

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

8 juli 1999 *

In zaak C-235/92 P,

Montecatini SpA, voorheen Montedison SpA, daarna Montepolimeri SpA, vervolgens Montedipe SpA, gevestigd te Milaan (Italië), vertegenwoordigd door G. Aghina en G. Celona, advocaten te Milaan, en P. A. M. Ferrari, advocaat te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van G. Margue, advocaat aldaar, Rue Philippe II 20,

rekwirante,

ondersteund door

DSM NV, gevestigd te Heerlen (Nederland), vertegenwoordigd door I. G. F. Cath, advocaat te 's-Gravenhage, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Dupong, advocaat aldaar, Rue des Bains 14A,

interveniënte in hogere voorziening,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Eerste kamer) van 10 maart 1992, Montedipe/Commissie (T-14/89, Jurispr. blz. II-1155), strekkende tot vernietiging van dat arrest,

* Procestaal: Italiaans.

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch hoofdadviseur G. Marenco als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

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

advocaat-generaal: G. Cosmas

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

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 12 maart 1997,

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

het navolgende

Arrest

- 1 Bij op 22 mei 1992 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Montecatini SpA, voorheen Montedison SpA, daarna Montepolimeri Spa, vervolgens Montedipe SpA (hierna: „Monte”), krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 10 maart 1992, Montedipe/Commissie (T-14/89, Jurispr. blz. II-1151; hierna: „bestreden arrest”).

De feiten en de procedure voor het Gerecht

- 2 Blijkens het bestreden arrest zijn de feiten die aan de hogere voorziening ten grondslag liggen, de volgende.
- 3 Verschillende ondernemingen uit de Europese petrochemische industrie hebben bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen beschikking 86/398/EEG van de Commissie van 23 april 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.149 — Polypropyleen) (PB L 230, blz. 1; hierna: „polypropyleenbeschikking”).
- 4 Volgens de door het Gerecht bevestigde bevindingen van de Commissie werd de markt van polypropyleen vóór 1977 bevoorraad door tien producenten, waarvan er vier [Monte, Hoechst AG, Imperial Chemical Industries plc (hierna: „ICI”) en Shell International Chemical Company Ltd (hierna: „Shell”); hierna: „grote vier”] tezamen 64 % van de markt vertegenwoordigden. Nadat de hoofd-

octröoien van Monte waren verstreken, dienden zich in 1977 nieuwe producenten op de markt aan, hetgeen een aanzienlijke toename van de reële productiecapaciteit tot gevolg had, die evenwel niet gepaard ging met een overeenkomstige stijging van de vraag. Dit leidde tot een bezettingsgraad van de productiecapaciteit tussen 60 % in 1977 en 90 % in 1983. Elk van de destijds in de Gemeenschap gevestigde producenten verkocht in alle of nagenoeg alle lidstaten.

- 5 Monte was een van de producenten die in 1977 de markt bevoorraadden. Zij was de grootste polypropyleenproducent en dus een van de grote vier, met een marktaandeel op de West-Europese markt tussen de 14,2 en 15 %. In 1983 had zij na overname van Enichem Anic SpA 18 % van de West-Europese polypropyleenmarkt in handen.
- 6 Na verificaties die gelijktijdig bij verschillende ondernemingen van de sector plaatsvonden, verzocht de Commissie een aantal polypropyleenproducenten om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204). Blijkens punt 6 van het bestreden arrest kwam de Commissie op grond van de verkregen inlichtingen tot de conclusie, dat de betrokken producenten tussen 1977 en 1983 in strijd met artikel 85 van het Verdrag (thans artikel 81 EG) in het kader van een reeks prijsinitiatieven regelmatig richtprijzen hadden vastgesteld en een jaarlijks controlesysteem hadden opgezet voor de verkochte hoeveelheden, teneinde de beschikbare markt op basis van overeengekomen percentages of hoeveelheden onder elkaar te verdelen. Dit was voor de Commissie aanleiding de procedure van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 in te leiden en een aantal ondernemingen, waaronder Monte, een schriftelijke mededeling van punten van bezwaar toe te zenden.
- 7 Aan het einde van deze procedure gaf de Commissie de polypropyleenbeschikking, waarin zij vaststelde dat Monte inbreuk had gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, door vanaf medio 1977 tot ten minste november 1983 samen

met andere ondernemingen deel te nemen aan een medio 1977 gesloten overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging, krachtens welke de producenten die polypropyleen op de gemeenschappelijke markt aanboden:

- met elkaar in contact traden en regelmatig (vanaf begin 1981, tweemaal per maand) in een reeks geheime vergaderingen bijeenkwamen om hun commercieel beleid te bespreken en te bepalen;
- van tijd tot tijd voor de verkoop van het product in elke lidstaat van de Gemeenschap „richt”- (of minimum)prijzen bepaalden;
- verschillende maatregelen overeenkwamen waarmee de toepassing van dergelijke richtprijzen moest worden vergemakkelijkt, met inbegrip van (hoofdzakelijk) tijdelijke beperkingen van de productie, de uitwisseling van gedetailleerde informatie over hun leveringen, het houden van plaatselijke vergaderingen, en tegen het einde van 1982 een systeem van „account management” bedoeld om prijsverhogingen voor individuele klanten toe te passen;
- gelijktijdig hun prijzen verhoogden met het oog op de toepassing van de genoemde richtprijzen;
- de markt verdeelden door aan elke producent een jaarlijks doel of „quotum” voor de verkoop toe te kennen (1979, 1980 en voor ten minste een gedeelte van 1983) of bij gebreke van een definitieve zich over het gehele jaar uitstrekkende overeenkomst door van de producenten een beperking te eisen van hun verkoop in elke maand in vergelijking met een voorafgaande periode (1981, 1982) (artikel 1 van de polypropyleenbeschikking).

- 8 De Commissie gelastte de verschillende betrokken ondernemingen, die inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die hetzelfde of een soortgelijk doel of gevolg kon hebben. De Commissie gelastte hun eveneens, een einde te maken aan enigerlei uitwisseling van informatie van het type dat gewoonlijk onder het zakengeheim valt, en elke regeling voor de uitwisseling van algemene informatie (zoals het Fides-systeem) zo toe te passen, dat daarvan elke informatie was uitgesloten waaruit het gedrag van individuele producenten kon worden afgeleid (artikel 2 van de polypropyleenbeschikking).
- 9 Monte kreeg een geldboete opgelegd van 11 000 000 ECU, ofwel 16 187 490 0000 LIT (artikel 3 van de polypropyleenbeschikking).
- 10 Op 6 augustus 1986 stelde Monte bij het Hof beroep tot nietigverklaring in tegen deze beschikking. De schriftelijke procedure vond volledig voor het Hof plaats. Bij beschikking van 15 november 1989 verwees het Hof de zaak naar het Gerecht krachtens besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1).
- 11 Monte concludeerde voor het Gerecht tot nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking voor zover zij haar betreft, subsidiair, tot nietigverklaring van die beschikking voor zover haar daarbij een geldboete is opgelegd, meer subsidiair, tot nietigverklaring van die beschikking voor zover haar daarbij een geldboete van 11 000 000 ECU is opgelegd, en tot verlaging van de geldboete tot een symbolisch althans billijk bedrag of in ieder geval tot een bedrag waarbij rekening is gehouden met de verjaring, en in elk geval tot verwijzing van de Commissie in de kosten, tot terugbetaling van alle op de administratieve procedure gevallen kosten alsmede tot vergoeding van alle schade voortvloeiend uit de uitvoering van de polypropyleenbeschikking of uit het stellen van zekerheid voor die uitvoering, daaronder begrepen de renten en het waardeverlies over de in verband met de uitvoering of de zekerheidstelling betaalde bedragen.

- 12 De Commissie concludeerde tot verwerping van het beroep en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.
- 13 Bij op 6 maart 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief heeft Monte het Gerecht verzocht, de mondelinge behandeling te heropenen en instructiemaatregelen te gelasten in verband met hetgeen de Commissie had verklaard tijdens de persconferentie op 28 februari 1992 na het arrest van het Gerecht van 27 februari 1992, BASF e.a./Commissie (T-79/89, T-84/89—T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, Jurispr. blz. II-315; hierna: „PVC-arrest van het Gerecht”).

Het bestreden arrest

Bewijs van de inbreuk — Feitelijke vaststellingen

De bodemprijsovereenkomst

- 14 In de punten 68 en 69 van het bestreden arrest stelde het Gerecht vast, dat de tekst van de notitie van het personeelslid van Hercules, waarnaar de Commissie had verwezen voor het bewijs van een bodemprijsovereenkomst, duidelijk en ondubbelzinnig was en dat Monte niets had aangevoerd dat de bewijskracht ervan aan het wankelen kon brengen.
- 15 Volgens punt 70 werd Monte's deelneming aan de bodemprijsovereenkomst niet ontkracht door het feit dat de overeengekomen bodemprijzen niet konden worden gehaald, daar zelfs in dat geval hooguit was bewezen, dat de bodemprijzen niet waren toegepast, doch niet dat zij niet waren overeengekomen.

In punt 71 oordeelde het Gerecht, dat de bodemprijzen naar hun aard niet verschilden van de richtprijzen die de polypropyleenproducenten volgens de beschikking later hadden vastgesteld.

- 16 In punt 72 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had aangetoond dat verschillende polypropyleenproducenten, waaronder Monte, omstreeks medio 1977 wilsovereenstemming over de vaststelling van bodemprijzen hadden bereikt.

Het stelsel van periodieke bijeenkomsten

- 17 In punt 82 stelde het Gerecht vast, dat Monte niet betwistte aan de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten te hebben deelgenomen, en dat derhalve moest worden aangenomen dat zij alle in de polypropyleenbeschikking genoemde bijeenkomsten had bijgewoond. In punt 83 oordeelde het, dat de Commissie zich op basis van de door ICI in haar antwoord op het inlichtingenverzoek verstrekte gegevens, die door tal van verslagen van bijeenkomsten waren bevestigd, terecht op het standpunt had gesteld, dat de bijeenkomsten vooral ten doel hadden, richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen.
- 18 In punt 84 merkte het Gerecht voorts op, dat de inhoud van de van ICI afkomstige verslagen van de bijeenkomsten werd bevestigd door verschillende stukken, zoals een aantal cijfertabellen betreffende de verkoophoeveelheden van de verschillende producenten, een aantal prijsinstructies die overeenkwamen met de in die verslagen van bijeenkomsten genoemde richtprijzen, en — grosso modo — de antwoorden van de verschillende producenten op het inlichtingenverzoek van de Commissie. Volgens punt 85 mocht de Commissie daarom aannemen, dat de bij ICI gevonden verslagen van bijeenkomsten een vrij objectieve weergave waren van wat er op die bijeenkomsten was gebeurd. In punt 86 oordeelde het Gerecht, dat het in die omstandigheden aan Monte stond om aan de hand van nauwkeurige gegevens aannemelijk te maken, dat die bijeenkomsten een andere inhoud hadden, doch dat zij dit niet had gedaan en evenmin had aangeboden dit te doen.

- 19 Volgens punt 88 van het bestreden arrest mocht de Commissie voorts uit het antwoord van ICI over de regelmaat van de bijeenkomsten van „bosses” en „experts” en uit het feit dat die bijeenkomsten hetzelfde karakter en hetzelfde doel hadden afleiden, dat deze deel uitmaakten van een stelsel van periodieke bijeenkomsten.
- 20 Met betrekking tot de bijzondere rol die de „vier groten” in het stelsel van de bijeenkomsten hadden gespeeld, merkte het Gerecht in punt 89 op, dat Monte niet betwistte dat op de door de Commissie genoemde data bijeenkomsten van de „vier groten” hadden plaatsgevonden. Volgens punt 90 vonden die bijeenkomsten vanaf december 1982 de dag voor de bijeenkomsten van de „bosses” plaats en hadden zij tot doel, te bepalen welke stappen gezamenlijk konden worden genomen om de prijzen op te drijven, zoals bleek uit het verslag van een personeelslid van ICI over de inhoud van een vóórbijeenkomst van 19 mei 1983, waaraan de „vier groten” hadden deelgenomen.
- 21 In punt 91 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat Monte tussen eind 1977 en september 1983 regelmatig aan de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten had deelgenomen, dat die bijeenkomsten tot augustus 1982 door personeelsleden van verzoekster waren voorgezeten en dat zij inzonderheid ten doel hadden richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen en stelselmatig plaatsvonden.

De prijsinitiatieven

- 22 In punt 128 stelde het Gerecht vast, dat uit de verslagen van de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten bleek, dat de aan die bijeenkomsten deelnemende producenten de in de beschikking genoemde prijsinitiatieven waren overeengekomen. Aangezien rechtens genoegzaam was bewezen, dat Monte die bijeenkomsten regelmatig had bijgewoond, kon zij volgens punt 129 niet stellen, dat zij de daar overeengekomen, geplande en gevolgde prijsinitiatieven niet had gesteund, zonder bewijzen te verstrekken die deze stelling konden staven.

- 23 In punt 131 oordeelde het Gerecht dat Monte's stelling, dat zij geen rekening had gehouden met de resultaten van de bijeenkomsten bij het bepalen van haar prijsgedrag op de markt, niet kon worden aanvaard als bewijs voor haar stelling, dat zij de overeengekomen prijsinitiatieven niet had gesteund, doch hooguit aantoonde, dat zij aan de tijdens de bijeenkomsten gemaakte afspraken geen uitvoering had gegeven. In punt 132 merkte het Gerecht op, dat Monte in ieder geval niet kon stellen dat haar prijsinstructies een zuiver intern karakter hadden, want zo deze instructies intern waren voor zover zij door het hoofdkantoor aan de verkoopkantoren werden gezonden, dan waren ze toch verzonden om te worden uitgevoerd en derhalve om rechtstreeks of indirect externe gevolgen te sorteren, waardoor zij hun intern karakter verloren.
- 24 Met betrekking tot de economische context waarin de prijsinstructies waren gegeven, oordeelde het Gerecht in punt 133, dat deze geen verklaring bood voor het gelijklopen van de door de verschillende producenten gegeven prijsinstructies en voor de overeenstemming van die instructies met de op de bijeenkomsten van producenten vastgestelde richtprijzen. Dat voor de producenten dezelfde wetmatigheden met betrekking tot bepaalde productiefactoren golden, verklaarde volgens punt 134 niet, waarom Monte haar prijsinstructies op nagenoeg hetzelfde ogenblik als de andere producenten had gegeven.
- 25 Bovendien kon er volgens punt 135 geen sprake zijn van enige vorm van „price leadership” van een producent, wanneer de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen dat deze producent tezamen met anderen aan prijsoverleg had deelgenomen. In punt 136 voegde het Gerecht hieraan toe, dat de Commissie uit het antwoord van ICI op het inlichtingenverzoek mocht afleiden, dat die initiatieven deel uitmaakten van een stelsel van vaststelling van richtprijzen.
- 26 In punt 137 concludeerde het Gerecht hieruit, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen dat Monte een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt met betrekking tot de in de polypropyleenbeschikking genoemde prijsinitiatieven en dat die initiatieven stelselmatig waren genomen en tot november 1983 effect hadden gesorteerd.

De maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de prijsinitiatieven

- 27 In punt 143 oordeelde het Gerecht, dat de polypropyleenbeschikking aldus moest worden uitgelegd, dat elk van de producenten werd verweten, op diverse bijeenkomsten met de andere producenten te hebben besloten tot een reeks van maatregelen waarmee gunstige omstandigheden voor een prijsverhoging moesten worden geschapen, in het bijzonder door het aanbod van polypropyleen kunstmatig te verminderen, waarbij de uitvoering van deze reeks maatregelen elk afzonderlijk in onderlinge overeenstemming werd verdeeld over de verschillende producenten met inachtneming van hun specifieke situatie. In punt 144 besliste het Gerecht, dat Monte door deel te nemen aan de bijeenkomsten waarop deze reeks van maatregelen was vastgesteld, die maatregelen had gesteund, aangezien zij niets had aangevoerd dat op het tegendeel wees.
- 28 Met betrekking tot het „account leadership” stelde het Gerecht in punt 145 vast, dat blijkens de verslagen van de bijeenkomsten van 2 september 1982, 2 december 1982 en de lente van 1983, waaraan Monte had deelgenomen, de op die bijeenkomsten aanwezige producenten dit systeem hadden goedgekeurd. Volgens punt 146 was de door Monte overgelegde studie te beperkt om aan te tonen, dat zij ten opzichte van klanten waarvoor zij als zodanig was aangewezen, niet de rol van „account leader” had vervuld.
- 29 In de punten 147 en 148 oordeelde het Gerecht, dat de op zijn minst gedeeltelijke toepassing van dit systeem bleek uit het verslag van de bijeenkomst van 3 mei 1983 en van een andere bijeenkomst in het voorjaar van 1983 alsmede uit het antwoord van ICI op het inlichtingenverzoek. Voorts stelde het Gerecht in punt 149 vast, dat Monte niet met zoveel woorden ontkende dat zij betrokken was geweest bij het besluit om andere maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de prijsinitiatieven te treffen.
- 30 In punt 150 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had aangetoond, dat Monte een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt met betrekking tot maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de in de polypropyleenbeschikking genoemde prijsinitiatieven.

Streefhoeveelheden en quota

- 31 In punt 175 herinnerde het Gerecht er in de eerste plaats aan, dat Monte vanaf het begin had deelgenomen aan de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten waarop de verkoophoeveelheden van de verschillende producenten waren besproken en gegevens dienaangaande waren uitgewisseld. In punt 176 merkte het op, dat Monte niet alleen had deelgenomen aan de bijeenkomsten, doch dat haar naam ook voorkwam in bij de polypropyleenproducenten aangetroffen tabellen, die blijkens hun inhoud duidelijk bedoeld waren om kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen. De Commissie mocht er dus van uitgaan, dat de inhoud van die tabellen, die moesten zijn opgesteld op basis van gegevens afkomstig van de producenten en niet op basis van de statistieken van het Fides-systeem, door Monte op de door haar bijgewoonde bijeenkomsten waren verstrekt. Met betrekking tot het vermeende leugenachtige karakter van deze gegevens merkte het Gerecht in punt 177 op, dat dit ten dele werd gelogenstraft door een vergelijking, onderaan een van de tabellen, tussen de door sommige producenten verstrekte cijfers en de cijfers van het Fides-systeem. Verder merkte het Gerecht op, dat het eventueel leugenachtige karakter van de cijfers erop wees, dat die cijfers waren verstrekt met het oog op het nemen van een besluit na onderhandelingen waarin werd getracht een aantal onderling tegenstrijdige, maar globaal convergerende belangen te verzoenen. In punt 178 stelde het Gerecht vast, dat de terminologie in de verschillende tabellen betreffende de jaren 1979 en 1980 de conclusie rechtvaardigde, dat de producenten wilsovereenstemming hadden bereikt.
- 32 Wat meer in het bijzonder het jaar 1979 betrof, merkte het Gerecht in punt 179 op, dat in het verslag van de bijeenkomst van 26 en 27 september 1979 alsmede de bij ICI aangetroffen tabel getiteld „Producer's Sales to West Europe” werd erkend, dat de voor 1979 aanvankelijk overeengekomen quotaregeling voor het laatste kwartaal van dat jaar moest worden aangescherpt.
- 33 In punt 180 stelde het Gerecht vast, dat het feit dat voor het gehele jaar 1980 kwantitatieve verkoopdoelen waren vastgesteld, bleek uit de bij Atochem SA aangetroffen tabel van 26 februari 1980 alsmede uit het verslag van de in januari 1981 gehouden bijeenkomsten; in dit verband merkte het op, dat de in die twee bronnen genoemde cijfers weliswaar van elkaar verschilden, doch dat dit het gevolg was van het feit dat de prognoses van de producenten moesten worden verlaagd. In punt 181 voegde het hieraan toe, dat uit het verslag van de bijeenkomsten van januari 1981 bleek, dat Monte haar verkoopcijfers voor 1980

had meegedeeld om deze te vergelijken met de voor 1980 vastgestelde en aanvaarde kwantitatieve verkoopdoelen.

- 34 In de punten 182 tot en met 187 merkte het Gerecht op, dat de producenten met betrekking tot 1981 werd verweten, dat zij hadden deelgenomen aan onderhandelingen die erop gericht waren voor dat jaar een quotaovereenkomst tot stand te brengen, dat zij hun „aspiraties” kenbaar hadden gemaakt en waren overeengekomen om als tijdelijke maatregel in de maanden februari en maart 1981 hun maandelijkse verkopen te beperken tot een twaalfde van 85 % van de voor 1980 overeengekomen „streefhoeveelheid”, dat zij voor de rest van het jaar het quotum van het vorige jaar als een theoretisch recht hadden beschouwd, dat zij iedere maand tijdens de bijeenkomsten verslag hadden uitgebracht over hun verkopen en, ten slotte, dat zij hadden onderzocht, of hun verkopen het hun toegewezen theoretische quotum niet overschreden. Dat die onderhandelingen hadden plaatsgevonden en dat de „aspiraties” kenbaar waren gemaakt, bleek volgens het Gerecht uit verschillende bewijsstukken, zoals tabellen en een interne nota van ICI; de vaststelling van tijdelijke maatregelen in de maanden februari en maart 1981 bleek uit het verslag van de bijeenkomsten van januari 1981; het feit dat de producenten voor de rest van het jaar hetzelfde theoretische quotum werd toegewezen als het vorige jaar en dat zij door middel van een maandelijkse uitwisseling van hun verkoopcijfers controleerden, of de verkopen met dat quotum overeenstemden, bleek uit drie documenten, in onderlinge samenhang bezien, namelijk een tabel van 20 december 1981, een ongedateerde bij ICI aangetroffen tabel met de kop „Scarti per società” en een ongedateerde en eveneens bij ICI aangetroffen tabel. Volgens het Gerecht bleek de deelneming van Monte aan die verschillende activiteiten uit haar deelneming aan de bijeenkomsten waarop die handelingen hadden plaatsgevonden en uit de vermelding van haar naam in de verschillende bovengenoemde documenten.
- 35 Volgens de punten 188 tot en met 192 werd de producenten met betrekking tot het jaar 1982 verweten, dat zij hadden deelgenomen aan onderhandelingen die erop gericht waren, voor dat jaar een quotaovereenkomst tot stand te brengen; dat zij hun „aspiraties” qua hoeveelheden kenbaar hadden gemaakt; dat zij, aangezien geen definitief akkoord werd bereikt, gedurende de eerste helft van het jaar hun maandelijkse verkoopcijfers hadden meegedeeld en deze hadden vergeleken met hun werkelijke procentuele marktaandeel in het voorgaande jaar, en, tot slot, dat zij in de tweede helft van het jaar ernaar hadden gestreefd hun maandelijkse verkopen te beperken tot hetzelfde percentage van de totale markt als zij in het eerste halfjaar voor hun rekening hadden genomen. Dat die onderhandelingen hadden plaatsgevonden en dat de „aspiraties” kenbaar waren gemaakt, bleek volgens het Gerecht uit een document met de titel „Scheme for discussions ‘quota system 1982’”, uit een nota van ICI, getiteld „Polypropylene 1982, Guidelines”, uit een op 17 februari 1982 gedateerde tabel en uit een in het

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

- 36 In punt 193 stelde het Gerecht met betrekking tot 1981 en 1982 voorts vast, dat de Commissie uit het feit dat er tijdens de periodieke bijeenkomsten over en weer toezicht werd uitgeoefend op de uitvoering van een regeling waarbij de maandelijkse verkopen ten opzichte van die in een voorafgaande periode werden beperkt, terecht had afgeleid, dat die regeling door de deelnemers aan de bijeenkomsten was vastgesteld.
- 37 Met betrekking tot 1983 stelde het Gerecht in de punten 194 tot en met 200 vast, dat uit de door de Commissie overgelegde stukken bleek, dat de polypropyleen-producenten eind 1982 en begin 1983 besprekingen hadden gevoerd over een quotaregeling voor 1983, dat Monte had deelgenomen aan de bijeenkomsten waarop die besprekingen plaatsvonden, dat zij daarbij gegevens had verstrekt over haar verkopen, en dat in tabel 2 bij het verslag van de bijeenkomst van 2 december 1982 naast rekwirantes naam en quotum de vermelding „aanvaardbaar” voorkwam, zodat Monte had deelgenomen aan de onderhandelingen die erop gericht waren, voor 1983 een quotaregeling tot stand te brengen. Naar het oordeel van het Gerecht had de Commissie uit het verslag van de bijeenkomst van 1 juni 1983 en dat van een op 17 maart 1983 gehouden interne bijeenkomst van de Shell-groep, welke werden bevestigd door twee andere documenten waarin een marktaandeel van 11 % voor Shell werd genoemd, terecht afgeleid, dat die onderhandelingen tot de invoering van een quotaregeling hadden geleid. Dat Monte's verkopen niet steeds overeenkwamen met de haar toegekende quota was volgens het Gerecht niet van belang, daar in de beschikking van de Commissie het bewijs van rekwirantes deelneming aan het systeem niet werd ontleend aan de omstandigheid dat deze het quotastelsel feitelijk op de markt had toegepast. Het Gerecht voegde hieraan toe, dat aangezien de verschillende maatregelen tot beperking van de verkoop hetzelfde doel hadden — te weten vermindering van de druk op de prijzen door het te grote aanbod —, de Commissie zich terecht op het standpunt had gesteld, dat die maatregelen deel uitmaakten van een quotaregeling.

- 38 In punt 201 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat Monte een van de polypropyleenproducenten was die wilsovereenstemming hadden bereikt over de in de polypropyleenbeschikking genoemde kwantitatieve verkoopdoelen voor de jaren 1979 en 1980 en de eerste helft van 1983, en over de beperking — ten opzichte van een eerdere periode — van hun maandelijks verkopen voor de jaren 1981 en 1982, en dat deze maatregelen deel uitmaakten van een quotaregeling.

De toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

Juridische kwalificatie

- 39 In de punten 228 en 229 van het bestreden arrest merkte het Gerecht op, dat de Commissie elk van de feiten hetzij, primair, als een overeenkomst, hetzij, subsidiair, als een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag had gekwalificeerd. Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661), en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie (209/78—215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125), stelde het Gerecht in punt 230 vast, dat het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag reeds kan worden aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen. De Commissie mocht de wilsovereenstemming tussen Monte en andere producenten met betrekking tot bodemprijzen voor 1977, prijsinitiatieven, maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van de prijsinitiatieven, kwantitatieve verkoopdoelen voor 1979 en 1980 en de eerste helft van 1983 alsmede maatregelen om de maandelijks verkopen ten opzichte van die in een eerdere periode te beperken voor 1981 en 1982, daarom als overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kwalificeren. Aangezien de Commissie — aldus het Gerecht in punt 231 — rechtens genoegzaam had bewezen, dat de gevolgen van de prijsinitiatieven zich tot november 1983 hadden doen gevoelen, had zij eveneens terecht geconcludeerd, dat de inbreuk in elk geval tot in november 1983 had voortgeduurd. Verwijzend naar het arrest van het Hof van 3 juli 1985, Binon (243/83, Jurispr. blz. 2015), merkte het Gerecht in dit verband op, dat artikel 85 van het Verdrag ook van toepassing is op overeenkomsten die niet meer van kracht zijn, doch na hun formele beëindiging effect blijven sorteren.

- 40 Voor een definitie van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging verwees het Gerecht in punt 232 naar het arrest van het Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663). Voor het onderhavige geval stelde het in punt 233 vast, dat Monte had deelgenomen aan bijeenkomsten die ertoe strekten, richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen vast te stellen, en waarop concurrenten informatie hierover uitwisselden, zodat rekwirante had deelgenomen aan een onderlinge afstemming strekkende tot beïnvloeding van het marktgedrag van de producenten en tot wederzijdse onthulling van het eigen voorgenomen marktgedrag. In punt 234 voegde het Gerecht hieraan toe, dat Monte er dus niet alleen naar had gestreefd, de onzekerheid over het toekomstig gedrag van haar concurrenten bij voorbaat uit te sluiten, doch bij de bepaling van haar marktbeleid hoogstwaarschijnlijk — al dan niet rechtstreeks — rekening had gehouden met de tijdens de bijeenkomsten verkregen informatie. Bovendien hadden haar concurrenten, aldus het Gerecht, bij de bepaling van hun marktbeleid hoogstwaarschijnlijk — al dan niet rechtstreeks — rekening gehouden met de informatie die Monte hun had verstrekt met betrekking tot haar aangenomen of voorgenomen marktgedrag. In punt 235 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie de periodieke bijeenkomsten die Monte tussen eind 1977 en september 1983 had bijgewoond, op grond van het ermee nagestreefde doel subsidiair als onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag had mogen kwalificeren.
- 41 Met betrekking tot de vraag, of er sprake was van één enkele inbreuk, in artikel 1 van de polypropyleenbeschikking gekwalificeerd als „een (...) overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, herinnerde het Gerecht er in punt 236 aan, dat de verschillende onderling afgestemde feitelijke gedragingen en overeenkomsten, aangezien zij alle hetzelfde doel hadden, stelsels van regelmatige bijeenkomsten en vaststelling van richtprijzen en quota vormden. In punt 237 beklemtoonde het, dat deze stelsels pasten in het kader van een aantal door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel, te weten het verstoren van de normale ontwikkeling van de prijzen op de polypropyleenmarkt. Volgens het Gerecht zou het derhalve kunstmatig zijn, deze voortgezette gedraging, die werd gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen. Monte was immers jarenlang betrokken geweest bij een geïntegreerd complex van stelsels, die één enkele inbreuk vormden, en waaraan geleidelijk gestalte was gegeven door zowel verboden overeenkomsten als verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

- 42 Derhalve oordeelde het Gerecht in punt 238, dat de Commissie gerechtigd was, die inbreuk als „een (...) overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen” te kwalificeren, aangezien sommige elementen van die inbreuk als „overeenkomst” en andere als „onderling afgestemde feitelijke gedraging” moesten worden aangemerkt. Gezien het complexe karakter van de inbreuk moest de dubbele kwalificatie in artikel 1 van de beschikking van de Commissie volgens het Gerecht niet worden opgevat als een kwalificatie ten aanzien waarvan gelijktijdig en cumulatief moest worden bewezen dat elk van deze feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als die van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoonde, doch als een kwalificatie die een complex geheel van feitelijke bestanddelen aanduidde, waarvan sommige waren aan te merken als overeenkomst en andere als onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dat voor dit soort complexe inbreuken niet in een specifieke kwalificatie voorziet.

Mededingingbeperkend gevolg

- 43 Met betrekking tot Monte's betoog, dat haar deelneming aan de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten geen mededingingbeperkend gevolg had gehad, herinnerde het Gerecht er in punt 246 aan, dat die bijeenkomsten in elk geval ten doel hadden, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te beperken, met name door de vaststelling van richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen, en dat bijgevolg haar deelneming aan die bijeenkomsten wel degelijk ertoe had gestrekt, dat de mededinging werd beperkt in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten

- 44 In punt 253 merkte het Gerecht op, dat de Commissie volgens artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet gehouden was aan te tonen, dat Monte's deelneming aan een overeenkomst en aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen het handelsverkeer tussen lidstaten merkbaar had beïnvloed, doch alleen dat de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen lidstaten ongunstig konden beïnvloeden. Onder verwijzing naar het arrest Van Landwyck

e.a./Commissie (reeds aangehaald) stelde het Gerecht in dit verband vast, dat de geconstateerde concurrentiebeperkingen de handelsstromen een andere richting konden geven dan zij anders zouden hebben gehad. In punt 254 leidde het Gerecht hieruit af, dat de Commissie rechtens genoegzaam had aangetoond, dat de inbreuk waaraan Monte had deelgenomen, de handel tussen lidstaten ongunstig kon beïnvloeden, en niet behoefde aan te tonen, dat de individuele deelneming van Monte het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig had beïnvloed.

De rechtvaardigingsgronden

- 45 Met betrekking tot Monte's argumenten, dat de Commissie de inhoud van de overeenkomsten had moeten beoordelen tegen de achtergrond van de economische situatie waarin zij waren gesloten, en in elk geval de „rule of reason” had moeten toepassen, herinnerde het Gerecht er in punt 264 aan, dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen, dat de geconstateerde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen ten doel hadden de mededinging te beperken in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. De vraag of zij een beperking van de mededinging tot gevolg hadden gehad, was volgens het Gerecht derhalve slechts relevant voor de beoordeling van de hoogte van de geldboete. In punt 265 beklemtoonde het Gerecht, dat het overduidelijke karakter van de inbreuk in ieder geval in de weg stond aan de toepassing van een „rule of reason”, zo een dergelijke regel in het communautaire mededingingsrecht al zou kunnen worden toegepast, daar de inbreuk dan moest worden aangemerkt als „per se” in strijd met de mededingingsregels.
- 46 Het Gerecht stelde in punt 271 vast, dat Monte niet op goede gronden kon aanvoeren, dat op de door haar gesloten overeenkomsten en op de onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij zij betrokken was, artikel 85, lid 3, van het Verdrag had moeten worden toegepast. Krachtens artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 had Monte de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen immers bij de Commissie moeten aanmelden teneinde een beroep te kunnen doen op artikel 85, lid 3, van het Verdrag, hetgeen zij niet had gedaan. Volgens punt 272 kon Monte daarom niet met succes aanvoeren, dat zij was gediscrimineerd ten opzichte van de ondernemingen voor wier overeenkomsten vrijstelling krachtens die bepaling is verleend.

- 47 Ten aanzien van Monte's betoog, dat de door de producenten getroffen maatregelen bijzonder gunstige gevolgen hadden gehad ten koste van zeer zware verliezen voor de producenten, oordeelde het Gerecht in de punten 279 en 280, dat zo de door Monte beschreven gunstige ontwikkeling van de markt al bewezen moest worden geacht en in het onderhavige geval op enigerlei wijze relevant zou zijn, Monte in ieder geval niet had aangetoond, dat die ontwikkeling was te wijten aan de door haar gesloten overeenkomsten en aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij zij betrokken was geweest. Monte's argument als zouden de op de markt aanwezige producenten nieuwkomers hebben kunnen afhouden in plaats van hun komst in goede banen te leiden, ging volgens het Gerecht voorbij aan het feit dat die nieuwkomers grote ondernemingen waren die het zich konden veroorloven gedurende verschillende jaren verlies — en zelfs zware verliezen — te lijden om op de polypropyleenmarkt door te dringen.
- 48 In de punten 286 en 287 stelde het Gerecht vast, dat het beginsel van het met instemming van de betrokkenen verdelen van de offers over de ondernemingen, dat Monte wegens een toestand van overmacht had aangevoerd, zich niet verdroeg met de mededinging die artikel 85 van het Verdrag beoogt veilig te stellen. De ondernemingen zijn volgens het Gerecht daarom niet bevoegd, dit beginsel buiten de bevoegde instantie en de daarvoor bepaalde procedures om in praktijk te brengen.
- 49 In de punten 295 en 296 oordeelde het Gerecht, dat verkoop beneden de kostprijs een vorm van oneerlijke mededinging kan zijn wanneer het erom gaat de concurrentiepositie van een onderneming te versterken ten koste van de concurrerende ondernemingen, doch niet wanneer de verkoop beneden de kostprijs een gevolg is van het spel van vraag en aanbod, hetgeen in casu het geval was. Daarom kunnen, aldus het Gerecht, de deelnemers aan een kartel dat erop gericht is de prijzen tot of boven de kostprijs op te trekken, niet ter rechtvaardiging van hun gedrag aanvoeren, dat zij met dit kartel een einde wilden maken aan een oneerlijke mededinging.
- 50 In punt 301 verwierp het Gerecht de door Monte bepleite gelijkstelling met de verenigingen van producenten en/of consumenten van grondstoffen, die de markten gestabiliseerd zouden hebben, als volstrekt ongegrond, daar de

betrokken overeenkomsten publiekrechtelijke marktordeningen waren die niet konden worden vergeleken met de in het onderhavige geval door de polypropyleenproducenten gesloten overeenkomsten.

- 51 In de punten 310 en 311 stelde het Gerecht vast, dat de verplichtingen waaraan Monte volgens haar zeggen gebonden was uit hoofde van een overeenkomst met de vakbonden inzake het behoud van de werkgelegenheid, alsook de officiële vaststelling dat zij in een crisissituatie verkeerde waardoor zij in aanmerking kwam voor de steun verbonden aan de toepassing van wet nr. 675 van 12 augustus 1977, die tot gevolg hadden dat zij geplande ontslagen niet kon verrichten, alle meer dan drie jaar na het sluiten van de bodemprijsovereenkomst waren ontstaan en door Monte waren aanvaard om de aan de verplichtingen verbonden voordelen te genieten. Volgens punt 312 kon zij derhalve niet met succes aanvoeren, dat zij door haar verplichtingen niet anders kon dan deelnemen aan met artikel 85 van het Verdrag strijdige overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Ten slotte oordeelde het Gerecht in punt 313, dat het argument inzake chantage door de „rode brigades” dat Monte in repliek had aangevoerd, als nieuw middel in de zin van de artikelen 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht en 42, lid 2, van dat van het Hof niet-ontvankelijk was.

De hoogte van de geldboete

De verjaring

- 52 In punt 330 stelde het Gerecht vast, dat ingevolge artikel 1, lid 2, van verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319, blz. 1), de termijn van vijf jaar voor de verjaring van de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen, bij voortdurende of voortgezette inbreuken pas ingaat op de dag waarop de inbreuk is beëindigd. Blijkens de punten 331 en 332 had Monte vanaf de totstandkoming — medio 1977 — van

de bodemprijsovereenkomst tot november 1983 onafgebroken aan één enkele voortgezette inbreuk deelgenomen (in de Italiaanse versie, de procestaal, „un'infrazione unica e continuata”), zodat zij zich niet met succes op verjaring van de geldboete kon beroepen.

De duur van de inbreuk

- 53 In punt 336 herinnerde het Gerecht eraan, dat de Commissie de duur van de periode waarin Monte inbreuk had gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag volgens zijn vaststellingen correct had bepaald.

De zwaarte van de inbreuk

- 54 In punt 346 stelde het Gerecht vast, dat volgens de rechtspraak van het Hof de Commissie bij de beoordeling van de zwaarte 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 mag de Commissie rekening houden met het feit dat bepaalde soorten inbreuken, waarvan de onwettigheid is vastgesteld, nog steeds betrekkelijk veel voorkomen wegens de winst die sommige van de betrokken ondernemingen daarmee kunnen behalen, en mag zij het niveau van de geldboetes derhalve verhogen om de preventieve werking ervan te versterken. Het feit dat de Commissie in het verleden voor sommige soorten inbreuken geldboetes van een bepaald niveau heeft opgelegd, behoeft haar dus niet te verhinderen dit niveau binnen de in verordening nr. 17 gestelde grenzen te verhogen, indien zulks noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het communautaire mededingingsbeleid (arrest van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80—103/80, Jurispr. blz. 1825).

- 55 Gelet op een en ander constateerde het Gerecht in punt 347, dat de Commissie de vaststelling van richtprijzen en kwantitatieve verkoopdoelen en het treffen van maatregelen ter vergemakkelijking van de toepassing van richtprijzen terecht als bijzonder zware en duidelijke inbreuken had aangemerkt.
- 56 In de punten 351 tot en met 355 merkte het Gerecht op, dat de Commissie voor de bepaling van het aan Monte op te leggen boetebedrag in de eerste plaats criteria had vastgesteld ter bepaling van het algemene niveau van de geldboeten die moesten worden opgelegd aan de ondernemingen tot welke de polypropyleenbeschikking was gericht (punt 108 van de beschikking), en in de tweede plaats criteria voor een billijke afweging van de aan elk van deze ondernemingen op te leggen boete (punt 109 van de beschikking). Met betrekking tot deze laatste categorie criteria, die relevant en toereikend werden geacht, oordeelde het Gerecht, dat de Commissie wat betreft Monte voldoende duidelijk had aangegeven, dat zij rekening had gehouden met criteria betreffende de rol die elk van de ondernemingen bij de geheime regelingen had gespeeld en de tijd gedurende welke zij aan de inbreuk had deelgenomen, en dat zij de criteria betreffende de respectieve leveranties van de verschillende polypropyleenproducenten in de Gemeenschap en hun individuele totale omzet niet op onbillijke wijze had toegepast.
- 57 In de punten 361 tot en met 363 oordeelde het Gerecht, dat de Commissie correct had vastgesteld, welke rol Monte had gespeeld, en zich bij de berekening van de geldboete derhalve terecht op die rol had gebaseerd. Voorts was het Gerecht van oordeel, dat uit de intrinsieke zwaarte van de vastgestelde feiten — met name de vaststelling van richtprijzen en verkoophoeveelheden — bleek, dat Monte niet uit onvoorzichtigheid of onachtzaamheid, maar met opzet had gehandeld. In dit verband merkte het Gerecht op, dat de betrokken ondernemingen de betrokken markt nagenoeg geheel in handen hadden, hetgeen duidelijk aantoonde, dat de inbreuk die zij tezamen hadden begaan, de mededinging kon beperken.
- 58 In punt 369 merkte het Gerecht op, dat de Commissie twee soorten gevolgen had onderscheiden: in de eerste plaats de prijsinstructies die de producenten aan hun verkoopafdelingen hadden gegeven; in de tweede plaats de ontwikkeling van de aan de verschillende afnemers in rekening gebrachte prijzen. Volgens punt 370 had de Commissie de eerste soort gevolgen rechtens genoegzaam aangetoond aan de hand van de talrijke door de verschillende producenten gegeven prijsinstruc-

ties. Met betrekking tot de tweede soort gevolgen merkte het Gerecht in punt 371 op, dat blijkens de polypropyleenbeschikking de Commissie als verzachtende omstandigheid in aanmerking had genomen, dat de prijsinitiatieven over het algemeen hun doel niet volledig hadden bereikt en dat er geen dwangmaatregelen bestonden om de nakoming van de quota of van andere regelingen te verzekeren. In de punten 372 en 373 concludeerde het Gerecht hieruit, dat de Commissie de eerste soort gevolgen terecht volledig in aanmerking had genomen en terecht rekening had gehouden met het beperkte karakter van de tweede soort gevolgen — zonder dat Monte had aangetoond in hoeverre dit onvoldoende was geweest —, dat de motivering het dispositief van de beschikking schraagde en dat er, anders dan door Monte gesteld, geen enkele grond was om aan te nemen, dat de Commissie de polypropyleenbeschikking had gebaseerd op verder gaande gevolgen dan die welke in de motivering werden genoemd. Er was daarom geen sprake geweest van misbruik van bevoegdheid.

59 In punt 379 stelde het Gerecht vast, dat de Commissie in aanmerking had genomen dat de ondernemingen over een lange periode belangrijke verliezen bij hun polypropyleentransacties hadden geleden, en dus bij het bepalen van het algemene niveau van de geldboeten eveneens rekening had gehouden met de ongunstige situatie in de betrokken sector. In punt 380 voegde het hieraan toe, dat de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gestelde grens van 10 % van de omzet in alle omstandigheden gold.

60 In de punten 385 en 386 wees het Gerecht erop, dat de verschillende door Monte als rechtvaardiging aangevoerde elementen, met name de politieke en sociale context in Italië en de gunstige gevolgen van het kartel, de onrechtmatigheid van haar gedrag niet konden wegnemen, daar deelneming aan een kartel niet als een middel van wettige zelfverdediging kan worden beschouwd. Volgens het Gerecht had de Commissie die feiten hoogstens bij de vaststelling van de geldboete als verzachtende omstandigheid in aanmerking kunnen nemen, doch zij was daartoe niet verplicht. Dienaangaande en voor zover Monte het Gerecht had gevraagd in volle rechtsmacht uitspraak te doen, herinnerde het Gerecht eraan, dat de in punt 108 van de polypropyleenbeschikking genoemde criteria het algemene niveau van de geldboeten meer dan voldoende rechtvaardigden, met name gelet op het feit dat het ging om een bijzonder duidelijke inbreuk.

- 61 Concluderend oordeelde het Gerecht in punt 388, dat de aan Monte opgelegde geldboete in verhouding stond tot de duur en de zwaarte van de vastgestelde inbreuk op de mededingingsregels. Daar de polypropyleenbeschikking geen onwettigheden of fouten bevatte, kon de Commissie niet aansprakelijk worden gesteld.

De heropening van de mondelinge behandeling

- 62 Op het in punt 389 ter sprake gebrachte verzoek om heropening van de mondelinge behandeling besliste het Gerecht, na de advocaat-generaal opnieuw te hebben gehoord, in punt 390, dat er geen termen aanwezig waren om overeenkomstig artikel 62 van zijn Reglement voor de procesvoering de heropening van de mondelinge behandeling te bevelen, noch om de door Monte gevraagde instructiemaatregelen te gelasten.
- 63 In punt 391 verklaarde het Gerecht:

„Het arrest van 27 februari 1992 (T-79/89, T-84/89—T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, BASF e.a./Commissie, Jurispr. blz. II-315) rechtvaardigt op zichzelf niet de heropening van de mondelinge behandeling in de onderhavige zaak. Het Gerecht stelt immers vast, dat een betekende en bekendgemaakte handeling moet worden vermoed geldig te zijn. Het staat derhalve aan degene die zich beroept op de formele ongeldigheid of de non-existentie van een handeling, het Gerecht de redenen aan te geven waarom de schijn van geldigheid van de officieel betekende en bekendgemaakte handeling moet worden doorbroken. In de onderhavige zaak hebben verzoeksters geen aanwijzing geleverd, dat de betekende en bekendgemaakte handeling niet was goedgekeurd of vastgesteld door het college van commissarissen. Anders dan in de PVC-zaken (arrest van 27 februari 1992, T-79/89, T-84/89—T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 en T-104/89, reeds aangehaald, punten 32 e.v.) het geval was, hebben verzoeksters geen elementen naar voren gebracht waaruit blijkt, dat het beginsel van de onaantastbaarheid van de vastgestelde handeling zou zij geschonden door een wijziging in de tekst van de beschikking na de vergadering van het college van commissarissen tijdens welke zij is vastgesteld.”

- 64 Het Gerecht verwierp het beroep en verwees Monte in de kosten.

Het verzoek om herziening en de beschikking van het Gerecht

- 65 Bij op 11 juni 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft Monte krachtens de artikelen 41 van 's Hofs Statuut-EG en 125 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht om herziening van het bestreden arrest verzocht.
- 66 Bij beschikking van 4 november 1992, Montecatini/Commissie (T-14/89 Rev., Jurispr. blz. II-2409), heeft het Gerecht het herzieningsverzoek niet-ontvankelijk verklaard.

De hogere voorziening

- 67 In hogere voorziening concludeert Monte dat het het Hof behage:

- het beroep ontvankelijk te verklaren;

- primair het bestreden arrest volledig te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar een andere kamer van het Gerecht voor een nieuw onderzoek van de feiten, voor zover dit is verzuimd, en voor toepassing van de juiste rechtsbeginselen, voor zover deze zijn geschonden;

- subsidiair, het bestreden arrest gedeeltelijk te vernietigen met terugverwijzing als hierboven omschreven;

- in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten van de beide instanties.

⁶⁸ Bij beschikking van het Hof van 30 september 1992 is DSM NV (hierna: „DSM”) toegelaten tot interventie aan de zijde van Monte. DSM concludeert dat het het Hof behage:

- het bestreden arrest te vernietigen;

- de polypropyleenbeschikking non-existent dan wel nietig te verklaren;

- de polypropyleenbeschikking voor alle adressaten, althans voor DSM, non-existent of nietig te verklaren, ongeacht of de adressaten van de polypropyleenbeschikking hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen;

- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht ter beslissing van de vraag, of de polypropyleenbeschikking non-existent is of nietig moet worden verklaard;

- in elk geval de Commissie te verwijzen in de kosten van zowel de procedure voor het Hof als die voor het Gerecht, daaronder begrepen de kosten gevallen op DSM's interventie.

69 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

- de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen;

- de verwerping van het beroep door het Gerecht te bekrachtigen;

- Monte in de kosten van de beide instanties te verwijzen;

- de interventie in haar geheel niet-ontvankelijk te verklaren;

- subsidiair, niet-ontvankelijk te verklaren de petita van de interventie die ertoe strekken, dat het Hof de polypropyleenbeschikking voor al haar adressaten, althans voor DSM, non-existent of nietig verklaart, ongeacht of de adressaten van die beschikking hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen, en de interventie voor het overige ongegrond te verklaren;

- meer subsidiair, de interventie ongegrond te verklaren;

- in elk geval DSM te verwijzen in de kosten van de interventie.

- 70 Aan haar hogere voorziening heeft Monte vijf middelen ten grondslag gelegd, waarin wordt geklaagd over schending van het gemeenschapsrecht in de zin van artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG. Zij betreffen het verzuim om ambtshalve de existentie van de polypropyleenbeschikking te onderzoeken, schending van artikel 85 van het Verdrag, de vaststelling van de feiten, schending van de verjaringsregels en, ten slotte en subsidiair, de bepaling van het bedrag van de geldboete.
- 71 Op verzoek van de Commissie en met instemming van Monte is de behandeling van de zaak bij beschikking van de president van het Hof van 27 juli 1992 geschorst tot 15 september 1994, teneinde de eventuele consequenties te onderzoeken van het arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e.a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555; hierna: „PVC-arrest van het Hof”), gewezen op de hogere voorziening tegen het PVC-arrest van het Gerecht.

De ontvankelijkheid van de interventie

- 72 De Commissie is van mening, dat het interventieverzoek van DSM niet-ontvankelijk moet worden verklaard. DSM betoogt namelijk, dat zij als interveniënte belang heeft bij de vernietiging van het arrest in het geval van Monte. Volgens de Commissie kan een nietigverklaring echter niet voor alle individuele adressaten van een beschikking gelden, maar uitsluitend voor hen die een beroep in die zin hebben ingesteld; dit is nu juist een van de verschillen tussen nietigverklaring en non-existentie. Ontkenning van dit onderscheid komt erop neer, dat elke dwingende kracht wordt ontzegd aan de termijn waarbinnen beroep tot nietigverklaring moet worden ingesteld. DSM kan zich daarom niet op een eventuele nietigverklaring beroepen, aangezien zij het arrest van het Gerecht van 17 december 1991, DSM/Commissie (T-8/89, Jurispr. blz. II-1833), dat haar betrof, niet voor het Hof heeft betwist. Met haar interventie tracht DSM dus enkel te ontkomen aan een verval van recht.
- 73 Toen de interventie van DSM bij de reeds genoemde beschikking van 30 september 1992 werd toegestaan, was het PVC-arrest van het Hof, waarin

het zich heeft uitgesproken over het vraagstuk van de nietigverklaring en de non-existentie, nog niet geweest. Als de gestelde gebreken al gefundeerd zijn, kunnen deze volgens de Commissie, gezien dat arrest, uitsluitend tot de nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking en niet de vaststelling van de non-existentie ervan leiden. Zo gezien zou DSM dus geen belang meer hebben bij de interventie.

- 74 De Commissie verzet zich met name tegen de ontvankelijkheid van DSM's vordering, de polypropyleenbeschikking voor al haar adressaten, althans voor DSM, non-existent of nietig te verklaren, ongeacht of die adressaten hogere voorziening tegen het voor hen relevante arrest hebben ingesteld en of hun hogere voorziening is afgewezen. Deze vordering is niet-ontvankelijk, aangezien DSM een kwestie wil aansnijden die uitsluitend haar betreft, terwijl zij het geding alleen kan aanvaarden in de stand waarin het zich bevindt. Krachtens artikel 37, vierde alinea, van 's Hofs Statuut-EG kan een interveniënt alleen de conclusies van een andere partij ondersteunen en geen eigen conclusies indienen. Deze vordering van DSM bevestigt, dat zij de interventie wil gebruiken om te ontkomen aan de consequenties van het verstrijken van de termijn voor het instellen van hogere voorziening tegen het arrest DSM/Commissie (reeds aangehaald), dat haar betrof.
- 75 Met betrekking tot de exceptie van niet-ontvankelijkheid die tegen de gehele interventie is opgeworpen, moet om te beginnen worden opgemerkt, dat de beschikking van 30 september 1992, waarbij het Hof DSM heeft toegelaten tot interventie aan de zijde van Monte, zich niet ertegen verzet, dat de ontvankelijkheid van haar interventie opnieuw wordt onderzocht (zie in die zin arrest van 29 oktober 1980, Roquette Frères/Raad, 138/79, Jurispr. blz. 3333).
- 76 In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat het recht om zich te voegen in een voor het Hof aanhangig rechtsgeding krachtens artikel 37, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG toekomt aan eenieder die aannemelijk maakt belang te hebben bij de beslissing van dat geding. Op grond van de vierde alinea van deze bepaling kunnen de conclusies van het verzoek tot voeging slechts strekken tot ondersteuning van de conclusies van een der partijen.

- 77 Monte vordert in hogere voorziening de vernietiging van het bestreden arrest echter met name op grond dat het Gerecht niet de non-existentie van de polypropyleenbeschikking heeft vastgesteld. Uit punt 49 van het PVC-arrest van het Hof blijkt, dat als uitzondering op het vermoeden van rechtsgeldigheid dat handelingen van instellingen genieten, handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is, dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel — ook geen voorlopig — rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen dat zij als juridisch non-existent moeten worden beschouwd.
- 78 Anders dan door de Commissie gesteld, is het belang van DSM niet verdwenen na het arrest waarbij het Hof het PVC-arrest van het Gerecht vernietigde en oordeelde, dat de door het Gerecht vastgestelde gebreken niet van dien aard waren, dat zij de non-existentie van de in de PVC-zaken bestreden beschikking konden meebrengen. Het PVC-arrest van het Hof betrof immers niet de non-existentie van de polypropyleenbeschikking en heeft daarom niet tot gevolg, dat het belang van DSM bij vaststelling van die non-existentie is tenietgegaan.
- 79 Met betrekking tot de exceptie die de Commissie heeft opgeworpen tegen het petitumonderdeel waarin DSM non-existent- dan wel nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking voor alle adressaten ervan, althans voor DSM, vordert, moet worden vastgesteld, dat dit onderdeel DSM in het bijzonder betreft en niet aansluit bij de vorderingen van Monte. Het voldoet daarom niet aan de voorwaarden van artikel 37, vierde alinea, van 's Hof's Statuut-EG en moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

De tot staving van de hogere voorziening aangevoerde middelen

- 80 Onder verwijzing naar de punten 389 tot en met 391 van het bestreden arrest betoogt Monte in de eerste plaats, dat voor zover het Gerecht heeft verzuimd de existentie van de polypropyleenbeschikking te verifiëren, het de beginselen inzake de bewijslast heeft geschonden en niet heeft voldaan aan zijn verplichting om ambtshalve de nodige verificaties te verrichten. Verwijzend naar de punten 57 tot en met 202 en 203 tot en met 315 van het bestreden arrest betoogt zij in de

tweede plaats, dat het Gerecht bij de vaststelling van de aan zijn beoordeling voorgelegde feiten en de toetsing daarvan aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag deze bepaling heeft geschonden. Met betrekking tot de punten 57 tot en met 202 stelt rekwirante in de derde plaats, dat het Gerecht bij de vaststelling van de aan zijn beoordeling voorgelegde feiten het bewijsrecht en de beginselen voor de beoordeling van de individuele verantwoordelijkheid van de deelnemers aan de inbreuk heeft geschonden. Onder verwijzing naar de punten 236 en 237 alsmede 328 tot en met 337 van het bestreden arrest betoogt Monte in de vierde plaats, dat het Gerecht de verjaringsregels heeft geschonden. In de vijfde plaats en subsidiair stelt zij, dat het Gerecht met de weigering de haar opgelegde geldboete te verminderen, de regels voor de bepaling van het bedrag van de geldboete heeft geschonden.

Het verzuim om de non-existentie van de polypropyleenbeschikking vast te stellen of deze nietig te verklaren wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften

81 Monte's eerste middel klaagt, dat het Gerecht de beginselen inzake de bewijslast heeft geschonden alsmede het beginsel, dat de rechter de existentie van de bestreden handeling ambtshalve moet onderzoeken en elke onwettige handeling nietig moet verklaren. Volgens Monte is na de PVC-zaak voor het Gerecht en de door de pers overgenomen verklaringen van de woordvoerder van de Commissie duidelijk geworden, dat op het moment van ondertekening en dus van goedkeuring van de polypropyleenbeschikking bepaalde teksten in feite niet bestonden en dat als gevolg van de inmenging van de diensten van de Commissie na de totstandkoming van de handeling er soms aanzienlijke verschillen bestonden tussen de teksten die op het moment van ondertekening klaar waren, en de betekende teksten. Deze gang van zaken is des te erger, wanneer het, zoals in casu, een beschikking betreft waarbij een geldboete is opgelegd.

82 Bovendien heeft Monte alle reden om te geloven, dat de Italiaanse versie van de polypropyleenbeschikking niet op 26 april 1986 is goedgekeurd. Dit gebrek leidt tot non-existentie van de beschikking en het Gerecht had dit punt ambtshalve moeten onderzoeken, overeenkomstig een in de rechtsorden van de lidstaten verankerd beginsel. De ernstigste vormen van nietigheid, die gevolgen ex tunc hebben en niet verjaren, moeten non-existentie opleveren.

- 83 De Commissie heeft volgens Monte zelf erkend, dat de PVC-zaak en de polypropyleenzaak identiek zijn, toen zij verzocht om de onderhavige zaak tot de uitspraak van het PVC-arrest van het Hof op te schorten. Wanneer de Commissie stelt, dat de gebreken die overeenkomstig de in dat arrest ontwikkelde beginselen de nietigheid en niet de non-existentie van de beschikking meebrengen, in het beroep in eerste aanleg hadden moeten worden voorgedragen, verliest zij uit het oog, dat het Hof in het PVC-arrest de beschikking van de Commissie nietig heeft verklaard, zonder dat dit gebrek in een specifieke grief was opgenomen. Maar zelfs al ging het om de non-existentie en niet om de nietigheid, het Hof heeft in zijn PVC-arrest geoordeeld, dat dit zijn bevoegdheid om de bestreden beschikking nietig te verklaren op geen enkele wijze wijzigt.
- 84 De non-existentie vormt geen afzonderlijke categorie gebreken van de administratieve handeling, maar slechts een bijzondere soort binnen de categorie nietigheid. Handelingen met bijzonder ernstige gebreken worden alleen binnen zeer beperkte grenzen en in extreme gevallen als non-existent aangemerkt (zie de conclusie van advocaat-generaal Trabucchi bij het arrest van 21 februari 1974, Kortner e.a./Raad e.a., 15/73—33/73, 52/73, 53/73, 57/73—109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 en 135/73—137/73, Jurispr. blz. 177). In casu behoeft het nietigheidsgebrek niet te worden vastgesteld, aangezien dit gebrek in het verzoekschrift in hogere voorziening is aangevoerd, en wel onder het punt non-existentie.
- 85 Evenals in de PVC-zaken bestaan er in casu serieuze aanwijzingen, dat de Italiaanse tekst van de polypropyleenbeschikking na de goedkeuring van de beschikking is opgesteld en dat de beschikking vóór de betekening aan Monte is gewijzigd. Het Gerecht had dus, evenals het Hof thans moet doen, de Commissie om overlegging van de originele tekst van de beschikking moeten vragen.
- 86 DSM zet uiteen, dat zich in andere zaken voor het Gerecht nieuwe ontwikkelingen hebben voorgedaan. Deze omstandigheden bevestigen, dat het aan de Commissie is aan te tonen, dat zij de zichzelf gestelde wezenlijke vormvoorschriften in acht heeft genomen, en dat het Gerecht, om over dit punt opheldering te verkrijgen, ambtshalve of op verzoek van een partij instructiemaatregelen behoorde te gelasten om het relevante schriftelijke bewijsmateriaal te onderzoeken. In de zaken die tot de arresten van 29 juni 1995 (Solvay/Commissie, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, en ICI/Commissie, T-36/91, Jurispr. blz. II-1847;

hierna: „natriumcarbonaatzaken”) hebben geleid, had de Commissie betoogd, dat de aanvullende repliek die ICI in die zaken na het PVC-arrest van het Gerecht had ingediend, geen bewijs bevatte van een schending van het reglement van orde van de Commissie en dat ICI's verzoek om instructiemaatregelen een nieuw middel vormde. Niettemin stelde het Gerecht de Commissie en ICI vragen over de consequenties die aan het PVC-arrest van het Hof moesten worden verbonden, en vroeg het de Commissie desondanks, of zij, gelet op punt 32 van het PVC-arrest van het Hof, afschriften van de notulen en de gewaarmerkte teksten van de bestreden beschikkingen kon overleggen. Na andere procedurele ontwikkelingen gaf de Commissie uiteindelijk toe, dat de als gewaarmerkte teksten overgelegde documenten pas waren gewaarmerkt, nadat het Gerecht de overlegging ervan had gevraagd.

87 Ook in de zogenoemde „polyethyleen van lage dichtheid”-zaken (arrest van 6 april 1995, BASF e.a./Commissie, T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 en T-112/89, Jurispr. blz. II-729; hierna: „polyethyleenzaken”) gelastte het Gerecht de Commissie, een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van de bestreden beschikking over te leggen. De Commissie gaf daarop toe, dat geen waarmerking had plaatsgevonden tijdens de vergadering waarop deze beschikking door het college van commissarissen was goedgekeurd. DSM meent daarom, dat de procedure van waarmerking van handelingen van de Commissie na maart 1992 moet zijn ingevoerd. Hieruit volgt, dat het gebrek bestaande in het ontbreken van waarmerking ook aan de polypropyleenbeschikking moet kleven.

88 DSM voegt hieraan toe, dat het Gerecht in de arresten van 27 oktober 1994, Fiatagri en New Holland Ford/Commissie (T-34/92, Jurispr. blz. II-905, punten 24-27), en Deere/Commissie (T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punten 28-31), een soortgelijke redenering als in de polypropyleenzaken heeft gevolgd voor zijn beslissing, dat verzoeksters niets hadden aangevoerd wat het vermoeden van geldigheid van de door hen bestreden beschikking kon aantasten. In het arrest van het Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie (T-43/92, Jurispr. blz. II-441), was het betoog van verzoekster afgewezen, omdat de beschikking overeenkomstig het reglement van orde van de Commissie was vastgesteld en betekend. In geen van die zaken heeft het Gerecht de gestelde onregelmatigheden in de totstandkoming van de bestreden handeling op procedurele gronden afgewezen.

- 89 De enige uitzonderingen zijn de beschikkingen van 26 maart 1992, BASF/Commissie (T-4/89 Rev., Jurispr. blz. II-1591), en 4 november 1992, DSM/Commissie (T-8/89 Rev., Jurispr. blz. II-2399). Ook in die zaken was echter het PVC-arrest van het Gerecht niet als nieuw feit aangevoerd, maar waren andere feiten gesteld. In het arrest van 15 december 1994, Bayer/Commissie (C-195/91 P, Jurispr. blz. I-5619), heeft het Hof het argument betreffende schending door de Commissie van haar eigen reglement van orde afgewezen, omdat het niet voor het Gerecht was aangevoerd. In de polypropyleenprocedure is hetzelfde middel echter wel voor het Gerecht aangevoerd en afgewezen wegens het ontbreken van voldoende aanwijzingen.
- 90 DSM is van mening, dat het verweer van de Commissie in casu is gebaseerd op procedurele argumenten die, gelet op de inhoud van het bestreden arrest, dat in feite de vraag van de bewijslast betreft, irrelevant zijn. Indien de Commissie in de polypropyleenzaken niet zelf bewijs levert van de regelmatigheid van de procedures, dan is dit volgens DSM, omdat zij niet in staat is aan te tonen, dat zij haar eigen reglement van orde heeft geëerbiedigd.
- 91 De Commissie is van mening, dat de kritiek van Monte na het PVC-arrest van het Hof door de feiten is achterhaald. Zo de non-existentie al ambtshalve moet worden vastgesteld, volgens dit arrest kan Monte op grond van de vermeende procedurefouten enkel nietigverklaring van de polypropyleenbeschikking vorderen. Nietigheidsmiddelen moeten echter in het verzoekschrift worden aangevoerd, hetgeen niet is gebeurd.
- 92 Zelfs al moet ervan worden uitgegaan, dat de vordering tot non-existentieverklaring een vordering tot nietigverklaring omvat, dan nog houdt de kritiek van Monte in hogere voorziening, dat het Gerecht ambtshalve had moeten handelen, verband met de non-existentie en niet met de nietigheid. De Commissie bestrijdt, dat tijdens de procedure in de polypropyleenzaken soortgelijke feitelijke gegevens aan het licht zijn gekomen als in de PVC-zaken.

- 93 Met betrekking tot de argumenten van DSM stelt de Commissie, dat zij een fundamentele fout bevatten, aangezien zij geen rekening houden met de verschillen tussen de PVC-zaken en de onderhavige zaak en op een verkeerd begrip van het PVC-arrest van het Hof berusten.
- 94 De Commissie blijft overigens bij haar standpunt, dat de verzoeksters in de natriumcarbonaatzaken onvoldoende aanwijzingen hadden aangevoerd om een bevel van het Gerecht aan de Commissie tot het overleggen van stukken te kunnen rechtvaardigen. Zowel in die zaken als in de polyethyleenzaken, waarop DSM zich eveneens heeft beroepen, heeft het Gerecht beslist met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval. In de polypropyleenprocedure hadden de gestelde gebreken in de polypropyleenbeschikking al in 1986 kunnen worden gesignaleerd, doch niemand heeft dit gedaan.
- 95 Wanneer het Gerecht in de arresten Fiatagri en New Holland Ford/Commissie, en Deere/Commissie (reeds aangehaald) de door de verzoeksters tijdig aangevoerde argumenten wegens gebrek aan bewijs heeft afgewezen, dan is voor een dergelijke afwijzing des te meer reden in de onderhavige zaak, waarin de vermeende formele onregelmatigheden in de polypropyleenbeschikking te laat en zonder bewijs zijn aangevoerd.
- 96 Wat in de eerste plaats de voorwaarden voor non-existentie van een handeling betreft, moet eraan worden herinnerd dat, zoals met name uit de punten 48 tot en met 50 van het PVC-arrest van het Hof blijkt, handelingen van de gemeenschapsinstellingen, zelfs indien zij onregelmatig zijn, in beginsel worden vermoed rechtsgeldig te zijn en, bijgevolg, rechtsgevolgen in het leven roepen, zolang zij niet nietig zijn verklaard of zijn ingetrokken.
- 97 Als uitzondering op dit beginsel moeten evenwel handelingen waaraan een onregelmatigheid kleeft die van een zo klaarblijkelijke ernst is, dat zij door de communautaire rechtsorde niet kan worden getolereerd, worden geacht geen enkel — ook geen voorlopig — rechtsgevolg in het leven te hebben geroepen, dat wil zeggen zij moeten als juridisch non-existent worden beschouwd. Deze

uitzondering beoogt een evenwicht te bewaren tussen twee fundamentele, zij het soms tegenstrijdige, vereisten waaraan een rechtsorde moet voldoen, te weten de stabiliteit van de rechtsverhoudingen en de eerbiediging van de legaliteit.

- 98 Gelet op de ernst van de consequenties die zijn verbonden aan de vaststelling dat een handeling van een gemeenschapsinstelling non-existent is, dient deze vaststelling om redenen van rechtszekerheid beperkt te blijven tot uiterst extreme gevallen.
- 99 Evenals in de PVC-zaken zijn de thans door Monte aangevoerde vermeende onregelmatigheden in de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking noch op zichzelf, noch ook in hun geheel beschouwd, van een dermate klaarblijkelijke ernst, dat die beschikking als juridisch non-existent moet worden beschouwd.
- 100 Wat de voorwaarden betreft, waaronder een handeling non-existent kan worden verklaard, heeft het Gerecht dus niet het gemeenschapsrecht geschonden.
- 101 Wat in de tweede plaats de weigering van het Gerecht betreft, gebreken in de totstandkoming en in de kennisgeving van de polypropyleenbeschikking vast te stellen die tot de nietigverklaring ervan konden leiden, volstaat de opmerking, dat dit middel voor het eerst in het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en om maatregelen tot organisatie van de procesgang en instructie-maatregelen is aangevoerd. De vraag, of het Gerecht dit middel diende te onderzoeken, valt daarom samen met de vraag, of het Gerecht dit verzoek had moeten toewijzen.
- 102 Voor zover dit verzoek instructiemaatregelen betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof (zie met name arresten van 16 juni 1971, *Prelle/Commissie*, 77/70, *Jurispr.* blz. 561, punt 7, en 15 december 1995, *Bosman*, C-415/93, *Jurispr.* blz. I-4921, punt 53), dat aan een dergelijk verzoek, wanneer het wordt ingediend op een moment waarop de mondelinge behandeling reeds is gesloten, slechts

gevolg kan worden gegeven, indien het betrekking heeft op feiten die van beslissende invloed kunnen zijn op de beslechting van het geschil en die de betrokkene voor de sluiting van de mondelinge behandeling niet heeft kunnen aanvoeren.

- 103 Ditzelfde geldt voor het verzoek om heropening van de mondelinge behandeling. Ingevolge artikel 62 van zijn Reglement voor de procesvoering beschikt het Gerecht weliswaar over een discretionaire bevoegdheid op dit gebied. Het is evenwel slechts verplicht een dergelijk verzoek in te willigen, indien de betrokkene zich baseert op feiten die van beslissende invloed kunnen zijn en die hij voor de sluiting van de mondelinge behandeling niet heeft kunnen aanvoeren.
- 104 In casu was het bij het Gerecht ingediende verzoek om heropening van de mondelinge behandeling en instructiemaatregelen gebaseerd op verklaringen tijdens een persconferentie na de uitspraak van het PVC-arrest van het Gerecht.
- 105 Vastgesteld moet worden, dat algemene, uit een arrest in andere zaken of uit verklaringen naar aanleiding van andere procedures voortvloeiende aanwijzingen over een vermeende handelwijze van de Commissie op het gebied van de taalregeling of over achteraf aangebrachte wijzigingen als zodanig niet als beslissend voor de beslechting van het geschil voor het Gerecht konden worden aangemerkt.
- 106 Voorts had rekwirante — zoals sommige van de verzoeksters in de PVC-zaken hebben gedaan — reeds in haar verzoekschrift het Gerecht ten minste een minimumaantal gegevens kunnen verstrekken die aannemelijk maakten, dat maatregelen tot organisatie van de procesgang of instructiemaatregelen voor de procedure van nut waren met het oog op het bewijs, dat de polypropyleen-beschikking in strijd met de geldende taalregeling was gegeven of na haar vaststelling door het college van commissarissen was gewijzigd, of ook dat de originelen ontbraken (zie in die zin arrest van 17 december 1998, Baustahlge-webe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 93 en 94).

- 107 Hieraan moet worden toegevoegd, dat het Gerecht niet tot heropening van de mondelinge behandeling gehouden was krachtens een vermeende verplichting om ambtshalve middelen betreffende de regelmatigheid van de totstandkomingsprocedure van de polypropyleenbeschikking te onderzoeken. Een eventuele verplichting tot ambtshalve onderzoek van middelen van openbare orde kan immers slechts bestaan op grond van de feitelijke gegevens van het dossier.
- 108 Het Gerecht heeft bijgevolg niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te weigeren de mondelinge behandeling te heropenen en maatregelen tot organisatie van de procesgang en instructiemaatregelen te gelasten.
- 109 Voor zover rekwirante het Hof ten slotte vraagt, instructiemaatregelen te gelasten ter opheldering van de omstandigheden waaronder de Commissie de polypropyleenbeschikking heeft aangenomen, volstaat de opmerking, dat dergelijke maatregelen buiten het kader van de hogere voorziening vallen, die is beperkt tot rechtsvragen.
- 110 Instructiemaatregelen houden immers noodzakelijkerwijs in, dat het Hof zich uitspreekt over feitelijke vragen, en zouden het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigen, hetgeen in strijd is met het bepaalde in artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.
- 111 Voorts gaat het in hogere voorziening enkel om het bestreden arrest en kan het Hof uitsluitend in geval van vernietiging van dit arrest zelf uitspraak doen; overeenkomstig artikel 54, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG. Hieruit volgt, dat zolang het bestreden arrest niet is vernietigd, het Hof geen kennis kan nemen van eventuele gebreken van de polypropyleenbeschikking.
- 112 Uit het voorgaande volgt, dat het eerste middel moet worden afgewezen.

Schending van artikel 85 van het Verdrag

- 113 Het tweede middel klaagt, dat het Gerecht artikel 85 van het Verdrag heeft geschonden, zowel wat de letter ervan als wat de uitlegging ervan door de Commissie en het Hof betreft.

De verstoringen van de mededinging

- 114 In het eerste onderdeel van dit middel stelt Monte, dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de verstoringen van de mededinging, die veroorzaakt zijn door factoren die niets met de ondernemingen van doen hebben, en met name door de economische context. Reeds in eerste aanleg heeft Monte betoogd, dat de markt tegen het einde van de jaren zeventig werd gekenmerkt door een situatie van overcapaciteit, die werd verergerd door de verdrievoudiging van de olieprijs door het kartel van de organisatie van olie-exporterende landen (hierna: „OPEC”), waartegen de Commissie nooit is opgetreden. De ernstige verstoringen van de polypropyleenmarkt zijn niet te wijten aan de bijeenkomsten van de producenten, maar aan de OPEC-prijzen en dus aan factoren die niets van doen hebben met het gedrag van de ondernemingen. Monte verwijst in dit verband naar het arrest Suiker Unie e.a./Commissie (reeds aangehaald) en naar de conclusie van advocaat-generaal Mayras in die zaak.
- 115 Anders dan de Commissie stelt, is het in het arrest Suiker Unie e.a./Commissie (reeds aangehaald) ontwikkelde beginsel niet door de latere rechtspraak achterhaald, en met name niet door de arresten Van Landewyck e.a./Commissie (reeds aangehaald) of van 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie (240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Jurispr. blz. 3831).
- 116 Bij de verplichte inaanmerkingneming van de economische context heeft het Gerecht zich beperkt tot de in punt 257 van het bestreden arrest genoemde omstandigheid, dat alle producenten verliesgevend werkten, en geen rekening gehouden met de redenen, de betekenis en de duur van deze, aan bovengenoemde

factoren toe te schrijven negatieve periode. Bovendien heeft het Gerecht op geen enkele wijze rekening gehouden met de formele instructies van de Italiaanse regering om de contacten tussen de Italiaanse ondernemingen onderling en tussen die ondernemingen en de multinationals in stand te houden, evenmin als met het overwicht van de polypropyleengebruikers bij de sluiting van overeenkomsten en met de morele en juridische verplichting van de betrokken ondernemingen om de verliezen te beperken.

- 117 Geconfronteerd met al deze omstandigheden, die ieder op zich een volkomen andere uitleg van het gedrag van Monte konden rechtvaardigen, heeft het Gerecht in punt 264 slechts gesteld, dat de Commissie rehtens genoegzaam had bewezen, dat de overeenkomsten en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot doel hadden de mededinging te beperken. Volgens Monte is een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging echter nimmer komen vast te staan, aangezien de Commissie slechts de bijeenkomsten als zodanig heeft kunnen bewijzen. Alleen door geen rekening te houden met alle feitelijke omstandigheden heeft het Gerecht de beoordeling van de door de Commissie veronderstelde feiten kunnen bevestigen. Hiermee heeft het Gerecht het door het Hof in het arrest van 2 maart 1994, *Hilti/Commissie* (C-53/92, Jurispr. blz. I-667), bevestigde beginsel geschonden, dat wanneer de redenering van de Commissie op een vermoeden berust, de verzoeker kan volstaan met het invoeren van omstandigheden die op de door de Commissie gestelde feiten een ander licht werpen en aldus een andere verklaring voor die feiten kunnen bieden dan de door de Commissie gegeven verklaring.
- 118 De Commissie voert hiertegen aan, dat er geen bepaling of algemene regel bestaat die de ondernemingen toestaat, in reactie op een mededingingsbeperkende activiteit van een derde inbreuk te maken op artikel 85 van het Verdrag. Volgens het arrest *Suiker Unie e.a./Commissie* (reeds aangehaald) moest de Commissie rekening houden met de gevolgen van de regeling van een lidstaat; de activiteit van de OPEC is echter niet het voorwerp van een dergelijke regeling. Dit arrest is op dit punt achterhaald door de arresten *Van Landewyck e.a./Commissie* en *Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie* (reeds aangehaald), waarin het Hof heeft onderzocht, of de nationale regeling in de praktijk elke mogelijkheid van concurrentie uitsloot. De verhoging van de olieprijs sloot op zich echter niet de concurrentie tussen de polypropyleenproducenten uit; deze werd wel beperkt door de door de Commissie en het Gerecht vastgestelde kartels. In elk geval kunnen de verzoeken van de Italiaanse regering en de moeilijkheid om de door het kartel beoogde richtprijzen in de praktijk te bereiken, geen rechtvaardiging vormen voor de inbreuk op artikel 85 van het Verdrag.

- 119 In de eerste plaats moet eraan worden herinnerd, dat volgens artikel 168 A EG-Verdrag (thans artikel 225 EG) en artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening slechts gebaseerd kan zijn op middelen inzake schending van rechtsregels, met uitsluiting van elke feitelijke waardering. De beoordeling door het Gerecht van het aan hem voorgelegde bewijs levert geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs (zie met name arrest Hilti/Commissie, reeds aangehaald, punten 10 en 42).
- 120 Hieruit volgt, dat voor zover de grief opkomt tegen de waardering door het Gerecht van het aan hem voorgelegde bewijsmateriaal, deze in hogere voorziening niet kan worden onderzocht.
- 121 Voor zover Monte het Gerecht verwijt, bij de beoordeling van de gevolgen van de inbreuk geen rekening te hebben gehouden met de economische context, moet in de tweede plaats worden opgemerkt, dat het Gerecht, nadat het had geoordeeld dat de Commissie rechtens genoegzaam had aangetoond, dat de vastgestelde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen beperking van de mededinging tot doel hadden, zich terecht op het standpunt heeft kunnen stellen, dat niet behoefde te worden onderzocht, of die overeenkomsten en gedragingen gevolgen hadden gehad voor de mededingingsvoorwaarden.
- 122 Volgens vaste rechtspraak behoeven bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag de concrete gevolgen van een overeenkomst niet in aanmerking te worden genomen, wanneer eenmaal is gebleken, dat zij ten doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen (arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450, 516; zie eveneens in die zin arresten van 11 januari 1990, Sandoz prodotti farmaceutici/Commissie, C-277/87, Jurispr. blz. I-45, en 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie, C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punten 14 en 15).
- 123 Bovendien valt een onderling afgestemde feitelijke gedraging zelfs dan onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.

- 124 Om te beginnen volgt reeds uit de tekst van die bepaling, dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen evenals overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen ongeacht het gevolg ervan zijn verboden, wanneer zij de mededinging beogen te beperken of te vervalsen.
- 125 Voorts veronderstelt het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging weliswaar een marktgedrag van de deelnemende ondernemingen, doch het vereist niet noodzakelijkerwijs, dat die gedraging de mededinging concreet beperkt, verhindert of vervalst.
- 126 Ten slotte is deze uitlegging niet onverenigbaar met het beperkte karakter van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag (zie arrest van 29 februari 1968, Parke Davis, 24/67, Jurispr. blz. 81, 109), aangezien zij de werkingssfeer ervan niet uitbreidt, maar met de letterlijke betekenis van de in die bepaling gebezigde bewoordingen overeenstemt.
- 127 Voor zover Monte met haar kritiek beoogt aan te tonen, dat de in de polypropyleenbeschikking bedoelde overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen wegens omstandigheden die niets met het gedrag van de betrokken ondernemingen van doen hadden, geen mededingingsbeperkend doel konden hebben, moet in de derde plaats worden opgemerkt, dat Monte's stellingen, zo zij al gegrond zijn, niet kunnen bewijzen, dat de economische context elke mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging uitsloot (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Van Landewyck e.a./Commissie, punt 153, en Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie, punten 24-29).
- 128 Voor zover Monte het Gerecht verwijt, dat het geen rekening heeft gehouden met de verzoeken van de Italiaanse regering aan haar, volstaat in de vierde plaats de opmerking — zonder dat behoeft te worden onderzocht, of een door de autoriteiten van een lidstaat uitgeoefende onweerstaanbare druk de verantwoordelijkheid van een onderneming voor een inbreuk op het communautaire mededingingsrecht kan uitsluiten —, dat Monte zelfs niet heeft gesteld, dat er sprake was geweest van een dergelijke druk en zij dus gedwongen was geweest deel te nemen aan een kartel met de andere polypropyleenproducenten. Dit

argument kan daarom niet de verantwoordelijkheid van Monte voor de vastgestelde inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitsluiten.

- 129 Hieruit volgt, dat het eerste onderdeel van dit middel moet worden afgewezen.

De „rule of reason”

- 130 Het tweede middelonderdeel klaagt, dat het Gerecht in punt 265 van het bestreden arrest ten onrechte het beginsel van de „rule of reason” buiten toepassing heeft gelaten, alleen omdat de inbreuk zeer duidelijk was. In de doctrine en in het Europees Parlement is de Commissie bekritiseerd om haar formele, niet door de geest van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen geïnspireerde benadering van de bescherming van de mededinging. Het Hof heeft in dit opzicht steeds geoordeeld, dat de bescherming van de mededinging niet los kan worden gezien van de economische en juridische context alsmede van de gevolgen van de vermeende inbreuken.

- 131 Volgens Monte ziet de Commissie het beginsel van de „rule of reason” als een bijzonderheid van de rechtsorde van de Verenigde Staten van Amerika en wil zij het beperken tot de verplichting van de rechter, na te gaan of de voordelen voor de mededinging eventueel niet groter zijn dan de nadelen. Monte ziet enerzijds niet in, waarom voor een rationele in plaats van een irrationele toepassing van de wet een beroep moet worden gedaan op een beginsel van het Noord-Amerikaanse recht. Anderzijds moet eerst de ratio van de toe te passen regel worden onderzocht en vervolgens worden vastgesteld, of de gedragingen al dan niet in strijd met die regel zijn. Hiervoor is het onontbeerlijk vast te stellen, in welke context die gedragingen hebben plaatsgevonden. In casu pleit elke rationaliteit en waarschijnlijkheid tegen de — verre van feitelijk gefundeerde — veronderstelling, dat de bijeenkomsten een mededingingsbeperkend doel hebben gehad. Het is zelfs niet mogelijk een balans op te maken van de voor- en de nadelen voor de

mededinging, aangezien een prijsvoorstel dat dichterbij de productiekosten ligt, niet kan worden aangemerkt als schadelijk voor de mededinging, zolang de koper dit voorstel kan weigeren en kan dreigen een andere leverancier te kiezen.

- 132 De Commissie herinnert eraan, dat het Gerecht op het argument van Monte, dat voor de uitlegging van artikel 85 van het Verdrag de „rule of reason” moest worden toegepast, heeft geantwoord, dat de Commissie rehtens genoegzaam had aangetoond, dat de overeenkomst tot doel had de mededinging te beperken in de zin van die bepaling. Het Gerecht heeft hieraan terecht toegevoegd, dat zo dit beginsel in het kader van het communautaire mededingingsrecht al kan worden toegepast, de Commissie het gevolg voor de mededinging niet behoefde onderzoeken, aangezien het geen enkele twijfel leed, dat een kartel met betrekking tot de vaststelling van prijzen, de beperking van de productie en de verdeling van de markten een „per se”-inbreuk vormt. Met andere woorden, wegens het bijzonder schadelijke karakter van een dergelijke inbreuk voor de mededinging behoefde men zich niet af te vragen, of er positieve omstandigheden bestonden die de negatieve gevolgen neutraliseerden. De Commissie beklemtoont, dat zowel in Europa als in de Verenigde Staten van Amerika horizontale prijskartels zijn verboden, zelfs wanneer de ondernemingen verlies lijden. In een dergelijk geval belemmeren kartels de noodzakelijke herstructurering van het aanbod doordat marginale ondernemingen verdwijnen en de meer winstgevende ondernemingen sterker worden.

- 133 Dienaangaande volstaat de vaststelling, dat zo de „rule of reason” al een plaats heeft in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, de toepassing van deze bepaling hoe dan ook niet erdoor kan worden uitgesloten in het geval van een kartel tussen producenten die nagenoeg de gehele gemeenschapsmarkt in handen hebben, en dat betrekking heeft op richtprijzen, beperking van de productie en verdeling van de markt. Het Gerecht is daarom niet van een verkeerde rechtsopvatting uitgegaan door te oordelen, dat het zeer duidelijke karakter van de inbreuk zich in elk geval tegen toepassing van de „rule of reason” verzette.

- 134 Mitsdien moet het tweede onderdeel van dit middel eveneens worden afgewezen.

Het vermoeden van onwettigheid van de bijeenkomsten tussen de producenten

- 135 Volgens het derde onderdeel van dit middel heeft het Gerecht in de punten 82 en 91 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld, dat het op zich niet geoorloofd is voor een ondernemer om deel te nemen aan bijeenkomsten van branchegenoten. Aldus heeft het in strijd met het recht van vergadering, de vrijheid van meningsuiting, het recht van discussie en vereniging, een willekeurig vermoeden van onwettigheid van bijeenkomsten tussen producenten geschapen, terwijl die bijeenkomsten nooit geheim zijn geweest.
- 136 Volgens de Commissie is deze grief van Monte gebaseerd op een verkeerde lezing van het bestreden arrest, die eveneens in tegenspraak is met hetgeen uit dit arrest volgt. Deze grief is derhalve niet-ontvankelijk of althans kennelijk ongegrond. Het is duidelijk, dat het Gerecht de schending van de mededingingsregels niet aan de enkele deelneming aan de bijeenkomsten verbindt, maar aan het doel van die bijeenkomsten, namelijk het vaststellen van richtprijzen en verkoopdoelen.
- 137 Er zij aan herinnerd, dat de vrijheid van meningsuiting en het recht van vreedzame vergadering en vereniging, die onder meer zijn gegarandeerd in de artikelen 10 en 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 (hierna: „EVRM”), behoren tot de fundamentele rechten die volgens vaste rechtspraak van het Hof, die overigens opnieuw is bevestigd in de preambule van de Europese Akte en in artikel F, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (thans, na wijziging, artikel 6, lid 2, EU), in de communautaire rechtsorde worden beschermd (zie in die zin arrest Bosman, reeds aangehaald, punt 79).
- 138 Uit punt 91 van het bestreden arrest, waarnaar Monte heeft verwezen, volgt echter uitdrukkelijk, dat de periodieke bijeenkomsten van polypropyleenproducenten niet als zodanig in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn geoordeeld, maar voor zover zij tot doel hadden de mededinging te beperken. Dit doel heeft het Gerecht overigens vastgesteld op basis van het in de punten 83 tot en met 90 van het bestreden arrest genoemde bewijsmateriaal en niet op basis van een vermoeden.

- 139 Hieruit volgt, dat het derde onderdeel van dit middel eveneens moet worden afgewezen.

Het willekeurige vermoeden van een oorzakelijk verband

- 140 Het vierde onderdeel van dit middel klaagt, dat het Gerecht in de punten 132 tot en met 134 van het bestreden arrest op willekeurige wijze een oorzakelijk verband tussen twee opeenvolgende gebeurtenissen heeft aangenomen. Wilde de stelling van de Commissie zin hebben, dan hadden de bijeenkomsten bij de ondernemingen een ander gedrag moeten doen ontstaan dan zij zonder die bijeenkomsten waarschijnlijk hadden vertoond. In casu was er geen alternatief voor het gedrag van de ondernemingen geweest, aangezien alle producenten grote en zware financiële verliezen leden, die zij noodzakelijkerwijs dienden te beperken. Het gelaakte gedrag was dus ingegeven door een economische, juridische en ethische plicht van de ondernemingen. Wanneer schipbreukelingen allen naar het in zicht zijnde land zwemmen, is dat niet omdat zij dat hebben afgesproken, maar omdat dit een natuurlijk overlevingsinstinct is. De mededingingsregels beogen de keuzevrijheid van ondernemingen te bewaren tegenover externe verplichtingen, niet tegenover de eisen die uit het functioneren van de onderneming zelf voortvloeien, zoals die om winst te maken.
- 141 De Commissie stelt vast, dat de bijeenkomsten voor Monte een ander doel hadden dan het scheppen van wederzijdse verplichtingen. Dit middel is niet-ontvankelijk, want gericht tegen feitelijke vaststellingen. Het is in elk geval ongegrond, aangezien het Gerecht, evenals de Commissie, zich op basis van het bewijsmateriaal op het standpunt heeft gesteld, dat de bijeenkomsten tot doel hadden prijzen en marktaandelen vast te stellen.
- 142 Opgemerkt zij, dat voor zover deze grief zich keert tegen het oordeel in punt 133 van het bestreden arrest, dat de economische context geen verklaring bood voor het gelijklopen van de door de verschillende producenten gegeven prijsinstructies en voor de overeenstemming van die instructies met de op de bijeenkomsten van producenten vastgestelde richtprijzen, zij betrekking heeft op de beoordeling van

het aan het Gerecht voorgelegde bewijs en derhalve in hogere voorziening niet kan worden onderzocht.

- 143 Voor zover Monte klaagt, dat het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met een noodtoestand waardoor de adressaten van de polypropyleenbeschikking gedwongen waren het hun verweten gedrag aan te nemen, moet worden vastgesteld, dat een noodtoestand weliswaar mogelijk als rechtvaardigingsgrond is te beschouwen voor een gedrag dat anders inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag zou maken, doch dat de noodzaak van vermindering van economisch verlies op zich nimmer een noodtoestand kan opleveren.
- 144 Mitsdien moet het vierde onderdeel van dit middel eveneens worden afgewezen.

De ter rechtvaardiging van de gedraging geschikte motivering

- 145 Het vijfde onderdeel van dit middel klaagt, dat het Gerecht in de punten 232 en 233 van het bestreden arrest het beginsel heeft geschonden, dat in geval van twijfel tussen twee mogelijke motiveringen voor een gedraging, die moet worden gekozen welke de gedraging kan rechtvaardigen. Indien een parallelle gedraging anders dan door een onderlinge afstemming kan worden verklaard, mag de rechter niet langer aannemen, dat er een mededingingbeperkende overeenkomst en niet een andere oorzaak aan ten grondslag ligt. Monte verwijst naar het arrest van het Hof van 13 juli 1989, *Tournier* (395/87, Jurispr. blz. 2521). In casu was het normaal, dat de ondernemingen min of meer gelijktijdig in actie kwamen, daar dit de praktijk is op de markt van het onderhavige, voor industriële gebruikers bestemde halfproduct. De betrokken klantenkring moet de noodzakelijke leveringen plannen en de aankoopbeslissingen geruime tijd van tevoren nemen. Op dit soort markten is het gebruikelijk, dat de ondernemingen de prijzen met een bepaalde regelmaat en voor een vooraf vastgestelde duur aankondigen. Het feit dat na de aankondiging van een prijswijziging alle andere producenten in de daaropvolgende dagen hun eigen prijzen bekend hebben gemaakt, is in overeenstemming met de eisen van de gebruikers en de praktijk van de sector. Bovendien is het zeer gebruikelijk, dat een of meer grote ondernemingen de

functie van „price-leaders” vervullen en de anderen in de vaststelling van de prijzen voorgaan. Dit neemt elke verdenking van een onderling afgestemde gedraging weg. Wat de omvang van de beoogde verhogingen betreft, deze zijn door de noodzaak, de realiteit van de markt te volgen, min of meer aan elkaar gelijk geweest.

- 146 Volgens de Commissie kan de aangevoerde schending, ondanks de verwijzing naar de punten 232 en 233, op geen enkel gedeelte van het arrest betrekking hebben, aangezien noch bij haarzelf noch bij het Gerecht ooit twijfel heeft bestaan over hoe de gedragingen van Monte moesten worden uitgelegd. Deze klacht is dus niet-ontvankelijk, aangezien zij niets van doen heeft met het bestreden arrest. De Commissie verwijst hiervoor naar het arrest van het Hof van 22 december 1993, *Eppe/Commissie* (C-354/92 P, Jurispr. blz. I-7027), alsmede naar de beschikkingen van het Hof van 26 april 1993, *Kupka-Florida/Economisch en Sociaal Comité* (C-244/92 P, Jurispr. blz. I-2041), en 7 maart 1994, *De Hoe/Commissie* (C-338/93 P, blz. I-819); blijkens deze rechtspraak moeten overeenkomstig artikel 51 van 's Hof's Statuut-EG en artikel 112, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in hogere voorziening juridische argumenten worden aangevoerd, die specifieke kritiek leveren op een bepaald aspect van het bestreden arrest. De hogere voorziening die de voor het Gerecht aangevoerde argumenten enkel herhaalt en geen juridisch betoog ter ondersteuning van het in hogere voorziening gevorderde bevat, voldoet niet aan dit vereiste. Dit komt immers neer op een hernieuwd onderzoek van het verzoekschrift, waartoe het Hof niet bevoegd is; een dergelijk verzoek is niet-ontvankelijk in de zin van artikel 119 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. De verwijzing naar middelen en argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd, of de stelling, dat laatstgenoemde anders had kunnen beslissen, valt eveneens in deze categorie.
- 147 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat de door Monte aangevoerde rechtspraak gevallen betrof waarin moest worden uitgemaakt, of een op de markt geconstateerd parallel gedrag van een aantal ondernemingen het gevolg was van een onderling afgestemde gedraging tussen die ondernemingen dan wel of er andere verklaringen voor konden worden gevonden. Deze rechtspraak is in casu dus niet relevant, aangezien de Commissie naar het oordeel van het Gerecht rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat er sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging die tot doel had de mededinging te beperken.
- 148 Voorts heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest terecht geoordeeld, dat er geen sprake kan zijn van enige vorm van „price leadership” van een

producent, wanneer deze producent tezamen met anderen aan prijsoverleg heeft deelgenomen.

- 149 Uit het voorgaande volgt, dat het vijfde onderdeel van dit middel eveneens moet worden afgewezen.

De verplichting voor ondernemingen die tegen verlies moeten produceren, om zich loyaal jegens elkaar te gedragen

- 150 Met het zesde onderdeel van dit middel bekritiseert Monte de afwijzing door het Gerecht van het betoog, dat de verplichting om zich loyaal te gedragen voor de ondernemingen meebrengt, dat zij moeten proberen hun verliezen te beperken en geen „predatory pricing” mogen toepassen. De opvatting in punt 295 van het bestreden arrest, dat verkoop beneden de kostprijs een vorm van oneerlijke mededinging kan vormen, indien het er daarbij om gaat de concurrentiepositie van een onderneming te versterken ten nadele van de concurrerende ondernemingen, doch niet, wanneer dat het gevolg is van het spel van vraag en aanbod, is in casu niet van toepassing. Waar de ondernemingen elkaar van beschuldigden was, dat er meer nog dan nodig onder de kostprijs werd verkocht teneinde klanten te winnen en de concurrenten te dwingen de markt te verlaten. De pogingen om de prijzen te verhogen waren erop gericht de verliezen te beperken en de uiterst onrechtmatige oplossing van „predatory pricing” te vermijden. Monte heeft nooit gesteld, dat er een kartel bestond, zelfs niet een kartel met als enig doel een onderlinge oneerlijke concurrentie te verhinderen. Integendeel, zij heeft steeds gesteld, dat een door de economische context ingegeven gedrag niet het gevolg van onderlinge afstemming was of kon zijn, aangezien het het enige juridisch en economisch voor de hand liggende gedrag was.

- 151 Volgens de Commissie heeft Monte voor het Gerecht gesteld, dat een overeenkomst tussen ondernemingen die niet de toepassing van lagere prijzen dan de kostprijs beoogt, niet in strijd is met artikel 85 van het Verdrag, aangezien daarmee een vorm van oneerlijke concurrentie wordt uitgesloten. Ofschoon deze stelling dubbelzinnig is geformuleerd, kan niet worden betwist, dat zij naar voren is gebracht en dat het Gerecht in punt 295 van zijn arrest hierop heeft geantwoord. In hogere voorziening verwijt Monte het Gerecht slechts, dat het

aan het kartel de ene en niet de andere inhoud heeft gegeven, en stelt hierbij, dat de ondernemingen een prijs berekenden die verder onder de kostprijs lag dan noodzakelijk was, en daarom waren overeengekomen tegen een hogere prijs te verkopen, die echter nog steeds beneden de kostprijs lag. Dit argument is niet-ontvankelijk, aangezien het neerkomt op een heronderzoek van de feiten en in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigt. Voor het Gerecht heeft Monte immers niet gesproken van verkoop tegen een nog lagere prijs dan noodzakelijk was. Het middel is in elk geval ongegrond, aangezien het Gerecht terecht heeft geoordeeld, dat verkoop tegen een lagere prijs dan de kostprijs alleen dan als oneerlijke concurrentie kan worden aangemerkt, als dit door een onderneming met een machtspositie wordt toegepast teneinde de resterende concurrentie op de markt uit te schakelen.

- 152 Deze grief is, voor zover betrekking hebbend op de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen tegen een nog lagere prijs verkochten dan de prijs die uit het spel van vraag en aanbod voortvloeide, niet-ontvankelijk, aangezien zij tegen feitelijke oordelen van het Gerecht is gericht en tevens een nieuw middel vormt, dat in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht wijzigt.

De discriminerende toepassing van artikel 85 van het Verdrag uitsluitend ten gunste van de gebruikers

- 153 Het zevende middelonderdeel klaagt onder verwijzing naar de punten 132 en 237 van het bestreden arrest, dat het Gerecht artikel 85 van het Verdrag op discriminerende wijze heeft toegepast, namelijk uitsluitend ten gunste van de gebruikers, terwijl de vrijheid van de producenten beperkt was als gevolg van hun positie tussen de olieleveranciers, die misbruik van een machtspositie maakten, en de klanten, die contractueel sterker stonden. Monte betwist, dat de aankondiging van een kleine prijsverhoging aan iemand die, aangezien hij de markt in handen heeft, reeds weet dat hij die prijsverhoging kan weigeren, een ernstige verstoring van de mededinging vormt. Er is in dat geval sprake van een bescherming van de

mededinging uitsluitend ter bescherming van de belangen van de verbruikende industrieën ten nadele van anderen. Een dergelijke lezing van artikel 85 van het Verdrag is onverenigbaar met artikel 2 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 2 EG), dat de Gemeenschap opdraagt, een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit te bevorderen. Het is immers in strijd met elke ratio legis om na de verhoging van de olieprijs van normale vraag- en aanbodverhoudingen te spreken, terwijl de nadelige gevolgen alleen de polypropyleenproducenten hebben getroffen. Het is voorts in strijd met artikel 2 van het Verdrag, een economische sector te beletten, op te treden tegen de dominerende invloed van een andere sector.

154 De Commissie merkt ten gronde op, dat voor zover deze grief niet reeds wegens de algemene formulering ervan niet-ontvankelijkheid is, de opmerking volstaat, dat artikel 85 van het Verdrag van toepassing is op ondernemingen die mededingingbeperkende kartels sluiten, en dat, indien die kartels betrekking hebben op de verkoop, de kopers daarvan profiteren. De Commissie ziet niet in, waarin de discriminatie bestaat. Het Gerecht heeft in elk geval terecht geoordeeld, dat de situatie van de „kopersmarkt” niet inhield, dat artikel 85 van het Verdrag niet behoefde te worden geëerbiedigd.

155 Dienaangaande volstaat de vaststelling, dat, gelijk de Commissie terecht heeft opgemerkt, een beschikking betreffende mededingingbeperkende kartels tussen verkopers ten goede kan komen aan de kopers, zonder dat dit enige vorm van discriminatie meebrengt. Voorts is de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op dergelijke overeenkomsten niet reeds uitgesloten op grond van het feit dat de kopers zich op de markt in een gunstige situatie bevinden.

156 Mitsdien kan het zevende onderdeel van dit middel evenmin worden aanvaard.

Het verzuim om rekening te houden met de economische realiteit

- 157 Onder verwijzing naar de punten 143, 199 en 200 van het bestreden arrest stelt Monte in het achtste onderdeel van dit middel, dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de economische realiteit, aangezien het het argument betreffende de „kunstmatige vermindering van het aanbod en de invoering van een quotastelsel” heeft aanvaard. Zij herinnert eraan, dat de ondernemingen op 60 % van hun capaciteit en tegen verlies produceerden en alleen meer konden verkopen door hun verliezen te vergroten. De producenten moesten de voorwaarden van de kopers aanvaarden. Het bestaan van een quotastelsel is in casu niet alleen een niet-bewezen, maar eveneens een onmogelijk te realiseren inbreuk, aangezien alleen een onderneming die vrij is haar eigen productieniveau te kiezen, haar verkoopquotum kan beperken. Deze situatie kan zich echter niet voordoen, wanneer door de vergroting van het quotum als gevolg van steeds verder dalende prijzen de verliezen toenemen, terwijl omgekeerd bij een beperking van het quotum niet de prijzen, maar uitsluitend de verliezen stijgen als gevolg van de onderbenutting van de installaties.
- 158 Volgens de Commissie voert Monte in wezen dezelfde bezwaren aan als in het vierde onderdeel van dit middel. Die bezwaren zijn, als gericht tegen de vastgestelde feiten, niet-ontvankelijk en tevens ongegrond, aangezien de deelneming van Monte aan het kartel gebaseerd is op schriftelijk bewijsmateriaal.
- 159 Vastgesteld moet worden, dat dit onderdeel van het tweede middel in wezen dezelfde grieven omvat als die welke in het kader van het eerste en het vierde onderdeel zijn onderzocht. Het moet daarom om dezelfde redenen worden afgewezen.

Invoering van nieuwe inbreukbestanddelen: wilsovereenstemming en mededingingbeperkend doel

- 160 Onder verwijzing naar de punten 150, 201, 230 en 264 van het bestreden arrest stelt Monte in het negende onderdeel van dit middel, dat het Gerecht met de bevestiging van de stelling van de Commissie nieuwe inbreukbestanddelen heeft geïntroduceerd, met name de „wilsovereenstemming” en de „scopo anticoncorrenziale” (mededingingbeperkend doel). Het eerste is irrelevant, wanneer het niet het resultaat is van een overeenkomst of een onderling afgestemde gedraging. Met betrekking tot de „scopo anticoncorrenziale” stelt Monte, dat deze mogelijkheid leidt tot bestraffing van een op zich rechtmatige gedraging, die geen verboden gevolg heeft gehad, maar wellicht mededingingbeperkende doelstellingen (obiettivi) had. Dit komt erop neer, dat bedoelingen worden bestraft. Aangezien het Gerecht geen mededingingbeperkend doel (oggetto) of gevolg heeft vastgesteld, heeft het een derde mogelijkheid geïntroduceerd, waarbij artikel 85 van het Verdrag toepassing kan vinden, namelijk de „scopo anticoncorrenziale”.
- 161 Volgens de Commissie doelde het Gerecht met „wilsovereenstemming” op een fundamenteel aspect voor het bewijs van een overeenkomst in de zin van artikel 85 van het Verdrag. In de uitdrukking „scopo anticoncorrenziale” wordt in de Italiaanse tekst van het bestreden arrest een alternatieve term („scopo”) gebruikt om een gedraging te omschrijven die ertoe strekt, de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen. „Scopo” is dus synoniem voor „oggetto”. Het middel is daarom ongegrond.
- 162 Met betrekking tot de „wilsovereenstemming” moet worden opgemerkt, dat, gelijk uit het bestreden arrest duidelijk volgt, deze uitdrukking is gebruikt ter omschrijving van een gedraging die juridisch als overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan worden gekwalificeerd. Volgens de in punt 230 van het bestreden arrest aangehaalde rechtspraak van het Hof kan het bestaan van een dergelijke overeenkomst worden aangenomen, indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (zie met name reeds aangehaalde arresten ACF Chemiefarma/Commissie, punt 112, en Van Landewyck e.a./Commissie, punt 86). Het Gerecht heeft dus geen nieuwe inbreukvormen gecreëerd, maar heeft de uitdrukking „wilsovereenstemming” welbewust gebruikt om een gedraging aan te duiden die als overeenkomst kan worden aangemerkt.

- 163 Wat de uitdrukking „scopo anticoncorrenziale” betreft, deze is in punt 264 van het bestreden arrest als synoniem gebruikt voor „oggetto anticoncorrenziale”, hetgeen in overeenstemming is met het aan artikel 85, lid 1, van het Verdrag ten grondslag liggende begrip „doel”, zoals uit een vergelijking van de verschillende taalversies van deze bepaling volgt, en met name uit de Deense („formål”), de Duitse („bezwecken”), de Finse („tarkoituksena”), de Ierse („gcuaspóir”), de Nederlandse („strekken”), de Portugese („objectivo”) en de Zweedse versie („syfte”).
- 164 Deze grief moet daarom worden afgewezen.

De door de vakpers verspreide gegevens zijn ten onrechte als geheim aangemerkt

- 165 Met het tiende onderdeel van dit middel verwijt Monte het Gerecht, dat het in de punten 175 tot en met 177 van het bestreden arrest ten onrechte een geheim karakter heeft toegeschreven aan door de vakpers algemeen verspreide gegevens, zoals productiecijfers. Die „geheimen” waren voor iedereen vrij toegankelijk. De Commissie had moeten aantonen, dat de gegevens informeel en vóór de verspreiding in de pers waren verkregen, en zij had moeten uitleggen, dat kennis van die gegevens verstoringen van de mededinging tot gevolg had, hetgeen zij niet heeft gedaan.
- 166 Volgens de Commissie is dit middel om meerdere redenen niet-ontvankelijk. Het is onmogelijk te bepalen, welke gegevens Monte bedoelt of op welk gedeelte van het bestreden arrest haar kritiek zich richt, aangezien de vermelding van de punten 175 tot en met 177 daarvoor onvoldoende is. Bovendien stelt dit middel feitelijke vragen aan de orde, waarvan niet blijkt dat zij voor het Gerecht aan de orde zijn gesteld. Monte wil dus het voorwerp van het geding wijzigen, hetgeen in strijd is met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

- 167 Deze grief heeft betrekking op de feitelijke oordelen van het Gerecht en is derhalve niet-ontvankelijk.

Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer

- 168 Onder verwijzing naar de punten 253 en 254 van het bestreden arrest merkt Monte in het kader van het elfde onderdeel van dit middel op, dat het handelsverkeer helemaal niet ongunstig is beïnvloed, aangezien een onderneming, wilde zij op de markt blijven, niets anders had kunnen doen dan zes jaar tegen verlies te blijven verkopen. Indien Monte haar bedrijf had beëindigd, zouden de handelstromen daardoor weliswaar zijn gewijzigd, maar had dit geen enkele zin gehad.
- 169 Volgens de Commissie bevat dit onderdeel van het middel geen enkele kritiek op de redenering van het Gerecht. Het komt erop neer, dat het Gerecht een andere beslissing had moeten nemen. Het is daarom niet-ontvankelijk conform het arrest Eppe/Commissie (reeds aangehaald), alsmede de beschikkingen Kupka-Floridi/Economisch en Sociaal Comité en De Hoe/Commissie (reeds aangehaald).
- 170 Vastgesteld moet worden, dat deze grief op een verkeerde opvatting van het begrip ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten berust. Volgens vaste rechtspraak is aan deze voorwaarde voldaan, wanneer op basis van een geheel van feitelijke of juridische omstandigheden met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden verwacht, dat het geconstateerde kartel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden (zie in die zin met name arrest van 10 juli 1980, Lancôme, 99/79, Jurispr. blz. 2511, punt 23).
- 171 Het Gerecht is dus niet van een verkeerde rechtsopvatting uitgegaan, zodat de laatste grief eveneens moet worden afgewezen. Het tweede middel moet dus in zijn geheel worden afgewezen.

De schendingen van het gemeenschapsrecht bij de vaststelling van de door het Gerecht te beoordelen feiten

- 172 Onder verwijzing naar de punten 82, 86, 89, 129, 144, 146 en 149 van het bestreden arrest stelt Monte in het kader van het derde middel, dat het Gerecht bij de vaststelling van de feiten de bewijslast heeft omgedraaid, de beginselen van het vermoeden van onschuld en het persoonlijke karakter van de schuld heeft geschonden, aan Monte niet-bestaande bekentenissen heeft toegeschreven, zonder bewijs heeft gesteld, dat de producenten een gemeenschappelijk plan waren overeengekomen, en ten onrechte het argument heeft afgewezen, dat het terrorisme van de „rode brigades” een van de factoren was die het gedrag van Monte hadden bepaald.
- 173 Het Gerecht heeft ten onrechte geoordeeld, dat Monte haar deelneming aan de periodieke bijeenkomsten van producenten niet had betwist en dat men er dus van diende uit te gaan, dat zij aan alle bijeenkomsten had deelgenomen. Eveneens ten onrechte heeft het Gerecht hieraan toegevoegd, dat het aan Monte stond, een andere verklaring te geven voor de inhoud van de bijeenkomsten waaraan zij had deelgenomen. Het Gerecht heeft hiermee de bewijslast omgekeerd en een vermoeden van schuld geïntroduceerd, daar voor het Gerecht deelneming aan een bijeenkomst gelijkstaat met het instemmen met alle initiatieven die op die bijeenkomsten genomen zouden zijn. De onschuldige dient dus het bewijs van zijn onschuld te leveren. Volgens een aan alle geciviliseerde rechtsorden gemeen beginsel mag de rechter een vermeende bekentenis niet gebruiken door daaruit uitsluitend gegevens ten gunste van de aanklacht af te leiden. Het is onrechtmatig, uitsluitend de erkenning in aanmerking te nemen, dat die bijeenkomsten hebben plaatsgevonden, en aan die bijeenkomsten een inhoud te geven die Monte steeds heeft ontkend. Monte heeft aangetoond, dat het vermeende stelsel van „account leadership” bij een groot aantal van haar zogenoemde preferente klanten niet had gefunctioneerd, zonder dat de Commissie erin was geslaagd aan te tonen, dat het op andere klanten was toegepast. Monte heeft eveneens aangetoond, dat haar prijzen zich zelfstandig hadden ontwikkeld, zowel ten opzichte van de prijzen van haar prijslijst als ten opzichte van de vermeende richtprijzen en de door de vakpers aangegeven prijzen. Ook heeft het Gerecht haar verweten, de door haar personeelsleden opgestelde verslagen van de bijeenkomsten niet te hebben overgelegd, zonder dat het ook maar enige indicatie voor het bestaan ervan had.
- 174 De Commissie stelt, dat toen de deelneming van Monte aan de bijeenkomsten eenmaal was vastgesteld en men over de bij ICI aangetroffen verslagen van de

bijeenkomsten beschikte, het aan Monte stond om een andere verklaring voor de inhoud van die bijeenkomsten te geven. Het betreft hier de toepassing van elementaire regels op het gebied van de bewijslast. Met betrekking tot de verslagen van het personeel van Monte stelt de Commissie vast, dat het Gerecht het bestaan ervan niet heeft bevestigd, maar ze heeft genoemd als voorbeeld van gegevens waarop Monte zich had moeten beroepen om haar deelneming aan de bijeenkomsten te rechtvaardigen. Monte lijkt te willen beweren, dat zij aan geen enkel — zelfs geen rechtmatig — kartel heeft deelgenomen, hoewel die deelneming uit het bewijsmateriaal blijkt. Met betrekking tot het systeem van „account leadership” heeft het Gerecht uit het beschikbare bewijsmateriaal terecht de deelneming van Monte afgeleid. Monte vergeet, dat de conclusie van het Gerecht het bestaan van de overeenkomst en niet de uitvoering ervan betreft, en op een aantal bewijzen is gebaseerd. Het eventuele mislukken van de overeenkomst in de praktijk was in geen geval voldoende om de andere bewijzen voor het bestaan ervan te neutraliseren. Het middel is daarom ongegrond.

- 175 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden erkend, dat het beginsel van het vermoeden van onschuld zoals dat met name voortvloeit uit artikel 6, lid 2, EVRM, deel uitmaakt van de fundamentele rechten die volgens de vaste rechtspraak van het Hof, aangehaald in punt 137 van dit arrest en overigens bevestigd in de preambule van de Europese Akte en in artikel F, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, in de communautaire rechtsorde worden beschermd.
- 176 Voorts moet worden erkend, dat, gelet op de aard van de betrokken inbreuken alsmede op de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties, het beginsel van het vermoeden van onschuld van toepassing is op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels, die tot het opleggen van geldboetes of dwangsommen kunnen leiden (zie in die zin met name Europees Hof voor de rechten van de mens, arresten Öztürk van 21 februari 1984, serie A, nr. 73, en Lutz van 25 augustus 1987, serie A, nr. 123-A).
- 177 Met betrekking tot de gegrondheid van de grieven van Monte moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat zij voor het Gerecht haar deelneming aan de in de polypropyleenbeschikking genoemde bijeenkomsten niet heeft betwist, doch heeft gesteld, dat die bijeenkomsten niet de in die beschikking omschreven aard en draagwijdte hadden.

- 178 In die omstandigheden heeft het Gerecht terecht en zonder miskennen van de strekking van de verklaringen van Monte kunnen oordelen, dat zij haar deelneming aan de betrokken bijeenkomsten in feite niet betwistte.
- 179 In de tweede plaats moet eraan worden herinnerd, dat het in geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen (arrest Baustahlgewebe/Commissie, reeds aangehaald, punt 58).
- 180 Anders dan door Monte gesteld, heeft het Gerecht het mededingingbeperkende karakter van de betrokken bijeenkomsten niet uit vermoedens, doch uit de in de punten 83 tot en met 85 van het bestreden arrest genoemde bewijzen afgeleid. Zijn beoordeling hiervan kan in hogere voorziening niet worden getoetst.
- 181 Daar de Commissie volgens het Gerecht was geslaagd in het bewijs, dat Monte had deelgenomen aan bijeenkomsten van ondernemingen met een duidelijk mededingingbeperkend karakter, heeft het terecht geoordeeld, dat het aan Monte was een andere verklaring voor de inhoud van die bijeenkomsten te geven. Bijgevolg is er geen sprake van een ongeoorloofde omkering van de bewijslast of van een schending van het vermoeden van onschuld door het Gerecht.
- 182 Gelijk de Commissie terecht heeft opgemerkt, moet de verwijzing in punt 86 van het bestreden arrest naar de notities die de personeelsleden van Monte tijdens die bijeenkomsten hadden gemaakt, louter als voorbeeld worden opgevat van het bewijs waarop Monte zich voor haar stellingen over de aard en het doel van die bijeenkomsten had kunnen beroepen, zodat het Gerecht met betrekking tot het bestaan van die notities geen enkel vermoeden heeft geuit.

- 183 Voor zover Monte in de derde plaats de vaststellingen in de punten 145 tot en met 148 van het bestreden arrest wil bestrijden, die haar deelneming aan het systeem van het „account leadership” en de althans gedeeltelijke uitvoering van dit systeem betreffen, heeft haar grief betrekking op de bewijswaardering door het Gerecht en kan derhalve in hogere voorziening niet worden onderzocht.
- 184 In de vierde plaats heeft het Gerecht het argument van Monte inzake chantage door de „rode brigades” terecht als voor het eerst in repliek aangevoerd nieuw middel niet-ontvankelijk geacht krachtens artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Het Gerecht heeft immers vastgesteld, dat dit middel niet gebaseerd was op een feit waarvan eerst in de loop van de behandeling was gebleken, maar dat zich reeds in 1981, lang voor het begin van de procedure, had voorgedaan.

De verjaring

- 185 Onder verwijzing naar de punten 236, 237 en 336 van het bestreden arrest verwijt Monte het Gerecht schending van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 2988/74 inzake de verjaring, alsmede van de bewijslast betreffende het voortduren van de gedraging, relevant vanuit verjaringsoogpunt. Gelijk rechter Vesterdorf, die voor het Gerecht als advocaat-generaal is aangewezen, heeft erkend, bestaat er geen bewijs voor het voortduren van de gedraging tussen 1977 en 1983. Dit betekent dus, dat inbreuken ouder dan vijf jaar gerekend vanaf de ingebrekestelling, zijn verjaard. Deze verjaring kan niet worden geschorst door handelingen gericht tot andere ondernemingen, wanneer in dat opzicht geen medeplichtigheid is bewezen. Deze medeplichtigheid kan niet bestaan in een simpele deelneming aan de bijeenkomsten.
- 186 In repliek voegt Monte hieraan toe, dat het Gerecht op grond van deze verordening zijn motivering voor de verwerping van de exceptie van verjaring had moeten baseren op het voortduren van de inbreuk en op de deelneming van Monte aan dat voortduren. Volgens het bestreden arrest was het enige gemeen-

schappelijke aspect van alle gewraakte gedragingen, dat zij hetzelfde economische doel hadden, namelijk het verstoren van de normale prijsontwikkeling op de polypropyleenmarkt, hetgeen op zich een voortdurende gedraging vormde. Het enige gemeenschappelijke element van de gedraging was voor het Gerecht dus „het verstoren van de normale prijsontwikkeling”. Een markt met de reeds omschreven kenmerken kan echter niet als „normaal” worden aangemerkt, zodat de pogingen om de verliezen te beperken niet het enige gemeenschappelijke doel van de gedragingen van de ondernemingen konden vormen. Bovendien heeft het Gerecht geen enkele omstandigheid genoemd, op grond waarvan de gedraging van Monte als voortdurend of voortgezet kan worden aangemerkt. Ten slotte had het Gerecht het aantal bijeenkomsten waaraan Monte had deelgenomen en ook de periode waarin zij daaraan had deelgenomen, moeten preciseren; bij gebreke van dien is de toepassing van de verjaringsregel die voor meervoudige voortdurende of voortgezette inbreuken geldt, niet naar behoren gemotiveerd.

187 Volgens de Commissie is dit middel om verschillende redenen niet-ontvankelijk. Om te beginnen is de redenering van Monte en de tegen het bestreden arrest aangevoerde kritiek onbegrijpelijk. Terwijl het Gerecht de feiten als een enkele inbreuk heeft gekwalificeerd door het verband tussen de verschillende gedragingen van de ondernemingen te benadrukken, wordt in het kader van dit middel over schending van de bewijslast inzake het voortduren van de gedraging geklaagd, wordt vervolgens verwezen naar de conclusie van de advocaat-generaal en wordt ten slotte uitgesloten, dat handelingen gericht tot andere ondernemingen de verjaring kunnen schorsen. De Commissie herinnert er in dit verband aan, dat een op een verwijzing gebaseerd betoog niet-ontvankelijk is. Voor zover het middel betrekking heeft op de kwalificatie van de feiten als één enkele inbreuk, gaat het om een feitelijke vraag, die buiten de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening valt.

188 Volgens de Commissie heeft Monte voor het eerst in repliek betoogd, dat het Gerecht, om de verjaring uit te sluiten, een beroep had moeten doen op het begrip „voortdurende gedraging”. Ter zake van de ontvankelijkheid van deze argumenten refereert de Commissie zich aan het oordeel van het Hof.

189 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat, anders dan door Monte gesteld, het Gerecht in punt 202 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, dat de Commissie al hetgeen zij Monte in de bestreden handeling ten laste had gelegd,

rehtens genoegzaam heeft bewezen. Uit het bestreden arrest volgt niet, dat de verschillende aan Monte verweten gedragingen op enig moment onderbroken zijn geweest.

190 Het Hof is in hogere voorziening echter niet bevoegd, de juistheid van deze feitelijke beoordeling te toetsen.

191 Het Gerecht heeft vervolgens in de punten 230, 231 en 235 van het bestreden arrest vastgesteld, dat Monte tussen 1977 en september 1983 had deelgenomen aan als overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen gekwalificeerde activiteiten die, in het geval van de overeenkomsten, tot november 1983 effect hadden gesorteerd. In de punten 236 en 237 oordeelde het, dat die overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, aangezien zij alle hetzelfde doel hadden, stelsels van regelmatige bijeenkomsten en vaststelling van richtprijzen en quota vormden, die op hun beurt pasten in het kader van een aantal door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel, te weten het verstoren van de normale prijsontwikkeling. Volgens het Gerecht zou het gekunsteld zijn, deze voortgezette gedraging, die werd gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen, terwijl het om één enkele inbreuk ging, waaraan geleidelijk gestalte was gegeven door zowel overeenkomsten als onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

192 De enige kritiek van Monte hiertegen is, dat het economische doel dat de inspanningen van de betrokken ondernemingen gemeen zouden hebben gehad en dat het Gerecht als het „verstoren van de normale prijsontwikkeling” heeft omschreven, in het geval van de polypropyleenmarkt, die niet als normaal kon worden aangemerkt, zinloos was.

193 Deze klacht faalt, aangezien de uitdrukking „normale prijsontwikkeling” doelt op de ontwikkeling die de prijzen zouden hebben gevolgd zonder de gewraakte mededingingbeperkende gedragingen. De omstandigheid dat de polypropyleenmarkt zich destijds in een niet als normaal aan te merken onevenwichtige situatie bevond, is derhalve irrelevant.

- 194 Ten slotte oordeelde het Gerecht in punt 331, dat Monte vanaf het ogenblik — midden 1977 — waarop de bodemprijsovereenkomst was gesloten, tot november 1983 aan één enkele voortgezette inbreuk heeft deelgenomen (in de Italiaanse versie, de procestaal: „un’infrazione unica e continuata”).
- 195 Dienaangaande volstaat de vaststelling, dat het begrip voortgezette inbreuk in de rechtsorden van de verschillende lidstaten weliswaar een enigszins verschillende inhoud heeft, doch dat het in elk geval een veelheid van onrechtmatige gedragingen of handelingen ter uitvoering van één enkele inbreuk omvat, die één gemeenschappelijk subjectief element hebben.
- 196 Bijgevolg heeft het Gerecht terecht geoordeeld, dat activiteiten die deel uitmaken van stelsels en één enkele doelstelling hadden, een voortgezette inbreuk op de bepalingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormden, zodat de verjaringstermijn van vijf jaar van artikel 1 van verordening nr. 2988/74 pas kon ingaan op de dag waarop de inbreuk was beëindigd, welke dag volgens de vaststellingen van het Gerecht in november 1983 moest worden gesitueerd.
- 197 Onder deze omstandigheden behoeven de grieven betreffende de schorsing van de verjaring niet te worden onderzocht en moet worden geconcludeerd, dat het Gerecht niet van een verkeerde rechtsopvatting is uitgegaan door te oordelen, dat Monte zich niet op verjaring van de geldboetes kon beroepen.
- 198 Het vierde middel moet daarom eveneens worden afgewezen.

De bepaling van de geldboete

- 199 Met haar als subsidiair aangemerkte vijfde middel klaagt Monte in verband met de punten 70, 374, 379 en 385 van het bestreden arrest, dat het Gerecht de vermeende inaanmerkingneming van rechtvaardigingsgronden door de Commissie bij de berekening van de geldboete niet heeft gemotiveerd, dat het een niet-aangemeld kartel of gedraging ten onrechte gelijk heeft gesteld met uiterst onrechtmatige gedragingen en dat het de weigering om het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete aanzienlijk te verlagen, niet heeft gemotiveerd. Een inbreuk die voor de markt geen gevolgen heeft gehad, is zonder meer minder ernstig dan een inbreuk die wel gevolgen heeft gehad. Een geldboete heeft niet alleen een afschrikkende functie, maar dient eveneens een evenwichtige mededingingssituatie te herstellen door van de onderneming die voor de inbreuk verantwoordelijk is, een financieel offer te verlangen dat in verhouding staat tot, met name, de voordelen die zij door haar onwettige gedraging heeft genoten. Wanneer een inbreuk wordt vastgesteld en er geen bewijs is van de concrete toepassing van de vermeende kartels en ook geen gegevens die aantonen dat de verantwoordelijke ondernemingen voordeel hebben genoten, dan moet bij de berekening van de geldboete bijzonder voorzichtig te werk worden gegaan, aangezien de boete in dat geval een louter afschrikkende functie heeft. Het Gerecht heeft bij de beoordeling van het evenredige karakter van de geldboete ten onrechte geen rekening gehouden met die factoren.
- 200 Volgens Monte valt moeilijk in te zien, hoe het Gerecht de juistheid van de geldboete heeft kunnen beoordelen zonder de logischerwijs daaraan voorafgaande vraag te beantwoorden, hoe ernstig de schending van artikel 85 van het Verdrag was. Bij de beoordeling van de beperkende gevolgen van een kartel had de Commissie rekening moeten houden met de bijzondere situatie van de markt, die door de kopers werd gedomineerd. Voorts diende zij bij het onderzoek naar de mogelijkheid om een geldboete op te leggen en bij de berekening van de hoogte ervan, het specifieke aandeel van elke onderneming in het ontstaan van die gevolgen te betrekken. Aangezien artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 een repressieve bepaling is, kan zij niet worden toegepast zonder de individuele verantwoordelijkheid van de aangeklaagde persoon met zekerheid vast te stellen.
- 201 Door in te stemmen met het argument van de Commissie, dat niet behoefde te worden onderzocht, of de vermeende kartels krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag konden worden vrijgesteld, heeft het Gerecht eraan voorbijgezien, dat dit

onderzoek hoe dan ook noodzakelijk was, in ieder geval om de hoogte van de geldboete te bepalen. Een kartel dat op zich voor vrijstelling in aanmerking komt, kan niet op dezelfde manier worden bestraft als een kartel dat daarvoor niet in aanmerking komt. Het Gerecht had dit motiveringsgebrek in de polypropyleen-beschikking moeten opmerken.

- 202 Het Gerecht lijkt evenmin geheel rekening te hebben gehouden met het middel betreffende het opzettelijke karakter van de inbreuk. Het subjectieve element van de inbreuk is een noodzakelijke voorwaarde om de geldboete te kunnen opleggen en niet alleen een verzwarende omstandigheid, zoals de Commissie meent. Het Gerecht heeft dit aspect van het betrokken middel niet onderzocht. Na de conclusie te hebben getrokken, dat Monte opzettelijk had gehandeld, had het Gerecht nog moeten onderzoeken, of dit een verzwarende omstandigheid opleverde die een verzwaring van de sanctie kon meebrengen. De vaststelling van het opzettelijke karakter van de inbreuk is een belangrijke factor voor de beoordeling van de intrinsieke zwaarte van de schending en bijgevolg voor de bepaling van de geldboete. Het feit dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met deze factor, levert dus een motiveringsgebrek op.
- 203 De Commissie stelt om te beginnen, dat de punten waarnaar Monte verwijst, niet echt belangrijk zijn, terwijl geen enkel argument tegen de punten 365 tot en met 374 is gericht, waarin het Gerecht uitvoerig ingaat op het probleem van de gevolgen. Belangrijk is eveneens punt 386, waaruit in verband met punt 385 (het enige door Monte aangehaalde punt) blijkt, dat het Gerecht heeft ingestemd met zowel de lijst van omstandigheden waarmee de Commissie rekening had gehouden, daaronder begrepen de verzachtende omstandigheid, dat de prijs-initiatieven in het algemeen niet volledig hun doel hadden bereikt, als met de hoogte van de met inaanmerkingneming van die omstandigheden vastgestelde geldboete.
- 204 Voorts oordeelde het Gerecht in punt 254, dat voor het bewijs van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten rekening moest worden gehouden met de gevolgen van het kartel, niet met die welke aan de deelneming van elke onderneming konden worden toegeschreven. Het betreft hier de toetsing van een van de voorwaarden van de inbreuk. Deze redenering van het Gerecht

bewijst echter geenszins, dat de individuele verantwoordelijkheid van de onderneming bij de bepaling van de geldboete niet op de juiste wijze in aanmerking is genomen.

205 Ten slotte stelt de Commissie met betrekking tot de argumenten, dat geen rekening is gehouden met de vrijstellingsmogelijkheid op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag en dat niet is beoordeeld, of het opzettelijke karakter van de inbreuk een verzwarende omstandigheid kon vormen, dat die argumenten niet voor het Gerecht zijn aangevoerd en dientengevolge krachtens artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet-ontvankelijk zijn. Het Gerecht heeft in elk geval herhaaldelijk de bijzondere ernst van de inbreuk beklemtoond, zodat de vraag van een mogelijke vrijstelling niet is gerezen.

206 In de eerste plaats heeft het Gerecht geoordeeld, gelijk uit de punten 369, 371 en 372 van het bestreden arrest uitdrukkelijk volgt, dat de Commissie terecht rekening had gehouden met het beperkte karakter van de gevolgen van de inbreuk voor de ontwikkeling van de aan de verschillende afnemers in rekening gebrachte prijzen. De door Monte daartegen aangevoerde grief is dus ongegrond.

207 Voorts is het weliswaar vaste rechtspraak, dat ingeval een inbreuk door meerdere ondernemingen is gepleegd, het relatieve gewicht van de deelneming van elk van hen moet worden onderzocht (zie in die zin arrest Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 623), doch het Gerecht heeft in punt 361 van het bestreden arrest geoordeeld, dat de Commissie de rol van Monte bij de inbreuk correct had vastgesteld en zij zich bij de berekening van de aan Monte op te leggen geldboete terecht op die rol had gebaseerd. Het Gerecht kan in dat opzicht dus geen rechtsdwaling worden verweten.

208 In de derde plaats is de grief betreffende de toetsing van de vrijstellingsmogelijkheid voor het kartel krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag niet-ontvankelijk,

aangezien dit een nieuw middel betreft waardoor in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof het voorwerp van het geding voor het Gerecht wordt gewijzigd.

- 209 In de vierde en laatste plaats blijkt uit punt 362 van het bestreden arrest, dat naar het oordeel van het Gerecht uit de intrinsieke zwaarte van de vastgestelde feiten bleek, dat Monte niet uit onvoorzichtigheid of onachtzaamheid, maar opzettelijk had gehandeld. Het is dus duidelijk, dat het Gerecht bij zijn oordeel over de aan Monte opgelegde geldboete het opzettelijke karakter van de inbreuk als verzwarende omstandigheid heeft beschouwd, zodat de door Monte geuite kritiek grondslag mist.
- 210 Mitsdien moet het vijfde middel eveneens worden afgewezen.
- 211 Uit het voorgaande volgt, dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

Kosten

- 212 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Daar Monte in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen. DSM zal haar eigen kosten dragen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

- 1) Wijst de hogere voorziening af.
- 2) Verwijst Montecatini SpA in de kosten.
- 3) Verstaat dat DSM NV haar eigen kosten zal dragen.

Kapteyn

Hirsch

Mancini

Murray

Ragnemalm

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 8 juli 1999.

De griffier

De president van de Zesde kamer

R. Grass

P. J. G. Kapteyn