „de betrekkelijk geringe hoeveelheden” polypropyleen die volgens punt 7 van de beschikking in de Gemeenschap worden ingevoerd, een bijzonder ongunstige invloed kunnen hebben op de marktprijzen. Volgens ICI was het bovendien zo, dat pas in de tweede helft van 1983

(en dus niet in 1982) opnieuw een zeker evenwicht ontstond tussen vraag en aanbod op de Westeuropese markt. Ten slotte betoogt ICI, dat de Commissie de problemen van deze industriector heeft onderschat door voorbij te gaan aan het feit, dat de prijzen van de vervangingsprodukten voor polypropyleen, waaronder plastic, na 1977 aanzienlijk zijn gedaald. Het gevaar, dat de vraag zich op andere materialen zou gaan richten, maakte het moeilijk de polypropyleenprijzen op peil te houden, hetgeen de problemen van de ondernemingen nog verscherpte.

Gelijk de Commissie terecht opmerkt, valt moeilijk in te zien, hoe een eventuele verkeerde beoordeling van genoemde punten de wettigheid of de rechtmatigheid van de beschikking kan aantasten. Of een geringe invoer de prijzen in mindere of meerdere mate ongunstig kan beïnvloeden, is volstrekt irrelevant voor de beoordeling van de aansprakelijkheid of de omvang van de inbreuk. Dat het moeilijk was de polypropyleenprijzen op peil te houden, was wel duidelijk, en de gedachtengang van ICI komt dan ook hierop neer, dat de ondernemingen een premie verdienden omdat zij zich inlieten met een inbreuk die moeilijk met succes kon worden begaan, omdat zij op zichzelf een zware opgave vormde. Dat de markt misschien pas op een later tijdstip dan de deelnemers aannamen, in evenwicht kwam, doet mijns inziens niets af aan het feit dat — zo dit al in aanmerking moet worden genomen — het als een verzwarende omstandigheid moet worden aangemerkt dat de deelnemers bereid waren de onrechtmatigheid voort te zetten op een tijdstip waarop zij terecht of ten onrechte meenden dat de markt in evenwicht was (vgl. punt 37, derde alinea, van de beschikking en hetgeen ik hieronder sub III, B zal zeggen).

M — *Montedipe* (zaak T-14/89)

Net als ICI erkent Montedipe in alle belangrijke opzichten de feiten waarop de Commissie haar beslissing baseert. Gelijk de Commissie opmerkt, berust Monte's verweer tegen de beschikking voornamelijk op de stelling, dat de aan het licht gekomen gedragingen in de bijzondere omstandigheden van de polypropyleensector tijdens de betrokken periode als rechtmatig moeten worden aangemerkt. Het standpunt van Monte is vrij origineel en kan in enkele punten worden samengevat.

Montedipe stelt allereerst, dat de werking van het kartel rechtmatig moet worden geacht omdat zij erop gericht was, te verhinderen dat de aan het kartel deelnemende ondernemingen aan prijsonderbieding zouden doen, hetgeen een daad van oneerlijke mededinging zou zijn geweest. Aangezien artikel 85, lid 1, oneerlijke mededinging niet beschermt, was het kartel dus niet in strijd met die bepaling. Gelijk de Commissie terecht stelt, vormt de opvatting van verzoekster geenszins een goede grond om aan te nemen dat het kartel rechtmatig was. De mededingingsregels hebben onder meer tot doel te verhinderen dat een of meer ondernemingen die een machtspositie op de markt innemen, elk voor zich of in onderling overleg de prijzen kunstmatig laag houden om te voorkomen dat anderen op de markt doordringen.

In de onderhavige zaken was de situatie evenwel net andersom. Zowel de bestaande als de nieuwe ondernemingen probeerden immers de prijzen kunstmatig hoog te houden, en er kan hoe dan ook moeilijk van

oneerlijke mededinging worden gesproken wanneer men de — lage — prijs die men kan krijgen, ook neemt. Het is overigens treffend, dat Monte ter terechtzitting op een desbetreffende vraag heeft geantwoord, dat zij alleen niet in staat zou zijn geweest nieuwkomers weg te concurreren.

Gelijk ik in de inleiding van mijn conclusie heb gezegd, hebben ook commerciële ondernemingen het recht om bijeen te komen en hun belangen gezamenlijk waar te nemen. Dit is door niemand betwist. Volgens Monte maakt de beschikking van de Commissie evenwel inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, informatie, bijeenkomst en vereniging. Het is duidelijk, dat men steeds op zijn hoede moet zijn voor overrijverige ambtenaren die in elke bijeenkomst van handelaars een haard van onrechtmatige overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen zullen zien. Al ligt het voor de hand, dat het voor de communautaire overheden moeilijk kan zijn bewijzen te verzamelen in dit soort zaken, toch mag de bewijsvoering nooit in pure speculatie uitmonden. Anderzijds moet, zoals gezegd, worden aangenomen, dat tot op zekere hoogte uit het bijwonen van een lange reeks bijeenkomsten waar onrechtmatigheden gebeuren, wordt geconcludeerd tot deelneming aan die onrechtmatigheden zonder dat daardoor vrijheidsrechten worden gekrenkt. In feite gaat het erom, de bewijsvoering binnen voor iedereen aanvaardbare perken te houden. Het lijdt mijns inziens geen twijfel, dat de bewijzen in de onderhavige zaken op zichzelf voldoende overtuigend zijn om de stelling, dat de beschikking de facto een schending van de vrijheidsrechten oplevert, te weerleggen.

De rest van het — niet elders behandelde — betoog van Montedipe mag aldus worden samengevat, dat overwegingen verband houdend met de dringende noodzakelijk-

heid in het veld moeten kunnen worden gebracht ter staving van de stelling dat het kartel rechtmatig was. Monte gebruikt daarbij een mooi beeld, waar zij stelt dat haar handelwijze moet worden vergeleken met die van schipbreukelingen die allen gehoor geven aan de door een van hen gegeven raad om aan land te zwemmen, de enige rationele handelwijze in dat geval. Monte vraagt zich dan af, of die raad een voorstel voor een afspraak is dan wel gewoon de vaststelling van de enige weg die redding biedt. In de context van het mededingingsrecht moet het antwoord stellig luiden dat er sprake is van een voorstel voor een overeenkomst. De mededingingsregels van artikel 85 EEG-Verdrag hebben namelijk niet tot doel te verhinderen dat iemand verdrinkt. De mededingingsbepalingen van het EEG-Verdrag bevatten — anders dan die van het EGKS-Verdrag — geen solidariteitsbeginsel, en in ieder geval zijn het niet de ondernemingen — die geacht worden te concurreren — die dit kunnen proberen in te voeren. Verder betoogt Monte, dat het kartel een bijzonder heilzame werking heeft gehad, daar de productie, de verkoop en het verbruik zijn gestegen terwijl de invoer is gedaald. Gelijk de Commissie heeft gesteld, is het zeer de vraag, of het kartel een dergelijke werking heeft gehad of kan hebben gehad. In ieder geval is dit niet aangetoond en het verbod van artikel 85, lid 1, geldt ongeacht of bepaalde ondernemingen dank zij de kartelovereenkomsten hun verkoop hebben kunnen opdrijven.

Over de leidende rol van Monte zijn minder bewijzen voorhanden dan over die van ICI. Anderzijds wordt niet betwist, dat Monte de groep tot midden 1982 heeft geleid, en er zijn geen gronden om aan te nemen dat de leiding minder belangrijke taken omvatte vóór zij door ICI werd overgenomen.

N — *Chemie Linz* (zaak T-15/89)

Volgens artikel 1 van de beschikking heeft Chemie Linz vanaf november 1977 tot aan het einde aan het kartel deelgenomen.

Linz heeft aangevoerd, dat zij in ieder geval niet vanaf het begin van het kartel aan de bijeenkomsten daarvan heeft deelgenomen. Zij heeft gesteld, dat het eerste bewijs van haar deelneming uit begin 1981 dateert. Verder verklaart zij, dat zij niet meer kan nagaan vanaf welk ogenblik zij aan de bijeenkomsten is beginnen deelnemen. In haar antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft Linz dienaangaande opgemerkt, dat het, gezien haar zwakke positie op de gemeenschappelijke markt, hoogst onwaarschijnlijk was dat zij vanaf het begin aan de bijeenkomsten zou hebben deelgenomen. Verder wijst zij erop, dat de verklaringen van ICI over de deelneming van de andere ondernemingen aan de bijeenkomsten, niet aangeven in welke periode die deelneming aan bijeenkomsten heeft plaatsgevonden. Voor het overige betoogt Linz vooral, dat zij enkel en alleen heeft deelgenomen om inlichtingen in te winnen.

De Commissie antwoordt hierop, dat Linz zeker heeft deelgenomen aan de quotaregeling betreffende 1979 en dat zij volgens de verklaringen van ICI — zonder beperking in de tijd — regelmatig aan de bijeenkomsten heeft deelgenomen.

Uit de in de onderhavige zaak als bewijs overgelegde notulen en nota's te zamen met de verklaringen van ICI over de deelneming van Linz aan het kartel blijkt mijns inziens,

dat Linz op dezelfde voet als de meeste andere kleine ondernemingen betrokken was bij de richtprijzen, de quota en het „account management”. Ten slotte blijkt uit de notulen van de bijeenkomsten duidelijk, dat Linz door middel van prijsinstructies die nauw samenhangen met de respectieve kartelbijeenvakkomsten, heeft geprobeerd de richtprijzen te halen. Het dossier bevat, afgezien van de verklaringen van Linz zelf, niets dat de geloofwaardigheid van de in de bewijzen vervat liggende aanwijzingen omtrent de deelneming aan de bijeenkomsten vanaf het najaar 1979 kan verminderen.

Mijns inziens mag dus als bewezen worden beschouwd, dat Chemie Linz vanaf het najaar 1979 tot omstreeks november 1983 aan het kartel heeft deelgenomen.

III — De opgelegde geldboeten

A — *Het boetebeleid van de Commissie*

Zoals bekend, kan de Commissie krachtens artikel 15 van verordening nr. 17/62 aan ondernemingen geldboeten opleggen wegens het opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op de mededingingsregels. De geldboeten kunnen oplopen tot 10% van de omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar. Volgens genoemde bepaling moet rekening worden gehouden met zowel de duur als de zwaarte van de inbreuk.

In de onderhavige zaken valt onmiddellijk op, dat de opgelegde geldboeten nogal hoog

zijn vergeleken met de in mededingingszaken gebruikelijke boeten. De tijdens de procedure gemaakte opmerking, dat de som van de in de polypropyleen-zaken opgelegde geldboeten groter is dan die van alle in het verleden opgelegde boeten, kan dan ook nauwelijks verkeerd worden genoemd. Ook een vergelijking met bij voorbeeld het bij Bellamy en Child ⁹⁹ (blz. 498-500) gegeven overzicht laat zien, dat er in casu nogal forse boeten zijn opgelegd. Het is evenwel onbetwist — en ook onbetwistbaar —, dat de boeten nog lang geen 10% van de totale omzet van de ondernemingen uitmaken, het ingevolge artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62 op te leggen maximum.

Niettemin hebben de ondernemingen stuk voor stuk betoogd, dat de boeten te hoog zijn. De door hen aangevoerde bezwaren kunnen worden onderverdeeld in die welke betrekking hebben op het algemene niveau van de geldboeten en die welke meer in het bijzonder tegen de aan elke verzoekster afzonderlijk opgelegde boete zijn gericht.

Ofschoon dit in de beschikking niet met zoveel woorden wordt gezegd, doet zowel de hoogte van de boeten — vergeleken met de in het verleden opgelegde boeten — als het algemene deel van het verweerschrift van de Commissie vermoeden, dat de door de Commissie opgelegde boeten hoe dan ook een opwaartse tendens weerspiegelen, al is er dan misschien geen sprake van een eigenlijke verscherping van het algemene niveau van de geldboeten. Derhalve acht ik het zinvol in te gaan op het boetebeleid van de Commissie als zodanig en op de vraag, hoe de rechterlijke autoriteiten daar tegenover staan.

⁹⁹ — *Common Market Law of Competition*, blz. 498-500, zie noot 78.

Met de in 1979 gegeven Pioneer-beschikking¹⁰⁰ verscherpte de Commissie het boeteniveau aanzienlijk voor inbreuken waarbij sprake was van een vaste praktijk of die haars inziens om andere redenen bijzonder ernstig moesten worden geacht. Volgens de Commissie waren de in eerdere zaken opgelegde geldboeten ontoereikend om preventief te werken ten aanzien van ondernemingen die wellicht met hun ongeoorloofde gedragingen zulke grote voordelen dachten te behalen, dat zij het risico van een bescheiden boete daartegen ruimschoots vonden opwegen. In haar Dertiende verslag over het mededingingsbeleid (blz. 62 e. v.) zette de Commissie meer in het algemeen uiteen, waarom zij een verscherping van het boetebeleid gewenst achtte.

Zij wees erop, dat zij na ongeveer twintig jaren van toepassing van het mededingingsrecht, gedurende welke betrekkelijk lage geldboeten waren opgelegd, had moeten vaststellen dat deze boeten ontoereikend waren om de ondernemingen van inbreuken op dit recht te weerhouden, zelfs bij onmiskenbare inbreuken. Vervolgens verklaarde zij, dat zij in een beschikking van eind 1979 haar voornemen had kenbaar gemaakt om de dissuasieve werking van de geldboeten te versterken door een verhoging van het algemene niveau bij ernstige inbreuken, dat wil zeggen met name die welke reeds waren bestraft met geldboeten uit hoofde van beschikkingen van de Commissie of arresten van het Hof van Justitie. Met betrekking tot overeenkomsten tussen ondernemingen noemde de Commissie — zonder dat de lijst uitputtend moest worden geacht — exportverboden, compartimenteringen van markten, horizontale of verticale vaststelling van prijzen alsmede quotasystemen. Met betrekking tot misbruiken van machtsposities noemde zij ongemotiveerde verkoopweige-

ring, discriminatie op het gebied van de prijzen, exclusieve of preferentiële overeenkomsten inzake levering op lange termijn en toekenning van getrouwheidsrabatten.

Met betrekking tot de vaststelling van het bedrag van de geldboete verklaarde de Commissie, dat met een groot aantal verschillende factoren rekening moet worden gehouden en dat er hierdoor geen sprake kan zijn van een mathematische berekening aan de hand van een vaste formule, maar van een juridische en economische beoordeling van geval tot geval aan de hand van de door haar eerder genoemde beginselen.

In het arrest Pioneer¹⁰¹ betuigde het Hof zijn instemming met het verscherpte boetebeleid van de Commissie. Het overwoog onder meer (blz. 1905 en volgende):

„In dit verband zij opgemerkt, dat de bevoegdheid van de Commissie om geldboetes op te leggen aan ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op de bepalingen van artikel 85, lid 1, of van artikel 86 EEG-Verdrag, een van de middelen is die de Commissie ter beschikking zijn gesteld om de haar door het gemeenschapsrecht toevertrouwde toezichthoudende taak te kunnen uitoefenen. Tot deze taak behoort stellig de verplichting om individuele inbreuken te onderzoeken en te bestraffen, maar zij omvat ook de verplichting om een algemeen beleid te voeren dat erop is gericht, op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen.

100 — Beschikking van 14 december 1979, PB 1980, L 60, blz. 21.

101 — Zie noot 8.

Daaruit volgt dat de Commissie bij de beoordeling van de ernst van een inbreuk met het oog op de vaststelling van de hoogte van de boete niet enkel de bijzondere omstandigheden van het geval, maar ook de context waarbinnen de inbreuk is gepleegd, in aanmerking moet nemen en ervoor moet zorgen dat haar optreden een preventieve werking heeft, inzonderheid met betrekking tot die inbreuken die bijzonder schadelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de Gemeenschap.

(...)

Ook mocht de Commissie rekening houden met het feit dat de onwettigheid van dergelijke feitelijke gedragingen weliswaar reeds bij het begin van het communautaire mededingingsbeleid is vastgesteld, doch dat die gedragingen nog steeds betrekkelijk veel voorkomen wegens de winst die sommige van de betrokken ondernemingen daarmee kunnen behalen, en derhalve mocht zij zich op het standpunt stellen, dat het niveau van de geldboetes moest worden verhoogd om de preventieve werking ervan te versterken.

Om dezelfde redenen behoeft het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboetes van een bepaald niveau heeft opgelegd, haar niet te verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien zulks noodzakelijk is ter uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid. Voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels moet de Commissie het niveau van de geldboetes juist op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen.”

Met dit arrest heeft het Hof in feite opheldering gegeven over een aantal punten

waarover ook in de onderhavige zaken is gedebatteerd. Zo geeft het arrest mijns inziens om te beginnen duidelijk steun aan de door de Commissie verdedigde opvatting, dat zij in eerste instantie verantwoordelijk is voor het in het kader van het communautaire mededingingsrecht te voeren boetebeleid. Daar zijn ook goede redenen voor. De Commissie heeft immers rechtstreeks met het betrokken rechtsgebied te maken en zij is ook de instelling die het grote aantal zaken behandelt, terwijl het uit de aard der zaak betrekkelijk toevallig is, welke zaken het Gerecht of het Hof krijgt voorgelegd.

Dit betekent mijns inziens, dat de rechterlijke autoriteiten van de Gemeenschap onder normale omstandigheden niet hun eigen boetebeleid behoren te voeren, maar — binnen de in verordening nr. 17/62 gestelde grenzen — de vaststelling van het algemene niveau van de geldboeten aan de Commissie moeten overlaten. In zoverre ben ik het dus eens met advocaat-generaal Warner, die in de zaak BMW ¹⁰² verklaarde dat de omstandigheid dat het Hof ingevolge artikel 17 van verordening nr. 17/62 juncto artikel 172 EEG-Verdrag over volledige rechtsmacht beschikt, nog niet betekent dat het in iedere zaak zijn eigen oordeel over de juiste boete voor dat van de Commissie in de plaats moet stellen.

Mijns inziens moet er uitsluitend worden ingegrepen indien de Commissie in een bepaalde zaak zonder motivering afwijkt van een betrekkelijk vast niveau en daarmee het gelijkheidsbeginsel schendt. Anders dan verzoeksters ben ik van mening, dat er geen reden is aan te nemen dat de Commissie zulks in casu zou hebben gedaan. Zo lijken de in de — parallelle — zaken PVC en LdPE ¹⁰³ opgelegde boeten ook vrij hoog, met name wanneer men in aanmerking neemt dat bij

102 — Arrest van 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36/78 tot en met 82/78, BMW, Jurispr. 1979, blz. 2435 (blz. 2494).

103 — Zie noot 43.

de vaststelling ervan rekening werd gehouden met de omstandigheid, dat de meeste ondernemingen boeten opgelegd hadden gekregen wegens hun betrokkenheid bij het polypropyleenkartel. Ook in de meest recente, met de onderhavige zaken enigszins vergelijkbare zaken ¹⁰⁴ zijn hoge geldboeten opgelegd: 7 miljoen ECU aan de ondernemingen Solvay en ICI in zaak IV/33.133-A, 3 miljoen ECU en 1 miljoen ECU aan respectievelijk Solvay en Chemische Fabrik Kalk in zaak IV/33.133-B, 20 miljoen ECU aan Solvay in zaak IV/33.133-C, en 10 miljoen ECU aan ICI in zaak IV/33.133-D.

Nu er derhalve geen reden is aan te nemen dat de Commissie in de polypropyleenbeschikking is afgeweken van het sinds het arrest Pioneer toegepaste algemene boeteniveau, moet het Gerecht volgens mij de in casu opgelegde geldboeten tot uitgangspunt nemen.

Ofschoon hieraan geen beslissende betekenis moet worden toegekend, geldt dit mijns inziens te meer omdat het polypropyleenkartel na 5 maart 1980, de datum van bekendmaking van de Pioneer-beschikking, gewoon bleef voortbestaan, terwijl verzoeksters er door die bekendmaking opmerkzaam op waren gemaakt, dat schending van de mededingingsregels hun duur zou kunnen komen te staan.

104 — Beschikkingen van de Commissie van 19 december 1990: IV/33.133-AC, natriumcarbonaat, Solvay/ICI, IV/33.133-B, natriumcarbonaat, Solvay/CFK, IV/33.133-C, natriumcarbonaat, Solvay, en IV/33.133-D, natriumcarbonaat, ICI.

B — *Heeft de Commissie alle relevante factoren in aanmerking genomen?*

Nu het algemene niveau van de geldboeten zo is vastgelegd, moet worden nagegaan of de Commissie bij de vaststelling van de boeten alle relevante factoren in aanmerking heeft genomen. Dat moet uiteraard uit de beschikking blijken.

Ingevolge artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62 zijn de zwaarte en de duur van de inbreuk de basiscriteria voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete, waarbij natuurlijk binnen de in deze bepaling gestelde grenzen moet worden gebleven.

In punt 107, tweede alinea, van de beschikking voert de Commissie om te beginnen aan, dat de inbreuk opzettelijk is geweest. Het beschikbare bewijsmateriaal laat er mijns inziens geen enkele twijfel over bestaan, dat de Commissie gelijk heeft waar zij stelt dat de ondernemingen zich volledig bewust waren van zowel het verboden karakter van hun gedragingen als de zware sancties die zij hierdoor riskeerden. Er is derhalve zonder twijfel sprake van opzettelijke inbreuken, die hoe dan ook aanzienlijk strenger moeten worden beoordeeld dan uit onachtzaamheid begane inbreuken. ¹⁰⁵

Wat het tweede ingevolge artikel 15, lid 2, toe te passen criterium betreft, verklaart de Commissie dat de inbreuk van betrekkelijk lange duur is geweest.

105 — Zie bij voorbeeld advocaat-generaal Warner in de zaak BMW, blz. 2493, reeds aangehaald in noot 102.

Gelet op hetgeen ik eerder heb betoogd, moet het kartel worden geacht te hebben bestaan van het najaar 1979 tot het najaar 1983, dat wil zeggen omstreeks vier jaar, en dus geen zes jaar, waarvan de Commissie in haar beschikking — en dus ook bij de vaststelling van de geldboeten — is uitgegaan. Daarbij moet worden opgemerkt, dat, zoals ik in deel I, G reeds verklaarde, de aansprakelijkheid voor de inbreuken die ICI, Montedipe, Shell en Hoechst van het najaar 1977 tot het voorjaar 1978 hebben begaan, moet worden geacht te zijn verjaard.

Aangezien, zoals ik al zei, moet worden uitgegaan van het door de Commissie toegepaste algemene niveau van de geldboeten, moeten de in casu opgelegde boeten enigszins worden verlaagd op grond dat de inbreuk minder lang heeft geduurd dan de Commissie heeft aangevoerd. De boeten moeten echter niet naar evenredigheid van de buiten beschouwing te laten periode worden verminderd, aangezien het kartel na het najaar van 1979 een steeds „professioneler” karakter kreeg, terwijl het in de daaraan voorafgaande perioden, aldus de Commissie, minder ernstige vormen had aangenomen, hetgeen ook in de beschikking tot uitdrukking komt. Ik acht het derhalve passend, de geldboeten discretionair met 10 à 15% te verlagen.

In het kader van het debat aangaande de duur van het kartel hebben enkele verzoeksters aangevoerd, dat voor de bepaling van die duur uitsluitend moet worden uitgegaan van de perioden gedurende welke er volgens de beschikking van de Commissie onregelmatigheden hebben plaatsgevonden. Zo zou bij voorbeeld de totale duur van de verschillende prijsinitiatieven in aanmerking moeten

worden genomen, en niet de gehele periode gedurende welke er bijeenkomsten werden gehouden. Ofschoon er op de door de Commissie gevolgde benadering, waarbij het hele complex van regelingen als een „kaderovereenkomst” werd aangeduid, wel wat valt aan te merken, ben ik van mening dat ook verzoeksters’ strikt mathematische opvatting van de duur van het kartel niet juist kan worden geacht. Ter bepaling van de duur van het kartel moet worden uitgegaan van de gehele periode waarin er activiteiten plaatsvonden die rechtstreeks met de verboden gedragingen in verband kunnen worden gebracht.

Dat er, zoals de Commissie in punt 107, vierde alinea, van haar beschikking heeft verklaard, sprake was van een bijzonder zware inbreuk, behoeft geen nader betoog. Het is zonder meer duidelijk, dat verzoeksters er doelbewust naar streefden de prijzen kunstmatig op te drijven. Derhalve kunnen de door verzoeksters met klem naar voren gebrachte argumenten als zouden aan de inbreuk redelijke en edele motieven ten grondslag hebben gelegen, moeilijk volkomen serieus worden genomen, althans voor zover het de periode na medio 1982 betreft. Ongeacht of de aan de bijeenkomsten deelnemende ondernemingen gelijk hadden toen zij verklaarden, dat de markt destijds min of meer in evenwicht was, de — in punt 37, derde alinea, van de beschikking genoemde — opmerking in de notulen van een bijeenkomst, dat het prijsniveau door de deelnemende ondernemingen en niet door het marktmechanisme moest worden bepaald, ook al waren vraag en aanbod met elkaar in evenwicht, toont in elk geval aan, dat niet slechts werd beoogd in een periode van crisis een productiecapaciteit te redden die mogelijk op langere termijn onder normale mededingingsvoorwaarden levensvatbaar zou zijn. De betrokken ondernemingen beoogden eenvoudig voor hun produkten een hogere prijs te krijgen dan zonder schen-

ding van artikel 85, lid 1, mogelijk zou zijn geweest. Gelijk de Commissie beklemtoont, is ook het Hof van mening dat prijsovereenkomsten als bijzonder zware inbreuken op artikel 85 moeten worden aangemerkt.¹⁰⁶ Het heeft immers verklaard, dat overeenkomsten die tot gevolg hebben dat de verbruikers niet tegen de voordeligste prijs worden bevoorrad, bijzonder ernstig zijn, zodat de Commissie terecht een strikt gebruik gemaakt van haar bevoegdheid om sancties op te leggen.

Voor de zwaarte van een inbreuk is mijns inziens niet uitsluitend bepalend, in hoeverre die inbreuk feitelijk en aantoonbaar nadelige gevolgen heeft gehad. Voor de toepassing van artikel 85 is immers niet altijd vereist, dat de betrokken gedraging dergelijke gevolgen heeft gehad. Overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken, kunnen als even ernstige inbreuken worden beschouwd als overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die een ongeoorloofde beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Zo moet worden geconstateerd, dat een bepaalde handelwijze er niet toe strekte de mededinging te beperken, maar wél een dergelijke beperking tot gevolg heeft gehad, is voor de oplegging van een sanctie op zijn minst vereist, dat de dader kan worden geacht de betrokken inbreuk uit onachtzaamheid te hebben begaan. In de gevallen waarin er uitsluitend sprake is van een „overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die ten gevolge heeft”, hebben we slechts te maken met de laagste graden van opzet, aangezien de meer gekwalificeerde opzet — „ertoe strekken” — een bestanddeel van de andere in artikel 85, lid 1, opgenomen delictomschrijving is.

106 — Zie het arrest van 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82 tot en met 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie, Jurispr. 1985, blz. 3831, r. o. 82.

De inbreuk die om de een of andere — misschien toevallige — reden niet de beoogde gevolgen heeft, maar waarbij sprake is van een van de zwaarste vormen van opzet, is mijns inziens in werkelijkheid ernstiger dan de inbreuk die weliswaar verdergaande gevolgen heeft, maar waarbij het opzet niet zo manifest aanwezig is als in de onderhavige zaken.

Het gaat dus niet alleen om de feitelijke gevolgen; van belang is met name, of de mededinging nadelig had kunnen worden beïnvloed. Zo artikel 85 als een zuiver materieel delict — maar met een aparte bepaling voor de „poging tot” — was geformuleerd, zou de beoordeling van de ernst van een poging vermoedelijk niet vreselijk veel verschillen van de beoordeling van de voltooide inbreuk, indien de poging getuigde van een vaste wil om iedere mogelijke maatregel te nemen ten einde het onwettige voornemen tot uitvoering te brengen. Derhalve heeft de Commissie mijns inziens gelijk waar zij stelt, dat de zwaarte van de inbreuk in wezen moet worden beoordeeld op basis van de ons beschikbare informatie betreffende de wil van de bij het kartel aangesloten ondernemingen om de markt te beïnvloeden.

Mijns inziens is er niet veel reden eraan te twifelen, dat de bij het kartel aangesloten ondernemingen de wil hadden gezamenlijk bepaalde maatregelen te nemen. Dat het dikwijls feitelijk onmogelijk was, de geplande prijsinitiatieven in praktijk te brengen, doet hieraan niets af. In de in geding zijnde periode maakte het kartel geenszins een dilettantische of ongestructureerde indruk. De regelingen lijken integendeel een vrij professioneel karakter te hebben gehad, hetgeen mijns inziens een zwaarwegende factor moet zijn bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk. Ik ben derhalve van

mening, dat alle bezwaren die zijn gericht tegen de wijze waarop de Commissie de zwaarte van de inbreuk heeft beoordeeld, van de hand moeten worden gewezen.

Bij haar beslissing is de Commissie er evenwel van uitgegaan, dat het kartel bepaalde gevolgen heeft gehad. Blijkt deze veronderstelling onjuist te zijn, dan moeten de opgelegde geldboeten hoe dan ook worden gewijzigd. Gelet op hetgeen de Commissie in de punten 72 tot en met 74 van haar beschikking over de gevolgen van het kartel heeft gezegd, is ook zij van mening dat de werkelijke beïnvloeding van de prijzen mogelijk van vrij bescheiden omvang is geweest. Het gaat erom, aldus de Commissie, dat de overeengekomen of onderling afgestemde prijzen het uitgangspunt vormden voor onderhandelingen met de afnemers. Dat is mijns inziens juist; de overeenkomsten of de onderlinge afstemming hebben zodoende ongetwijfeld een zekere invloed op de prijsvorming gehad. Zoals tijdens de procedure is gebleken, werden de prijzen voor de verschillende partijen goederen grotendeels individueel vastgesteld, zodat de verkoopafdelingen van de ondernemingen er overduidelijk voordeel bij hadden, een bepaalde gemeenschappelijke prijs als richtsnoer te hebben.

Anderzijds is het enigszins twijfelachtig, in hoeverre de onwettige gedragingen de prijzen werkelijk hebben beïnvloed. Het is mogelijk, dat de Commissie in iets te sterke mate een rechtstreeks causaal verband heeft gezien tussen de vastgestelde richtprijzen (de punten 90 en 91 van de beschikking) en de werkelijke prijzen — in zoverre dat de eerste de laatste zouden hebben beïnvloed —, terwijl het in beginsel zeer wel mogelijk is dat er eerder sprake was van een causaal verband in omgekeerde richting, zoals onderzoeksters hebben beweerd. Het feit dat het

afgesproken prijsniveau in werkelijkheid niet werd gehaald, had echter hoe dan ook tot gevolg dat er nieuwe, zij het aangepaste richtprijzen werden opgesteld, die moesten worden nagestreefd. Uit het schriftelijke bewijsmateriaal — in de vorm van de notulen van de bijeenkomsten — blijkt onomstotelijk, wat de bedoeling van de overeengekomen of onderling afgestemde richtprijzen was. Zoals het woord „richtprijzen” zelf reeds zegt, betrof het hier prijzen die de ondernemingen op de markt moesten trachten te halen. Die prijzen lagen altijd hoger dan de tot dan toe werkelijk gehaalde prijzen. Tijdens de procedure heeft Professor Albach verslag gedaan van de resultaten van een door hem verricht onderzoek. Dat onderzoek bestond onder meer hierin, dat voor een deel van de betrokken markt werd nagegaan welke prijzen er zouden hebben gegolden zo er geen sprake was geweest van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De conclusie was, zoals ik al eerder zei, dat de markt zich zonder overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in grote lijnen hetzelfde zou hebben gedragen, en dat de opvattingen van de aan de bijeenkomsten deelnemende ondernemingen over de resultaten van de vele door hen in het werk gestelde pogingen, geen steek hielden.

Nog afgezien van de methodische problemen die met dergelijke „prijssimulaties” gepaard gaan, — en waarop de Commissie ter terechtzitting heeft gewezen — moet worden opgemerkt dat professor Albach, zoals het Gerecht zich zal herinneren, met zoveel woorden heeft erkend, dat het niet is uitgesloten dat de markt toch enigermate is beïnvloed.

Ik zie dan ook geen reden de geldboeten te verlagen op grond van overwegingen betreffende de feitelijke gevolgen van het kartel, ook al heeft de Commissie haar opvatting over het oorzakelijk verband misschien wel wat markant tot uitdrukking gebracht. Nu

de betrokken ondernemingen duidelijk doelbewust tewerk zijn gegaan, ben ik van mening dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten hoe dan ook slechts betrekkelijk weinig gewicht moet worden toegekend aan overwegingen betreffende de feitelijke gevolgen van het kartel.

Overigens ben ik het met de Commissie eens, dat de in punt 108 (uitgezonderd het laatste streepje) van de beschikking opgesomde factoren er stuk voor stuk op wijzen, dat het hier een ernstige inbreuk betreft.

C — *Verzachtende omstandigheden*

Luidens punt 108, laatste streepje, van de beschikking heeft de Commissie als verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen:

- dat de ondernemingen over een langere periode verliezen leden bij de polypropyleenproductie
- dat de prijsinitiatieven in het algemeen hun doel niet volledig bereikten
- dat er geen eigenlijke dwangmiddelen bestonden om nakoming van de regelingen door de individuele producenten te verzekeren.

Mijns inziens valt er op deze opsomming van verzachtende omstandigheden niets aan te merken.

Volgens verzoeksters heeft de Commissie evenwel bij de vaststelling van de geldboeten met de genoemde factoren lang niet voldoende rekening gehouden. Sommige verzoeksters zijn zelfs van mening, dat de boeten moeten worden ingetrokken, aangezien met name de aanzienlijke verliezen moeten worden beschouwd als bijzonder verzachtende omstandigheden, die intrekking van de boeten rechtvaardigen.

Verzoeksters' betoog houdt geen steek. Zoals het Hof in zijn arrest IAZ¹⁰⁷ heeft verklaard, zou een verplichting voor de Commissie om rekening te houden met de economische moeilijkheden van een onderneming, neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt.

Wanneer er sprake is van een hele industrie-sector, zou de omstandigheid dat er al te veel rekening wordt gehouden met ten gevolge van structurele problemen geleden verliezen, in feite neerkomen op een de facto legalisering van iedere poging te verhinderen, dat dank zij de werking van de marktkrachten de noodzakelijke structurele aanpassingen worden uitgevoerd. Het is zonder meer duidelijk, dat iets dergelijks in strijd zou zijn met de aan artikel 85 ten grondslag liggende markteconomische gedachtengang.

Het is mogelijk dat het, in een sector waar zonder twijfel toekomst in zat, onder alle omstandigheden zinvol was geweest gedurende een bepaalde periode — in afwachting van een stijging van de vraag — pogingen in het werk te stellen om een productie-

¹⁰⁷ — Arrest van 8 november 1983, gevoegde zaken 96/82 tot en met 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, IAZ, Jurispr. 1983, blz. 3369, r. o. 55.

capaciteit, arbeidsplaatsen, enzovoort in stand te houden; maar volgens het systeem van het Verdrag zijn afwijkingen van het aan artikel 85 ten grondslag liggende beginsel nu eenmaal niet aan het particulier initiatief overgelaten, zodat de dienaangaande door verzoeksters opgeworpen bezwaren van de hand moeten worden gewezen.

Het is ook mogelijk, dat er — zoals met name ICI heeft beklemtoond — in de relevante periode in de polypropyleensector een zekere duurzame of tijdelijke structurele aanpassing heeft plaatsgevonden. Uitgangspunt is evenwel, dat de onrechtmatige gedragingen afzonderlijk moeten worden beoordeeld. Dat de betrokken ondernemingen daarnaast ook geoorloofde — en ongetwijfeld verstandige en redelijke — maatregelen hebben getroffen, is geenszins onverwacht of abnormaal, doch kan mijns inziens niet als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd.

Tot slot is het mogelijk, dat de mededinging op de polypropyleenmarkt enigszins werd vervalst doordat bepaalde ondernemingen staatssteun ontvingen. Zoals de Commissie terecht beklemtoond, is artikel 85, lid 1, echter hoe dan ook van toepassing. Het is overigens tekenend, dat min of meer alle ondernemingen in de betrokken sector bij de inbreuken waren betrokken, zowel die welke staatssteun ontvingen als die welke het zonder dergelijke steun moesten stellen. Er was derhalve geen sprake van een kartel waarbij slechts enkele ondernemingen waren aangesloten, die zich op die manier wilden beschermen tegen oneerlijke concurrentie van de kant van ondernemingen die van overheidswege werden gesteund. De dienaangaande door verzoeksters opgeworpen bezwaren snijden dan ook geen hout.

In punt 109, laatste alinea, van haar beschikking verklaart de Commissie, dat een

paar ondernemingen bij de door haar verrichte verificaties met haar hebben samengewerkt, althans vanaf het moment waarop het grootste deel van het belastende bewijsmateriaal aan het licht was gekomen. Ter terechtzitting is gebleken, dat met name ICI en Hercules de Commissie materiaal hebben verschaft dat bij de behandeling van de zaak van pas kon komen. Zoals de Commissie zegt, waren de ondernemingen echter hoe dan ook verplicht de genoemde stukken over te leggen. Ik geef de Commissie dan ook gelijk waar zij stelt, dat die omstandigheid slechts een geringe verlaging van de geldboeten rechtvaardigt. Volgens de door de Commissie verstrekte informatie houdt het verschil tussen de aan ICI opgelegde geldboete van 10 miljoen ECU en de aan Montedipe opgelegde boete van 11 miljoen ECU verband met het feit, dat eerstgenoemde onderneming met haar heeft samengewerkt.

Ik heb hierboven reeds uiteengezet, in hoeverre de gevolgen van het kartel mijns inziens bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk een rol moeten spelen. Ik ben het verder eens met de door de Commissie verdedigde opvatting, dat de geldboeten vermoedelijk nog hoger hadden moeten uitvallen indien er in het kader van het kartel bovendien eigenlijke dwangmiddelen hadden bestaan om de nakoming van de verschillende regelingen door de ondernemingen te verzekeren.

Samenvattend ben ik van mening, dat de opgelegde geldboeten in het licht van het zeer ernstige karakter van de inbreuk niet onevenredig hoog zijn en dat er in voldoende mate rekening is gehouden met de verzachtende omstandigheden die redelijkerwijs in aanmerking kunnen of moeten worden genomen.

D — *Verlaging van de geldboeten als gevolg van nietigverklaring van bepaalde onderdelen van de beschikking*

Zoals ik in hoofdstuk B reeds heb gezegd, moeten de geldboeten mijns inziens worden verlaagd indien wordt vastgesteld dat het kartel korter heeft geduurd dan de Commissie heeft aangenomen. Ook moet er een zekere verlaging van de geldboeten plaatsvinden voor zover met betrekking tot de periode najaar 1979 — najaar 1983 moet worden geconstateerd, dat bepaalde punten van de beschikking op onvoldoende bewijsmateriaal berusten.

Zoals ik hierboven al zei, beschikt de Commissie over onvoldoende bewijzen om vast te stellen dat er in de jaren 1981, 1982 en 1983 ongeoorloofde quotaregelingen hebben bestaan. Ook de constatering, dat de ondernemingen op ongeoorloofde wijze goederen aan het communautaire grondgebied hebben onttrokken ten einde op kunstmatige wijze een situatie van schaarste op de Europese markt te creëren, kan niet worden bewezen.

De omstandigheid dat de beschikking op bepaalde onderdelen — namelijk voor zover het de periode van 1977 tot het najaar 1979 betreft alsmede met betrekking tot datgene wat ik in eerdere hoofdstukken over de jaren 1981, 1982 en 1983 heb gezegd — moet worden nietigverklaard, moet mijns inziens leiden tot een algemene verlaging van de geldboeten met omstreeks 20%.

E — *Moet de Commissie een boetecatalogus opstellen?*

Tijdens de procedure is een levendige discussie gevoerd over de vraag, in hoeverre de Commissie verplicht is gedetailleerd uiteen te zetten, op basis van welke criteria zij de aan de individuele ondernemingen opgelegde geldboeten heeft vastgesteld.

Deze vraag hangt samen met de door de Commissie in punt 109, eerste alinea, van de beschikking genoemde factoren, die bij de vaststelling van de verschillende geldboeten een beslissende rol hebben gespeeld. Het betreft hier 1) de rol van de individuele ondernemingen, 2) de tijd gedurende welke zij aan de inbreuken deelnamen, 3) hun verkopen in de Gemeenschap en 4) hun individuele totale omzet. Het is onbetwist, dat deze factoren zowel in aanmerking kunnen als moeten worden genomen.

Van de genoemde elementen zijn de laatste twee volledig kwantificeerbaar, vooropgesteld dat het nog steeds mogelijk is voor de polypropyleenverkopen en de totale omzet betrouwbare cijfers op te stellen. Ook de tijd gedurende welke de individuele ondernemingen bij de inbreuken betrokken waren, is kwantificeerbaar. Zoals ik echter al zei, kunnen de geldboeten op basis hiervan niet zonder meer naar evenredigheid worden verhoogd of verlaagd, aangezien de activiteiten van het kartel gaandeweg steeds ernstiger vormen aannemen. De door de individuele ondernemingen gespeelde rol kan daarentegen niet op zodanige wijze worden gekwantificeerd, dat deze rechtsreeks wordt weerspiegeld in het bedrag van de geldboete. Dit neemt echter niet weg, dat bij de vaststelling van het boetebedrag met de omvang of intensiteit van de betrokkenheid van de individuele ondernemingen rekening moet worden gehouden.

Het behoeft geen betoog, dat het buitengewoon moeilijk is op ook maar enigszins re-

delijke wijze aan te geven, hoeveel gewicht er precies is toegekend aan verschillende factoren, waarvan er slechts enkele volledig kwantificeerbaar zijn. Bij een dergelijke beslissing moet een ruime mate van beoordelingsvrijheid worden gerespecteerd. Tijdens de mondelinge behandeling en — laatstelijk — in haar antwoord op de schriftelijke vragen van het Gerecht heeft de Commissie dan ook bestreden, dat zij bij de vaststelling van de geldboeten op basis van de kwantificeerbare factoren nauwkeurige berekeningen had moeten maken.

de beslissing onvoldoende is gemotiveerd, aangezien er geen individuele motivering is gegeven voor de aan de verschillende ondernemingen opgelegde geldboeten. Mijns inziens heeft de Commissie de motivering gegeven die uit de aard der zaak kon worden gegeven. Nu niet alle factoren die bij de vaststelling van de geldboete in aanmerking moeten worden genomen, kwantificeerbaar zijn, valt moeilijk in te zien welke elementen de Commissie verder nog bij haar beoordeling had kunnen betrekken.

Ik zie geen reden te veronderstellen, dat de Commissie niet behoorlijk heeft uiteengezet op welke wijze de verschillende boetebedragen tot stand zijn gekomen. De Commissie heeft volgehouden, dat zij tot haar beslissing is gekomen op basis van een beoordeling van alle relevante factoren. Zoals ik al zei, had zij hiertoe het volste recht. Mijns inziens is er noch in de rechtspraak noch elders ook maar enige aanwijzing te vinden, dat de Commissie verplicht zou zijn bepaalde berekeningsmodellen op te stellen. ¹⁰⁸

Bovenstaande overwegingen hebben tot slot ook een zekere reflexwerking voor de beoordeling van de door het Gerecht op de geldboeten uit te oefenen controle. Zoals vooral ter terechtzitting is gebleken, kan het moeilijk zijn controle uit te oefenen op de wijze waarop de geldboeten tot stand zijn gekomen, indien men niet precies weet hoeveel gewicht de Commissie aan elk van de verschillende in aanmerking genomen factoren heeft toegekend. Maar indien — zoals ik van mening ben — moet worden erkend, dat de Commissie op het betrokken gebied in aanzienlijke mate vrij behoort te zijn, bij de vaststelling van de geldboeten van een beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden uit te gaan, is dat probleem niet verschillend van dat wat zich voordoet op alle andere rechtsgebieden waar het bestuur over min of meer discretionaire bevoegdheden beschikt.

Daar komt nog bij, zoals de Commissie ook heeft beklemtoond, dat het uit een oogpunt van algemene preventie bedenkelijk kan zijn, een eigenlijke boetecatalogus op te stellen op een rechtsgebied als het onderhavige, waar overwegingen betreffende de economische voordelen en de mogelijke nadelen van een voorgenomen inbreuk ongetwijfeld een belangrijke rol spelen bij de beslissing van een onderneming, al dan niet aan die inbreuk deel te nemen.

In het systeem van het gemeenschapsrecht is de onderhavige situatie echter in zoverre verschillend, dat het Gerecht met betrekking tot de vaststelling van de geldboeten over volledige rechtsmacht beschikt, zodat het de mogelijkheid heeft zijn eigen oordeel in de plaats te stellen van dat van de Commissie. Het Gerecht beschikt dus in feite over een zelfstandige beoordelingsbevoegdheid. Ik ben echter van mening dat het van deze bevoegdheid slechts spaarzaam gebruik moet

Het bovenstaande gaat tevens op voor de in deel B, II van de beschikking gegeven motivering voor de vastgestelde geldboeten. De meeste verzoeksters hebben aangevoerd, dat

108 — Zie Bellamy en Child, a. w., blz. 479 (noot 56).

maken, namelijk alleen indien het tot de conclusie komt, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. Te denken valt bij voorbeeld aan het geval dat de Commissie haar discretionaire beslissing op duidelijk verkeerde omzet- of verkoopcijfers blijkt te hebben gebaseerd.

Tot slot moet ook het door een aantal onderzoekers aangevoerde argument, dat de Commissie het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door geen geldboeten op te leggen aan BP en Amoco, terwijl die ondernemingen wél bij het kartel betrokken zijn geweest, van de hand worden gewezen. Dit standpunt berust naar mijn mening op een systematische denkfout, doordat bewijs en boete door elkaar worden gehaald. Nu eenmaal is vastgesteld, dat BP en Amoco wegens gebrek aan bewijs niet schuldig kunnen worden verklaard, zijn zij definitief uit beeld verdwenen; de situatie van deze ondernemingen speelt dan ook geen enkele rol bij de beoordeling van de aan de overige ondernemingen opgelegde geldboeten.

Er is tot slot nog één element waaraan ik in dit hoofdstuk aandacht wil besteden. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, kan uit de in punt 107, tweede alinea, van de beschikking opgenomen verwijzing naar het feit dat BASF, Hoechst en ICI zich al eerder aan inbreuken op de communautaire mededingingsregels schuldig hebben gemaakt, niet worden opgemaakt dat de eerdere beschikking als een strafverzwarende omstandigheid is beschouwd. De Commissie wil hiermee alleen nog maar eens bewijzen, dat de betrokken ondernemingen doeltbewust de mededingingsregels hebben overtreden. De eerdere beschikking is volgens de Commissie niet als een strafverzwarende omstandigheid beschouwd, omdat de betrokken inbreuk meer dan vijf-

tien jaar geleden was begaan en het algemene niveau van de geldboeten in de tussentijd aanmerkelijk was gestegen. Tegen deze verklaring valt niets in te brengen. Bovendien kan het feit dat de in het verleden begane inbreuk niet als een strafverzwarende omstandigheid is beschouwd, niet worden geacht met het gelijkheidsbeginsel of enig ander beginsel in strijd te zijn.

F — *De omvang of intensiteit van de betrokkenheid van elke onderneming afzonderlijk*

1. *De mate van betrokkenheid zoals aangegeven in de beschikking van de Commissie*

Mijns inziens kan er redelijkerwijs geen twijfel over bestaan, dat de Commissie gelijk heeft waar zij stelt dat de vier grootste producenten — *Montedipe, Hoechst, ICI* en *Shell* — de kern van de regelingen uitmaakten en een zelfstandig „directorium” vormden. Dit blijkt uit hetgeen werd besproken op de aparte bijeenkomsten die tussen deze ondernemingen werden gehouden (zie tabel 5 van de beschikking) en uit hetgeen in de bewijsstukken verder nog over de rol van de vier grote producenten wordt gezegd. Zoals de Commissie terecht stelt, moeten die vier grote dan ook voor een groot deel voor het gebeurde opdraaien. Er kan dan misschien niet bewezen worden geacht, dat er sprake was van „aanstichting” in de eigenlijke zin des woords, feit is dat de vier grote ondernemingen — ik zei bijna natuurlijk — een centrale rol hebben gespeeld. Dit geldt met name voor *Montedipe* en *ICI*, die elk gedurende een bepaalde periode het voorzitterschap van de groep waarnamen. Dit is een zwaarwegend argument om die ondernemingen aanzienlijke geldboeten op te leggen.

Uit het dossier blijkt niet, waarom Shell niet deelnam aan de geregeld gehouden plenaire bijeenkomsten. Ik ben het echter met de Commissie eens, dat die niet-deelneming op zich niet als een verzachtende omstandigheid kan worden beschouwd. De betrokkenheid van Shell moet derhalve op dezelfde voet als die van de overige ondernemingen worden beoordeeld, althans voor zover die betrokkenheid kan worden geacht te zijn bewezen (zie in dit verband deel II, J van deze conclusie).

Zoals hierboven in deel II, F is beschreven, bestaat er over de door *Hercules* gespeelde rol enige onduidelijkheid. Ik ben het echter met de Commissie eens, dat het feit dat Hercules haar verkoopcijfers niet aan de andere ondernemingen bekendmaakte, niet als een verzachtende omstandigheid moet worden beschouwd, aangezien het bedrijf verder wel deelnam aan het kartel en ervan profiteerde of trachtte te profiteren.

Volgens punt 109, zesde alinea, van de beschikking wijst de Commissie van de hand, dat er een wezenlijk verschil zou kunnen worden gemaakt tussen de overige ondernemingen, dat wil zeggen de andere dan de vier grote producenten. Ik ben het er mee eens, dat op grond van het bewijsmateriaal niet met zekerheid kan worden vastgesteld, welke ondernemingen het meest en welke het minst volhardend waren in hun streven, de samenwerking succesvol te doen verlopen. De algemene indruk is, dat alle ondernemingen duidelijk geïnteresseerd waren; alleen waren sommige van hen optimistischer dan andere. Zoals ik al eerder zei, kwam Solvay op een bijeenkomst in mei 1982 met het verstandige idee, de bijeenkomsten stop te zetten, omdat vraag en aanbod met elkaar in evenwicht waren geko-

men. Dit zou erop kunnen wijzen dat Solvay zich iets minder sterk bij de regelingen betrokken voelde, ware het niet dat deze onderneming ook na mei 1982 bleef meedoen.

Enkele kleinere producenten werden van tijd tot tijd door de overige ondernemingen als herrieschoppers en agressievelingen afgeschilderd. Dit zou kunnen betekenen, dat zij iets minder „engagement” dan de andere aan de dag legden. Het is echter wel tekenend, dat zij onder alle omstandigheden probeerden in het kader van het kartel hun belangen te bevorderen. Dat enkele ondernemingen erin slaagden, in de periode waarin het kartel bestond een niet onaanzienlijk marktaandeel te veroveren, kan derhalve niet worden opgevat als een aanwijzing dat deze ondernemingen minder betrokken waren. Het duidt er eerder op, dat zij het kartel op een slimme manier naar hun hand wisten te zetten en er zo in slaagden hun marktpositie op „goed georganiseerde wijze” te verbeteren.

Tot slot merkt de Commissie in punt 109, zevende alinea, op, dat drie ondernemingen gedurende een kortere periode aan de regelingen hebben deelgenomen dan andere producenten. In dit verband wil ik opmerken, dat de betrokkenheid van Petrofina slechts is bewezen voor zover het de periode na maart 1982 betreft, en dat dit bedrijf dus niet, zoals de Commissie beweert, reeds vanaf 1980 aan het kartel deelnam.

Op grond van een en ander kunnen de ondernemingen voorshands in twee groepen worden onderverdeeld: de vier grote producenten en de overige.

2. De vier grote producenten

Uit de beschikking blijkt, dat de Commissie van de vier grote ondernemingen Montedipe en ICI een hogere boete heeft opgelegd op grond dat deze beide gedurende een bepaalde periode het voorzitterschap van de groep waarnamen. Voor ICI zou de boete echter iets lager zijn uitgevallen omdat deze onderneming bij de verificaties met de Commissie heeft samengewerkt. Voor beide ondernemingen lijkt de opgelegde boete een zelfde percentage van hun omzet in de polypropyleensector uit te maken. Opgemerkt moet worden, dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het argument, dat uitsluitend de externe polypropyleenverkoop van de ondernemingen in aanmerking zouden moeten worden genomen. Zij lijkt eerder te zijn uitgegaan van omzetcijfers die overeenkomen met dat wat de ondernemingen zelf als hun marktaandeel beschouwden. Mijns inziens is dat een juiste maatstaf voor de vaststelling van het boetebedrag. Ofschoon de totale omzet van de ondernemingen tijdens de procedure niet ter sprake is gekomen, is er niet veel wat erop wijst, dat de Commissie bij de vaststelling van de geldboeten aan die totale omzet bijzonder veel betekenis heeft toegekend. Dit wekt nauwelijks verwondering, aangezien het hier hoe dan ook zeer grote ondernemingen betreft, waarvan buiten kijf staat dat zij op de markt een zeer machtige positie innemen en zonder meer in staat moeten worden geacht, een boete als de hun in casu opgelegde te betalen. Er lijkt derhalve een goed evenwicht te bestaan tussen de aan Montedipe en ICI opgelegde geldboeten van respectievelijk 11 en 10 miljoen ECU. Hetzelfde geldt voor de boeten van 9 miljoen ECU die zijn opgelegd aan Shell en Hoechst, die duidelijk als leden van de kern van de groep werden beschouwd doch niet dezelfde leidende rol als Montedipe en ICI hebben gespeeld.

3. De kleinere producenten

De overige, kleinere producenten kunnen op hun beurt worden onderverdeeld in die welke gedurende de gehele periode aan het kartel hebben deelgenomen en die welke zich tussentijds bij het kartel hebben aangesloten dan wel zich ervan hebben losgemaakt.

Wat de eerste groep betreft, lijken de geldboeten ook een min of meer vast percentage van de verkopen in de Gemeenschap uit te maken. Dit behoort ook het uitgangspunt te zijn, nu er geen onderscheid is gemaakt tussen de individuele mate van betrokkenheid van de ondernemingen en er kennelijk geen beslissende betekenis is toegekend aan de totale omzet van de ondernemingen. De opgelegde boeten maken over het algemeen een kleiner percentage van de verkoop uit dan bij de grote producenten het geval is. Wat de onderneming BASF betreft, hebben partijen een verschil van mening over de vraag, of de verkoopcijfers met betrekking tot de produktie van Rheinische Olefinwerke GmbH, een joint venture (50/50) tussen BASF en Shell, voor de vaststelling van het boetebedrag moeten worden meegeteld. BASF betoogt, dat zij voor het aan Shell toekomende deel van de produktie alleen als verkoopagent is opgetreden. Er bestaat over deze vraag, waarop de Commissie in een vroeg stadium van de procedure nader had moeten ingaan, volstrekt geen duidelijkheid. Mijns inziens moet derhalve meer belang worden gehecht aan de eigen verkoopcijfers van BASF, zodat de aan deze onderneming opgelegde geldboete enigszins moet worden verlaagd. Deze verlaging moet

vermoedelijk circa 10% bedragen, zodat de boete voor BASF in totaal 30% lager uitvalt.

De laatstgenoemde groep ondernemingen, bestaande uit *Anic*, *Petrofina* en *Rhône-Poulenc*, heeft, zoals ook in de beschikking is verklaard, relatief lage geldboeten opgelegd gekregen. Afgezien van het feit, dat de aan *Petrofina* opgelegde boete nog verder moet worden verlaagd omdat deze onderneming moet worden geacht korter bij het kartel betrokken te zijn geweest dan door de Commissie werd aangenomen, lijkt er ook hier een goed evenwicht te zijn, niet alleen tussen de aan deze ondernemingen opgelegde boeten onderling, maar ook tussen deze geldboeten en die welke aan de overige ondernemingen zijn opgelegd. De aan *Rhône-Poulenc* opgelegde boete moet op twee gronden worden verlaagd: in de eerste plaats omdat de periode waarvoor haar betrokkenheid is bewezen, wezenlijk korter is dan door de Commissie werd aangenomen, en in de tweede plaats omdat de aldus buiten beschouwing gelaten periode erdoor werd gekenmerkt, dat het kartel zich in een inleidende fase bevond. Derhalve moet de boete van *Rhône-Poulenc* met in totaal 40% worden verlaagd. *Petrofina* was aanzienlijk korter bij het kartel aangesloten dan de Commissie heeft beweerd. Aangezien een deel van de buiten beschouwing te laten periode na het tijdstip lag waarop het kartel zijn definitieve vorm had aangenomen, stel ik voor de boete van *Petrofina* met de helft te verminderen. Een bijzonder probleem doet zich voor in verband met de vraag, of de Commissie bij de vaststelling van de aan *Anic* opgelegde boete ook met de omzetcijfers van de onderneming *SIR* rekening heeft gehouden. De Commissie zou zijn uitgaan van de omzetcijfers (= marktaandeel) voor het jaar 1982. Er bestaat echter geen enkele twijfel over, dat het marktaandeel waarover *SIR* in 1982 beschikte voordat zij — gedurende een korte periode — voor re-

kening van *Anic* ging produceren, zeer bescheiden was. Ofschoon ik geen reden zie erg veel waarde te hechten aan het door *Anic* aangevoerde argument, dat ook de omzetcijfers van de eerdere jaren in aanmerking moeten worden genomen, ben ik niettemin van mening dat wél rekening moet worden gehouden met het feit dat *Anic* uitsluitend in de eerste helft van 1982 aan het kartel deelnam, hetgeen een geringe verlaging van de geldboete rechtvaardigt. De aan *Anic* opgelegde boete moet derhalve met in totaal 30% worden verlaagd.

Op grond van een en ander ben ik van mening, dat de Commissie — behoudens hetgeen ik in het voorgaande heb aangevoerd — geen beoordelingsfout heeft gemaakt.

Ik geef derhalve in overweging, de geldboeten vast te stellen als volgt:

<i>Anic</i> SpA	525 000	ECU
<i>Atochem</i> SA	1 400 000	ECU
<i>BASF</i> AG	1 750 000	ECU
<i>DSM</i> NV	2 200 000	ECU
<i>Hercules Chemicals</i> NV	2 200 000	ECU
<i>Hoechst</i> AG	7 200 000	ECU
<i>Hüls</i> AG	2 200 000	ECU
<i>ICI</i> PLC	8 000 000	ECU
<i>Chemische Werke Linz</i> AG	800 000	ECU
<i>Montedipe</i> SpA	8 800 000	ECU
<i>Petrofina</i> SA	300 000	ECU
<i>Rhône-Poulenc</i> SA	300 000	ECU
<i>Shell International Chemical Co.</i> Ltd.	7 200 000	ECU
<i>Solvay & Cie</i>	2 000 000	ECU

IV — Conclusie

Op grond van een en ander geef ik het Gerecht in overweging:

- 1) *Nietig te verklaren artikel 1 van de beschikking van de Commissie van 23 april 1986 (IV/31.149 — Polypropyleen), voor zover hierin wordt vastgesteld,*

dat de verzoeksters Anic, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Solvay, Atochem, BASF, DSM en Hüls vóór het najaar 1979 hebben deelgenomen aan een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen;

dat de verzoeksters Hoechst, Shell, ICI en Montedipe vanaf omstreeks halverwege 1978 tot het najaar 1979 aan genoemde overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben deelgenomen;

dat Anic SpA na medio 1982 aan genoemde overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft deelgenomen;

dat Petrofina SA vóór maart 1982 aan genoemde overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft deelgenomen;

dat Hercules Chemicals NV gedetailleerde informatie over haar leveranties verstrekke;

dat de producenten hun leveranties naar de overzeese markten verlegden ten einde op die manier in West-Europa een situatie van schaarste te creëren;

dat verzoeksters de markt verdeelden door aan elke producent een „quotum” voor de eerste twee kwartalen van 1983 toe te kennen, en

dat de producenten in 1981 (uitgezonderd de eerste maanden van dat jaar) van elkaar een beperking eisten van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode.

2) *Artikel 3 van de beschikking aldus te wijzigen, dat de in deze bepaling genoemde geldboeten op de volgende bedragen worden vastgesteld:*

Anic SpA	525 000 ECU
Atochem SA	1 400 000 ECU
BASF AG	1 750 000 ECU
DSM NV	2 200 000 ECU
Hercules Chemicals NV	2 200 000 ECU
Hoechst AG	7 200 000 ECU
Hüls AG	2 200 000 ECU
ICI PLC	8 000 000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800 000 ECU
Montedipe SpA	8 800 000 ECU
Petrofina SA	300 000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300 000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd.	7 200 000 ECU
Solvay & Cie	2 000 000 ECU

3) *Het beroep voor het overige te verwerpen.*

4) *Kosten*

Wat de kosten betreft, zij opgemerkt dat de Commissie in de meeste zaken in overwegende mate in het gelijk is gesteld. Evenwel is de beschikking in een aantal opzichten terecht bekritiseerd, zodat zij op een aantal punten moet worden nietigverklaard. Er is dus niet nodeloos geprocedeerd en derhalve acht ik het juist, artikel 69, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof — artikel 87, paragraaf 3 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht — toe te passen en elke partij haar eigen kosten te laten dragen. Dit geldt voor de zaken T-1/89, T-3/89, T-4/89 en T-6/89 tot en met T-15/89. Wat de zaak T-2/89, Petrofina, betreft, moet de Commissie, gelet op de afloop van de zaak, behalve haar eigen kosten ook de helft van verzoeksters kosten dragen.