CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 11 februari 2003 [1]

Inhoud

I — De feiten ..... I - 173

II — De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest ..... I - 175

III — De procedure voor het Hof ..... I - 178

IV — De hogere voorziening ..... I - 178

1. De toegang tot het dossier en de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang ..... I - 179

A — Het standpunt van partijen ..... I - 179

1) Het eerste middel (gedeeltelijk) ..... I - 179

2) Het tweede middel ..... I - 180

3) Het derde middel ..... I - 180

a) Vierde onderdeel ..... I - 180

b) Vijfde onderdeel ..... I - 181

4) Vierde middel, achtste onderdeel ..... I - 181

B — De bevoegdheid van het Gerecht tot het gelasten van maatregelen tot organisatie van de procesgang ..... I - 181

C — Geen ontoelaatbare omkering van de bewijslast ..... I - 187

D — Adequaatheid van de motivering inzake de arresten Solvay/Commissie en ICI/Commissie ..... I - 190

2. Een specifiek document dat niet toegankelijk was tijdens de administratieve procedure: de nota van Toscano (eerste middel — gedeeltelijk — en achtste onderdeel van het derde middel) ..... I - 190

A — Het standpunt van partijen ..... I - 190

B — Een louter meningsverschil over de feiten ..... I - 191

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

3. De beoordeling van de relevantie van een aantal bewijsstukken ..... I- 191

A — De verklaring van Kalogeropoulos (zesde onderdeel van het derde middel en eerste onderdeel van het vierde middel) ..... I- 191

1) Het standpunt van partijen ..... I- 191

2) Nogmaals louter een bewijswaardering ..... I- 192

3) Dit middel is ongegrond ..... I- 193

4) Een toereikende motivering ..... I- 193

B — De nota's van Blue Circle en meer over de verklaring van Kalogeropoulos (zevende onderdeel van het derde middel en vijfde onderdeel van het vierde middel) ..... I- 194

1) Het standpunt van partijen ..... I- 194

2) Een middel dat ontvankelijk is... ..... I- 195

3) ... maar ongegrond ..... I- 195

4) Een voldoende gemotiveerd antwoord ..... I- 196

C — De convocatie voor de vergadering van 14 januari 1983 — Braz de Oliveira (zesde onderdeel van het vierde middel) ..... I- 197

1) Het standpunt van partijen ..... I- 197

2) Nog een niet-ontvankelijke en ongegronde grief ..... I- 197

4. De geldboete ..... I- 198

A — Dertiende onderdeel van het derde middel ..... I- 198

B — Vierde onderdeel van het vierde middel ..... I- 199

C — Veertiende onderdeel, derde argument, van het derde middel ..... I- 199

D — De door de Commissie voor de oplegging van de geldboeten gehanteerde criteria ..... I- 200

E — Eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel ..... I- 204

V — Kosten ..... I- 207

VI — Conclusie ..... I- 207

1. Irish Cement Ltd (hierna: „Irish") heeft hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van de Vierde kamer — uitgebreid van het Gerecht van eerste aanleg van 15 maart 2000 in de zaak die bekend staat onder de naam Cimenteries CBR e.a./Commissie. [2]

I — De feiten

2. Voor de hogere voorziening zijn de volgende feiten relevant, zoals deze blijken uit het bestreden arrest:

— Van april 1989 tot en met juli 1990 hebben de diensten van de Commissie bij Europese cementproducenten en bedrijfstakorganisaties uit hoofde van artikel 14, leden 2 en 3, 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 [3], bepaalde verificaties verricht. Op grond hiervan heeft de Commissie op 12 november 1991 besloten een administratieve procedure [4] in te leiden tegen een aantal ondernemingen, waaronder Irish. [5]

— Op 25 november 1991 heeft de Commissie aan de 76 betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen punten van bezwaar meegedeeld. Irish heeft de gelegenheid gehad schriftelijke opmerkingen in te dienen over deze punten van bezwaar. Tevens heeft zij mondelinge opmerkingen kunnen indienen op hoorzittingen, die gehouden zijn van 1 maart tot en met 1 april 1993. [6]

— De tekst van de punten van bezwaar, die in één enkel document is opgenomen, is niet integraal aan alle bij de procedure betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen toegezonden. Aan elke adressaat van de punten van bezwaar werden de volledige inhoudsopgave ervan en een lijst van alle stukken toegezonden, waarin was vermeld welke stukken hij kon inzien. Sommige ondernemingen en ondernemersverenigingen hebben de Commissie verzocht om hun alsnog de ontbrekende hoofdstukken van de punten van bezwaar te doen toekomen en hun toegang te verlenen tot alle stukken van het dossier, met uitzondering van interne of vertrouwelijke documenten. De Commissie heeft geweigerd dit verzoek in te willigen. [7]

— In beschikking 94/815/EG van 30 november 1994 [8] (hierna: „beschikking") heeft de Commissie Irish een

2 — T-25/95, T-26/95, T-30/95—T-32/95, T-34/95—T-39/95, T-42/95—T-46/95, T-48/95, T-50/95—T-65/95, T-68/95—T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491; hierna: „bestreden arrest".

3 — PB 1962, 13, blz. 204.

4 — Zaak IV/33.126 en 33.322 — Cement.

5 — Punten 2 en 3 van het bestreden arrest.

6 — Punten 3, 9 en 12 van het bestreden arrest.

7 — Punten 4-6 van het bestreden arrest.

8 — PB L 343, blz. 1.

aantal mededingingsverstorende praktijken verweten, die inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG)[9], te weten haar deelneming

1) vanaf 14 januari 1983, aan een overeenkomst genaamd „Cembureau-overeenkomst", die ertoe strekte de thuismarkten te eerbiedigen en het overbrengen van cement van het ene naar het andere land aan een regeling te onderwerpen (artikel 1).

2) van 14 januari 1983 tot en met 14 april 1986, aan overeenkomsten inzake uitwisseling van informatie over de prijzen, met als oogmerk de uitvoering van de in artikel 1 van de beschikking bedoelde overeenkomst te vergemakkelijken (artikel 2, lid 1). De in casu bedoelde overeenkomsten waren gesloten tijdens de vergaderingen van de delegatiehoofden en van het uitvoerend comité van Cembureau — Association européenne du Ciment (hierna: „Cembureau").

3) van 1 januari 1984 tot en met 31 december 1988, met hetzelfde doel, aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot:

a) de informatie-uitwisseling betreffende de minimumprijzen voor cementleveringen per vrachtwagen van de Belgische en de Nederlandse producenten en betreffende de prijzen, kortingen inbegrepen, van de Luxemburgse producent;

b) de informatie-uitwisseling betreffende de individuele schalen voor de prijzen van de Deense en de Ierse producenten, betreffende de voor de bedrijfstak in Griekenland, Italië en Portugal geldende schalen en betreffende de gemiddelden van de in Duitsland, Frankrijk, Spanje en in het Verenigd Koninkrijk toegepaste prijzen (artikel 2, lid 2).

4) vanaf 28 mei 1986, aan een overeenkomst tot de oprichting van Cembureau Task Force of European Task Force (artikel 4, lid 1).

5) van 17 juni 1986 tot en met 15 maart 1987, aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen met als oogmerk aan de Griekse producenten en aan Titan Cement Company S.A. in het bijzonder, hun Italiaanse cliënt Calcestruzzi te onttrekken (artikel 4, lid 3, sub a).

9 — Punt 22 van het bestreden arrest.

6) van 14 maart 1984 tot en met 22 september 1989, in het kader van het „European Cement Export Committee", aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen inzake de uitwisseling van gegevens, de vraag-en-aanbodsituaties in invoerende derde landen, de bij de uitvoer te hanteren prijzen, de invoersituatie in de leden-landen en de vraag-en-aanbodsituatie op de thuismarkten met het oogmerk binnendringen van concurrenten op de respectieve thuismarkten in de Gemeenschap te voorkomen (artikel 5).

— De Commissie heeft Irish gelast de bovengenoemde inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan voor de markten van „grijs" en van „wit" cement te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde gedraging (artikel 8). Zij heeft Irish tevens een geldboete opgelegd van 3 524 000 ECU, te betalen binnen drie maanden vanaf de kennisgeving van de beschikking, over welk bedrag na het verstrijken van de genoemde termijn van rechtswege rente verschuldigd was (artikelen 9 en 11).

3. Irish was het niet eens met de beschikking van de Commissie en heeft daarom beroep ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg.

II — De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

4. In haar verzoekschrift heeft Irish nietigverklaring van de beschikking gevorderd en intrekking van de bij de beschikking opgelegde geldboete, of althans verlaging van het bedrag van de geldboete. Zij heeft het Gerecht verzocht de Commissie in elk geval in de kosten te verwijzen.

5. Bij besluit dat tussen 19 januari en 2 februari 1996 aan de partijen in elke zaak is betekend, heeft het Gerecht de Commissie verzocht een aantal stukken over te leggen. De Commissie heeft daaraan op 29 februari 1996 voldaan en heeft overgelegd [10]:

1) de mededeling van de punten van bezwaar zoals die is betekend aan de beschuldigde ondernemingen, naderhand verzoeksters;

2) het proces-verbaal van de hoorzitting met elk van hen;

3) de lijst van de stukken van de dossiers;

10 — Zie punt 163 van het bestreden arrest, junctis de punten 5 en 95.

4) de dozen met de documenten waarop de Commissie de feitelijke constateringen heeft gebaseerd die zij in de mededeling van de punten van bezwaar had opgenomen, en

5) de in de administratieve procedure gevoerde briefwisseling tussen de instelling en de verzoekende partijen.

6. Het Gerecht heeft nog twee besluiten genomen; het eerste daarvan is op 2 oktober 1996 betekend, het tweede op 18 en 19 juni 1997. Bij deze besluiten heeft het Gerecht alle maatregelen gelast die noodzakelijk waren om de verzoeksters alle originele documenten van het dossier te kunnen laten inzien, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen of andere vertrouwelijke informatie bevatten, en met uitzondering van interne documenten van de Commissie. [11]

7. Na de verzoekende ondernemingen en ondernemersverenigingen toegang tot het gehele dossier te hebben verleend, heeft het Gerecht hen uitgenodigd een memorie in te dienen, waarin uitsluitend nauwkeurig de stukken mochten worden aangegeven waartoe zij geen toegang hadden gehad tijdens de administratieve procedure en die hun verweer hadden kunnen beïnvloeden, en waarin kort moest worden uiteengezet waarom de administratieve procedure een andere afloop had kunnen hebben als zij die stukken wel hadden kunnen inzien. Het Gerecht heeft hen tevens verzocht een kopie van elk becommentarieerd stuk aan hun eventuele memorie te hechten. Alle betrokken verzoekende partijen, op één na [12], hebben opmerkingen ingediend na raadpleging van het dossier van de Commissie. De Commissie heeft in elk van die zaken een memorie van antwoord ingediend. [13]

8. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep van Irish gedeeltelijk toegewezen en als volgt uitspraak gedaan. Het Gerecht:

„— verklaart artikel 1 van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk na 31 december 1988 in aanmerking wordt genomen;

— verklaart artikel 2, lid 1, van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin wordt vastgesteld dat tijdens de vergadering van het uitvoerend comité van Cembureau — Association européenne du ciment overeenkomsten tot uitwisseling van informatie over de prijzen tot stand zijn gekomen, en voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk na 19 maart 1984 in aanmerking wordt genomen;

11 — Zie punten 164-168 van het bestreden arrest.

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — Punten 169 en 170 van het bestreden arrest.

— verklaart artikel 2, lid 2, van beschikking 94/815 nietig ten aanzien van verzoekster, voorzover daarin wordt vastgesteld dat de periodieke uitwisseling van informatie tussen Cembureau — Association européenne du ciment en haar leden, wat de Belgische en de Nederlandse prijzen betreft, betrekking had op de minimumprijzen per vrachtwagen van de producenten uit die twee landen en, wat Luxemburg betreft, op de prijzen, kortingen inbegrepen, van de producent uit dat land;

— verklaart artikel 4, lid 1, van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk vóór 9 september 1986 en na 31 mei 1987 in aanmerking wordt genomen;

— verklaart artikel 4, lid 3, sub a, van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk vóór 9 september 1986 in aanmerking wordt genomen;

— verklaart artikel 5 van beschikking 94/815 nietig ten aanzien van verzoekster;

— bepaalt het bedrag van de bij artikel 9 van beschikking 94/815 aan verzoekster opgelegde geldboete op 2 065 000 EUR;

— verwerpt het beroep voor het overige;

— verstaat dat verzoekster haar eigen kosten zal dragen alsmede een derde van de kosten van de Commissie;

— verstaat dat de Commissie twee derde van haar eigen kosten zal dragen."

9. Met andere woorden, het Gerecht heeft Irish schuldig verklaard aan mededingingsverstorende praktijken wegens deelneming

1) van 14 januari 1983 tot en met 31 december 1988, aan de Cembureau-overeenkomst inzake de eerbiediging van de thuismarkten van grijs cement (artikel 1 van de beschikking);

2) van 14 januari 1983 tot en met 19 maart 1984, aan een ad-hocuitwisseling van informatie over de prijzen van grijs cement (artikel 2, lid 1, van de beschikking);

3) tussen 1 januari 1984 en 31 december 1988, aan een periodieke uitwisseling van informatie betreffende de indivi-

duele schalen voor de prijzen van de Deense en de Ierse producenten, betreffende de voor de bedrijfstak in Griekenland, Italië en Portugal geldende schalen en betreffende de gemiddelden van de in Duitsland, Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk toegepaste prijzen (artikel 2, lid 2, sub b, van de beschikking);

4) tussen 9 september 1986 en 31 mei 1987, aan de overeenkomst tot oprichting van de European Task Force (artikel 4, lid 1, van de beschikking) en

5) tussen 9 september 1986 en 15 maart 1987, aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen met als oogmerk aan de Griekse producenten hun cliënt Calcestruzzi te onttrekken (artikel 4, lid 3, sub a, van de beschikking).

III — De procedure voor het Hof

10. Na de indiening van het verzoekschrift en het einde van de schriftelijke procedure heeft het Hof, krachtens de hem in artikel 119 van het Reglement voor de procesvoering[14] verleende bevoegdheid, het eerste, het tweede, het derde, het negende, het tiende, het elfde en het twaalfde onderdeel en een deel van het veertiende onderdeel van het derde middel afgewezen en heeft het tevens het tweede, het derde en het zevende onderdeel van het vierde middel afgewezen.

11. Wat de andere middelen betreft, is op 4 juli 2002 een gezamenlijke terechtzitting voor de zes tegen het arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorzieningen georganiseerd, waarop de rekwiranten en de Commissie zijn verschenen.

IV — De hogere voorziening

12. Irish verzoekt het Hof het gedeelte van het dictum dat haar betreft, geheel te vernietigen, voorzover het bestreden arrest de beschikking van de Commissie, althans gedeeltelijk, heeft gehandhaafd. Subsidiair verzoekt zij het Hof de beschikking nietig te verklaren of, meer subsidiair, het bedrag van de geldboete te verlagen. Tevens verzoekt zij het Hof de Commissie in de kosten te verwijzen.

13. Irish voert hiervoor vier middelen aan, waarvan sommige uit talloze onderdelen bestaan. Zoals gezegd heeft het Hof het eerste, het tweede, het derde, het negende, het tiende, het elfde en het twaalfde onderdeel en een deel van het veertiende onderdeel van het derde middel meteen al afgewezen, evenals het tweede, het derde en het zevende onderdeel van het vierde middel.

14 — Gecodificeerde tekst bekendgemaakt in PB 2001, C 34, blz. 1.

14. Ik kom thans tot de grieven van Irish en de antwoorden van de Commissie daarop, die ik achtereenvolgens zal onderzoeken ter onderbouwing van de door mij voorgestelde oplossing.

1. *De toegang tot het dossier en de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang*

A — Het standpunt van partijen

1) Het eerste middel (gedeeltelijk)

15. Irish stelt dat het Gerecht bevoegd is een door de Commissie gegeven beschikking ten aanzien waarvan de procedurele vereisten zijn geschonden, nietig te verklaren, maar niet kan proberen de fouten van de instelling achteraf te corrigeren. Ieder tegen wie een strafprocedure loopt, heeft in alle fasen recht op een eerlijke procedure en er mag niet worden uitgegaan van het vermoeden dat het resultaat van de procedure, in geval van een correct verloop, hetzelfde zou zijn geweest.

16. Het eerste onderdeel van de beoordeling van het Gerecht, dat van mening was dat, wanneer een niet tijdens de administratieve procedure bekendgemaakt document geen objectief verband houdt met een van de in de beschikking ten laste gelegde feiten, de procedure niet tot een ander resultaat zou hebben geleid, ook als het document wel zou zijn bekendgemaakt aan de partijen, is volgens rekwirante correct. Het tweede criterium dat in het bestreden arrest wordt gehanteerd acht zij echter onjuist. Wanneer er een objectief verband bestaat tussen het document dat niet toegankelijk was en de ten laste gelegde feiten, is het Gerecht niet bevoegd om te onderzoeken of er een, zelfs kleine, kans zou hebben bestaan dat de procedure een andere afloop zou hebben gehad wanneer het document zou zijn bekendgemaakt.

17. Volgens de Commissie heeft het Gerecht de procedurele gebreken niet met terugwerkende kracht verholpen. Het heeft slechts de bewering van de verzoeksters getoetst dat zij zich niet konden verdedigen, en beoordeeld in hoeverre de rechten van de verdediging waren geschonden. Het was onmogelijk a priori te bepalen of de documenten die verzoeksters tijdens de administratieve fase niet mochten inzien, het resultaat van de procedure hadden kunnen beïnvloeden.[15] Daarom heeft het Gerecht de ondernemingen en ondernemersvereni-

15 — Volgens de Commissie is de onderhavige situatie anders dan de situaties die het Gerecht heeft onderzocht in zijn arresten van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775), en ICI/Commissie (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847). In deze arresten heeft het geoordeeld dat bepaalde niet-bekendgemaakte documenten door hun aard relevant waren voorzover daardoor een andere uitlegging van de feiten kon worden gegeven. In het arrest ICI/Commissie dat het Gerecht op dezelfde datum heeft gewezen (T-37/91, Jurispr. blz. II-1901), heeft het Gerecht overwogen dat de betrokken documenten niet relevant waren en dat zij geen belang zouden hebben gehad voor de verzoekende partij.

gingen in staat gesteld het volledige dossier te raadplegen, zodat zij de documenten konden aangeven die nuttig voor hen hadden kunnen zijn en waarvan de niet-mededeling hun rechten van de verdediging had geschaad.

18. Vervolgens stelt de Commissie dat het argument van Irish gebaseerd is op de veronderstelling dat de niet-mededeling van bepaalde documenten een procedurele fout is, die noodzakelijkerwijs tot nietigverklaring van de eindbeschikking leidt. Volgens haar is deze stelling onverenigbaar met de rechtspraak en met de algemene rechtsbeginselen.

2) Het tweede middel

19. In het tweede middel herhaalt Irish slechts de argumenten die zij in het eerste had aangevoerd. De Commissie stelt dat rekwirante slechts herhaalt dat het Gerecht niet bevoegd was de toegang tot het dossier te organiseren als het heeft gedaan, en verwijst derhalve naar het antwoord dat zij op het eerste middel heeft gegeven.

3) Het derde middel

a) Vierde onderdeel

20. Irish stelt dat het Gerecht in het bestreden arrest [16] het argument van de Commissie heeft aanvaard dat zij geen rekening hoefde te houden met de beweringen inzake de economische context van de vergaderingen, noch met de als bewijs tot staving van andere uitleggingen overgelegde documenten, maar dat het de redenering van Irish heeft verworpen dat, wanneer er specifieke bewijzen bestaan die een andere verklaring kunnen geven, de Commissie die opnieuw moet bezien in het licht van de economische context en de aanvullende documenten. Door dit niet te doen, heeft verweerster onredelijk en in strijd met het gemeenschapsrecht gehandeld, net als het Gerecht, toen het die gedraging goedkeurde.

21. De Commissie stelt dat de opvatting van de wederpartij te beperkt en uiterst abstract is en dat zij twee verschillende concepten verwart, namelijk de juridische kwalificatie van bewijsmiddelen en de beoordeling daarvan. Om de litigieuze gedragingen te kunnen bestraffen heeft de Commissie gebruik gemaakt van documenten die het Gerecht als directe bewijzen heeft aangemerkt, zodat de economische realiteit die een ander licht op de feiten had moeten werpen, haars inziens niet meer relevant was. Het Gerecht heeft deze bewijzen in het bestreden arrest beoordeeld en de argumenten van de diverse verzoekende partijen tegen de wijze waarop zij waren uitgelegd, onderzocht en afgewezen. De Commissie acht het middel niet-ontvankelijk voorzover Irish de wijze waarop het Gerecht de bewijsmiddelen heeft gewaardeerd, in twijfel wil trekken.

16 — Punten 263 en 264, 1243 en 1251.

b) Vijfde onderdeel

22. Rekwirante beweert in haar hogere voorziening dat het door het Gerecht gehanteerde criterium haar de kans ontneemt om haar rechten van de verdediging te doen gelden, wanneer de Commissie specifieke schriftelijke bewijzen inroept om het bestaan van een inbreuk aan te tonen.

23. De Commissie brengt daartegen in dat het Gerecht niet alleen heeft aanvaard dat, daar de beschikking was gebaseerd op directe en specifieke schriftelijke bewijzen, de alternatieve verklaringen die de beschuldigde ondernemingen hadden aangeboden, niet behoefden te worden onderzocht; voorts heeft het Gerecht de argumenten waarmee de ondernemingen de door de Commissie op basis van die bewijzen verkregen feitelijke gegevens trachtten te ontkennen, onderzocht en verworpen. Wat Irish betreft, volstaat het de punten 1244 tot en met 1251 van het bestreden arrest te lezen. De Commissie voegt daaraan toe dat de door rekwirante op dit punt verdedigde stelling dermate vaag lijkt, dat het moeilijk is daarop te antwoorden, en zij acht de stelling niet-ontvankelijk omdat daarmee ook een nieuw onderzoek door het Hof van de feitelijke beoordelingen door de rechter in eerste aanleg wordt beoogd.

4) Vierde middel, achtste onderdeel

24. Met dit middel verwijt Irish het Gerecht dat het door hem gegeven antwoord met een verwijzing naar zijn eigen arresten Solvay/Commissie [17] en ICI/Commissie [18] onvoldoende is. Zij is van mening dat het onderscheid dat het Gerecht in het bestreden arrest tussen die twee zaken en de onderhavige zaak heeft gemaakt, kennelijk onjuist is omdat de situatie in deze drie zaken identiek is.

25. Volgens de Commissie beroept rekwirante zich niet op een gebrekkige motivering, maar is zij het gewoon niet eens met het Gerecht, met name op het punt van diens beoordeling van de feiten. De verwerende instelling is daarom van mening dat het middel niet kan worden ontvangen. Zij voegt daaraan toe dat het bovendien kennelijk ongegrond is.

B — De bevoegdheid van het Gerecht tot het gelasten van maatregelen tot organisatie van de procesgang

26. Wat de toegang tot het administratieve dossier betreft, stelt Irish drie zeer uiteenlopende problemen aan de orde. Het eerste, dat het meest abstract en vergaand is en waarover de eerste twee middelen in hogere voorziening gaan, heeft betrekking op de wettigheid van de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de proces-

17 — T-30/91, reeds aangehaald.
18 — T-36/91, reeds aangehaald.

gang en, met name, op de bevoegdheid van het Gerecht om die maatregelen te treffen en het geschil op basis van het resultaat ervan te beslechten.

27. Het tweede probleem, waarop het vierde en het vijfde onderdeel van het derde middel in hogere voorziening betrekking hebben, betreft de omkering van de bewijslast die volgens Irish voortvloeit uit het standpunt van het Gerecht inzake de directe en specifieke schriftelijke bewijzen.

28. Tenslotte verwijt Irish het Gerecht in het achtste onderdeel van het vierde middel, dat zijn argumentatie voor het door hem gemaakte onderscheid tussen de onderhavige zaak en de reeds aangehaalde zaken Solvay/Commissie en ICI/Commissie onjuist is.

29. Om te kunnen reageren op de geuite kritiek op de regelmatigheid van de administratieve procedure en om de eventuele gebreken te kunnen verhelpen die het gevolg waren van het feit dat geen toegang tot bepaalde documenten is verleend, heeft het Gerecht de Commissie gevraagd, hem het volledige dossier te verschaffen, zodat dit ter beschikking kon worden gesteld van de partijen [19], die vervolgens konden aangeven welke stukken zij tijdens het onderzoek niet hadden kunnen inzien en waarom de procedure een andere afloop had kunnen hebben als zij de betrokken documenten wel hadden kunnen raadplegen.

30. Het Gerecht heeft de door de verzoeksters aangegeven documenten en ingediende opmerkingen in zijn arrest onderzocht. Zijn beslissing in punt 29 van het dictum ten aanzien van Irish heb ik in punt 8 van deze conclusie vermeld. Daarbij is het Gerecht uitgegaan van het volgende beginsel: er zou sprake zijn van schending van de rechten van de verdediging indien er een — zelfs kleine — kans zou bestaan dat de administratieve procedure een andere afloop had gehad als een verzoeker zich had kunnen beroepen op het document waartoe hem de toegang was geweigerd. [20]

31. Irish bekritiseert de handelwijze van het Gerecht en stelt in wezen dat het Gerecht, na de vaststelling dat zij tijdens de precontentieuze procedure geen toegang tot het complete dossier had gehad, niet anders kon doen dan de beschikking nietig te verklaren, daar het niet bevoegd was te beoordelen in hoeverre de documenten die in de administratieve procedure vertrouwelijk waren gebleven, maar in de gerechtelijke procedure bekend waren gemaakt, tot een ander resultaat hadden kunnen leiden

19 — Met uitzondering van de documenten die zakengeheimen of andere vertrouwelijke informatie bevatten, en interne documenten van de Commissie.

20 — Zie punt 241 van het bestreden arrest. Het Gerecht maakt onderscheid tussen documenten die geen objectief verband houden met de tegen de ondernemingen in aanmerking genomen punten van bezwaar en die het meteen al afwijst, en documenten die daarmee wel objectief verband houden en die het Gerecht onderzoekt om vast te kunnen stellen in hoeverre zij gegevens opleveren die tot een andere oplossing hadden kunnen leiden.

dan dat waartoe de onderzoeksprocedure heeft geleid. Door anders te handelen, heeft het Gerecht miskend dat het niet dezelfde positie heeft als de Commissie en heeft het de gevolgen van het tijdsverloop genegeerd. De grief van Irish is dus gericht tegen de methode die het Gerecht van het begin af aan in het bestreden arrest heeft gehanteerd.

32. De procedure inzake de vaststelling van inbreuken op de artikelen 81 EG en 82 EG is repressief. Het doel ervan is niet alleen het beëindigen van mededingingsverstorende praktijken, maar ook het bestraffen van gedragingen die daartoe leiden; de Commissie is in dit verband bevoegd de daders een geldboete op te leggen. Voor de uitoefening van haar taak beschikt de Commissie over ruime opsporings- en onderzoeksbevoegdheden, maar juist daardoor en door de cumulatie van onderzoeks- en beslissingsbevoegdheden bij een en hetzelfde orgaan moeten de rechten van de verdediging van degenen die onderworpen zijn aan de procedure, onvoorwaardelijk worden erkend en geëerbiedigd. [21]

33. Dat is de betekenis van de bepalingen van verordening nr. 17, met name van artikel 19 ervan, en van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag [22]; ook de rechtspraak van het Hof [23] en van het Gerecht [24] heeft daaraan geen andere betekenis gegeven. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft de werkingssfeer van de waarborgen van artikel 6 van het Verdrag van Rome uitgebreid tot administratieve procedures van tuchtrechtelijke aard. [25]

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [26] gaat nog verder, omdat daarin niet alleen wordt gewaarborgd dat eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld [27], maar ook dat eenieder het recht heeft door de instellingen

21 — Zie voor de rechten van de verdediging in de procedures tot toepassing van de mededingingsregels het artikel van Lenaerts, K., en Maselis L., getiteld „Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE", gepubliceerd in het *Journal des tribunaux*, nr. 5973 (2000), blz. 496-504. Eveneens nuttig is de studie van Goossens, L., „Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission", verschenen in: *Journal des tribunaux. Droit européen*, nr. 52 (1998), blz. 169-175, en nr. 53 (1998), blz. 200-204. Hoewel enigszins gedateerd, heeft het artikel van O. Due, gewezen president van het Hof, „Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire", gepubliceerd in de *Cahiers de droit européen*, nr. 1 en 2 (1987), blz. 383-396, niets aan belang ingeboet.

22 — PB L 354, blz. 18. Deze verordening heeft verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, 127, blz. 2268) vervangen, die van kracht was toen de onderhavige administratieve procedure werd ingeleid.

23 — Zie met name een van de meest recente arresten, namelijk het arrest van 8 juli 1999, Hercules Chemicals/Commissie (C-51/92 P, Jurispr. blz. 4235, punten 75 e.v.).

24 — Het arrest waartegen deze hogere voorziening is ingesteld, is daarvan een goed voorbeeld (zie de punten 142-144 en 240).

25 — Zie arresten EHRM, Engel e.a. v. Nederland van 8 juni 1976, série A, nr. 22, voor militaire tuchtrechtelijke procedures, en Le Compte, Van Leuven en De Meyere v. België van 23 juni 1981, série A nr. 43, voor tuchtrechtelijke procedures tegen een nationale Orde van geneesheren.

26 — PB 2000, C 364, blz. 1.

27 — Zie de artikelen 47, tweede alinea, en 48, lid 2.

van de Europese Unie te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, en het recht om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende. [28]

34. De raadpleging van het dossier is een aanvullend instrument in dienst van de rechten van de verdediging. [29] Het gaat daarbij niet om een doel op zich. [30] De formele waarborgen van de administratieve of gerechtelijke procedure zijn te verklaren aan de hand van dit doel, dat niets anders is dan het waarborgen van de doeltreffende bescherming van de rechten en legitieme belangen van eenieder. Een procedureel gebrek of een vormfout kan rechtsgevolgen teweegbrengen, indien de verweermiddelen daardoor worden beperkt. Met andere woorden, het begrip „zich niet kunnen verdedigen" is een materieel begrip, zodat procedurele gebreken, hoe talrijk ook, irrelevant zijn wanneer de betrokkene desondanks over passende middelen beschikte om zich te verdedigen.

35. Het instrumentele karakter van het recht op toegang tot het dossier heeft echter nog een gevolg. Ook wanneer dit recht slechts onvoldoende of gebrekkig is geëerbiedigd en deze schending de mogelijkheden tot verweer van de betrokkene vermindert, kan de eindbeschikking in de procedure slechts nietig worden verklaard wanneer wordt vastgesteld dat het resultaat anders en gunstiger voor de betrokkene had kunnen uitvallen als de procedureregels zorgvuldig in acht waren genomen, of ook wanneer wordt vastgesteld dat juist vanwege die vormfout niet uit te maken is of de beschikking anders zou zijn uitgevallen. In beide gevallen zou er aanleiding zijn geweest de eindbeschikking nietig te verklaren en, eventueel, de hele procedure opnieuw te voeren om de zaak recht te zetten.

36. Kortom, vormfouten leiden geen eigen leven, dat los staat van het geschil ten gronde. Wanneer een na een formeel gebrekkige procedure gegeven beschikking nietig wordt verklaard omdat zij wegens gebreken in de voor de vaststelling ervan gevolgde weg materieel onjuist is, is de materiële onjuistheid van de beslissing en niet een vormfout bepalend voor de nietigverklaring. Vormfouten krijgen slechts een zelfstandig karakter wanneer op grond van deze fouten de gegeven beslissing niet kan worden beoordeeld.

37. Uit de voorgaande overwegingen blijkt, wat de zin is van de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang.

28 — Artikel 41, lid 2, eerste en tweede streepje.

29 — Net als het recht te worden gehoord, het recht te worden geïnformeerd over de beschuldiging, het recht gebruik te maken van bewijsmiddelen die nuttig zijn voor de verdediging of, eventueel, het recht op bijstand door een advocaat.

30 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 25 oktober 2001 in de zaken C-244/99 P en C-251/99 P, respectievelijk de punten 331 en 125, waarin het Hof op 15 oktober 2002 uitspraak heeft gedaan (arrest LVM e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99—C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375; hierna: „arrest PVC II").

38. Omdat de Commissie de verzoekende ondernemingen en ondernemersverenigingen geen inzage in alle documenten had verleend, hebben zij geklaagd over deze procedurele fout, die vervolgens door de rechter is vastgesteld, zodat de gevolgen ervan voor de rechten van de verdediging moesten worden onderzocht. Daartoe moest kennis worden genomen van de ontlastende documenten die zij niet hadden mogen inzien, en van hun mening daarover. Gelet op deze factoren, heeft het Gerecht onderzocht in hoeverre de beschikking anders, dat wil zeggen gunstiger voor de beschuldigden, zou zijn geweest, indien de litigieuze stukken van het dossier hadden kunnen worden geraadpleegd en voor de Commissie hadden kunnen worden ingeroepen.

39. Het Gerecht heeft dus niet de taak van de Commissie overgenomen en zich evenmin in haar plaats gesteld. Binnen zijn bevoegdheden heeft het juist enkel uiterst zorgvuldig gehandeld bij de uitoefening van zijn rechterlijke bevoegdheid, door te onderzoeken of de Commissie haar vervolgingsactiviteiten correct heeft uitgeoefend. En in die geest moet het oordeel dat wordt gegeven over het verleden, worden uitgesproken op basis van alle in het heden beschikbare gegevens, waardoor het aan rijkdom en juistheid wint. [31]

40. In het verloop van de gerechtelijke procedure hebben zich geen onregelmatigheden voorgedaan. De door het Gerecht verleende toegang tot het dossier was, procedureel gezien, „gelijk" aan die waarop de ondernemingen en ondernemersverenigingen aanspraak hadden moeten kunnen maken in de administratieve fase. Tussen de eerste en de tweede fase is de tijd natuurlijk niet stil blijven staan en hebben derhalve gebeurtenissen plaatsgevonden waarvan sommige van belang waren voor de beslissing in de zaak en voor het rechterlijk toezicht erop; geen daarvan heeft echter inbreuk gemaakt op de rechten van de verdediging van rekwirante. De rechter in eerste aanleg en de partijen hebben, wat de litigieuze beschikking betreft, gebruik gemaakt van beoordelingsgegevens die zij eerder niet hadden, en die, zoals gezegd, de juistheid van de uitspraak in het bestreden arrest bevestigen.

41. In mijn conclusie van vandaag in de zaak Aalborg Portland/Commissie (C-204/00 P) [32] heb ik te kennen gegeven dat de handelwijze van het Gerecht niet in strijd is met de rechtspraak van het Hof. In het arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, heeft het Hof geoordeeld dat de verlening van toegang tot het dossier in een later stadium de schending van de rechten van de verdediging niet kan corrigeren, omdat door de verlate kennisneming van bepaalde stukken van het dossier de verzoekende onderneming daaraan weliswaar middelen en argumenten voor haar vorderingen kan ontlenen, doch niet weer

31 — Net als de historicus reconstrueert de rechter het verleden; voor de uitoefening van zijn taak moet hij bewijzen en getuigenissen verzamelen om de feiten te reconstrueren zoals die zich hebben voorgedaan. De historicus noch de rechter mag zich in de positie verplaatsen van de personen op wie het onderzoek is gericht, zij moeten daar juist boven staan. Zie voor de relatie tussen recht en geschiedenis het boek van Ginzburg, C., *El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri)*, Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — C-204/00 P, Jurispr. 2004, blz. I-133, punt 34.

in de positie wordt gebracht waarin zij zou zijn geweest, wanneer zij zich vóór de indiening van haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen bij de Commissie op die stukken had kunnen baseren. [33]

42. Het Gerecht heeft niet getracht een schending van de rechten van de verdediging die reeds heeft plaatsgevonden achteraf ongedaan te maken, maar is slechts nagegaan of inderdaad sprake is geweest van een dergelijke inbreuk. [34] Wanneer dit volgens het Gerecht het geval was, heeft het de beschikking nietig verklaard. [35] Toen de rechten van de verdediging volgens het Gerecht echter niet waren geschonden, heeft het verklaard dat de tijdens de samenstelling van het administratieve dossier gemaakte vormfout irrelevant was.

43. Overigens is dit ook de strekking van het arrest Hercules Chemicals/Commissie zelf. Bij zorgvuldige lezing van punt 80 daarvan blijkt dat het beslissende element niet de in aanmerking genomen vormfout op zich is, maar de gevolgen daarvan voor de rechten van de verdediging, die nihil kunnen zijn als de betrokken onderneming zelf niet aantoont dat zij als gevolg van het feit dat zij geen kennis heeft kunnen nemen van bepaalde ontlastende documenten, niet kon beschikken over de instrumenten waarmee zij de Commissie van haar onschuld had kunnen overtuigen.

44. Het Gerecht is evenmin teruggekomen van zijn reeds aangehaalde arresten Solvay/Commissie en ICI/Commissie. Integendeel, het heeft deze volkomen juist toegepast.

45. In deze twee arresten heeft het Gerecht op de respectieve beroepen beslist dat, gelet op de documenten die in de precontentieuze fase niet ter beschikking van de partijen waren gesteld, niet kon worden uitgesloten dat „de Commissie dan van een minder langdurige en minder ernstige inbreuk zou zijn uitgegaan, en dus een lagere geldboete zou hebben opgelegd". [36] In een ander arrest, eveneens ICI/Commissie [37] genoemd, dat het Gerecht dezelfde dag heeft gewezen, heeft het een identieke grief echter verworpen op grond dat dezelfde procedurele fout die in deze zaak was gemaakt, de uitoefening van de rechten van de verdediging niet had geschaad. [38]

46. Het laatstgenoemde arrest toont aan dat het beslissende element voor het Gerecht is — en dat kan ook niet anders — dat het procedurele gebrek negatieve gevolgen heeft voor de rechten van de verdediging van de beschuldigde ondernemingen. Er is een duidelijke verklaring voor het feit dat het Gerecht in de zaken Solvay/Commissie en ICI/Commissie tot een andere oplossing is gekomen dan in de onderhavige zaak. In de twee eerstgenoemde arresten heeft het Gerecht een beschikking getoetst waarbij de Commissie de verzoekende ondernemingen een sanctie had opgelegd wegens hun deelneming aan

33 — Punten 78 en 79.

34 — Het Hof heeft hetzelfde criterium toegepast in het arrest PVC II, reeds aangehaald, punten 315 e.v., met name punt 325.

35 — Dit was het geval bij de onderneming Cedest, SA (T-38/95). Zie de punten 2211 en 2286 van het bestreden arrest.

36 — Respectievelijk de punten 98 en 108.

37 — T-37/91, reeds aangehaald.

38 — Zie punten 66 en 70.

onderling afgestemde feitelijke gedragingen met het oog op de verdeling van de markten. Anders dan in de zaak die ik thans onderzoek, kon het gedrag van deze ondernemingen slechts worden aangetoond via indirecte bewijzen, hoofdzakelijk hun parallel en passief gedrag. [39] In een dergelijke situatie zouden de ontlastende bewijzen die tijdens de behandeling van de zaak niet hadden kunnen worden gebruikt, de bewijskracht van deze aanwijzingen hebben kunnen beïnvloeden, omdat zij een andere verklaring van het parallelle gedrag hadden kunnen geven. [40] De situatie van Irish is anders. Haar deelneming aan de verweten gedragingen kon door de Commissie worden vastgesteld via directe en specifieke bewijzen [41], waarvan de inhoud volgens de soevereine beoordeling van het Gerecht niet kon worden weerlegd door de documenten die tijdens de administratieve fase niet voor deze onderneming toegankelijk waren.

C — Geen ontoelaatbare omkering van de bewijslast

47. Irish verwerpt deze aanpak en stelt dat de zogenoemde directe en specifieke schriftelijke bewijzen niet als zodanig kunnen worden aangemerkt, daar zij voor meerdere uitleg vatbaar zijn; de in de gerechtelijke fase bekendgemaakte documenten boden een ander perspectief dan waarin de Commissie de zaak had bezien.

48. In die bewoordingen is dit middel nietontvankelijk wat de vaststelling van de feiten van het geschil betreft, die behoort tot de bevoegdheid van het Gerecht, dat de beschikbare bewijsmiddelen moet beoordelen. Het is de taak van het Gerecht de feiten van het geschil vast te stellen en de beschikbare bewijsmiddelen te waarderen. In hogere voorziening kan het Hof enkel optreden wanneer bij de bewijsvergaring een bepaling of algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is geschonden, of wanneer het Gerecht inbreuk heeft gemaakt op de regels inzake de bewijslast en de bewijswaardering, door deze onlogisch of arbitrair uit te leggen, waardoor de bewijzen verkeerd worden opgevat. Het Hof kan slechts de eventuele schending van het recht door het Gerecht herstellen, maar nooit de feiten vaststellen, onverminderd zijn toetsing van de juridische kwalificatie. [42]

39 — Zie punt 61 van het arrest Solvay/Commissie en punt 71 van het arrest ICI/Commissie.

40 — Zie respectievelijk de punten 98 en 108 van de arresten.

41 — Zie de punten 263 en 264 van het bestreden arrest.

42 — Zie punt 27 van mijn conclusie van 3 mei 2001 in de zaak Ismeri Europa/Rekenkamer (arrest van 10 juli 2001, C-315/99 P, Jurispr. blz. I-5281), en de arresten die ik in voetnoot 17 van die conclusie heb aangehaald, evenals punt 19 van het arrest Ismeri Europa/Rekenkamer. Zie voor recentere beslissingen van het Hof het arrest van 21 juni 2001, Moccia Irme e.a./Commissie (C-280/99 P—C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punt 78).

49. De bovengenoemde omstandigheden hebben zich in de onderhavige zaak niet voorgedaan en zijn evenmin door rekwirante aangevoerd, die slechts klaagt over de wijze waarop het Gerecht de directe schriftelijke bewijzen en de documenten heeft gewaardeerd, waartoe de partijen tijdens de precontentieuze fase geen toegang hebben gehad, maar die hun in de gerechtelijke procedure zijn overgelegd.

50. Het middel is hoe dan ook ongegrond en moet derhalve worden afgewezen.

51. In het bestreden arrest constateert het Gerecht dat de beschikking niet gebaseerd was op „een op de markt vastgesteld parallel gedrag" [43]; de documenten die een andere economische verklaring van het gedrag van de veroordeelde ondernemingen konden geven, werden dan ook niet relevant geacht. [44]

52. In deze context komt het belang tot uiting van het door het Gerecht gehanteerde criterium, om het hele scala aan bewijzen die de feitelijke vaststellingen van de Commissie kunnen weerleggen te beperken tot die welke vervat zijn in de „documenten die rechtstreeks verband houden met de hun in de bestreden beschikking ten laste gelegde inbreuken". [45] Met andere woorden, het is een juiste regel dat de rechten van de verdediging zijn geschonden wanneer tijdens de administratieve procedure geen toegang is verleend tot bewijsstukken die de door de Commissie gebruikte bewijzen kunnen weerleggen [46], en die niet slechts een weliswaar respectabele, aanvullende of andere uitleg kunnen geven, maar de door de Commissie in de beschikking aangevoerde documenten niet weerleggen.

53. Ter illustratie is één voorbeeld voldoende. De Commissie heeft uit bepaalde documenten [47] afgeleid dat tijdens de vergaderingen van de Europese cementproducenten van 14 januari 1983 en 19 maart en 7 november 1984 mededingingsverstorende overeenkomsten waren gesloten. Het lijkt redelijk om de lijst van gevallen van schending van de rechten van de verdediging vast te stellen onder verwijzing naar die bewijzen die de inhoud van deze bewijsstukken hadden kunnen weerleggen, wat de eis is die het Gerecht heeft gesteld toen het sprak van een „objectief verband" met een punt van bezwaar in de beschikking. [48]

54. Op basis van de documenten van het dossier heeft de Commissie geconcludeerd

43 — Punt 264.

44 — Zie punten 264 en 1116, in het algemeen. Zie voor Irish in het bijzonder de punten 1243-1251.

45 — Punt 262 van het bestreden arrest.

46 — Punt 263 van het bestreden arrest.

47 — Het betreft de in de punten 18, 19, en 45 van de motivering van de beschikking genoemde documenten.

48 — Punt 247 van het bestreden arrest.

dat Cembureau en zijn rechtstreekse leden tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 een overeenkomst hadden gesloten over de eerbiediging van de thuismarkten en regeling van de internationale verkoop, waarvan de inhoud is bevestigd in de vergaderingen van 19 maart en 7 november 1984. Dit zou de rechten van de verdediging van rekwirante slechts hebben geschonden, wanneer zij in de onmogelijkheid zou hebben verkeerd ontlastende bewijsstukken te gebruiken die zouden weerleggen dat de litigieuze overeenkomst tijdens deze vergaderingen was gesloten en bevestigd, en waaruit zou blijken dat zij die vergaderingen niet had bijgewoond, dan wel dat zij wel aanwezig was, maar zich van de genomen besluiten had gedistantieerd.

55. Toen eenmaal was bewezen dat de overeenkomst tijdens de litigieuze vergaderingen was gesloten en bevestigd, waren bewijsmiddelen waarmee een andere economische verklaring voor het gedrag van Irish kon worden gegeven, niet meer relevant; het feit dat zij tijdens de administratieve fase geen toegang had gehad tot het dossier, heeft haar rechten van de verdediging dus niet kunnen schenden. Bij nauwkeurige lezing van de punten 1243 tot en met 1251 van het bestreden arrest blijkt dat de documenten die zij niet heeft kunnen inzien, als „irrelevant" kunnen worden aangemerkt en niet van belang zouden zijn geweest voor haar verweer, daar zij de in de beschikking gebruikte directe bewijzen niet kunnen weerleggen.

56. Met andere woorden, de Commissie heeft uit bepaalde bewijsstukken [49] afgeleid dat de ondernemingen en ondernemersverenigingen waaraan zij een sanctie wilden opleggen, zich schuldig hebben gemaakt aan de in de eerste zeven artikelen van de beschikking genoemde mededingingsverstorende gedragingen. Irish wilde zich op haar beurt beroepen op bepaalde documenten die een ander licht op de feiten wierpen, maar kreeg van de Commissie geen toegang tot deze bewijsmiddelen. Het Gerecht, dat zijn rechterlijk toezicht adequaat heeft uitgeoefend, heeft deze situatie gecorrigeerd en verzoeksters in staat gesteld zich te verdedigen door hun het hele dossier ter beschikking te stellen. Na hen ter zake te hebben gehoord, heeft het Gerecht vastgesteld dat de betrokken documenten geen andere uitlegging van de feiten konden geven.

57. Deze handelwijze houdt geen omkering van de bewijslast in, daar de bewijslast bleef rusten op de Commissie [50], die moest aantonen dat Irish en de overige veroordeelde ondernemingen en ondernemersverenigingen hadden deelgenomen aan de ten laste gelegde feiten. Toen deze instelling aan haar verplichting had voldaan, was het de taak van verzoeksters om de belastende bewijsstukken met alle middelen waarover zij beschikten te weerleggen. Het Gerecht heeft met toepassing van het in de punten 241 en 247 van het bestreden arrest geformuleerde criterium geoordeeld dat de

49 — Het betreft de in de punten 18, 19 en 45 van de motivering van de beschikking genoemde documenten.

50 — Niet tevergeefs diende zij het vermoeden van onschuld van de beschuldigde ondernemingen en ondernemersverenigingen te weerleggen.

ingeroepen vormfout, namelijk het ontbreken van toegang tot deze documenten in de administratieve procedure, irrelevant was vanuit het oogpunt van de rechten van de verdediging.

D — Adequaatheid van de motivering inzake de arresten Solvay/Commissie en ICI/Commissie

58. Deze grief verhult dat rekwirante het gewoon niet eens is met het door het Gerecht in het bestreden arrest hieromtrent vastgelegde criterium, waarvan ik de juistheid in de punten 46 tot en met 48 hierboven heb aangetoond.

59. Op grond van de aangevoerde redenen moeten de bovenstaande middelen worden afgewezen.

2. *Een specifiek document dat niet toegankelijk was tijdens de administratieve procedure: de nota van Toscano (eerste middel — gedeeltelijk — en achtste onderdeel van het derde middel)*

A — Het standpunt van partijen

60. In haar verzoekschrift blijft Irish bij haar kritiek op het door het Gerecht gehanteerde beoordelingscriterium om te bepalen of de vormfout van de Commissie het de ondernemingen en ondernemersverenigingen onmogelijk heeft gemaakt zich te verdedigen. In de laatste twee alinea's van het eerste middel voegt zij eraan toe dat zij, indien zij gebruik had kunnen maken van de documenten waartoe zij geen toegang had, de Commissie had kunnen beïnvloeden op diverse manieren, die allemaal gunstig hadden kunnen uitvallen voor de ondernemingen en ondernemersverenigingen waartegen de procedure was gericht.

61. Als voorbeeld noemt zij de nota van Toscano, die de inhoud van de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 verduidelijkte. Ook had volgens haar op basis van de verklaring van Kalogeropoulos de reactie van een aantal cementproducenten op het Griekse probleem (de European Task Force of de Cembureau Task Force) kunnen worden gezien als een informelere, maar ook oudere afspraak tussen de belangrijkste Europese fabrikanten.

62. In het achtste onderdeel van het derde middel voegt Irish daaraan toe dat de nota van Toscano in ten minste twee opzichten als ontlastend stuk relevant was. In de eerste plaats werd daarin het argument bevestigd dat de vergadering van 14 januari 1983 geen geheim doel had; in de tweede plaats ging het om een soort notulen van de besprekingen die daadwerkelijk waren gevoerd tijdens deze vergadering, terwijl

de nota in de door de Commissie ingeroepen schriftelijke bewijzen naar louter voorbereidende stukken verwezen.

63. Volgens de Commissie is het Hof niet bevoegd zich uit te spreken over de wijze waarop het Gerecht de genoemde documenten heeft beoordeeld.

B — Een louter meningsverschil over de feiten

64. Ook al tracht Irish het tegendeel te bewijzen, zij blijft met haar argumenten op het terrein van de feitelijke vaststellingen die aan het geschil ten grondslag liggen. Zij spreekt zich uit voor een andere zienswijze met betrekking tot de feiten, die op een bepaalde wijze aantonen dat het Gerecht de bewijskwestie willekeurig of onlogisch heeft beoordeeld.

65. Met toepassing van het door hem in punt 241 van het bestreden arrest geformuleerde onderzoekscriterium, waarvan ik hierboven zojuist de rechtmatigheid heb vastgesteld, heeft het Gerecht verklaard dat de niet door de Commissie bekendgemaakte stukken de versie van de feiten die zij in haar beschikking had gegeven, niet hebben kunnen wijzigen. Het Gerecht was namelijk van oordeel dat de nota van Toscano bevestigde dat tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 gevoelige kwesties voor de cementsector waren besproken op het gebied van dumping en staatssteun, maar niet kon weerleggen dat er mededingingsverstorende overeenkomsten waren gesloten, tot welke conclusie de Commissie was gekomen op basis van directe schriftelijke bewijzen.[51] Geconstateerd moet dus worden dat de door Irish aan de orde gestelde punten niet verder gaan dan de beoordeling van het bewijsmateriaal of de feitelijke vaststellingen van de Commissie.

66. Hetzelfde geldt voor de oprichting van de European Task Force tijdens de vergadering in Baden-Baden.

3. *De beoordeling van de relevantie van een aantal bewijsstukken*

A — De verklaring van Kalogeropoulos (zesde onderdeel van het derde middel en eerste onderdeel van het vierde middel)

1) Het standpunt van partijen

67. Volgens Irish kunnen de door de Commissie voor haar beschikking ingeroepen

51 — Het betreft de in de paragrafen 18, 19 en 45 van de beschikking genoemde bewijzen. Wat het bestreden arrest betreft, zie de punten 1122 e.v. (met name punten 1130, 1131 en 1132).

schriftelijke bewijzen de beschikking niet onderbouwen. Dit geldt in het bijzonder voor de verklaring van Kalogeropoulos, sinds 1 juni 1986 president van de raad van bestuur van Hercules. Bij zijn onderzoek van deze verklaring heeft het Gerecht zich vergist toen het stelde: „Wat het aanvangstijdstip van de in artikel 1 van de in de bestreden beschikking bedoelde inbreuk betreft, zij opgemerkt dat het feit dat de Commissie 14 januari 1983 *en niet een eerdere datum* als beginpunt van de inbreuk in aanmerking heeft genomen, gelet op de door Kalogeropoulos genoemde duur van dertig jaar van de mededingingsregeling, *geenszins bezwarend is voor verzoeksters en niet de bewijskracht van de verklaring* betreffende het bestaan zelf van een mededingingsregeling tussen de Europese cementproducenten aantast." [52]

68. Irish voegt hieraan toe dat het Gerecht theoretisch wellicht gelijk heeft, wanneer het in punt 906 van zijn arrest verklaart dat het feit dat in 1986 tussen de Europese cementproducenten reeds een dertigtal jaren een mededingingsregeling tot eerbiediging van de thuismarkten bestond, niet uitsluit dat in het kader van de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 een wilsovereenstemming met hetzelfde doel is bevestigd. Zij acht deze constatering echter niet relevant voor de staving van het standpunt van de Commissie over het bestaan van een tijdens deze vergadering gesloten overeenkomst.

69. Op het punt van de bewijzen over de inhoud van de besprekingen tijdens de vergadering van 14 januari 1983 stelt de Commissie dat het Gerecht haar beoordeling heeft bevestigd, die, anders dan Irish in haar hogere voorziening stelt, niet onverenigbaar is met de verklaring van Kalogeropoulos.

70. Rekwirante heeft hieromtrent, aldus nog steeds de Commissie, niets naar voren gebracht bij het Gerecht en slechts gesteld dat de betrokken verklaring onverenigbaar is met de bewering dat tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 een overeenkomst was gesloten. Het Gerecht heeft op dit argument in de punten 904 en volgende van het bestreden arrest geantwoord.

2) Nogmaals louter een bewijswaardering

71. Bij een nauwgezette analyse van de inhoud van de argumenten van Irish blijkt dat zij slechts de beoordeling van de verklaring van Kalogeropoulos door het Gerecht betwist, volgens welke „er een mededelingsregeling tussen alle Europese cementproducenten heeft bestaan en blijft bestaan, waarbij niemand mag optreden binnen de landsgrenzen van de ander". [53] Voor het Gerecht is dit een duidelijke aanwijzing voor het feit dat sinds een onbepaalde datum tussen de Europese

52 — Punt 904 van het bestreden arrest (cursivering van rekwirante).

53 — Zie punt 903 van het arrest.

cementfabrikanten een regeling bestond, die is bevestigd tijdens de vergadering van 14 januari 1983. Volgens het Gerecht heeft de Commissie wegens het feit dat deze datum niet meer te achterhalen was, het begin van de inbreuk vastgesteld op de datum van deze vergadering.

72. Irish is het gewoon niet eens met dit uitgangspunt, dat echter geen van de gebreken vertoont die, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof [54], het Hof in staat zouden stellen bij wijze van uitzondering de feiten van het geschil te onderzoeken in het kader van een hogere voorziening en deze te corrigeren ingeval van vaststelling van het bestaan van een juridische fout.

3) Dit middel is ongegrond

73. Het middel is dus niet-ontvankelijk, maar bovendien ongegrond. De Commissie heeft de inbreuk waarvoor in artikel 1 van de beschikking een sanctie is opgelegd, niet als bewezen beschouwd op basis van de verklaring van Kalogeropoulos. Het bestaan van de Cembureau-overeenkomst heeft zij afgeleid uit de bewijsstukken die zij in de paragrafen 18, 19 en 45 van de beschikking noemt. Zoals het Gerecht opmerkt, is het document van Kalogeropoulos een extra aanwijzing die de conclusie op basis van de bovengenoemde bewijsstukken bevestigt dat de delegatiehoofden tijdens de vergadering van 14 januari 1983 een reeds sinds enige tijd bestaande overeenkomst inzake de verdeling van de markten hebben geofficialiseerd.

74. Zoals de Commissie in haar verweerschrift stelt, is er geen discrepantie tussen de feiten die door haar in de beschikking zijn vastgesteld op basis van de documenten waaruit bleek waarover tijdens de vergadering van 14 januari 1983 is gesproken, en de verklaring van de president van de raad van bestuur van Heracles.

4) Een toereikende motivering

75. Irish had in eerste aanleg aangevoerd dat het bestaan van een eerdere overeenkomst over de verdeling van de markten irrelevant was voor de levering van het bewijs dat tijdens de meermaals genoemde vergadering van 14 januari 1983 een overeenkomst was gesloten. Thans stelt zij dat het Gerecht niet heeft geantwoord op dit argument. Lezing van de punten 903 en volgende van het bestreden arrest is voldoende om het tegendeel vast te stellen.

76. Irish klaagt er tevens over dat zij geen antwoord heeft gehad op haar stelling over de politieke dimensie van de verklaring van

54 — Zie boven, punt 48.

Kalogeropoulos en over de consequenties die aan die kwalificatie moeten worden verbonden. Ik verwijs naar punt 907 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht dit argument naar behoren beantwoordt.

77. Mijns inziens moet hier in herinnering worden gebracht dat de verplichting van de communautaire instellingen om hun handelingen en, meer in het bijzonder, de beslissingen van hun rechterlijke organen met redenen te omkleden [55], niet betekent dat zij op alle door de partijen aangevoerde argumenten gedetailleerd moeten ingaan. Het is voldoende om een zodanige motivering te geven dat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregelen kunnen kennen en dat, eventueel, de bevoegde rechter kan beschikken over de beoordelingsgegevens die nodig zijn om zijn toezicht te kunnen uitoefenen. [56]

B — De nota's van Blue Circle en meer over de verklaring van Kalogeropoulos (zevende onderdeel van het derde middel en vijfde onderdeel van het vierde middel)

1) Het standpunt van partijen

78. Volgens Irish konden de verklaring van Kalogeropoulos en een aantal interne nota's van Blue Circle niet tegen haar worden gebruikt, omdat zij niet aan de opstelling daarvan heeft deelgenomen en geen gelegenheid heeft gehad de opstellers ervan te ondervragen. Dit argument, dat voor het eerst ter terechtzitting voor het Gerecht is aangevoerd, is afgewezen in punt 1399 van het bestreden arrest zonder niet-ontvankelijk te zijn verklaard. Irish is van mening dat het Gerecht haar rechten van de verdediging heeft geschonden, omdat het haar argument heeft afgewezen op grond dat de administratieve procedure in geen enkele vorm van „*cross-examination*" voorziet.

79. De Commissie brengt daartegen in dat dit middel niet-ontvankelijk is, omdat het voor het eerst ter terechtzitting is aangevoerd, en voegt daar meteen aan toe dat het wegens ongegrondheid moet worden afgewezen, omdat het communautaire mededingingsrecht niet voorziet in een algemene uitsluitingsgrond als die welke rekwirante inroept. Voorts stelt zij dat het Gerecht het argument van Irish niet alleen heeft afgewezen omdat de procedureregels niet in een „kruisverhoor" voorzien, maar ook en vooral omdat dit argument niet kon afdoen aan de belangrijkste documenten waarop zij zich heeft gebaseerd voor haar vaststelling dat er een Cembureau-overeenkomst bestond en dat Irish daaraan heeft deelgenomen.

80. Rekwirante is tevens van mening dat het Gerecht niet heeft geantwoord op haar argument dat de in de interne nota's van Blue Circle bedoelde afspraak niet de

55 — Zie artikel 253 EG.

56 — Zie voor de meest recente arresten, de arresten van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie (C-15/98 en C-105/99, Jurispr. blz. I-8855, punt 65), en 25 oktober 2001, Italië/Raad (C-120/99, Jurispr. blz. I-7997, punt 28).

Cembureau-overeenkomst is, die is gesloten tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983, noch de overeenkomst waarop Kalogeropoulos zinspeelt in zijn verklaring.

81. Volgens de Commissie roept Irish dit middel uitsluitend in om opnieuw het bestaan van maatregelen te suggereren die zijn genomen ter uitvoering van een andere overeenkomst, waarbij zij geen partij is geweest. Hoe dan ook, het Gerecht heeft op deze argumenten geantwoord en in het bijzonder op het argument dat de invoer uit Duitsland onverenigbaar is met het bestaan van de Cembureau-overeenkomst.

2) Een middel dat ontvankelijk is...

82. Hoewel de argumentatie tot staving van het zevende onderdeel van het derde middel voor het eerst is aangevoerd ter terechtzitting van het Gerecht, heeft het Gerecht deze niet afgewezen omdat het te laat zou zijn ingediend, maar heeft het de inhoud ervan onderzocht, alvorens tot afwijzing te besluiten.

83. Als rechter in hogere voorziening kan het Hof zijn ogen niet sluiten voor een verweermiddel dat, hoewel niet op het juiste moment aangevoerd, door de rechter in eerste aanleg, meester van het proces en discussieleider, niet is afgewezen wegens te late indiening, omdat hij het onderzoek ervan relevant achtte.

3) ... maar ongegrond

84. Om op dit middel uitspraak te kunnen doen, hoeft het Hof niet te onderzoeken of de communautaire administratieve procedure in mededingingszaken in een „kruisverhoor" voorziet en vastlegt wat de gevolgen zijn van het ontbreken daarvan. Het gaat om een debat dat frontaal, degelijk en zorgvuldig moet worden gevoerd, wanneer dat onontkoombaar is, maar niet in een geval als het onderhavige, waarin het middel min of meer terloops en op een procedureel onjuist tijdstip in de strijd is opgeworpen en het niet onontbeerlijk is dat aan rekwirantes eis wordt voldaan.

85. Het antwoord kan het halen uit een verwant terrein, dat van redenen die verband houden met het nut. Wanneer het namelijk, zoals rekwirante stelt, zeker zou zijn dat de interne nota's van Blue Circle niet tegen haar gebruikt hadden kunnen worden, zou dit aan de betekenis van de beschikking niets hebben veranderd.

86. Het Gerecht heeft dit overigens ondubbelzinnig verklaard in punt 1399 van zijn arrest, waarin het onderstreept dat het feit dat de interne nota's van Blue Circle niet geschikt zijn om als belastend bewijs te worden gebruikt, de bewijskracht van de overige in punt 19 van de motivering van de beschikking genoemde documenten onverlet laat, waaruit de Commissie, op basis van een beoordeling die door het Gerecht is bevestigd, heeft afgeleid dat de Cembureau-overeenkomst tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 is gesloten en vervolgens is bevestigd tijdens de daaropvolgende vergaderingen van 19 maart en 7 november 1984, die Irish heeft bijgewoond. [57]

87. Zelfs als dit middel van rekwirante gegrond zou worden geacht, zou de stelling van rekwirante toch niet kunnen slagen, omdat, ook als de interne nota's van Blue Circle als belastend bewijs zouden worden uitgesloten, er nog andere belastende bewijsstukken zouden zijn, zoals het Gerecht als meester van het bewijs in de procedure heeft verklaard.

88. In dergelijke omstandigheden kan Irish er niet over klagen dat zij het slachtoffer van een oneerlijke procedure is geworden, daar zij is veroordeeld op basis van belastende bewijsstukken waarmee het vermoeden van haar onschuld kon worden weerlegd, met name de convocatie voor de vergadering van 14 januari 1983 en het ontwerp van de door de president te houden inleiding, alsmede de aantekeningen inzake de vergaderingen van 19 maart en 7 november 1984. Zoals de Commissie en het Gerecht hebben gezegd, leverden deze bewijsstukken gegevens op die in de nota's van Blue Circle slechts worden bevestigd. [58]

4) Een voldoende gemotiveerd antwoord

89. Irish stelt dat het Gerecht haar in het bestreden arrest geen voldoende gemotiveerd antwoord heeft gegeven op het punt van de bewijskracht van de interne nota's van Blue Circle en de daarin vervatte feitelijke gegevens. Wanneer men het bestreden arrest leest, is deze grief onbegrijpelijk, daar de punten 875 tot en met 901 meer dan voldoende zijn.

90. Het Gerecht heeft in de punten 876, 878 en 881 met name geantwoord op het argument dat de in nota's van Blue Circle bedoelde afspraak en de Cembureau-overeenkomst niet identiek zijn, en heeft in punt 897 het argument inzake de invoer uit Duitsland afgewezen.

91. Ik vermoed dat rekwirante het ontbreken van een motivering verwart met een

57 — Zie de punten 921-1095, 1344, 1350 en 1352 van het bestreden arrest, die worden aangehaald in punt 1399.

58 — Zie paragraaf 45, punt 3, van de motivering van de beschikking.

motivering die niet strookt met haar vorderingen. Wat de draagwijdte van de motiveringsplicht voor gerechtelijke beslissingen betreft, verwijs ik naar mijn overwegingen ter zake in punt 77 hierboven.

het arrest (punten 930 tot en met 941) correct is vastgesteld.

2) Nog een niet-ontvankelijke en ongegronde grief

C — De convocatie voor de vergadering van 14 januari 1983 — Braz de Oliveira — (zesde onderdeel van het vierde middel)

94. Dit onderdeel van het middel kan vanuit twee invalshoeken worden bekeken. Vanuit de eerste invalshoek is het kennelijk niet-ontvankelijk, vanuit de tweede is het ongegrond.

1) Het standpunt van partijen

92. Irish heeft in eerste instantie aangevoerd dat de brief van Braz de Oliveira geen convocatie voor de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983 was, omdat hij niet als officiële vertegenwoordiger van Cembureau maar als vertegenwoordiger van Cembureau bij Ierland en het Koninkrijk Denemarken optrad, met welke staten hij een zetel in het uitvoerend comité deelde. Zij voegt daar thans aan toe dat het Gerecht, hoewel het de vergissing inzake de kwalificatie van dit document heeft erkend, er een verkeerde betekenis aan bleef hechten en dat de bewijskracht ervan daarom in twijfel moet worden getrokken.

95. Het argument van Irish trekt de beoordeling van het Gerecht ten aanzien van het bewijs in twijfel en is daarom niet-ontvankelijk.

93. De Commissie stelt harerzijds dat de waarde van de brief van Braz de Oliveira in

96. De rechter in eerste aanleg erkent dat er twee versies van de convocatie voor de vergadering bestaan: een „officiële" versie, gericht aan alle leden van Cembureau, en een andere, ondertekend door Braz de Oliviera, afgevaardigde van het uitvoerend comité van Cembureau, en alleen aan Aalborg en Irish gericht. Hieruit heeft de Commissie afgeleid dat de vergadering van 14 januari 1983 tot doel had de „spelregels" voor de Europese cementmarkt op te stellen. De passage waaruit de Commissie dit heeft kunnen afleiden, stond niet in de „officiële" brief. Het Gerecht was van

mening dat die andere versie van de convocatie „geenszins in tegenspraak [is] met de inhoud van de brief van Braz de Oliveira" [59], waarvan de waarde als bewijs van het doel van de vergadering van 14 januari 1983 relevant is om de in de punten 936 tot en met 941 en 977 tot en met 987 van het bestreden arrest genoemde redenen.

97. Zoals kan worden geconstateerd blijft dit onderdeel van het middel binnen het terrein van het bewijs, terwijl rekwirante geen enkele omstandigheid heeft aangetoond of ingeroepen die een rechtvaardiging zou vormen voor het Hof om op dit terrein het Gerecht te corrigeren.

98. Als Irish met dit middel wil klagen over het feit dat het Gerecht niet heeft geantwoord op de ter zake door haar geuite grieven, is het middel ongegrond. Ik verwijs het Hof naar de punten 930 tot en met 941 van het bestreden arrest.

4. *De geldboete*

99. Gelet op de beschikking inzake gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaring, moeten nog twee grieven van Irish worden onderzocht met betrekking tot de in de bestreden beschikking opgelegde geldboete, die het Gerecht overigens heeft verlaagd. De eerste betreft het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen directe en indirecte deelnemers aan de vergaderingen van de delegatiehoofden (dertiende onderdeel van het derde middel en vierde onderdeel van het vierde middel); de tweede heeft betrekking op het evenredigheidsbeginsel (veertiende onderdeel, derde argument, van het derde middel).

100. Na vermelding van de standpunten van de partijen zal ik de twee grieven gezamenlijk behandelen.

A — Dertiende onderdeel van het derde middel

101. Irish verwijt het Gerecht dat het het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen directe en indirecte deelnemers aan de vergaderingen van de delegatiehoofden heeft aanvaard. Volgens haar is dit een vergissing, die tot absurde gevolgen leidt.

102. De Commissie stelt dat de door rekwirante aangevoerde kwestie betrekking heeft op de waardering van het bewijs en daarom niet kan worden behandeld in het kader van een hogere voorziening. Hoe dan ook is het onderscheid volgens haar gerechtvaardigd.

59 — Punt 935 van het bestreden arrest.

B — Vierde onderdeel van het vierde middel

103. Wat de vorige grief betreft, verwijt Irish het Gerecht dat het niet heeft geantwoord op haar argument dat het onderscheid tussen directe en indirecte deelnemers tot ongerijmde gevolgen leidt. Zij geeft daarvan een voorbeeld: rekwirante was de enige cementproducent in Ierland; de heer Quirke, de Ierse vertegenwoordiger, was tijdens de vergadering van 14 januari 1983 aanwezig; de Commissie heeft daaruit afgeleid dat hij een werknemer van Irish was en dat Irish dus onmiskenbaar aan deze vergadering heeft deelgenomen; zo er toentertijd nog een Ierse cementproducent had bestaan, zou de aanwezigheid van Quirke op de vergadering, ook al zou hij een werknemer van Irish zijn, niet tot de conclusie hebben geleid dat hij Irish vertegenwoordigde en zou Irish slechts schuldig zijn bevonden aan deelneming aan de uitvoeringsmaatregelen van de Cembureau-overeenkomst.

104. De Commissie is van mening dat het Gerecht, niettegenstaande zijn verplichting om vast te stellen of aansluiting van Irish bij de mededingingsregeling was aangetoond, niet verplicht was te antwoorden op dit — misleidend — argument.

C — Veertiende onderdeel, derde argument, van het derde middel

105. Volgens rekwirante heeft het Gerecht in punt 4964 van het bestreden arrest een kennelijke beoordelingsfout gemaakt, toen het verklaarde dat de analyse van de Commissie een pertinente beoordeling vormde van de mate van verantwoordelijkheid van elke onderneming voor de inbreuk waarvoor een sanctie was opgelegd. Volgens haar is het onjuist te stellen dat aan degenen die slechts een marginale rol hebben gespeeld en aan onbelangrijke uitvoeringsmaatregelen van een mededingingsverstorende overeenkomst hebben deelgenomen, dezelfde sanctie moet worden opgelegd als aan degenen die beslissend zijn geweest voor de verdediging en uitvoering ervan. Deze gelijkstelling is in strijd met het evenredigheidsbeginsel, de deelnemers met de belangrijkste rol worden er niet door afgeschrikt en voor de ondernemingen met minder schuld is de sanctie buitensporig.

106. Irish voegt eraan toe dat het Gerecht niet de criteria heeft toegepast die het Hof heeft gedefinieerd in het arrest Musique diffusion française e.a./Commissie. [60]

107. Ten slotte stelt zij, wat genuanceerder, dat het Gerecht niet de argumenten heeft onderzocht waarmee zij wilde aantonen dat haar gedrag geen rechtstreekse gevolgen kon hebben voor de compartimentering van de thuismarkten en dat zij daarom niet moest worden ingedeeld in de categorie van ondernemingen met een zwaardere verantwoordelijkheid. De feitenrechter heeft zelf erkend dat de deelneming van Irish aan de inbreuk waarvoor in artikel 2, lid 2, een sanctie is opgelegd en die is beschreven in

60 — Arrest van 7 juni 1983 (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825).

de hoofdstukken 4, 5 en 6 van de beschikking, praktisch non-existent dan wel in elk geval zeer beperkt was, en had daarom moeten concluderen dat hetzelfde gold voor haar verantwoordelijkheid. Volgens Irish is deze vaststelling onverenigbaar met handhaving van de geldboete.

108. De Commissie betoogt dat dit argument van Irish niet-ontvankelijk is, omdat het geen betrekking heeft op een onjuiste rechtsopvatting, maar op de wijze waarop het Gerecht de ernst van de inbreuk en de hoogte van de geldboete heeft beoordeeld. Zij voegt daaraan toe dat de hoogte van de geldboete hoe dan ook in het bestreden arrest is verlaagd.

109. Wat de gegrondheid betreft, stelt zij dat de geldboete is opgelegd op basis van de Cembureau-overeenkomst in haar totaliteit. Zij heeft geen aparte geldboeten berekend voor elk van de uitvoeringsmaatregelen van de overeenkomst.

D — De door de Commissie voor de oplegging van de geldboeten gehanteerde criteria

110. Met het oog op het onderzoek van dit middel breng ik de structuur van het dictum van de beschikking in herinnering, alsmede de voor de oplegging van de geldboeten gehanteerde criteria

111. In de beschikking onderscheidt de Commissie twee markten, de markt van grijs cement en de markt van wit cement. Wat de eerste markt betreft, veroordeelt zij de sluiting van de Cembureau-overeenkomst, waarin de deelnemers zijn overeengekomen de thuismarkten te eerbiedigen en het overbrengen van cement van het ene naar het andere land te reguleren. De artikelen 2 tot en met 6 hebben betrekking op de bilaterale of multilaterale gedragingen met het oog op de uitvoering van deze overeenkomst als „één enkele en continue" overeenkomst dan wel het vergemakkelijken van de uitvoering ervan, of op het wegnemen van potentiële belemmeringen voor de doeltreffendheid ervan, zoals de zogenoemde „Griekse bedreiging". Artikel 7 ten slotte heeft betrekking op de concurrentieverstorende gedragingen op de markt van wit cement.

112. De Commissie heeft uiteenlopende sancties voor de inbreuken opgelegd met betrekking tot elke markt. [61]

113. Wat de markt van grijs cement betreft, de enige waarop concurrentieverstorende gedragingen aan Irish ten laste zijn gelegd, heeft de Commissie besloten niet voor elke aparte gedraging geldboeten op te leggen, en heeft zij aan elke onderneming een globale boete opgelegd vanwege het

61 — Zie paragraaf 65, punt 7, van de beschikking.

onderling verband tussen de Cembureau-overeenkomst en alle uitvoeringsmaatregelen. [62] Deze handelwijze is legitiem en is gebaseerd op de bevoegdheid van de Commissie om zich in een enkele beschikking over verschillende inbreuken uit te spreken. [63]

114. Bovendien was zij van mening dat alle ondernemingen en ondernemersverenigingen tot wie de beschikking was gericht, zich hadden aangesloten bij de Cembureau-overeenkomst, en heeft zij aangegeven op basis van welke elementen zij de deelneming van elk van hen heeft vastgesteld. Zo heeft zij in het geval van Irish overwogen dat deze onderneming zich als lid van Cembureau bij de overeenkomst of bij het principe tot eerbiediging van de thuismarkten heeft aangesloten vanaf de besprekingen die op de vaststelling daarvan zouden uitlopen, en dat zij tevens heeft deelgenomen aan maatregelen en regelingen die ter aanvulling daarvan waren overeengekomen om de uitvoering ervan te bevorderen. [64]

115. „Zij heeft echter in het kader van deze algemene vaststelling rekening gehouden met de rol welke door iedere onderneming is gespeeld bij het sluiten van de overeenkomst" of bij de overeengekomen regelingen en maatregelen voor de aanvulling van deze overeenkomst en de uitvoering daarvan. Zij heeft ook rekening gehouden met de duur van deze maatregelen en regelingen. [65]

116. Conform deze benadering heeft de Commissie twee groepen ondernemingen en ondernemersverenigingen onderscheiden: enerzijds ondernemingen die hebben deelgenomen aan de Cembureau-overeenkomst, en anderzijds ondernemingen met een geringere en dus minder ernstige deelneming. [66]

117. Binnen de eerste categorie heeft de Commissie drie subgroepen onderscheiden: 1) ondernemingen en ondernemersverenigingen die als lid van Cembureau rechtstreeks hebben deelgenomen aan het sluiten van de overeenkomst over de eerbiediging van de thuismarkten en maatregelen voor rechtstreekse bescherming van deze markten, tot welke groep Irish behoort; 2) ondernemingen die via hun hoogste bestuurders de functie van delegatiehoofd bij Cembureau op zich hebben genomen, hetzij toen de overeenkomst werd gesloten, hetzij gedurende de periode van de tenuitvoerlegging daarvan, en 3) ondernemingen die hebben deelgenomen aan maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst met het oogmerk rechtstreeks de thuismarkten te beschermen. [67]

62 — Zie paragraaf 65, punt 8, eerste streepje, van de beschikking.

63 — Zie het arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./ Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 111). Zie voor de bepaling van het bedrag van geldboeten bij complexe inbreuken, David, E., „La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 36(3), juli-september 2000, blz. 511-545.

64 — Zie de beschikking, paragraaf 65, punt 3, sub a, en punt 9, sub a, eerste streepje.

65 — Paragraaf 65, punt 9, eerste streepje, van de beschikking. Zie ook punt 4950 van het bestreden arrest. De Commissie „heeft een globale geldboete vastgesteld voor iedere onderneming wegens haar deelneming aan het Cembureau Agreement or Principle" en aan de uitvoeringsmaatregelen daarvan [paragraaf 65, punt 8, tweede streepje].

66 — Paragraaf 65, punt 9, sub a en b, van de motivering van de beschikking.

67 — Paragraaf 65, punt 9, sub a, van de motivering van de beschikking.

118. In de tweede categorie heeft zij tevens drie soorten verantwoordelijke ondernemingen vastgesteld: 1) ondernemingen die slechts hebben deelgenomen aan de maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst die gericht waren op het kanaliseren van de productieoverschotten naar derde landen; 2) ondernemingen die, hoewel zij hebben deelgenomen aan de maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst met het oogmerk de thuismarkten rechtstreeks te beschermen, gepoogd hebben zich aan de tenuitvoerlegging daarvan te onttrekken, en 3) Ciments luxembourgeois SA, die, hoewel zij rechtstreeks lid was van Cembureau en heeft deelgenomen aan de vergaderingen van de delegatiehoofden waarop het „Cembureau Agreement or Principle" werd overeengekomen, geen enkele uitvoeringsmaatregel ten uitvoer heeft gelegd. [68]

119. De Commissie heeft aan de ondernemingen en ondernemersverenigingen van de eerste categorie een geldboete opgelegd waarvan het bedrag correspondeerde met 4 % van de omzet die ieder van hen in de loop van 1992 op de markt van grijs cement had gerealiseerd. Het bedrag van de aan de ondernemingen van de tweede categorie opgelegde geldboete bedroeg 2,8 % van deze omzet. [69]

120. Het Gerecht heeft het beroep van Irish gedeeltelijk toegewezen omdat de Commissie voor de vaststelling van de door haar opgelegde geldboete ervan was uitgegaan dat deze onderneming 122 maanden aan de Cembureau-overeenkomst had deelgenomen, terwijl in de procedure kon worden vastgesteld dat de werkelijke duur van haar deelneming slechts 71,5 maanden bedroeg. [70] Gelet op deze omstandigheid en conform de berekeningsmethode van de Commissie, heeft het Gerecht het bedrag van de geldboete naar evenredigheid verlaagd. [71]

121. Rekwirante verwijt het Gerecht dat het het onderscheid tussen directe en indirecte deelnemers heeft bevestigd en stelt dat zijn handelwijze onverenigbaar is met artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, en noemt deze handelwijze kennelijk onjuist en onredelijk.

122. Aldus geformuleerd is het middel om twee redenen niet-ontvankelijk.

123. In de eerste plaats omdat rekwirante slechts dezelfde argumenten aanvoert als zij in het verzoekschrift in eerste aanleg naar voren heeft gebracht en waarop het Gerecht in de punten 4965 en volgende van het bestreden arrest heeft geantwoord. Irish zegt niets nieuws in dit middel, niets waarover niet reeds in de gerechtelijke procedure is gesproken en beslist. Zij maakt zich het feit dat het Gerecht het-

68 — Paragraaf 65, punt 9, sub b, van de motivering van de beschikking.

69 — Zie de brief van de Commissie aan het Gerecht van 7 juli 1998, met name de paragrafen 2 en 3. Zie ook de punten 4738, 4957 en 4963 van het bestreden arrest.

70 — Zie punten 4807-4814 van het bestreden arrest, en meer in het bijzonder het tweede streepje van laatstgenoemd punt.

71 — Zie punt 4815 en het zevende streepje van punt 29 van het dictum van het bestreden arrest.

zelfde criterium inzake de kwantificering van de geldboeten heeft toegepast als de Commissie, ten nutte om een debat te heropenen, dat in werkelijkheid niet gericht is tegen het bestreden arrest, maar tegen de administratieve beschikking waarin een sanctie is opgelegd voor haar gedrag.

124. In de tweede plaats omdat het middel, in deze bewoordingen gesteld, het terrein van de bewijswaardering niet verlaat en enkel hypothetisch van aard is[72], daar het beslissende element is dat zij toentertijd de enige Ierse cementproducent was en dat de delegatieleider van haar land op de vergadering van 14 januari 1983 een van haar werknemers was.

125. Ook de klacht van Irish dat het Gerecht niet heeft geantwoord op haar argumenten, is kennelijk ongegrond. Het antwoord dat volgens rekwirante niet is gegeven, is te vinden in het bestreden arrest. In punt 4940 ervan noemt het Gerecht de bezwaren van Irish op dit punt en in de punten 4965 en volgende onderzoekt het Gerecht de juridische correctheid van het door de Commissie gehanteerde criterium en reageert het aldus op de argumenten van alle partijen. Wat de verplichting van het Gerecht tot motivering van zijn uitspraken betreft, verwijs ik naar wat ik daarover heb gezegd in punt 77 hierboven, want het is niet nodig elke grief van de partijen afzonderlijk te beantwoorden. Het is eveneens rechtmatig een rechterlijke beslissing impliciet te motiveren, mits de aldus gegeven motivering strookt met de doelstellingen van deze waarborg voor de redelijke uitoefening van de rechterlijke bevoegdheid.

126. Het is frappant dat de zes rekwiranten in de zes hogere voorzieningen die tegen het arrest van het Gerecht zijn ingesteld, hun betoog baseren op een zogenaamd motiveringsgebrek. Ik kan slechts opmerken dat deze grieven, vooral wegens de hardnekkigheid waarmee zij worden aangevoerd, niet op hun plaats zijn. Tegen een rechterlijke uitspraak die bijna 1 200 bladzijden van de Jurisprudentie in beslag neemt en 5 134 punten bevat, waarin het Gerecht de argumenten van 41 verzoekende partijen, die het zoveel mogelijk heeft samengevoegd, in kaart brengt, verduidelijkt en systematiseert, om op elk daarvan te kunnen antwoorden, kan van alles en nog wat worden ingebracht, maar niet dat de motivering onvoldoende is.

127. Het is zonder twijfel mogelijk dat het Gerecht niet met zoveel woorden op elk afzonderlijk argument heeft geantwoord, maar juist doordat het om één enkele en geïntegreerde tekst gaat, is de oplossing in veel gevallen, zoals het argument van Irish, impliciet in de argumentatie verwerkt. Wanneer het Gerecht verklaart dat de Commissie „terecht" heeft beslist een sanctie op te leggen voor de deelneming aan de Cembureau-overeenkomst als zodanig,

72 — Zie boven, punt 103.

onafhankelijk van de afzonderlijke gedragingen en het aantal door elke onderneming genomen uitvoeringsmaatregelen [73], wanneer het zegt dat het door de Commissie gemaakte onderscheid tussen directe en indirecte deelnemers gerechtvaardigd is [74], wanneer het concludeert dat de Commissie derhalve niet „verplicht [was] de specifieke rol van elk van hen bij de verschillende in de bestreden beschikking vastgestelde onrechtmatige handelingen te beoordelen" [75], en wanneer het daaraan toevoegt dat „het aantal bijzondere inbreuken die een bepaalde onderneming in het kader van de Cembureau-overeenkomst heeft gepleegd, [...] in casu niet een relevant criterium [is] voor de beoordeling van de mate van verantwoordelijkheid voor die overeenkomst" [76], zegt het daarmee tegen Irish dat het door de Commissie gehanteerde criterium niet onjuist is.

E — Eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel

128. Het middel inzake de schending van het evenredigheidsbeginsel is eveneens ongegrond.

129. Een sanctie heeft een tweeledig doel: zij dient repressief te zijn en tegelijk een preventieve werking te hebben. Zij beoogt een gedrag te bestraffen en de daders of eventuele andere overtreders te ontmoedigen zich schuldig te maken aan mededingingsverstorende gedragingen. Zij moet dan ook aangepast zijn aan deze doeleinden, met inachtneming van een goed evenwicht, zodat met de geldboete zowel het ten laste gelegde gedrag wordt bestraft als een voorbeeld wordt gesteld.

130. Het eerste, het repressieve aspect van de sanctie, moet, als uitvloeisel van het beginsel van het persoonlijk karakter van de straffen, evenredig zijn aan de ernst van de inbreuk en de andere, subjectieve en objectieve, omstandigheden van elk concreet geval. Daarom wordt in artikel 15, lid 2, laatste zin, van verordening nr. 17 bepaald dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening wordt gehouden met de zwaarte en, eventueel, de duur van de inbreuk.

131. Het Hof heeft verklaard dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld. [77]

73 — Punten 4975 en 4966.
74 — Punt 4968.
75 — Punt 4965.
76 — Punt 4966.

77 — Zie arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 120, en arrest van 17 juli 1997, Ferriere Nord/Commissie (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 33); zie ook de beschikking van 25 maart 1996, SPO e.a./Commissie (C-137/95 P, Jurispr. blz. I-1611, punt 54).

132. Deze beoordeling moet mijns inziens worden gebaseerd op drie hoofdcriteria: de aard van de inbreuk, de gevolgen ervan voor de mededinging en de geografische omvang van de betrokken markt; elk van deze criteria moet worden bekeken in zijn objectief aspect, dat van de inbreuk zelf, en in zijn subjectief aspect, dat van de verantwoordelijke onderneming. [78]

133. Derhalve moet de inhoud van de mededingingsverstorende gedragingen worden beoordeeld, de omvang van de markt waarop deze hun invloed doen gelden, en, meer in het bijzonder, de schade die de economische openbare orde heeft geleden; daartoe mogen punten als de duur van de verboden praktijken, de aard van de betrokken markt, en het aantal en de intensiteit van de tot uitvoering gebrachte uitvoeringsmaatregelen niet worden verwaarloosd.

134. Op subjectief niveau, dat van de verantwoordelijke ondernemingen, gaat het om zaken als hun relatieve belang of hun marktaandeel in de betrokken economische sector en het repetitieve van hun mededingingsverstorende gedragingen.

135. De verplichting tot oplegging van een sanctie die evenredig is aan de zwaarte van de inbreuk, impliceert dat, wanneer een inbreuk door meerdere personen is begaan [79], de relatieve ernst van ieders deelneming aan die inbreuk in aanmerking dient te worden genomen met gebruikmaking van de bovengenoemde richtsnoeren. [80] Het gelijkheidsbeginsel vereist namelijk dat aan alle ondernemingen die zich in dezelfde situatie bevinden, dezelfde geldboete wordt opgelegd, en verbiedt dat aan ondernemingen die zich in verschillende situaties bevinden, dezelfde geldboete wordt opgelegd.

136. Het Gerecht heeft zich hieraan gehouden toen het de door de Commissie gehanteerde criteria voor de vaststelling van het bedrag van de geldboeten bevestigde en toepaste. Bij deze criteria gaat het niet om een willekeurige classificatie van de verantwoordelijke ondernemingen en ondernemersverenigingen. Integendeel, zij zijn het resultaat van een gedetailleerde analyse van de deelneming en het gedrag van elk van hen. Dat blijkt duidelijk uit de punten 3, 5 en 9 van paragraaf 65 van de beschikking, die, niet te vergeten, een uitvoerig eerste deel bevat, waarin de feiten zijn uiteengezet en de deelneming van de diverse betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen is beschreven.

137. Met alle gedragingen, die noodzakelijkerwijs niet identiek waren, werd het-

78 — In zijn reeds aangehaalde werk stelt E. David: „La gravité s'apprecie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise." (blz. 522).

79 — De inbreuken op artikel 81 EG vooronderstellen per definitie een collectief gedrag.

80 — Zie de reeds aangehaalde arresten Suiker Unie e.a./Commissie, punt 623, en Hercules Chemicals/Commissie, punt 110.

zelfde concurrentieverstorende doel beoogd, zodat zij ten behoeve van de sanctie qua zwaarte aan de hand van hun gevolgen voor de markt en hun weerslag op de vrije concurrentie in een of meer categorieën konden worden gehergroepeerd.

138. Er is niets onregelmatigs aan deze handelwijze daar, zoals gezegd, de zwaarte van een inbreuk kan worden beoordeeld aan de hand van de schade die door de litigieuze gedragingen is toegebracht aan de economische openbare orde. Zoals het Gerecht in punt 4966 van het bestreden arrest heeft verklaard, heeft elke onderneming die partij was bij de Cembureau-overeenkomst, „de eerbiediging van de thuismarkten proberen te verzekeren via het aantal maatregelen dat noodzakelijk werd geacht, gelet op onder meer haar commerciële belangen en de geografische situatie van haar natuurlijke markt. Wanneer, gelet op die factoren slechts aan een beperkt aantal onrechtmatige maatregelen werd deelgenomen, geeft dit dus niet blijk van een minder sterke aansluiting bij de Cembureau-overeenkomst en derhalve van een minder zware verantwoordelijkheid voor de inbreuk waarvoor een sanctie is opgelegd". Wat de schade aan de concurrentie betreft was de situatie van elke onderneming dezelfde.

139. Voor het door haar gemaakte onderscheid tussen de twee categorieën ondernemingen heeft de Commissie een aantal redenen gegeven, die het Gerecht heeft overgenomen. [81] Deze redenen beantwoorden aan een objectief en redelijk criterium, namelijk de gevolgen van de gedragingen voor de mededinging en, met name, voor de compartimentering van de thuismarkten. Op deze wijze zijn de in de artikelen 2, 3 en 4 van de beschikking beschreven gedragingen als de zwaarste aangemerkt, omdat zij tot rechtstreekse bescherming van deze markten strekten, terwijl de in de artikel 5 en 6 beschreven gedragingen, die „minder rechtstreekse gevolgen" hadden voor de compartimentering [82], als minder ernstig konden worden gekwalificeerd.

140. Verder is de klacht van Irish onaanvaardbaar, wanneer zij verklaart dat haar gedrag geen gevolgen kon hebben voor de compartimentering van de thuismarkten en dat het Gerecht ook op dit punt niet heeft gereageerd. Ik verwijs in dit verband naar de punten 4966 en 4975 van het bestreden arrest en naar hetgeen ik hieromtrent heb gezegd in de punten 125 tot en met 127 hierboven.

141. Het middel moet hetzelfde lot treffen, voorzover Irish het Hof ervan probeert te overtuigen dat zij slechts marginaal bij de feiten betrokken was en dat zij dus slechts

81 — Zie paragraaf 65, punt 9, van de beschikking en punt 4968 van het bestreden arrest.

82 — Punt 4968, laatste zin, van het bestreden arrest.

een geringe verantwoordelijkheid voor de realisering daarvan draagt. Het gaat daarbij om een feitelijke kwestie, die niet in hogere voorziening kan worden onderzocht.

142. Gelet op het voorgaande, moeten de middelen met betrekking tot de geldboete eveneens niet-ontvankelijk en ongegrond worden verklaard.

143. De afwijzing van alle middelen die ontvankelijk zijn verklaard, dient de afwijzing van de hogere voorziening in haar totaliteit teweeg te brengen.

V — Kosten

144. Daar de Commissie dit heeft gevorderd, dient Irish in de kosten te worden verwezen conform de bepalingen van artikel 122, eerste alinea, juncto artikel 69, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

VI — Conclusie

145. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

1) de middelen in hogere voorziening van Irish Cement Ltd die niet zijn afgewezen bij de beschikking van 5 juni 2002, in hun totaliteit af te wijzen;

2) het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Vierde kamer — uitgebreid) van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie (T-25/95, T-26/95, T-30/95—T-32/95, T-34/95—T-39/95, T-42/95—T-46/95, T-48/95, T-50/95—T-65/95, T-68/95—T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95), te bevestigen wat rekwirante betreft, en

3) rekwirante in de kosten te verwijzen.