lijke doelstellingen van het Verdrag, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de produktiebronnen van de gehele Gemeenschap.

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

In de zaak 51-69

FARBENFABRIKEN BAYER AG, gevestigd te Leverkusen, ten deze vertegenwoordigd door de Raad van Beheer, bijgestaan door H. Axster, W. Decker en O. Axster, advocaten te Düsseldorf, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij de legatieraad 1e klasse E. Graf von Carmer, Ambassade van de Bondsrepubliek Duitsland, 20-22, rue de l'Arsenal,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridische adviseurs J. Thiesing, G. Marchesini en J. Griesmar, als gemachtigden, bijgestaan door professor W. Hefermehl, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur E. Reuter, 4, boulevard Royal,

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 24 juli 1969 over een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/26.267 — kleurstoffen), geplaatst in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. L 195 van 7 augustus 1969, blz. 11 en volgende,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: R. Lecourt, President, J. Mertens de Wilmars en H. Kutscher, Kamerpresidenten, A. M. Donner, A. Trabucchi (rapporteur), R. Monaco en P. Pescatore, Rechters,

Advocaat-Generaal: H. Mayras
Griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — Overzicht van de feiten

Overwegende dat de aan het geding ten grondslag liggende feiten kunnen worden samengevat als volgt:

Op grond van aanwijzingen, verstrekt door beroepsorganisaties van verschillende kleurstoffenverwerkende industrieën, is de Commissie overgegaan tot verificaties ten einde vast te stellen of tot de prijsverhogingen van deze produkten, zoals die zich sedert begin 1964 in sommige landen van de Gemeenschap hebben voorgedaan, door de betrokken ondernemingen in gemeen overleg is overgegaan.

Op grond van deze verificaties heeft de Commissie drie uniforme prijsverhogingen geconstateerd. De meeste anilinekleurstoffenprijzen werden tussen 7 en 20 januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg en per 1 januari 1965 ook in Duitsland met 15 % verhoogd; op dezelfde dag gingen bijna alle fabrikanten in Duitsland en in de landen die reeds door de verhoging van 1964 waren getroffen, over tot een uniforme verhoging van 10 % van de prijzen van kleurstoffen en pigmenten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden. Ten slotte werd er per 16 oktober 1967 een verhoging van 8 % van de prijzen van alle kleurstoffen toegepast door bijna alle fabrikanten in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg; deze prijsverhoging bedroeg in Frankrijk 12 % en bleef in Italië achterwege.

Op 31 mei besloot de Commissie ingevolge artikel 3 van 's Raads verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure in te leiden wegens vermoedelijke schending van artikel 85 van het Verdrag, zulks tegen de ondernemingen die ter vaststelling van de prijzen van kleurstoffen hun gedragingen onderling hadden afgestemd, met name ook tegen de firma Farbenfabriken Bayer AG.

Bij brief van 11 december 1967 heeft de Commissie voornoemde firma dit besluit medegedeeld. Bij deze mededeling was een uiteenzetting gevoegd, behelzende de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking had genomen jegens de ondernemingen die aan voormelde prijsverhogingen hadden deelgenomen. De Commissie deed deze mededeling en deze uiteenzetting uitgaan tot zowel in de Gemeenschap als in derde landen gevestigde kleurstoffenfabrikanten en hun binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochterondernemingen en vertegenwoordigers, ten getale van 60.

In de uiteenzetting van de punten van bezwaar verklaarde de Commissie dat tot de prijsverhogingen binnen de EEG was overgegaan door de navolgende fabrikanten — en door hun dochterondernemingen of vertegenwoordigers —:

— Azienda colori nazionali affini S.p.a. (ACNA) te Milaan (Italië),
— Industria piemontese dei colori di anilina S.p.a. (IPCA) te Milaan (Italië),
— Fabbrica lombarda colori anilina S.p.a. (FLCA) te Milaan (Italië),
— Industria electro-chimica bergamasca te Bergamo (Italië),
— Farbenfabriken Bayer AG te Leverkusen (Bondsrepubliek Duitsland),
— Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main (Bondsrepubliek Duitsland),
— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF) te Ludwigshafen (Bondsrepubliek Duitsland),
— Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main (Bondsrepubliek Duitsland),
— Société française des matières colorantes SA (Francolor) te Parijs (Frankrijk),
— Fabriek van Chemische Produkten Vondelingenplaat NV te Rotterdam (Nederland),
— Ciba SA te Bazel (Zwitserland),
— Sandoz SA te Bazel (Zwitserland),
— J. R. Geigy SA te Bazel (Zwitserland),
— Fabrique de matières colorantes Durand et Huguenin SA te Bazel (Zwitserland),
— Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Manchester (Engeland),
— Yorkshire Dyeware and Chemical te Leeds (Engeland) en
— E. I. Du Pont de Nemours Company Inc. te Wilmington, Del. (Verenigde Staten van Amerika).

In antwoord op deze mededeling van de punten van bezwaar heeft de firma Farbenfabriken Bayer AG bij brief van 10 april 1968 bij de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend, ter weerlegging van de tegen haar ingebrachte bezwaren.
Op 10 september 1968 heeft zij in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van de Commissie en van de Lid-Staten mondelinge opmerkingen gemaakt.
Tijdens haar zitting van 24 juli 1969 gaf de Commissie een beschikking, waarbij de firma Farbenfabriken Bayer AG werd veroordeeld tot een geldboete van 50 000 rekeneenheden, zulks wegens inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die zij zou hebben begaan doordien zij en andere ondernemingen bij het verhogen van de prijzen in de kleurstoffensector in 1964, 1965 en 1967 hun gedrag — wat de percentages en toepassingsvoorwaarden dier verhogingen betreft — onderling zouden hebben afgestemd.

Om dezelfde redenen werd in deze beschikking een boete van 50 000 rekeneenheden opgelegd aan:
— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG,
— Cassella Farbwerke Mainkur AG,
— Farbwerke Hoechst AG,
— Société française des matières colorantes SA,
— Ciba SA,
— J. R. Geigy SA,
— Sandoz SA,
— Imperial Chemical Industries Ltd.

Een boete van 40 000 rekeneenheden werd opgelegd aan Azienda colori nazionali affini S.p.a.
Bij akte, gedeponeerd ter griffie van het Hof op 3 oktober 1969, heeft de firma Farbenfabriken Bayer AG beroep tot nietigverklaring tegen deze beschikking ingesteld.

II — Conclusies van partijen

Overwegende dat *verzoekster* concludeert dat het den Hove behage:

„a) verweersters beschikking van 24 juli 1969, waarvan aan verzoekster op 28 juli 1969 is kennis gegeven (IV/26.267 — kleurstoffen), voor zover verzoekster betreffende, nietig te verklaren;
b) verweerster in de kosten te verwijzen;"

Overwegende dat *verweerster* concludeert dat het den Hove behage:

„a) het beroep ongegrond te verklaren;
b) verzoekster in de kosten te verwijzen."

III — Middelen en argumenten van partijen

Overwegende dat de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

A — Middelen van formele aard

1. Algemene beschouwingen

Verzoekster merkt vooraf op, dat de communautaire procedure tot vaststelling en oplegging van geldboeten, andere dan soortgelijke in het nationale recht der Lid-Staten bekende procedures, alleen in enkele zeer algemene voorschriften is geregeld — en voorts door de algemene rechtsbeginselen wordt beheerst —. Handhaving van de rechten der justitiabelen brengt derhalve mede, dat alle procedurevoorschriften en alle ten deze geldende algemene rechtsbeginselen door de Commissie nauwgezet moeten worden inachtgenomen.

Verweerster brengt hiertegen in, dat de procedurevoorschriften van de verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 niet noodzakelijkerwijze behoeven te worden beschouwd als op de uitvoering van het Verdrag betrekking hebbende rechtsregelen in de zin van artikel 173; anders immers zou schending van vormvoorschriften der verordeningen, anders dan overtreding van vormvoorschriften van het Verdrag, steeds een beroepsgrond in de zin van dat artikel opleveren.

In hara memorie van repliek merkt *verzoekster* op, dat de term „schending van rechtsregels betreffende de uitvoering van het Verdrag, die grond tot nietigverklaring opleveren" niet limitatief moet worden opgevat. In de zin van artikel 173 van het Verdrag kunnen alleen bepalingen met een zuiver regulerende functie, die geen waarborgnormen zijn, als niet wezenlijke vormvoorschriften worden beschouwd. Verzoekster wijst ten slotte op het principieel belang van het recht op verweer, dat in Duitsland constitutionele betekenis heeft en medebrengt dat de weinige communautaire procedurevoorschriften ter verzekering van de naleving van dit beginsel nauwgezet moeten worden toegepast.

2. Grieven betreffende de inleiding der administratieve procedure

Verzoekster merkt op dat de Commissie op 31 mei 1967 een procedure volgens artikel 3 van verordening nr. 17 heeft ingeleid, doch door oplegging van een geldboete een beschikking heeft genomen op grond van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. Deze beide bepalingen betreffen twee naar strekking en gevolgen onderscheiden soorten beschikkingen, waarvoor bovendien verschillende voorwaarden en modaliteiten gelden. Deze belangrijke verschilpunten brengen mede, dat wanneer de Commissie van een eenvoudige verbondsprocedure wil „overstappen" op een procedure die tot oplegging van een geldboete leidt, zij zodanige procedure ook formeel en langs de weg van een daarop gerichte beschikking moet inleiden, met mededeling aan betrokkene van de punten van bezwaar, terwijl in de daarbij te voegen convocatie duidelijk moet worden vermeld dat de procedure oplegging van een geldboete ten doel heeft.

Verweerster brengt hiertegen in, dat het besluit van 31 mei 1967 tot inleiding der administratieve procedure is genomen op grond van verordening nr. 17 als geheel en niet alleen op grond van de artikelen 3 en 9. Door „onder anderen" naar artikel 3 te verwijzen heeft men voor de toekomst de concurrerende bevoegdheid van de nationale autoriteiten tot toepassing van artikel 85, lid 1, willen uitsluiten.

Verzoekster betoogt dat verweerster zich tegenover haar niet mag beroepen op de tekst van het besluit tot inleiding van de procedure, omdat verweerster haar daarvan geen eensluidend afschrift heeft doen toekomen.

Verweerster merkt op, dat volgens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99 in de verhouding tussen de ondernemingen en de Commissie de omvang van de procedure bepaald wordt door de mededeling van de punten van bezwaar en niet door het besluit tot inleiding van de procedure. In hoofdstuk 5 van die mededeling heeft zij uiteengezet dat de in-

breuk in ieder geval het gevolg was van ernstige onachtzaamheid, zodat de voorwaarden voor oplegging van een geldboete schenen te zijn vervuld.

3. *De grief dat aan verzoekster verweten feiten van wezenlijk belang niet aan haar zijn medegedeeld*

Verzoekster betoogt, dat de Commissie volgens de doctrine en de jurisprudentie van het Hof van Justitie (arrest in de zaken 56 en 58-64 Grundig-Consten) ingevolge artikel 85 van het Verdrag en overeenkomstig het beginsel van artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 aan de bij de procedure betrokken partijen alle feiten heeft mede te delen waaruit hun moet blijken welke punten van bezwaar in aanmerking zijn genomen. Deze mededeling moet schriftelijk geschieden, casu quo op zodanige wijze dat betrokkenen kennis kunnen nemen van de stukken die in de punten van bezwaar worden aangehaald. Het doet niet ter zake dat verzoekster van bepaalde feitelijke gegevens waarop de Commissie haar bezwaren baseerde, kennis heeft gedragen: artikel 4 van verordening nr. 99/63 is bedoeld ter verzekering dat betrokkene op de hoogte wordt gesteld van verweersters voornemen hem bepaalde feiten te verwijten — en die als bewijsmateriaal voor een inbreuk te beschouwen —.

Verzoekster noemt een aantal conclusies uit de mededeling van de punten van bezwaar waarvoor geen feitelijke gronden zijn aangevoerd, zodat verzoekster niet in staat is geweest opmerkingen te maken inzake de feitelijke gegevens waarover de Commissie zegt te beschikken. Deze schending van de rechten der verdediging is te minder gerechtvaardigd waar verzoekster de Commissie meermalen speciaal onder het oog heeft gebracht dat zij kennis moest kunnen nemen van de — beweerdelijk ten dele gelijkluidende — inhoud van de brieven der verschillende fabrikanten en eventueel in de gelegenheid moest worden gesteld het dossier in te zien. De Commissie heeft hierop negatief gereageerd.

Verweerster antwoordt dat volgens het arrest Grundig-Consten niet het gehele dossier behoeft te worden medegedeeld; de Commissie kan er mede volstaan belanghebbenden in kennis te stellen van de gegevens waaruit moet blijken van de punten van bezwaar die de Commissie in aanmerking neemt — dit is in casu geschied in afdeling 2 der mededeling —. Bovendien stond gevaar voor het uitlekken van zakengeheimen in de weg aan inzage der dossiers door betrokkenen en aan mededeling van de volledige tekst van de circulaires die zij aan hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers hadden doen uitgaan.

In haar memorie van repliek merkt *verzoekster* op, dat inzage van het dossier slechts één der mogelijkheden was om de verschillende haar ten laste gelegde feiten te harer kennis te brengen. In plaats van zich van algemeenheden te bedienen had verweerster in de loop van de administratieve procedure de stukken moeten mededelen op grond waarvan zij tot bepaalde conclusies — eensluidende redactie; gelijke data —, was gekomen zoals zij ook ten processe heeft gedaan. Doordat haar een en ander niet is medegedeeld heeft verzoekster zich in de administratieve fase niet tegen de aan deze teksten ontleende grieven kunnen verdedigen.

Het door verweerster te harer rechtvaardiging ingeroepen argument betreffende de noodzaak tegen schending van zakengeheimen te waken, is ongegrond, omdat zij zelf nadien zulke stukken heeft medegedeeld zonder aan de ondernemingen ook maar te vragen of zij daartegen bezwaar hadden. Het risico om zakengeheimen prijs te geven is bovendien geen reden om aan een justitiabele het recht te ontzeggen te worden gehoord, immers in artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 is met zoveel woorden bepaald dat het op schending van de geheimhoudingsplicht gestelde verbod geldt „onverminderd" artikel 19, waarin de rechten der verdediging worden gewaarborgd.

Verweerster brengt hiertegen in, dat verzoekster de verplichtingen die ingevolge artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 tijdens de administratieve procedure op de Commissie rusten verwart met haar

verplichtingen als verweerster voor het Hof van Justitie.

4. *Grieven ontleend aan het feit dat de kennisgeving van de punten van bezwaar zou zijn gedaan voordat het onderzoek was afgesloten*

Verzoekster brengt in herinnering dat daartoe door de Commissie gemachtigde personen op data gelegen tussen 19 december 1967 en 15 april 1969 bij haar en haar verkoopmaatschappijen inlichtingen nopens de prijsverhoging van 1967 hebben ingewonnen en betoogt dat de Commissie door eigendunkelijk de mededeling van de punten van bezwaar te doen op een willekeurig moment van haar onderzoek en niet bij beëindiging daarvan — zoals volgens verordening nr. 17 en verordening nr. 99 had moeten gebeuren — zich heeft gedragen op een wijze welke een wezenlijke miskenning inhoudt van de mededeling der punten van bezwaar, die de afsluiting van het onderzoek moet vormen. Wanneer de Commissie na mededeling van de punten van bezwaar aan de betrokkenen een nader onderzoek nodig heeft geacht, had zij hun na dat aanvullend onderzoek ook een aanvulling op de mededeling van de punten van bezwaar moeten doen toekomen.

Verweerster antwoordt, dat men door deze onderzoekingen alleen heeft willen nagaan, of bepaalde beweringen van betrokkenen — mondeling gedaan aan ambtenaren van de Commissie dan wel vervat in de memories waarin zij, in antwoord op de mededelingen van de punten van bezwaar, hun standpunt hebben vastgelegd — juist waren. Sommige ondernemingen hadden namelijk betoogd, dat de prijzen na een algemene verhoging telkens weer snel waren gedaald nadat er aan bepaalde klanten prijsconcessies waren gedaan. Vooral dit speciale punt heeft men willen onderzoeken.

Subsidiair betoogt verweerster dat er van schending van artikel 19 van verordening nr. 17 of van verordening nr. 99 geen sprake is geweest, omdat alle door verzoekster bedoelde onderzoekingen (van 13 december 1967, 25 januari 1968 en 6 februari 1968) zijn voorafgegaan aan de vergadering van 10 december 1968, die juist was uitgeschreven om de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te stellen mondeling hun opmerkingen over alle punten van bezwaar voor te dragen. In ieder geval is de bestreden beschikking niet gebaseerd op andere bezwaren dan vermeld in de mededeling van 11 december 1967.

Verzoekster merkt op dat deze onderzoekingen de Commissie aanleiding hebben gegeven het reeds aan verzoekster medegedeelde exposé der feiten aanzienlijk uit te breiden en te wijzigen. Zij wijst er in dit verband op, dat uit de mededeling van de punten van bezwaar nergens van een onderling afgestemde feitelijke gedraging bij de prijsverhoging van 1967 bleek en alleen maar wordt gezegd dat betrokkenen deze prijsverhogingen waren overeengekomen; doch in de bestreden beschikking gewaagt de Commissie met een beroep op omstandigheden als de aankondiging van Geigy en de vaststellingen van het Bundeskartellamt die eerst later te harer kennis waren gekomen, wel van zulk een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Verweerster verzet zich tegen deze uitlegging van de mededeling der punten van bezwaar, waarin zij nimmer van overeenkomsten heeft gesproken, doch steeds van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, ook ten aanzien van de prijsverhoging van 1967. Zij haalt ten deze met name punt 12, bladzijde 9, van deze mededeling aan, waar eveneens de bijeenkomst van Bazel van augustus 1967 ter sprake wordt gebracht.

5. *Grieven betreffende het verhoor*

Verzoekster betoogt dat zij, om voormelde redenen onwetend gebleven van wezenlijke gegevens waarop de Commissie de conclusies van de uiteenzetting der punten van bezwaar baseerde, zich ten verhore wel heeft moeten beperken tot een herhaling van haar reeds eerder schriftelijk ingediende protesten. Bovendien bleef zij in het onzekere verkeren over het materiaal waarop verweerster in december 1968 haar beschikking zou ba-

seren, zodat de verschijningstermijn van twee weken te kort was om zich behoorlijk voor te bereiden — zij heeft hierop ook tijdens de administratieve procedure gewezen —.
Deze grieven, die in het verweerschrift niet werden beantwoord, zijn door verzoekster in haar memorie van repliek nader uitgewerkt.
Verweerster betoogt in haar memorie van dupliek, dat de grief volgens welke het verhoor op te korte termijn was bepaald, een nieuw middel oplevert dat volgens artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet ontvankelijk is.
Een termijn van minstens drie weken, zoals aan verzoekster verleend, kan trouwens niet onvoldoende worden geacht.

6. *Grieven betreffende het procesverbaal van de hearing van 10 december 1968*

Verzoekster betoogt dat verweerster haar bij brief van 27 juni 1969 het ontwerp-procesverbaal heeft toegezonden met bepaling dat verzoeksters akkoordverklaring — door terugzending van een door verzoeksters vertegenwoordiger ondertekend exemplaar met eventuele wijzigingsvoorstellen — op 15 september werd ingewacht. De litigieuze beschikking is evenwel genomen op 24 juli van datzelfde jaar, of wel zes weken voordat de aan verzoekster gestelde termijn was verstreken, terwijl zij verweerster nimmer had doen weten dat zij met de tekst van het procesverbaal van het verhoor akkoord ging. Het verhoor heeft dus geen regelmatig verloop gehad, zodat een onderzoek naar de inhoud van het ontwerp-procesverbaal van verweerster achterwege kan blijven — verzoekster heeft trouwens niet nagelaten gebruik te maken van haar recht om wijziging te vragen, met name om onjuistheden in de weergave van verklaringen van haar raadsman te corrigeren —.
Verweerster ontkent dat van het procesverbaal slechts gebruik mag worden gemaakt wanneer de gehoorde personen het uitdrukkelijk zouden hebben goedgekeurd. Dat verzoekster het procesverbaal niet heeft getekend, is in casu tenminste van geen belang, immers in de bestreden beschikking is nergens gebruik gemaakt van de verklaringen die door verzoeksters raadsman ten verhore op 10 december 1968 zijn afgelegd. Da tekst van de door verzoekster bedoelde brief van 27 juni, die door verweerster met de tekst van het procesverbaal van verhoor aan verzoekster was toegezonden, behelsde eigenlijk slechts een ontwerp, dat door een abuis bij de diensten der Commissie, aan verzoeksters raadsman is toegezonden in plaats van de brief die men verzoekster zelf heeft doen toekomen.
Naar aanleiding van verzoeksters grieven betreffende de onjuiste weergave van de verklaringen van haar raadsman legt verweerster bij haar verweerschrift de volledige tekst over van de beide verklaringen die door bedoelde raadsman ten verhore op 10 december 1968 zijn afgelegd.
Wat betreft de datum waarop het procesverbaal aan de leden van het Adviescomité is toegezonden: verweerster merkt op dat deze toezending op 19 juni 1969 heeft plaatsgevonden.
In haar memorie van repliek verwijt *verzoekster* verweerster dat zij aan het procesverbaal secundaire betekenis toekent. Ondertekening van het procesverbaal door betrokkenen is onontbeerlijk, onverschillig of de Commissie hun verklaringen tegen hen gebruikt. Het belang der Commissie bij het verhoor moet niet uitsluitend worden gezocht in de mogelijkheid om de door betrokkenen afgelegde verklaringen tegen hen te gebruiken; het moet ook dienen om de rechten van de verdediging te waarborgen, aan betrokkenen de mogelijkheid te bieden verontschuldigingsgronden aan te voeren en met de Commissie over punten van twijfel van gedachten te wisselen.
Wanneer verweerster bij toezending een fout heeft begaan, moet zij daaruit de consequenties trekken. In originali vermelde het aan verzoekster gezonden begeleidend schrijven trouwens niet een andere termijn dan de aan verzoeksters raadsman toegezonden „afschriften". In het origineel werd alleen gevraagd het procesverbaal „zo spoedig mogelijk" te ondertekenen. Omdat verzoekster dat

echter niet heeft gedaan en voor de haar gestelde datum ook niet behoefde te doen, heeft het verhoor ten aanzien van verzoekster geen rechtsgevolg gehad.

Afgezien hiervan is de procedurefout bestaande in mededeling — op 19 juni 1969 — van de voorlopige, nog niet aan betrokkenen voorgelegde, tekst van het procesverbaal aan het Adviescomité in strijd met artikel 9 van verordening nr. 99.

Verweerster zegt voor repliek, dat alle bij het verhoor aanwezige partijen het erover eens waren dat het procesverbaal — wegens zijn omvang, in verband met de moeilijkheid dat de verklaringen in de verschillende talen der Gemeenschap waren afgelegd en omdat met de redactie veel tijd gemoeid was — pas later zou worden opgemaakt en hun ter goedkeuring voorgelegd. Met betrekking tot de fout die bij de verzending zou zijn begaan, merkt verweerster op dat alleen op de originele brief — waarin aan verzoekster werd gevraagd het procesverbaal zo spoedig mogelijk te ondertekenen — mag worden afgegaan en niet op een niet-getekend afschrift.

Dat geen enkele door betrokkenen afgelegde verklaring tegen hen is gebruikt, ontneemt ook ieder belang aan het feit dat het procesverbaal aan het Adviescomité is toegezonden voordat het aan voormelde betrokkenen ter tekening was voorgelegd.

7. *De grief dat in de beschikking nieuwe feitelijke argumenten zijn aangevoerd*

Verzoekster betoogt dat een gehele reeks feitelijke argumenten van wezenlijk belang voor het eerst in de beschikking worden aangevoerd, namelijk:

— het in januari 1964 gelegen tijdstip waarop betrokkenen de Italiaanse dochtermaatschappijen opdracht tot de prijsverhoging zouden hebben gegeven;

— de beweerde gelijkluidendheid van de telexberichten;

— de aan verzoekster toegeschreven bedoeling om in de herfst van 1967 ook in Italië tot prijsverhoging over te gaan;

— de stelling dat ACNA die verhoging zou hebben verijdeld;

— de informatieve bijeenkomsten der fabrikanten, met name die te Bazel en Londen;

— de notulen van de op 18 augustus 1967 de Bazel gehouden bijeenkomst;

— het onderzoek naar de kleurstoffenprijzen en Geigy's aankondiging van een prijsverhoging;

— de beschikking en vaststellingen van het Bundeskartellamt.

Volgens *verweersters* antwoord spelen de omstandigheden die in de bestreden beschikking ten gunste van ACNA in aanmerking zijn genomen voor de andere ondernemingen geen enkele rol; de beschikking is te hunnen aanzien in het geheel niet gebaseerd op overwegingen ontleend aan ACNA's gedrag. De in augustus 1967 de Bazel gehouden bijeenkomst is genoemd op bladzijde 9 van de mededeling der punten van bezwaar. De bijeenkomst te Londen is alleen vermeld bij wijze van inleiding op de omstandigheden genoemd in de derde alinea. In de bestreden beschikking worden aan betrokkenen trouwens hun informatieve contacten niet aangewreven.

Verweerster antwoordt dat in de bestreden beschikking slechts ten overvloede van de beschikking van het Bundeskartellamt gewag is gemaakt. Verweerster meent dat zij in ieder geval gerechtigd was ernaar te verwijzen, te meer waar de aankondiging van een prijsverhoging door Geigy niet schijnt te kunnen worden betwist — zo oordeelde ook het Kammergericht te Berlijn, toen het bij beschikking van 28 augustus 1969 voormelde beschikking van het Bundeskartellamt om alleen met het Duitse recht verband houdende materiële redenen vernietigde —.

Verzoekster betoogt dat de stelling der Commissie volgens welke Bayers deelneming aan een beweerdelijk in oktober 1967 gemaakte afspraak met het oog op een prijsverhoging in Italië in de bestreden beschikking niet te haren laste in

aanmerking zou zijn genomen, wordt gelogenstraft door het feit dat de aan ACNA opgelegde boete juist is verlaagd omdat deze onderneming niet aan die verhoging had deelgenomen. En dit haar aangerekende feit is in de mededeling van de punten van bezwaar niet ter kennis van verzoekster gebracht. Ook bij niet-betwiste feiten behoort verzoekster de gelegenheid te hebben de conclusies welke de Commissie eraan meent te mogen verbinden te weerleggen. Zulke feiten moeten dus in ieder geval te harer kennis worden gebracht.

Het Kammergericht te Berlijn heeft de beschikking van het Bundeskartellamt niet om met het Duitse recht verband houdende materiële redenen, doch op feitelijke gronden vernietigd.

Verweerster brengt hiertegen in dat in de bestreden beschikking met zoveel woorden wordt gezegd dat de prijsverhoging van oktober 1967 zich niet tot Italië heeft uitgestrekt. In de mededeling van de punten van bezwaar komt de in augustus 1967 de Bazel gehouden bijeenkomst ter sprake als een van de feiten waaruit blijkt dat de prijsverhoging van 1967 op afstemming berustte. In de vraag of een bepaald feitelijk gedrag een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging oplevert, gaat het niet om feiten, doch om juridische kwalificaties. Naar het arrest van het Kammergericht te Berlijn is alleen verwezen om de vaststelling dat de betrokken ondernemingen op 17 augustus 1967 te Bazel zijn bijeengekomen, te bevestigen. Verweerster handhaaft voorts haar stelling dat het Kammergericht de beschikking van het Bundeskartellamt van 28 november 1967 heeft vernietigd om aan het Duitse materiële recht ontleende redenen; in artikel 1 van de betrokken Duitse wet waarop het Bundeskartellamt zijn beschikking heeft gebaseerd, komt de term onderling afgestemde feitelijke gedraging niet voor, en het Kammergericht is tot de conclusie gekomen dat een overeenkomst tussen betrokkenen niet met voldoende zekerheid was vastgesteld.

B — De verjaring van de feiten die zich in 1964 en 1965 hebben voorgedaan

Verzoekster merkt op dat het verjaringsbeginsel in alle Lid-Staten is aanvaard en derhalve ook als een communautair rechtsbeginsel is te beschouwen, zelfs al is het nergens uitdrukkelijk vastgelegd. De verjaringstermijnen voor de vervolging van administratieve overtredingen zijn in de Lid-Staten nimmer langer dan drie jaar. Inbreuken op artikel 85 van het EEG-Verdrag zijn niet strafrechtelijk van aard, zodat hier soortgelijke maatstaven moeten worden aangelegd. Voor stuiting van de verjaring is het op zijn minst nodig dat de administratieve gezagsorganen een handeling verrichten waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden. Als zodanig is in casu slechts te beschouwen het besluit tot inleiding van de procedure van 31 mei 1967. De prijsverhogingen van 1964 en 1965 zijn derhalve verjaard.

Verweerster brengt hiertegen in, dat de drie eenvormige prijsverhogingen van januari 1964, januari 1965 en oktober 1967 moeten worden beschouwd als de resultaten van een voortgezette onderling afgestemde feitelijke gedraging over de gehele periode januari 1964 — oktober 1967. Zij meent daarom, dat het vraagstuk van de verjaring in casu niet aan de orde komt.

Subsidiair merkt verweerster op dat de Commissie, nu in de bestaande voorschriften geen regels over de verjaring te vinden zijn, in de uitoefening van haar taken en discretionaire bevoegdheid volledig vrij bleef de tijdslimiet voor de vervolging van inbreuken onder toezicht van het Hof nader vast te leggen. Zou men bij gebreke van gemeenschapsrechtelijke verjaringsvoorschriften voor een feit dat door het Gemeenschapsrecht wordt geregeld naar het nationale recht teruggrijpen, dan zou een eenvormige toepassing van het Gemeenschapsrecht onmogelijk worden.

Aan het recht der Lid-Staten is alleen het verjaringsbeginsel gemeen. Ten aanzien

van de wijze van toepassing bestaan er echter belangrijke verschillen.
Op grond van deze verschillen komt de Commissie tot de conclusie, dat er geen nauwkeurige criteria kunnen worden opgesteld, zodat ten aanzien van de verjaring van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag alleen rekening moet worden gehouden met de eisen van het Gemeenschapsrecht.
Zelfs wanneer men de opvatting huldigt dat elk van de drie op elkander volgende prijsverhogingen berustte op een nieuwe onderling afgestemde feitelijke gedraging, dan nog zou de verjaringstermijn niet zijn verstreken; de verjaring is sedert 1964 meermalen gestuit door schriftelijke verzoeken om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 en door verificaties, vanwege de Commissie krachtens artikel 14 van verordening nr. 17 bij verschillende ondernemingen, onder meer bij verzoekster, verricht.
Verweerster meent dat, gezien de juridische en feitelijke moeilijkheden van deze materie, zelfs een termijn van drie jaren nog niet als adequaat kan worden beschouwd om verjaring bij inbreuken op de concurrentieregels van de Gemeenschap te kunnen aannemen.
Verzoekster ontkent dat er tussen de verschillende prijsverhogingen continuïteit heeft bestaan: zij heeft zich nimmer verbonden om in de toekomst met alle prijsverhogingen van de andere betrokkenen mee te gaan. Het is ondenkbaar dat een onderneming zich in haar beleid zo zeer kan vastleggen op mogelijke individuele beslissingen van bepaalde concurrenten. Het door de Commissie ingeroepen recht om de verjaringstermijnen van geval tot geval vast te stellen, is in strijd met het aan de verjaring ten grondslag liggend vereiste der rechtszekerheid. Dat hier met de termijn van twee jaren van het Duitse recht moet worden gewerkt vindt, bij gebreke van een communautaire verjaring, bevestiging in het recht en de plicht van de Commissie haar werkzaamheden te verrichten in samenwerking met de in kartelaangelegenheden bevoegde nationale bestuursorganen. Het ware ongerijmd indien men de nationale administratie zou willen verplichten haar taak volgens het EEG-recht te verrichten in gevallen waarin zij naar nationaal recht niet meer mag optreden. De termijn van de Duitse wet zou ook gelden wanneer men voor de gehele EEG een uniforme termijn zou willen toepassen, omdat Duitsland de enige Lid-Staat is met een kartelrecht dat met het stelsel van de Gemeenschap kan worden vergeleken.
Ten aanzien van de stuiting der verjaring merkt verzoekster op, dat de verificaties van functionarissen van het directoraat Concurrentie niet als formele handelingen der Commissie mogen worden beschouwd. Het ging in casu om louter voorbereidende handelingen met het oog op eventuele formele stappen der Commissie. Het beginsel van eerbiediging van de rechten der verdediging brengt mede dat de verjaring alleen door formele handelingen kan worden gestuit.
Verweerster antwoordt, dat er in casu van een voortgezette onderling afgestemde gedraging reeds mag worden gesproken, wanneer ieder der betrokken ondernemingen er bij de prijsverhoging van 1964 op kon rekenen, dat de andere ondernemingen bij nieuwe algemene prijsverhogingen een zelfde gedragslijn zouden volgen. In verband met individuele prijsconcessies hadden de ondernemingen er een blijvend gezamenlijk belang bij van een betrekkelijk laag prijsniveau tot een hoger prijspeil te komen door — in afwijking van hun normale marktgedrag — van wederkerige „onderbiedingen" af te zien.
Toepassing van de verjaringstermijn van het Duitse recht ware in strijd met de zo noodzakelijke uniforme toepassing van het Gemeenschapsrecht. Voorts mag bij gebreke van gemeenschappelijke beginselen inzake de verjaringsduur, de termijn voorzien in het recht van één der Lid-Staten niet in de gehele Gemeenschap worden toegepast.
Zelfs als men een verjaringstermijn van twee jaar zou willen aanvaarden, dan nog zou deze eerst door de verificatie van juli 1965 en vervolgens op 31 mei

1967 door de inleiding van de procedure zijn gestuit.

Het onderscheid dat verzoekster wil maken tussen de activiteiten van de Commissie en de van haar functionarissen is in strijd met het stelsel van verordening nr. 17. De Directeur-generaal Concurrentie is krachtens delegatie door de Commissie gemachtigd tot het nemen van de maatregelen bedoeld in artikel 14, leden 1 en 2, van verordening nr. 17. In de uitoefening van deze bevoegdheden waren de ambtenaren die tot voormelde verificaties overgingen, met bedoelde taak belast. Waar het om de stuiting der verjaring gaat, dragen hun werkzaamheden in geen enkel opzicht een ander karakter dan activiteiten verricht krachtens een bijzondere formele beschikking.

C — Middelen ten principale

1. *Grief betreffende het criterium „benadeling van de handel tussen Lid-Staten"*

Verzoekster betoogt dat verweerster niet heeft aangetoond dat de door het verbod getroffen feitelijke gedraging kan leiden tot een onnatuurlijke verlegging van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten en ermede heeft volstaan te stellen dat de importen slechts bij voldoende prijsverschil tussen de Lid-Staten zouden zijn gestegen — zonder evenwel vast te stellen dat zodanig prijsverschil zonder de pretense afstemming mogelijk ware geweest en inderdaad tot een levendiger handel tussen de Lid-Staten had kunnen leiden. Blijkens de OESO-statistieken over het tijdvak 1963-1968 is het grensoverschrijdend goederenverkeer kwantitatief toegenomen, hetgeen er volgens verzoekster duidelijk op wijst dat de prijsverhogingen het goederenverkeer tussen de staten niet hebben beïnvloed. De Commissie is trouwens niet bevoegd tot regeling van het prijspeil in de verschillende Lid-Staten en mag alleen een einde maken aan handelsbelemmeringen tussen de Lid-Staten.

Verweerster antwoordt dat de voorwaarden die, gezien 's Hofs jurisprudentie, in artikel 85 worden gesteld wat betreft de invloed van de beperking der mededinging op de handel tussen de Lid-Staten, in casu zijn vervuld, aangezien de onderling afgestemde feitelijke gedraging het grondgebied van meerdere Lid-Staten bestrijkt.

2. *Grieven betreffende de beoordeling van de bijzonderheden van de markt voor de hierbedoelde produkten*

Verzoekster verwijt de Commissie geen rekening te hebben gehouden met de bijzonderheden van de markt voor de betrokken produkten, waardoor zij niet in aanmerking heeft kunnen nemen dat het gedrag der betrokken ondernemingen soms ook overeenstemming heeft vertoond als gevolg van beslissingen die deze ondernemingen op grond van ingewonnen informaties over de markt zelfstandig hadden genomen. Verzoekster licht deze grief toe aan de hand van een beschrijving van de voornaamste kenmerken der kleurstoffenmarkt.

De wereldkleurstoffenmarkt wordt gekenmerkt door het feit dat de voornaamste fabrikanten weinig talrijk zijn, doch ook door een zeer ruim assortiment (voor verzoekster ongeveer 3 100 produkten). Deze produkten kunnen bijna steeds door een produkt van een andere onderneming worden vervangen, doch deze vervangingsmogelijkheid is anderzijds beperkt als gevolg van de zeer vele schakeringen en andere technische bijzonderheden. De talrijke eigenschappen die in de kleurstoffen tegen elkaar moeten worden afgewogen leiden tot een gebrekkige markttransparantie, waardoor de verbruiker de fabrikant steeds weer individuele prijsconcessies kan afdwingen. Daardoor verneemt iedere fabrikant alleen van de kortingen die door zijn concurrenten worden toegestaan voor iedere afzonderlijke kleurstof en voor iedere klant aan wie hij een concurrerend aanbod moet doen (verzoekster stelt nimmer te hebben beweerd de prijzen van al haar concurrenten te kennen, zoals in de bestreden beschikking ten onrechte wordt gesteld). Deze praktijk van individuele concessies leidt op internationaal niveau tot een langzame, doch ge-

stadige afbrokkeling der kleurstoffenprijzen, hetgeen wel blijkt uit het feit dat verzoeksters gemiddelde prijzen op de wereldmarkt in 1967 belangrijk lager waren dan in 1958.
Deze situatie brengt mede, dat een fabrikant die zijn prijsniveau en winstpositie wil verbeteren, niet mag verwachten zodanig resultaat te bereiken door de prijzen waartegen hij zijn verschillende kleurstoffen verkoopt, ieder afzonderlijk te verhogen. Het grote aantal kleurstoffen maakt bij een algemene prijsverhoging afzonderlijke prijscorrecties per kleurstof onmogelijk. Hij kan niet bij elke klant met een individuele prijsverhoging aankomen. Daarom is alleen een algemene verhoging over de gehele linie mogelijk, zoals ook in andere sectoren van het economisch leven — bij voorbeeld in de loonvoorwaarden der collectieve arbeidsovereenkomsten — gebeurt, al zou men in abstracto beter met het individueel rendement rekening kunnen houden. Wanneer een fabrikant een verhoging van zijn prijzen op de markt heeft aangekondigd, kunnen zijn concurrenten die niet tot dezelfde verhoging wensen over te gaan hun verkopen op zijn kosten slechts gedurende korte tijd uitbreiden, omdat de initiatiefnemer zijn nieuwe prijzen niet kan handhaven wanneer de concurrenten niet meegaan — verzoekster maakt hier bezwaar tegen de opvatting die in de mededeling van de punten van bezwaar wordt weergegeven, volgens welke een fabrikant zijn marktaandeel kan vergroten door passief te blijven —. Het Kammergericht te Berlijn heeft in zijn beschikking van 28 augustus 1969 uitdrukkelijk vastgesteld dat de kleurstoffenfabrikanten op straffe van verlies van een deel van de markt gedwongen zijn zich te richten naar de laagste prijzen van hun concurrenten.
Wanneer een fabrikant een prijsverhoging overweegt en de concurrenten volgens zijn berekening wegens de gelijkwaardige omvang en structuur van hun produktie na een lange periode van prijsafbrokkeling dezelfde zorgen kennen als hijzelf, kan het best zijn dat hij zijn besluit tot prijsverhoging met succes bekroond ziet zonder dat hij zich daarover eerst met zijn concurrenten behoefde te verstaan.
Een individueel gedrag — per kleurstof en per klant — blijft wegens de ondoorzichtigheid van de markt mogelijk bij prijsverlagingen. Bij prijsverhogingen daarentegen valt het volle licht op hun taktiek, zodat ze een uniforme gedragslijn moeten volgen, in dier voege dat de andere producenten besluiten mee te gaan, dan wel juist besluiten dat niet doen en zo de initiatiefnemer dwingen op de prijsverhoging terug te komen.
Verweerster brengt hiertegen in dat al moge een parallelle gedraging op zichzelf onvoldoende zijn om tot het bestaan van een onderling afgestemde gedraging te kunnen concluderen, het anderzijds niet nodig is dat de deelnemers een gemeenschappelijk plan voor een bepaald marktgedrag opstellen; het is voldoende dat zij elkander van hun voorgenomen toekomstig gedrag op de hoogte brengen, zodat iedere onderneming haar beleid kan uitstippelen in de verwachting dat de concurrenten zich op gelijke wijze zullen gedragen.
Verweerster betoogt dat de hierbedoelde prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit de oligopolistische structuur van de markt. Verwijzend naar de oligopolietheorie is verzoekster voorbijgegaan aan de prijstheoretische hypothesen aan de hand waarvan het parallel gedrag wordt onderzocht. En juist deze hypothesen missen toepassing in de kleurstoffenindustrie.
Verweerster merkt op dat de moderne oligopolietheorie van een veelvoud van prijsvormingsprocessen in een oligopolie uitgaat en geenszins de conclusie wettigt dat oligopolie en gewild parallel marktgedrag altijd samengaan. De theoretici erkennen een bewust parallel gedrag der ondernemingen alleen wanneer er sprake is van oligopolie met een zeer hoge graad van interdependentie, in die zin dat een onderneming niet kan overgaan tot een concurrentiemaatregel zonder dat haar concurrenten daardoor terstond en waarneembaar worden getroffen en dienovereenkomstig reageren. Een onderne-

ming zal dan haar prijs alleen verhogen wanneer zij er op kan rekenen dat haar concurrenten zullen volgen. Of en, zo ja, in hoeverre de ondernemingen de prijsverhogingen zullen volgen hangt in wezen af van hun marginale kosten en de schatting van hun prijsafzetkrommen. Dit houdt in dat, zelfs bij een zeer grote interdependentie, de onzekerheid van een onderneming die haar prijzen verhoogt omtrent de vraag of de concurrenten haar al dan niet zullen volgen, niet zonder meer is weggenomen. Wil van een bewust parallel gedrag sprake zijn, dan moet een aantal voorwaarden zijn vervuld, zoals: gering aantal aanbieders, hoge vaste kosten, grote beweeglijkheid van de vraag, homogeniteit en transparantie van de prijzen, geringe aanpassingsmogelijkheid van de produktiecapaciteit op korte termijn, geringe elasticiteit van de vraag met betrekking tot het aanbod van alle concurrenten, technische moeilijkheden bij de publikatie van de gewijzigde prijzen en weerstand van de afnemers tegen frequente prijsveranderingen. Daar komt nog de voorwaarde bij, dat de markt zich in een stadium van stagnatie moet bevinden, zodat de interdependentie van de aanbieders niet losser wordt gemaakt door een grote toeneming van de vraag.

In Amerika wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak een overwegende rol toegekend aan de *homogeniteit der produkten,* wanneer moet worden beslist of van een bewust parallel gedrag sprake is. Volgens verschillende schrijvers doen zich de gevolgen van prijsveranderingen veel minder snel gevoelen — en zijn zij in mindere mate te voorspellen — bij een gedifferentieerde produktie. Bovendien kan er, wanneer in de praktijk in den regel andere prijzen worden berekend dan in de aankondigingen vermeld, zelfs bij homogene produkten niet van een automatisch of absoluut parallellisme worden gesproken.

Ook de Hoge Autoriteit van de EGKS is ervan uitgegaan, dat homogeniteit van de produkten op zichzelf het vermoeden dat een uniforme prijsverhoging van meerdere ondernemingen een onderling samenhangende gedraging in de zin van artikel 65, lid 1, van het EGKS-Verdrag vormt, niet weerlegt, zoals blijkt uit de boetes welke de Hoge Autoriteit in een — door betrokkenen niet bestreden — beschikking van 4 februari 1959 aan een aantal staalondernemingen heeft opgelegd.

De toepassing van de criteria opgesteld in de doctrine inzake het bewust parallel gedrag laat zien dat van zulk een gedrag in de kleurstoffenindustrie geen sprake kan zijn. Uit de stukken die te zamen rapport nr. 100 van de British National Board of Prices and Incomes inzake de kleurstoffenindustrie vormen, gedagtekend 21 januari 1969 (bijlage bij het verweerschrift), uit het advies van de professoren Bombach en Hill (bijlage bij het verweerschrift) — tijdens de hearing overgelegd door de ondernemingen ICI, Geigy en Sandoz — en uit verschillende door de Commissie overgelegde statistische berekeningen (tabellen gevoegd bij het verweerschrift) blijkt, dat de concurrentiebetrekkingen tussen de ondernemingen op de kleurstoffenmarkt geenszins als concurrentie met homogene produkten kunnen worden gekenmerkt.

De markt voor de hierbedoelde produkten betreft ongeveer 6 000 verschillende produkten, waarvan er door elk der betrokken ondernemingen 1 500 tot 3 500 worden vervaardigd, terwijl ten minste een deel hiervan nog wordt aangeboden in verschillende kwaliteiten, mengingen en in uiteenlopende fysische vormen. De verschillen in kleursterkte, kleurnuance, stabiliteit en oplosbaarheid leiden ertoe dat bij vergelijking van de produkties van verschillende fabrikanten vrijwel nergens een volledige overeenstemming tussen twee kleurstoffen kan worden geconstateerd. De graad van homogeniteit is zeer verschillend: hij loopt van de relatief goede vergelijkbaarheid van standaardkleurstoffen tot de vorming van dikwijls nog door octrooien beschermde quasi-monopolies voor kleurstoffen met speciale kenmerken. Bovendien ondergaan de substitutierelaties en de concurrentiepositie van de individuele kleurstoffen, gezien de technische voor-

uitgang, een voortdurende en snelle verandering. Deze markt wordt voorts gekenmerkt door *gebrekkige transparantie,* welke vooral samenhangt met het grote aantal produkten, hun heterogeniteit en de gedifferentieerde vraag (geleverd wordt aan afnemers uit de textiel-, leder-, papier-, levensmiddelen-, rubber- en kunststoffenindustrie alsmede aan fabrikanten van verven, inkten, cosmetica, enz.). Daarbij komt technische service aan de afnemers, welke afhankelijk van de cliënt meer of minder ver kan gaan. Hieruit volgt dat er voor de individuele kleurstoffen geen algemeen geldende prijs bestaat; de prijzen worden met iedere afnemer individueel overeengekomen, terwijl de prijsverschillen van afnemer tot afnemer aanzienlijk zijn. Deze wijze van berekening leidt ertoe, dat de door de ondernemingen voor elk produkt berekende prijzen zowel tussen hen onderling als tussen hun afnemers grotendeels onbekend zijn, hetgeen door ICI ook is erkend. Dit heeft ten gevolge dat prijsveranderingen van een fabrikant slechts onvolkomen en in ieder geval slechts met grote vertraging op de markt bekend worden.

Een tweede criterium voor de beantwoording van de vraag of een „bewust parallel gedrag" mogelijk is, vormt de *expansiegraad van de markt* en als geheel blijkt de kleurstoffenindustrie aanzienlijke groeipercentages te vertonen, die ongeveer overeenkomen met die van de gehele chemische industrie.

Wat betreft de *beweeglijkheid van de vraag:* volgens de professoren Bombach en Hill heerst er op de kleurstoffenmarkt een levendige prijzenconcurrentie en zijn de afnemers geneigd bij prijsconcessies van leverancier te veranderen.

Afgaande op voormeld rapport van de National Board for Prices and Incomes, bladzijde 5, blijkt deze beweeglijkheid van de vraag in de laatste jaren te zijn toegenomen en te worden begunstigd door de omstandigheid, dat de afnemers normaliter slechts geringe voorraden aanhouden en telkens slechts kleine hoeveelheden inkopen.

Het feit dat de afnemers geringe voorraden aanhouden dwingt de fabrikanten zelf *omvangrijke opslagplaatsen* te hebben, zodat zij over een goede aanpassingsmogelijkheid aan veranderingen in de vraag beschikken. Aangezien de concurrentie tussen de fabrikanten intensief is en de ondernemingen er voortdurend naar streven hun marktaandeel te vergroten, zullen zij hun voorraden zo regelen dat zij eventuele afzetmogelijkheden ook kunnen benutten. De aanpassing op middellange termijn door wijziging van het produktieprogramma wordt vergemakkelijkt door het feit dat de fabrieksinstallatie op vele wijzen bruikbaar gemaakt kunnen worden.

Gezien de bijzondere marktomstandigheden, is de situatie van onderneming tot onderneming verschillend. De mogelijkheden om de door de aanbieders nagestreefde prijzen te realiseren, vertonen daarom van de ene tot de andere onderneming grote verschillen.

De ondernemingen van de verschillende Lid-Staten kennen ongelijke *groeipercentages* en ook de schommelingen in die percentages verschillen. Zo zijn blijkens de gegevens van de firma's Cassella en Hoechst de produktiewaarden van de Duitse fabrikanten voortdurend toegenomen, terwijl bij voorbeeld de situatie bij de Italiaanse firma ACNA kritiek is (inkrimping van personeel tussen 1964 en 1967, sluiting van één der fabrieken).

Deze verschillen tussen de ondernemingen hebben tot aanzienlijke *kosten*verschillen geleid.

Hieruit vloeien onvermijdelijkerwijs ook *verschillen bij de winsten* voort. De grootste winsten worden behaald bij de verkoop van gespecialiseerde produkten, zolang zij hun speciaal karakter behouden. De winsten verschillen doordat het prijsniveau van de onderscheiden produkten niet op alle markten hetzelfde is. De afzetcijfers beïnvloeden de winsten: zo kan ACNA slechts tot een rendabele produktie van speciale kleurstoffen komen wanneer de geproduceerde hoeveelheid een volume bereikt dat hoger is dan de huidige vraag in Italië.

Gezien al deze kenmerken van de kleurstoffenmarkt en de door de oligopolietheorie ontwikkelde criteria moet worden geconcludeerd dat een „bewust parallel gedrag" op de kleurstoffenmarkt ondenkbaar is.

Omdat *verschillende van deze produkten niet* of slechts in beperkte mate *onderling verwisselbaar zijn,* kan de onderneming die haar prijzen verhoogt, althans voor bedoelde produkten, niet op een parallel gedrag van de concurrenten rekenen. De hierbedoelde prijsverhogingen hadden zonder onderscheid betrekking op alle produkten; zij kunnen niet worden verklaard door „marktdwang" en de „logica" van de oligopolie.

Anderzijds betoogt verweerster dat uit het overzicht van de voorwaarden op de kleurstoffenmarkt kan blijken dat er op die markt, gekenmerkt door sterke expansie en snelle technische vooruitgang, ook ten aanzien van *onderling verwisselbare produkten* geenszins op mag worden gerekend dat alle aanbieders zich zonder voorafgaande afspraak bij aangekondigde prijsverhogingen zullen aansluiten. Zo fabriceert ACNA voornamelijk standaardkleurstoffen; toen acht van de tien betrokken ondernemingen een algemene prijsverhoging voor pigmenten hadden aangekondigd en vanaf 1 januari 1965 toegepast, volgde ACNA deze prijsverhoging niet, waarna de andere ondernemingen hun prijsverhogingen ongedaan maakten; uit dit voorbeeld blijkt dat de belangensituaties op de kleurstoffenmarkt zelfs bij produkten waarbij van een grote reactieverbondenheid der aanbieders sprake is, zo uiteenlopen dat parallelle acties niet automatisch tot stand komen.

Onder deze omstandigheden is het niet denkbaar dat een onderneming zonder voorafgaande onderlinge afstemming van zijn gedrag met de concurrenten tot een eenzijdige, algemene en aanzienlijke prijsverhoging besluit. Aangenomen dat er sprake zou zijn geweest van eenzijdige zelfstandige verhogingen van de zijde van bepaalde ondernemingen, dan had ieder dier ondernemingen door differentiatie van de prijzen aan de hand van de marktpositie van de verschillende produkten uit haar produktieprogramma een optimaal rendement kunnen nastreven. Om te verhinderen dat de prijsverhoging door de concurrenten terstond weer ongedaan zou worden gemaakt, had iedere onderneming bij *onderling volledig verwisselbare produkten* onmiddellijk aan de afnemers moeten mededelen dat zij zich aan de verhoogde prijzen aanpaste; bij alle andere produkten zou van zulk een dwang echter geen sprake zijn geweest, omdat de individuele afnemers wegens het ontbreken van markttransparantie niet onmiddellijk op de nieuwe prijzenverhoudingen hadden kunnen reageren.

In haar memorie van repliek betoogt *verzoekster,* dat verweersters stelling dat de hierbedoelde prijsverhogingen niet door marktdwang waren bepaald, niet ter zake dienende is. Het gaat er in casu alleen om of bedoeld uniform gedrag op voorafgaande afstemming berust dan wel alleen het gevolg is van een zelfstandige beslissing van verzoekster. Zulk een uniform, zelfstandig en bewust marktgedrag zònder afstemming behoeft geen gevolg van dwang te zijn. Ook al lagen de belangen der ondernemingen niet gelijk, dan nog behoefden zij zich niet verschillend te gedragen. Zelfs wanneer verzoekster door haar prijzen niet te verhogen een groter marktaandeel had kunnen veroveren, dan had zij door met de prijsverhoging der andere ondernemingen mee te gaan een beter financieel resultaat kunnen behalen. Speciale verhogingen — ten aanzien van bepaalde klanten — hebben alleen zin bij produkten van groot technologisch belang. Bij verzoekster was hiervan slechts sprake bij een tiental produkten — die maar 6 à 7 % van haar omzet in de kleurstoffensector vertegenwoordigen —. Zij heeft echter haar belangen — en met name het belang van een overzichtelijke administratie — meer gediend geacht door een algemene prijsverhoging. Men dient niet — zoals verweerster deed — de *mogelijkheid* van individuele prijsverhogingen te verwarren met de *dwang* daartoe ook over te gaan.

De mogelijkheid om op de verschillende markten in ongelijke mate tot prijsverhoging over te gaan, is volgens verzoekster wel aanwezig, doch hoogstwaarschijnlijk zal een uniforme prijsverhoging op een bepaalde markt wegens het internationaal karakter van de kleurstoffenmarkt niet tot dat marktgebied beperkt blijven.
Verzoekster merkt bovendien op, dat zodra een of andere fluctuatie van de prijzen aan de dag treedt — waarmede kleine wijzigingen der aan een bepaalde klant berekende prijzen niet zijn bedoeld — iedere concurrent gehouden is zijn eigen prijsbeleid te bepalen aan de hand van de laagste transparante prijzen. Hetgeen in 1965 in Italië is gebeurd, bevestigt deze reactieverbondenheid van de kleurstoffenfabrikanten en bewijst ook dat de initiatiefnemer zich steeds blootstelt aan het risico dat zijn concurrenten niet zullen volgen; daarom zijn de fabrikanten dan ook één voor één jarenlang voor die beslissing teruggedeinsd.
Een oligopolistische markt verschilt van een polypolistische markt met haar automatisme en zeer verbrokkelde mededinging doordat iedere fabrikant zijn houding moet bepalen naar aanleiding van de vermoedelijke individuele beslissingen der concurrenten. Men spreekt hier van „conjectural elasticity"; alleen de gissingen der ondernemingen nopens het toekomstig gedrag van de concurrenten kunnen wijziging brengen in het labiele evenwicht op een dergelijke markt. Het is voor deze „conjectural elasticity" voldoende wanneer bepaalde door Shubik genoemde voorwaarden zijn vervuld.
Met betrekking tot de *homogeniteit der produkten* verwijt verzoekster aan verweerster dat zij de uitkomsten van de economische analyse verkeerd heeft begrepen. Verweerster geeft onjuiste citaten uit de werken van verschillende schrijvers zoals Shubik, Clark en Machlup, ten betoge dat er alleen bij homogene produkten van reactieverbondenheid sprake kan zijn. Bij deze reactieverbondenheid is volgens deze zelfde schrijvers de kruiselingse elasticiteit van de vraag de beslissende factor. De mate van deze elasticiteit is afhankelijk van de mate van verwisselbaarheid der produkten, en zodanig functioneel verband is ook in een heterogene oligopolie geenszins uitgesloten. Volgens Kantzenbach is de mededinging in een homogene oligopolie potentieel het grootst — en daardoor in feite meestal het kleinst —, terwijl de daadwerkelijke mededinging in een heterogene oligopolie juist het grootst is. Op grond van citaten uit werken van Kantzenbach en Shubik en met verwijzingen naar Machlup en Schneider komt verzoekster tot de slotsom dat juist in de door reactieverbondenheid gekenmerkte heterogene oligopolie (gedifferentieerde, doch min of meer verwisselbare produkten) een bewust parallel marktgedrag zonder voorafgaande afstemming te verwachten valt.
De mate van verwisselbaarheid der kleurstoffen is niet steeds gelijk; zij is groot bij de standaardkleurstoffen met het grootste marktaandeel — die de homogeniteit dicht benaderen —. De professoren Bombach en Hill hebben erop gewezen dat de verwisselbaarheid afneemt door de onvolkomen doorzichtigheid van de kleurstoffenmarkt. Door de gebruikstechnische voorlichting wordt echter de aandacht van de klanten op de substitutiemogelijkheden gevestigd. Voorts beschikt iedere klant over een „Colour Index", waarin de kleurstoffen groepsgewijze zijn gerangschikt en de vakman zijn licht kan opsteken inzake de substitutiemogelijkheden. Bij zeer geringe prijsverschillen doet zich de dwang tot een zelfde marktgedrag niet gevoelen, doch wanneer de aan den dag tredende prijsverschillen groot genoeg worden om de voorkeur van de klanten voor een produkt of leverancier te doen verdwijnen, gaat de vraag zich verleggen naar de goedkoopste fabrikant.
Met betrekking tot de *doorzichtigheid van de markt* merkt verzoekster op dat dit verschijnsel, dat zich bij de aankondiging van prijsverhogingen voordoet, het aanzien geeft aan een bepaalde conjecturale structuur, die tot oligopolistische interdependentie leidt.
Ten aanzien van de *expansiegraad van de markt* betoogt verzoekster dat de

kleurstoffenmarkt, bezien in verband met de economie als geheel, een stagnerende markt is. De verhouding tussen de produktiewaarde van de kleurstoffen en de totale omzet van de chemische industrie is tussen 1958 en 1968 vrijwel ongewijzigd gebleven. Het marktvolume der kleurstoffen hangt uitsluitend af van de vraag naar de produkten der afnemers, waarop de kleurstoffenfabrikanten helemaal geen invloed kunnen uitoefenen omdat de kleurstoffen bij de prijsvorming dezer produkten een zeer onbelangrijke kostenfactor vormen. De totale vraag naar kleurstoffen is dan ook vrijwel onelastisch, zij het dat zij op en neer gaat met de vraag naar de produkten der afnemers. Ieder individueel initiatief van een fabrikant leidt dus alleen maar tot *verlegging* van de vraag. Het resultaat is een door hoge interdependentie gekenmerkte conjecturale structuur.

Verzoekster wijst erop dat de overige vooral door Shubik omschreven voorwaarden ontegenzeglijk zijn vervuld.

Verweerster zegt voor repliek, dat zij alleen van oligopolistische dwang heeft gesproken ten betoge dat de voorwaarden daartoe op de kleurstoffenmarkt niet zijn vervuld. Zodanige dwang doet zich gevoelen wanneer de ondernemingen, handelend volgens economische criteria, in verband met de structuur en voorwaarden op hun markt een parallel prijzenbeleid volgen. De drie hierbedoelde prijsverhogingen vinden in de theoretische mogelijkheid van een parallel gedrag op de kleurstoffenmarkt geen voldoende verklaring wanneer dat gedrag economisch gezien ongerijmd moet worden genoemd. Het zou in de lijn van de doelstellingen en belangen der ondernemingen hebben gelegen indien zij verschillende maatregelen hadden toegepast, zoals zij blijkens de bij het verweerschrift overgelegde tabellen ook in andere gevallen hebben gedaan. Omdat verzoekster deze tabellen bij repliek in twijfel trekt, biedt verweerster aan hun juistheid te bewijzen door overlegging van de oorspronkelijke stukken en van de afschriften der rekeningen waarop zij berusten.

Met betrekking tot de expansiegraad van de kleurstoffenmarkt wijst verweerster erop dat het hier niet gaat om het aandeel van iedere fabrikant in de omzet van de chemische industrie of in het nationaal produkt, doch om de mogelijkheid zijn eigen omzet te verhogen. In een tijdvak van expansie kunnen verschillende ondernemingen hun omzetten verbeteren zonder dat de afzet der concurrenten daaronder lijdt, hetgeen tot verminderde interdependentie der ondernemingen leidt.

Met betrekking tot de kruiselasticiteit van de vraag merkt verweerster op, dat zij reeds in haar verweerschrift op het belang van deze factor heeft gewezen; juist daarvan uitgaande heeft zij haar onderzoek naar de marktcondities ingesteld.

De stellingen en conclusies der wederpartij inzake de heterogene oligopolies betwistend, betoogt verweerster dat verzoeksters redenering op dit punt overal in strijd komt met de economische ervaring, alsook met doctrine en jurisprudentie. Verzoekster heeft gelijk wanneer zij zegt dat de daadwerkelijke concurrentie in de heterogene oligopolie het grootst is. De interdependentie is zwak genoeg en de markt is wel zo ruim van opzet, dat de ondernemingen om zich van een optimaal resultaat te verzekeren, individuele maatregelen kunnen nemen. De concurrentie is daarentegen vrij zwak wanneer de ondernemingen — wegens hun sterke interdependentie en gelijkliggende belangen — in een homogene oligopolie opzettelijk een zelfde gedragslijn volgen. Verweerster ziet dan ook niet in hoe verzoekster op een heterogene markt, gekenmerkt door sterke daadwerkelijke concurrentie, een bewust parallel gedrag kan verwachten. Na een prijsverhoging hernamen de dingen telkens hun loop en brokkelden de prijzen opnieuw af. Het is dus zonneklaar, dat parallel marktgedrag en een sterke daadwerkelijke concurrentie elkander uitsluiten.

3. De term „onderling afgestemde feitelijke gedraging"

In haar memorie van repliek betoogt *verzoekster* dat verweerster zich, in strijd met de opvatting die zij tijdens de gehele administratieve procedure heeft voorgestaan, thans op het standpunt stelt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet impliceert dat betrokkenen een gezamenlijk plan voor een bepaald marktgedrag moeten opstellen en het voldoende acht, wanneer de ondernemingen elkander van hun toekomstige mededingingsgedrag op de hoogte stellen. De door verweerster ingeroepen Amerikaanse jurisprudentie komt juist tot tegenovergestelde conclusies: de Amerikaanse rechtscolleges hebben tot nu toe parallel marktgedrag alleen veroordeeld wanneer het met een gemeenschappelijk plan gepaard ging. Verweerster haalt hier een aantal dier uitspraken aan. Wanneer het niet uitgesloten moet worden geacht dat het opzettelijk parallel gedrag op gezonde handelslogica berust, zonder dat daartoe een gemeenschappelijk plan nodig is, achten de Amerikaanse rechters het bewijs van de onderling afgestemde feitelijke gedraging niet geleverd.

Alle schrijvers over de mededingingsvoorschriften der EEG zijn het erover eens dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging samenwerking veronderstelt. Sommige schrijvers verlangen zelfs het bewijs van een overeenkomst of een gentlemen's agreement. Dat ondernemingen elkander alleen maar op de hoogte stellen van hun voorgenomen gedrag, levert nog geen samenwerking op en houdt niet in dat de ondernemingen ieder afzonderlijk hun zelfstandigheid prijsgeven.

Verweerster betoogt dat het begrip *onderling afgestemde feitelijke gedraging* niet mag worden gelijkgesteld met het Amerikaanse begrip „concerted actions". Terwijl de „onderling afgestemde feitelijke gedragingen" van artikel 85, lid 1, van het Verdrag een wettelijk vastgelegd element van de delictsomschrijving vormen, is van „concerted actions" sprake in een door de Amerikaanse jurisprudentie ontwikkeld bijzonder geval van de volgens de Sherman-Act verboden „conspiracy", waarvoor wilsovereenstemming der betrokken ondernemingen vereist is. Dit begrip „concerted actions" is voornamelijk van bewijstechnisch belang en berust niet op een ondubbelzinnige materiële bepaling van de „agreement", dat wil zeggen van de wettelijk vereiste wilsovereenstemming. Volgens verweerster is een bewust en gewild samenwerken van verschillende ondernemingen voldoende en is een gemeenschappelijk plan in de zin van een tevoren gemaakte afspraak niet nodig.

Uit de door verweerster geciteerde Amerikaanse jurisprudentie blijkt, dat de vraag of een bepaald economisch gedrag op wilsovereenstemming berust, een bewijskwestie is en dat een uniforme gedraging voldoende bewijs door vermoedens van een dergelijke wilsovereenstemming oplevert wanneer deze gedraging niet noodzakelijk uit de structuur van de markt resulteert. Tot beter begrip van de onderling afgestemde feitelijke gedraging verwijst verweerster voorts naar een artikel van Tolksdorf. Voor zover tussen aanbieders de belangen verschillend liggen, zal er zelfs in een oligopolie op grond van het feit dat verscheidene autonome beslissingen van de afzonderlijke ondernemingen naast elkaar voorkomen, niet automatisch een zelfde marktgedrag bestaan. Ook bij een oligopolie levert een parallel gedrag der aanbieders daarom een feitelijk vermoeden van onderling afgestemde feitelijke gedragingen op, tenzij vanwege de bijzondere structuur van de markt economische dwang bestaat tot een uniform gedrag der afzonderlijke ondernemingen. Dit is het standpunt van de Amerikaanse jurisprudentie.

In het communautaire mededingingsrecht heeft men zich bij de omschrijving der elementen van een kartel volgens artikel 85 niet door het rechtsbegrip „conspiracy" laten leiden. Bovendien is de term „agreement" al evenmin hanteerbaar om de samenwerking van verschillende ondernemingen in de vorm van onderling afgestemde feitelijke gedragingen te karakteriseren. Van een

onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van dit artikel is sprake telkens wanneer het optreden van verscheidene ondernemingen op de markt gebaseerd is op wilsovereenstemming van betrokkenen, ongeacht of deze wilsovereenstemming wederzijds was dan wel door een derde tot stand kwam. Een dergelijke wilsovereenstemming is aanwezig niet alleen wanneer de ondernemingen afspraken maken over hun marktgedrag, doch ook wanneer zij door wederzijdse informatie het risico van onbekendheid met hun toekomstig marktgedrag desbewust uitsluiten en zo hun gedragingen coördineren. Het element van samenwerking is daarin gelegen, dat elk der betrokken ondernemingen er, gezien de wilsovereenstemming, op mag vertrouwen dat een uniform of verschillend gedrag der andere ondernemingen — volgens de vooraf vastgestelde rolverdeling — zal volgen. Van een afspraak of het opstellen van een gemeenschappelijk plan behoeft derhalve bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85 geen sprake te zijn. De Commissie heeft in casu bewezen, dat de betrokken kleurstoffenfabrikanten ten aanzien van de prijzen een zelfde gedragslijn hebben gevolgd; daarmede heeft zij het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen genoegzaam bewezen; zij heeft echter bovendien aangetoond dat deze uniforme gedragslijn wegens de structuur van de markt voor bedoelde produkten alleen kan worden verklaard door onderling afgestemde feitelijke gedragingen en zelfs gewezen op een aantal feiten welke op overleg wijzen.

4. Grieven betreffende de door verweerster aangevoerde bewijsmiddelen

Verzoekster betoogt dat de gegevens die de Commissie als aanwijzingen voor een voorafgaande afstemming wenst te gebruiken, in het licht van vorenstaande overwegingen een geheel andere betekenis krijgen.

a) De prijsverhoging van januari 1964

Verzoekster wraakt het materiaal waarmede in de bestreden beschikking wordt gewerkt ten bewijze van een aan de prijsverhoging ten grondslag liggende afstemming.

Met betrekking tot de gelijkheid der percentages betoogt verzoekster dat een parallelle gedragslijn in zoverre logisch uit de marktstructuur is voortgevloeid. Verzoekster is — om compensatie te vinden voor haar afbrokkelende winstmarges — alleen maar met Ciba meegegaan. Dat het percentage van de verhogingen op verschillende nationale markten hetzelfde was, is verklaarbaar wanneer men bedenkt dat gestegen produktiekosten de fabrikant over de hele linie treffen, zodat hij ze tracht af te wentelen op zijn gehele afzet. Verzoekster betoogt dat de percentages niet dezelfde zijn geweest vanaf het ogenblik waarop de producenten hun klanten van de prijsverhogingen kennis hebben gegeven, doch dat deze gelijkheid door de marktfactoren is teweeggebracht. Uit de verschillen tussen de aangekondigde verhogingen en de werkelijke resultaten van de prijzenbeweging en uit het feit dat de verschillende fabrikanten niet dezelfde produkten van de prijsverhoging hebben uitgesloten, blijkt dat er geen afstemming heeft bestaan en dat het uiteindelijk aan de dag getreden uniforme marktgedrag het resultaat is geweest van dwang die van de markt zelf is uitgegaan.

Dat de instructies aan de Italiaanse dochtermaatschappijen terzelfder tijd zouden zijn verzonden, is een grief die volgens verzoekster in de mededeling van de punten van bezwaar niet voorkwam. In zoverre houdt de bestreden beschikking derhalve schending van artikel 4 van verordening nr. 99/63 in.

Subsidiair wijst verzoekster erop, dat de aanpassing van de instructies die zij, nadat Ciba 7 januari 1964 een prijsverhoging had aangekondigd, naar haar Italiaanse dochtermaatschappij heeft doen uitgaan aan de uitvoeringsvoorschriften betreffende deze prijsverhoging eerst later heeft plaatsgehad — de inlichtingen over Ciba's besluit, die verzoekster op 8 en 9 januari van haar Italiaanse dochtermaatschappij ontving, waren niet volledig en niet geheel juist —.

Met betrekking tot de beweerde gelijkluidendheid van de instructies tot prijsverhoging betoogt verzoekster, dat de tekst daarvan haar nimmer is medegedeeld, zodat zij in zoverre niet behoorlijk in staat is geweest tot het maken van opmerkingen. In de instructies die zij op 9 januari, kennis dragende van de inhoud van Ciba's circulaire en van nadere gegevens omtrent de uitvoeringsvoorschriften betreffende de maatregel dezer onderneming deed uitgaan, is zij verder gegaan dan Ciba in haar circulaire. Verzoekster betoogt voorts nimmer te hebben verklaard dat betrokkenen de instructies voor Italië van elkaar hadden overgenomen, zoals verweerster in de litigieuze beschikking beweert.
Verzoekster concludeert dat de aanwijzingen welke volgens de Commissie het bewijs van een afstemming opleveren, alleen maar een bewust parallel marktgedrag aantonen.

b) De prijsverhoging van januari 1965

Verzoekster wijst erop, dat verweerster, wat deze verhoging betreft, zich in de bestreden beschikking beperkt tot een beroep op een parallel gedrag van betrokkenen en betoogt voorts dat deze prijsverhoging fundamenteel verschilt van die van 1964, die door alle fabrikanten met onmiddellijke werking is toegepast; het besluit tot verhoging van 1965 werd lang voor de dag van ingang genomen en aangekondigd. Het was dus voor de concurrenten niet nodig even snel op te treden en hun parallel gedrag was derhalve — naar mede blijkt uit het feit dat de klanten op heel verschillende data zijn ingelicht — niet gelijktijdig.
Verzoekster betoogt dat verweerster zich bovendien beroept op geen enkel nieuw feit dat de conclusie zou kunnen wettigen dat de prijsverhoging van 1 januari 1965 op afstemming berustte.

c) De prijsverhoging van oktober 1967

Verzoekster betoogt dat verweerster zich ook in dit geval ten bewijze van een voorafgaande afstemming tussen betrokkenen alleen op hun parallel gedrag beroept. De stelling dat betrokkenen in het kader van een afstemming hadden besloten tot een prijsverhoging op de Italiaanse markt in de herfst van 1967, doch daarvan zouden hebben afgezien omdat ACNA's weigering hun had belet er gevolg aan te geven, is voor het eerst in de beschikking te vinden en kan daaraan dus niet rechtsgeldig ten grondslag worden gelegd.
De informatieve bijeenkomsten der fabrikanten, met name die te Bazel en te Londen, kunnen voor een voorafgaande afstemming geen bewijsmateriaal opleveren. De Commissie kan zich op die bijeenkomsten niet rechtsgeldig beroepen omdat in de mededeling van de punten van bezwaar alleen maar wordt gesteld dat tot de prijsverhoging door alle fabrikanten was besloten — en wel op een in augustus 1967 op Geigy's initiatief te Bazel gehouden bijeenkomst —, zonder dat gewag wordt gemaakt van notulen, van de inhoud dier notulen, of van de beschikking van het Bundeskartellamt volgens welke Geigy zelfs van een prijsverhoging van 8 % per 16 oktober 1967 had gesproken. Verzoekster heeft dan ook het bewijsmateriaal dat verweerster te harer beschikking zou hebben in het geheel niet kunnen controleren — hetgeen schending van de rechten van de verdediging inhoudt —.
Verzoekster heeft het besluit tot verhoging van haar verkoopprijzen met 8 % niet genomen op 16 oktober 1967, doch pas nadat Francolor, die zich naar Geigy richtte, een identieke prijsverhoging op de markt had aangekondigd — hetgeen op een komende algemene prijsbeweging wees —.
Samenvattend betoogt verzoekster, dat in de beschikking nergens wordt verklaard waarom deze of gene uniformiteit niet uit de oligopolistische marktstructuur zou kunnen voortvloeien — er wordt alleen maar meermalen gezegd, dat dit „ongeloofwaardig" of „onverklaarbaar" is of wel „ongetwijfeld niet aangaat". Het legaliteitsbeginsel brengt mede dat betrokkenen niet op grond hiervan mogen worden veroordeeld.
Ter bestrijding van verzoeksters voormelde argumenten inzake de prijsverhoging van 1964 legt *verweerster* de prijs-

verhogingsinstructies over welke de in de bestreden beschikking bedoelde ondernemingen in 1964 naar Italië en België deden uitgaan. Zij wijst op de vrijwel woordelijke gelijkluidendheid van sommige passages. Met betrekking tot de prijsverhogingen van 1965 en 1967 betoogt verweerster dat de ondernemingen een al te opvallende gelijkluidendheid hebben vermeden.

Verzoekster betoogt dat onderzoek van deze door verweerster overgelegde stukken tot de uitkomst leidt dat van de beweerde gelijkluidendheid van de instructies der fabrikanten in werkelijkheid geen sprake is, waartoe zij verwijst naar een door haar gegeven synoptisch overzicht met de teksten der verschillende instructies.

Wat met name de wijze van uitvoering der prijsverhoging betreft, merkt verzoekster op dat waar Ciba's prijsverhoging van 7 januari 1964 in Italië terstond inging, ook de nodige maatregelen ter verzekering van deze onmiddellijke inwerkingtreding reeds waren uitgestippeld. Het is iedere zakenman duidelijk dat bij een onmiddellijk ingaande prijsverhoging met zulke uitvoeringsvoorschriften rekening moet worden gehouden.

Verweerster betoogt dat verzoekster — met behulp van een vergelijking van de prijsverhogingsinstructies der verschillende ondernemingen — ten onrechte tracht te ontkennen dat de prijsverhogingen in hoofdzaak dezelfde kleurstoffen hebben betroffen. Aan deze vergelijking mogen geen conclusies worden verbonden, omdat de fabrikanten voor hun kleurstoffen veelal bepaalde merkaanduidingen of fantasienamen gebruiken, zoals ook uit een uittreksel van de „Colour Index" blijkt. In werkelijkheid betrof de prijsverhoging van 1964 dezelfde soorten kleurstoffen, voor zover de betrokken ondernemingen die vervaardigden. Mocht het Hof hieraan belang hechten, dan concludeert verweerster dat het den Hove behage haar toe te staan zich ten bewijze hiervan op een deskundigenrapport te beroepen.

Verweerster merkt met betrekking tot de nadere instructies der verschillende fabrikanten inzake hun prijsverhogingen op, dat in 13 van de 14 instructies staat dat zij onmiddellijk ingaan; het annuleren van lopende offertes komt in 12 van de 14 brieven voor, doch het verbod geantidateerde facturen af te geven slechts in 8 van de 14, hetgeen zijn verklaring vindt in het feit dat dit verbod in de opdracht tot een onmiddellijke algemene prijsverhoging reeds implicite besloten lag.

Ten slotte moet er volgens verweerster rekening mede worden gehouden dat de hierbedoelde brieven veelal slechts de bevestiging van reeds telefonisch gegeven instructies inhielden.

5. Grieven betreffende de geldboete

Verzoekster betoogt dat verweerster rekening had dienen te houden met de geldboete welke het Bundeskartellamt haar te dezer zake bij beschikking van 28 november 1967 had opgelegd, ook al is die beschikking later door het Kammergericht vernietigd. De verplichting daartoe volgt duidelijk uit 's Hofs arrest in de zaak 14-68.

Verweerster brengt hiertegen in, dat tegen voormelde beschikking van het Bundeskartellamt door betrokkenen beroep is ingesteld en dat zij door het Kammergericht te Berlijn inmiddels bij uitspraak van 28 augustus 1969 is vernietigd. Omdat de beschikking van het Bundeskartellamt nog niet definitief was toen de bestreden beschikking werd vastgesteld, heeft het gevaar van cumulatie van strafmaatregelen zich niet voorgedaan.

IV — Het procesverloop

Overwegende dat het procesverloop kan worden samengevat als volgt:

Bij beschikking van 11 december 1969 heeft het Hof bevolen dat verweerster afzonderlijke verweerschriften zou indienen zonder verwijzing naar de andere aanhangige kleurstoffenzaken.

Bij beschikking van 8 juli 1970 heeft het Hof, op rapport van de Rechter-Rapporteur en de Advocaat-Generaal gehoord, beschikt als volgt:

1. Gelast een deskundigenonderzoek over de volgende vragen:
   a) Zou het, gezien de kenmerken der markt voor kleurstoffen in de Europese Economische Gemeenschap, met name in de periode 1964-1967, voor een zelfstandig optredende producent, die er belang bij had zijn prijzen te verhogen, naar normale handelscriteria praktisch mogelijk zijn geweest zulks anders te doen dan door die prijzen algemeen, uniform en publiekelijk te verhogen, en wel door het vaststellen van — voor de verschillende afnemers uiteenlopende — prijsopslagen voor ieder produkt afzonderlijk?
   b) Welke voordelen en welke nadelen kunnen voor een zelfstandig optredende producent verbonden zijn aan het doorvoeren van een algemene en lineaire prijsverhoging in vergelijking met een per afnemer, produkt of markt gedifferentieerde prijsverhoging? — Deze vraag dient te worden beantwoord respectievelijk voor het geval van een producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt en dat van een producent die zich geplaatst ziet voor het feit, dat een concurrent een algemene en uniforme prijsverhoging aankondigt.
   c) Zijn — met name gezien de graad van doorzichtigheid van de markt — de andere dan speciale kleurstoffen in de praktijk onderling vervangbaar en, zo ja, in welke mate?
      Welk is bij benadering het aandeel van de speciale kleurstoffen in de totale produktie van kleurstoffen van elk der betrokken ondernemingen?
2. Verstaat dat partijen in onderling overleg vóór 1 oktober 1970 het Hof de naam van een deskundige kunnen voordragen.

Bij beschikking van dezelfde dag heeft het Hof de zaken 48-69, 49-69, 51-69, 52-69, 53-69, 54-69, 55-69, 56-69 en 57-69 voor het deskundigenrapport gevoegd.

Het Hof heeft, gelet op de eenparige voordracht van partijen betreffende twee met het onderzoek te belasten deskundigen, bij beschikking van 13 november 1970 H. Albach, hoogleraar in de bedrijfsvoering aan de universiteit te Bonn, en W. N. Kloten, hoogleraar in de bedrijfseconomie aan de universiteit te Tübingen, gezamenlijk met het deskundigenonderzoek belast.

Hun rapport is op 23 april 1971 ter griffie van het Hof ingediend. De deskundigen hebben de resultaten van hun onderzoek als volgt samengevat:

— Vraag a) dient in die zin bevestigend te worden beantwoord, dat een zelfstandig handelend producent van kleurstoffen, die volgens normale handelscriteria te werk gaat, *in beginsel* zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in ongelijke mate had kunnen verhogen.

— De vraag of het voor zulk een producent *praktisch* mogelijk geweest ware zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in verschillende mate te verhogen, kan bevestigend worden beantwoord met dien verstande, dat de prijsverhoging die een zelfstandig handelend ondernemer bij een gedifferentieerde prijspolitiek binnen een bepaald kader gemiddeld had kunnen realiseren, waarschijnlijk ligt beneden de prijsverhoging welke bij een algemene en uniforme verhoging gemiddeld wordt bereikt.

— Een algemene en lineaire prijsverhoging brengt zowel voor de producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt alsook voor de kleurstoffenproducent die zich naar een door een concurrent aangekondigde algemene, uniforme prijsverhoging moet richten, goede en kwade kansen mede. Zowel voor de prijsleider als voor de prijsvolger zijn wij tot de slotsom gekomen, dat de voordelen van een algemene uniforme prijsverhoging in het hierbedoelde tijdvak wellicht groter zijn geweest dan de nadelen.

— Vraag c) is in die zin te beantwoorden, dat de mate van onderlinge vervangbaarheid der kleurstoffen van volledig vervangbare tot praktisch niet-vervangbare produkten varieert. Verstaat men onder speciale kleurstoffen in de zin van de vraag kleurstoffen die praktisch niet vervangbaar zijn, dan is het aandeel dezer kleurstoffen in de totale kleurstoffenproduktie van de afzonderlijk betrokken ondernemingen mogelijk zeer gering. Blijkens de uitkomsten van ons onderzoek is deze onderscheiding in casu echter voor de beoordeling van de feiten van weinig nut.

Opmerkingen naar aanleiding van het deskundigenrapport zijn ter griffie van het Hof op 3 juli 1971 onderscheidenlijk 21 juni 1971 door verzoekster respectievelijk verweerster ingediend.

De door het Hof benoemde deskundigen hebben overeenkomstig artikel 49, paragraaf 6, van het Reglement voor de procesvoering op 28 september 1971 de eed afgelegd.

Partijen zijn in haar pleidooien gehoord ter terechtzitting van 28, 29 en 30 september 1971 en 2 mei 1972.

In de loop van de procedure heeft de Advocaat-Generaal Mayras de overleden Advocaat-Generaal Dutheillet de Lamothe vervangen. Hij heeft ter terechtzitting van 2 mei 1972 zijn conclusie genomen.

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat vaststaat dat zich van januari 1964 tot oktober 1967 in de Gemeenschap drie algemene en uniforme verhogingen van de kleurstoffenprijzen hebben voorgedaan;

dat de prijzen van de meeste anilinekleurstoffen, sommige soorten uitgezonderd, tussen 7 en 20 januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg en bepaalde derde landen uniform met 15 % zijn verhoogd;

dat een zelfde verhoging op 1 januari 1965 in Duitsland heeft plaatsgevonden;

dat diezelfde dag bijna alle fabrikanten in alle landen van de gemeenschappelijke markt, Frankrijk uitgezonderd, de prijzen der kleurstoffen en pigmenten waarvoor de verhoging van 1964 niet had gegolden, uniform met 10 % hebben verhoogd;

dat als gevolg van het feit dat op de Italiaanse markt ÀCNA niet aan de prijsverhoging van 1965 deelnam, ook de andere ondernemingen op die markt van de aangekondigde verhoging hunner prijzen hebben afgezien;

dat medio oktober 1967 de prijzen van alle kleurstoffen door vrijwel alle fabrikanten, uitgezonderd in Italië, zijn verhoogd en wel met 8 % in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg en met 12 % in Frankrijk;

2 dat de Commissie in verband met deze verhogingen bij besluit van 31 mei 1967 ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure wegens vermoedelijke schending van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag

heeft ingeleid tegen zeventien in en buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde kleurstoffenfabrikanten en een groot aantal dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers dier ondernemingen;

dat de Commissie bij beschikking van 24 juli 1969 heeft vastgesteld dat deze prijsverhogingen het resultaat waren van met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige onderling afgestemde feitelijke gedragingen, berustende op overleg tussen de ondernemingen:

— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG (BASF) te Ludwigshafen,
— Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main,
— Farbenfabriken Bayer AG te Leverkusen,
— Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main,
— Française des matières colorantes SA te Parijs,
— Azienda colori nazionali affini S.p.a. (ACNA) te Milaan,
— Ciba SA te Bazel,
— J. R. Geigy SA te Bazel,
— Sandoz SA te Bazel, en
— Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Manchester;

dat zij deswege aan ieder dier ondernemingen een geldboete van 50 000 rekeneenheden heeft opgelegd, met uitzondering van ACNA die met 40 000 rekeneenheden werd beboet;

3 dat de onderneming Farbenfabriken Bayer AG op 3 oktober 1969 bij ter griffie ingediend verzoekschrift tegen deze beschikking in beroep is gekomen;

Middelen de procedure en de vormvoorschriften betreffende

Middelen betreffende de administratieve procedure

a) Grief betreffende de inleiding der administratieve procedure

4 Overwegende dat verzoekster aan verweerster verwijt een beschikking tot oplegging van een geldboete te hebben genomen op grond van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62 ofschoon zij slechts een procedure tot vaststelling van een inbreuk op grond van artikel 3 dier verordening had ingeleid;

dat verweerster zich voorts jegens verzoekster niet zou mogen beroepen op de tekst van het besluit tot inleiding van de procedure, omdat zij haar daarvan geen eensluidend afschrift heeft doen toekomen;

5 Overwegende dat alleen de mededeling van de punten van bezwaar en niet het besluit tot inleiding der procedure de handeling vormt waarbij de Commissie haar standpunt vastlegt ten opzichte van de ondernemingen tegen welke een procedure tot vervolging wegens inbreuken op de mededingingsregelen wordt ingeleid;

dat in deze mededeling, waarvan aan verzoekster kennis is gegeven, uitdrukkelijk op de mogelijkheid van oplegging van geldboeten is gewezen;

6 dat dit middel derhalve ongegrond is;

b) De grief dat aan verzoekster feitelijke gegevens van wezenlijk belang niet zijn medegedeeld

7 Overwegende dat verzoekster aan verweerster verwijt haar tijdens de administratieve procedure niet alle feitelijke gegevens te hebben verschaft waarop tot staving van de conclusie van de uiteenzetting der punten van bezwaar een beroep wordt gedaan;

dat het feit dat deze gegevens aan verzoekster ondanks haar herhaald verzoek niet zijn verschaft, haar heeft belet zich tijdens de administratieve procedure te verdedigen;

8 Overwegende dat belanghebbenden in deze procedure moeten worden ingelicht nopens de wezenlijke feiten waarop de Commissie de te hunnen aanzien in aanmerking genomen punten van bezwaar baseert;

dat echter niet het gehele dossier behoeft te worden medegedeeld;

dat de uiteenzetting van de punten van bezwaar der Commissie, die aan verzoekster bij brief van 11 december 1967 is medegedeeld, voldoende uitsluitsel verschaft over de in aanmerking genomen punten van bezwaar;

9 dat dit middel derhalve ongegrond is;

c) Grief betreffende de voortzetting van het onderzoek na de mededeling van de punten van bezwaar

10 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de Commissie door na de mededeling van de punten van bezwaar haar onderzoek voort te zetten, zich heeft gedragen op een wijze welke niet valt te rijmen met de aard dezer mededeling welke de laatste handeling der instructie moet vormen;

dat de Commissie in dit onderzoek aanleiding heeft gevonden om in het kader van de bestreden beschikking de reeds aan verzoekster medegedeelde uiteenzetting der feiten aan te vullen en aanmerkelijk te wijzigen, met name wat betreft het bewijs voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging bij de prijsverhogingen van 1967;

11 Overwegende dat de Commissie gerechtigd en in voorkomend geval verplicht is tijdens de administratieve procedure tot een nieuw onderzoek over te gaan wanneer het verloop dezer procedure de noodzaak van aanvullende verificaties aan de dag doet treden;

dat zodanig onderzoek mededeling aan belanghebbenden van een aanvulling op de punten van bezwaar slechts noodzakelijk maakt wanneer de uitkomsten der verificaties de Commissie aanleiding geven de ondernemingen nieuwe feiten ten laste te leggen of de bewijselementen der omstreden inbreuken aanmerkelijk te wijzigen;

dat de rechten der verdediging door zodanig onderzoek niet zijn geschonden, nu in de beschikking waarmede de administratieve procedure is afgesloten aan belanghebbenden geen andere feiten zijn ten laste gelegd dan in de mededeling van de punten van bezwaar waren vermeld;

dat aanvullingen van het bewijs van de feiten die in de bestreden beschikking zijn aangevoerd — en rectificaties zoals die met betrekking tot de feitelijke gang van zaken in de bestreden beschikking zijn aangebracht naar aanleiding van gegevens die betrokkenen tijdens de administratieve procedure aan de Commissie hebben kunnen verstrekken —, geen schending van de rechten der verdediging kunnen opleveren;

12 dat dit middel derhalve ongegrond is;

d) Grief betreffende het verhoor van belanghebbenden

13 Overwegende dat verzoekster stelt dat de termijn van twee weken welke haar was toegekend om voor de Commissie te verschijnen ontoereikend is geweest om behoorlijk haar verdediging voor te bereiden;

14 Overwegende dat, gezien de tijd die na de kennisgeving van de punten van bezwaar is verstreken, niet blijkt dat voormelde termijn de verdediging van belanghebbenden kon belemmeren;

dat anderzijds niets verzoekster heeft belet nadien haar standpunt schriftelijk uiteen te zetten en aan de Commissie te doen toekomen;

15 dat dit middel derhalve ongegrond is;

e) Grief betreffende het procesverbaal van het verhoor van belanghebbenden

16 Overwegende dat verzoekster betoogt dat het verhoor van 10 december 1968 op formeel onjuiste wijze is geschied, omdat de bestreden beschikking is genomen zes weken voor afloop van de termijn welke de Commissie haar had gesteld voor indiening van haar opmerkingen betreffende het ontwerp-procesverbaal van het verhoor, hetgeen schending van artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 inhoudt;

dat in dit ontwerp bovendien de verklaringen van verzoeksters raadsman onjuist zouden zijn weergegeven;

17 Overwegende dat volgens artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 van de Commissie het procesverbaal, zoals dat wordt opgemaakt van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is, na lezing door hem wordt getekend;

dat dit voorschrift beoogt de gehoorde personen ervan te verzekeren dat het procesverbaal met hun verklaringen overeenstemt;

dat ondanks de niet-eerbiediging van de termijn waarover verzoekster zich beklaagt, deze onregelmatigheid slechts gevolg voor de wettigheid der beschikking kan hebben wanneer ten verhore afgelegde verklaringen zijn weergegeven op een onjuiste wijze welke tot dwaling ten aanzien van punten van wezenlijk belang kan leiden;

dat zulks niet het geval is wat betreft de verklaringen van verzoeksters raadsman, die in het procesverbaal onjuist weergegeven worden geacht;

18 dat dit middel derhalve ongegrond is;

Het middel betreffende de verjaring

19 Overwegende dat verzoekster stelt dat de bestreden beschikking in strijd is met het Verdrag en de op de uitvoering daarvan betrekking hebbende rechtsregelen, omdat de Commissie door op 31 mei 1967 een procedure inzake de prijsverhoging van 1964 en 1965 aan te vangen, iedere redelijke termijn zou hebben overschreden;

20 Overwegende dat de voorschriften ter regeling van de bevoegdheid der Commissie tot het opleggen van boeten bij overtreding der mededingingsregelen geen verjaring voorzien;

dat een verjaringstermijn, om aan zijn doel te beantwoorden, bij voorbaat moet worden vastgesteld;

dat de vaststelling van zijn duur en van de voorwaarden voor zijn toepasselijkheid behoort tot de bevoegdheid van de Gemeenschapswetgever;

dat zo, nu bepalingen te dier zake ontbreken, de fundamentele eis van rechtszekerheid zich er al tegen verzet dat de Commissie eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheid tot oplegging van geldboeten, de in casu gevolgde gedragslijn toch niet als een beletsel kan worden beschouwd voor het uitoefenen dier bevoegdheid ten aanzien van de deelneming aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van 1964 en 1965;

21 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

Middelen ten principale

Het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Stellingen van partijen

22 Overwegende dat verzoekster de Commissie verwijt met betrekking tot geen enkele der drie in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen, het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag te hebben bewezen;

23 Overwegende dat volgens deze beschikking een eerste bewijs voor het feit dat de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 op afstemming hebben berust, daarin is te vinden dat de verschillende fabrikanten in ieder land en bij iedere verhoging dezelfde percentages hebben toegepast, dat de verhogingen behoudens hoge uitzondering dezelfde kleurstoffen hebben betroffen en dat zij op nagenoeg of geheel dezelfde dag zijn ingegaan;

dat deze prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit het enkele feit dat de markt een oligopolistische structuur zou vertonen;

dat het niet aannemelijk is, dat de voornaamste fabrikanten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden, zonder hun gedragingen te hebben afge-

stemd, meermalen de prijzen van een zelfde belangrijke reeks produkten, waaronder de speciale — nagenoeg of in het geheel niet onderling vervangbare — produkten, met gelijke percentages en vrijwel gelijktijdig zouden hebben verhoogd, en zulks dan in onderscheiden landen waarin de marktvoorwaarden voor kleurstoffen uiteenlopen;

dat de Commissie voor het Hof heeft betoogd dat het voor afstemming niet nodig is dat betrokkenen te zamen een plan voor een bepaald marktgedrag opstellen;

dat het voldoende zou zijn dat betrokkenen elkander tevoren op de hoogte stellen van de houding welke zij zich voorstellen aan te nemen, zodat ieder hunner zijn optreden kan regelen in de verwachting dat de concurrenten een zelfde gedragslijn zullen volgen;

24 Overwegende dat verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking berust op een onvoldoende analyse van de markt voor de betrokken produkten en op een onjuiste opvatting van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, doordat zij die laatste met het bewust parallel gedrag van de deelnemers aan de oligopolie gelijkstelt, terwijl dit gedrag juist het gevolg is geweest van zelfstandige beslissingen van iedere onderneming, waarvoor objectieve economische omstandigheden van dwingende aard, en wel met name de noodzaak het onvoldoende rendement van de kleurstoffenproduktie te verbeteren, bepalend zijn geweest;

dat de prijzen van de bewuste produkten namelijk een voortdurend dalende tendens zouden hebben vertoond in verband met het feit dat de markt voor deze produkten zou zijn gekenmerkt door een levendige mededinging tussen de fabrikanten, die niet alleen de kwaliteit en de technische service betreft, doch ook de prijzen, met name doordat aan de voornaamste kopers individueel belangrijke kortingen worden verleend;

dat het grote aantal door iedere onderneming vervaardigde kleurstoffen het in de praktijk onmogelijk zou maken de prijsverhogingen naar de produkten te differentiëren;

dat anderzijds ongelijke prijsverhogingen voor onderling verwisselbare produkten hetzij niet tot economisch belangrijke resultaten zouden kunnen leiden, zulks wegens de beperkte voorraden en de tijd die met aanpassing der installaties aan een aanmerkelijk gestegen vraag zou zijn gemoeid, hetzij tot een zeer schadelijke prijzenoorlog zouden kunnen leiden;

dat voorts de niet onderling verwisselbare kleurstoffen in de omzetten der fabrikanten slechts van geringe betekenis zouden zijn;

dat in verband met al deze kenmerken van de markt en gezien het algemeen optredend verschijnsel van gestadig afbrokkelende prijzen, de leden van de oligopolie die hadden besloten hun prijzen te verhogen, redelijkerwijze mochten verwachten dat hun concurrenten die immers dezelfde rentabiliteitsproblemen kenden, zouden meegaan;

dat ten slotte indien het mogelijk ware op verschillende markten verschillende verhogingspercentages toe te passen, een uniforme verhoging der prijzen op een bepaalde markt waarschijnlijk in verband met het internationaal karakter van de kleurstoffenmarkt niet tot die ene markt beperkt zou blijven;

Het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging"

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

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

dat ofschoon een parallellie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging kan opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard der produkten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen;

dat dit inzonderheid het geval is wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om voor het prijsevenwicht naar een ander niveau te streven dan hetwelk bij mededinging zou zijn ontstaan, en om eenmaal ingenomen posities te bevriezen ten detrimente van een daadwerkelijk vrij verkeer der produkten binnen de gemeenschappelijke markt en van de vrijheid der verbruikers in de keuze van hun leveranciers;

26 Overwegende dat een juiste beoordeling van de vraag of er in casu van afstemming sprake is, derhalve alleen mogelijk is wanneer de in de bestreden beschikking genoemde aanwijzingen niet afzonderlijk, doch gezamenlijk worden bezien, en wordt gelet op de kenmerken der betrokken produkten;

De kenmerken van de kleurstoffenmarkt

27 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt erdoor wordt gekenmerkt dat zij voor 80 % wordt bevoorraad door een tiental, over het algemeen zeer grote ondernemingen, die daarnevens veelal andere chemische produkten of speciale farmaceutische artikelen vervaardigen;

dat de produktiestructuren en derhalve ook de kostenstructuren dezer producenten sterk verschillen, zodat het inzicht in de kosten der concurrenten bemoeilijkt wordt;

dat het totaal aantal kleurstoffen zeer hoog is en iedere onderneming er meer dan duizend vervaardigt;

dat de gemiddelde graad van onderlinge vervangbaarheid dezer produkten als vrij hoog wordt beschouwd wat de standaardkleurstoffen betreft, terwijl speciale kleurstoffen soms nauwelijks of in het geheel niet onderling vervangbaar zijn;

dat de markt, ten aanzien van de speciale produkten, in bepaalde gevallen in oligopolistische richting tendeert;

dat waar de prijs der kleurstoffen de prijs van het eindprodukt van de kleurstoffenverwerkende ondernemingen betrekkelijk weinig beïnvloedt, de graad van elasticiteit van de vraag naar kleurstoffen op de gehele markt gering is, hetgeen op korte termijn prijsverhoging in de hand werkt;

dat anderzijds de totale vraag naar kleurstoffen gestadig stijgt, hetgeen voor de fabrikanten een prikkel vormt tot het voeren van een beleid dat hen in staat stelt mede van die toegenomen vraag te profiteren;

28 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt binnen het gebied der Gemeenschap wordt gekenmerkt door het bestaan van vijf geïsoleerde nationale markten met verschillend prijsniveau, zonder dat deze verschillen zijn te verklaren door verschillen in de kosten en lasten, welke op de producenten in deze landen drukken;

dat de oprichting van de gemeenschappelijke markt dus blijkbaar op deze situatie geen enkele invloed heeft gehad, daar de verschillen tussen het prijspeil in de Lid-Staten nauwelijks kleiner zijn geworden;

dat daarentegen vaststaat dat de nationale markten ieder afzonderlijk oligopolistische kenmerken vertonen en dat het prijspeil op de meeste dier markten tot stand komt onder invloed van een prijsleider — soms de belangrijkste fabrikant uit het land zelf, soms een fabrikant uit een andere Lid-Staat of een derde staat, handelende via een dochtermaatschappij —;

dat deze opsplitsing van de markt volgens de deskundigen moet worden toegeschreven aan de noodzaak verbruikers ter plaatse technische bijstand te kunnen verlenen en voor onmiddellijke levering — van in den regel beperkte hoeveelheden — te kunnen zorgen, waarbij de producenten, behoudens uitzondering, leveren aan hun dochtermaatschappijen in de verschillende Lid-Staten en door middel van een net van agentschappen en magazijnen zorgen voor de specifieke bijstand aan — en bevoorrading van — de verbruikende ondernemingen;

dat uit de ten processe verstrekte gegevens blijkt, dat zelfs wanneer de producent zich rechtstreeks met een belangrijke verbruiker in een andere Lid-Staat in verbinding stelt, de prijzen gewoonlijk worden gevormd naar gelang de plaats van vestiging van de verbruiker, doordien zij zich richten naar het prijsniveau van de nationale markt;

dat ofschoon de producenten zich bij deze handelwijze wellicht allereerst hebben gevoegd naar de bijzonderheden van de kleurstoffenmarkt en de behoeften van hun afnemers, de daardoor veroorzaakte opsplitsing van de markt, door versnippering van de mededinging, tot isolering der verbruikers binnen hun nationale markt kan leiden en kan beletten dat het binnen het geheel der gemeenschappelijke markt tot een algemene confrontatie der producenten komt;

dat de litigieuze feiten moeten worden gewaardeerd in het kader van deze gegevens betreffende de werking van de kleurstoffenmarkt;

De prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967

29 Overwegende dat de in de bestreden beschikking bedoelde prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 onderling samenhangen;

dat de verhoging met 15 % van de prijzen der meeste anilinekleurstoffen die op 1 januari 1965 in Duitsland is toegepast, metterdaad slechts de prijsverho-

ging, waartoe in januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg was overgegaan, voor een andere nationale markt invoerde;

dat de prijsverhoging van bepaalde kleurstoffen en pigmenten die op 1 januari 1965 in alle Lid-Staten, Frankrijk uitgezonderd, werd toegepast, zich uitstrekte over alle produkten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden;

dat de prijsverhoging met 8 % van najaar 1967 voor Frankrijk op 12 % is gesteld, ten einde aldaar alsnog de verhoging van 1964 en 1965 te kunnen inhalen, waaraan de Franse markt als gevolg van het prijscontrolesysteem niet had deelgenomen;

dat deze drie prijsverhogingen derhalve niet los van elkander kunnen worden bezien, ofschoon zij niet onder gelijke omstandigheden tot stand zijn gekomen;

30 Overwegende dat in 1964 alle betrokken ondernemingen hun verhogingen hebben aangekondigd en terstond toegepast, zulks op initiatief van de firma Ciba-Italië, die op 7 januari 1964 in opdracht van Ciba-Zwitserland een onmiddellijk ingaande prijsverhoging van 15 % aankondigde, welk initiatief op de Italiaanse markt binnen twee à drie dagen door de andere fabrikanten is gevolgd;

dat ICI-Nederland op 9 januari het initiatief tot dezelfde verhoging heeft genomen voor Nederland, terwijl op dezelfde dag Bayer een gelijk initiatief heeft genomen voor de Belgisch-Luxemburgse markt;

dat deze prijsverhogingen — behoudens onbeduidende verschillen, met name tussen die van de Duitse ondernemingen enerzijds en de Zwitserse en Engelse ondernemingen anderzijds — voor de onderscheidene fabrikanten en markten hetzelfde assortiment betroffen, dat wil zeggen de meeste anilinekleurstoffen met uitzondering van pigmenten, kleurstoffen voor levensmiddelen en cosmetica;

31 Overwegende wat betreft de prijsverhoging van 1965, dat bepaalde ondernemingen tevoren prijsstijgingen hebben aangekondigd, die voor de Duitse markt neerkwamen op een verhoging van 15 % voor de produkten welker prijzen op de andere markten reeds een zelfde verhoging hadden ondergaan en van 10 % voor de produkten waarvan de prijzen nog niet waren verhoogd, welke aankondigingen geleidelijk op verschillende tijdstippen tussen 14 oktober 1964 en 28 december 1964 zijn gedaan;

dat de eerste aankondiging op 14 oktober 1964 door BASF is gedaan, gevolgd door de aankondigingen van Bayer — op 30 oktober — en Cassella — op 5 november —;

dat deze verhogingen op 1 januari 1965 gelijktijdig op alle markten zijn toegepast en alleen achterwege zijn gebleven op de Franse markt — als gevolg van de prijsstop aldaar — en op de Italiaanse markt — waar als gevolg van de weigering van de voornaamste Italiaanse producent, ACNA, haar prijzen te verhogen, ook de andere producenten van verhoging hunner prijzen hebben afgezien —;

dat ACNA er ook niet toe is overgegaan haar prijzen op de Duitse markt met 10 % te verhogen;

dat de de prijsverhoging overigens een algemeen karakter droeg en gelijktijdig door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten is toegepast, terwijl zich ook wat het assortiment der betrokken producenten betreft geen verschillen hebben voorgedaan;

32 Overwegende ten aanzien van de prijsverhoging van 1967, dat de vennootschap Geigy tijdens een op 18 augustus 1967 te Bazel gehouden bijeenkomst, die werd bijgewoond door alle in de bestreden beschikking bedoelde producenten met uitzondering van ACNA, het voornemen heeft aangekondigd haar verkoopprijzen per 16 oktober 1967 met 8 % te verhogen;

dat bij die zelfde gelegenheid de afgevaardigden van Bayer en Francolor hebben aangekondigd dat ook hun ondernemingen een prijsverhoging overwogen;

dat alle in de bestreden beschikking bedoelde ondernemingen vervolgens medio september een prijsverhoging met 8 % — die voor Frankrijk op 12 % werd gesteld — hebben aangekondigd welke op 16 oktober zou ingaan in alle landen uitgezonderd Italië, waar ACNA opnieuw weigerde haar prijzen te verhogen, met dien verstande dat zij wel bereid was zich aan te sluiten bij de prijsbeweging op twee andere markten, zij het op andere data dan 16 oktober;

33 Overwegende dat de drie opeenvolgende prijsverhogingen, gezamenlijk bezien, een geleidelijk verdergaande samenwerking der betrokken ondernemingen aantonen;

dat namelijk na de ervaring opgedaan in 1964, toen het tijdstip der verhogingen samenviel met dat der aankondigingen en het assortiment der produk-

ten waarvoor zij golden soms niet geheel gelijk was, bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 een andere werkwijze blijkt te zijn gevolgd, in die zin dat de iniatiefneemsters BASF en Geigy hun voornemen tot prijsverhoging enige tijd tevoren hebben aangekondigd en aldus de ondernemingen in staat hebben gesteld hun reacties op de verschillende markten over en weer te observeren en zich daarnaar in te richten;

dat de onderscheiden ondernemingen door deze aankondigingen iedere onzekerheid over hun toekomstig gedrag onderling hebben uitgesloten en daarmee tevens een groot deel van het risico hebben weggenomen dat normaliter aan iedere zelfstandige gedragswijziging op één of meer markten is verbonden;

dat zulks te meer het geval was nu deze aankondigingen, doordat zij tot de vaststelling van algemene en voor alle kleurstoffenmarkten gelijke prijsverhogingen leidden, deze markten in zoverre doorzichtig hebben gemaakt;

dat de betrokken ondernemingen dus door hun handelwijze ten aanzien van de prijzen tijdelijk bepaalde ten aanzien van de marktconcurrentie geldende voorwaarden die aan een uniform parallel gedrag in de weg stonden, hebben uitgeschakeld;

34 Overwegende dat de niet spontane aard dezer gedragingen wordt bevestigd bij bestudering van andere marktfactoren;

dat namelijk de Europese kleurstoffenmarkt, gezien het aantal der betrokken fabrikanten, niet mag worden beschouwd als een oligopolie in de eigenlijke zin des woords, waarin de prijsconcurrentie geen rol van wezenlijk belang meer zou kunnen spelen;

dat deze fabrikanten machtig genoeg en voldoende talrijk zijn om het niet te verwaarlozen risico te scheppen, dat enkelen hunner in een tijd van stijgende prijzen de algemene prijzenbeweging niet volgen, doch proberen door een individuele gedragslijn hun marktaandeel te vergroten;

dat voorts de opsplitsing van de markt in vijf nationale markten met verschillende prijsniveaus en ongelijke prijzenstructuren, een spontane en voor alle nationale markten gelijke prijsverhoging onwaarschijnlijk maakt;

dat ofschoon een algemene en spontane prijsverhoging op de verschillende nationale markten strikt genomen denkbaar ware, moest worden verwacht dat deze verhogingen dan toch naar gelang van de bijzonderheden der onderscheiden nationale markten verschillend zouden uitvallen;

dat hieruit moet worden afgeleid dat zo het de betrokken ondernemingen al als aantrekkelijk en risicovrij kon voorkomen naar een parallel gedrag ten aanzien van de prijzen te streven, het nauwelijks denkbaar is dat zodanig parallel gedrag — wat betreft het tijdstip, de betrokken markten en het betrokken assortiment — spontaan tot stand zou kunnen komen;

35 Overwegende dat het al evenmin aannemelijk is dat de prijsverhogingen van januari 1964, zoals die eerst op de Italiaanse en daarna op de Nederlandse en Belgisch-Luxemburgse markt tot stand kwamen — welke markten zowel wat het prijsniveau als wat de structuur der mededinging betreft weinig met elkander gemeen hebben —, zonder voorafgaande afstemming in twee à drie dagen hadden kunnen worden gerealiseerd;

dat die afstemming bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 op klaarblijkende wijze heeft plaatsgehad, doordien het geheel der aankondigingen van met ingang van een bepaalde datum en voor een bepaald assortiment voorgenomen prijsverhogingen het de fabrikanten mogelijk heeft gemaakt voor de bijzondere gevallen die zich in Frankrijk en Italië voordeden, hun gedrag te bepalen;

dat de ondernemingen door deze handelwijze bij voorbaat de onzekerheid over elkanders gedrag op de verschillende markten onderling hebben uitgesloten en daarmede voor een groot deel het risico hebben weggenomen dat aan iedere zelfstandige wijziging van het gedrag op de markten is verbonden;

dat de algemene en uniforme prijsverhoging op deze verschillende markten slechts te verklaren is door de overeenstemmende bedoelingen dezer ondernemingen om enerzijds de prijzen op te trekken en de door concurrentie middels prijskortingen ontstane situatie te herstellen, en anderzijds het aan iedere prijsverhoging verbonden risico dat de mededingingsvoorwaarden niet meer dezelfde zullen blijken te zijn als voorheen, te vermijden;

dat de omstandigheid dat de aangekondigde prijsverhogingen in Italië niet zijn toegepast en dat de vennootschap ACNA zich slechts ten dele bij de prijsverhoging op de andere markten van 1967 heeft aangesloten, deze conclusie — verre van haar te ontzenuwen — veeleer bevestigt;

36 dat het metterdaad de functie der mededinging op het stuk van de prijzen is een zo laag mogelijk prijsniveau te handhaven en het goederenverkeer tussen de Lid-Staten te bevorderen ten einde aldus, naar gelang van de produktiviteit en het aanpassingsvermogen der ondernemingen, een optimale spreiding der activiteiten mogelijk te maken;

dat een bewegelijk en gedifferentieerd prijsverloop één der wezenlijke doelstellingen van het Verdrag bevordert, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de produktiebronnen van de gehele Gemeenschap;

dat — in verband met de beperkte soepelheid van de kleurstoffenmarkt, veroorzaakt door factoren als ondoorzichtige prijzen, de interdependentie der verschillende kleurstoffen van iedere fabrikant bij de samenstelling van het door iedere afnemer benutte produktenpakket, de betrekkelijk geringe invloed van de prijzen dezer produkten op de kostprijs van het eindprodukt van de verbruikende ondernemingen, het belang dezer ondernemingen ter plaatse over een leverancier te beschikken, de invloed van de transportkosten — het vermijden van iedere handeling die de mogelijkheid ener wederzijdse doordringing van de verschillende nationale markten op verbruikersniveau kunstmatig verkleint, van bijzonder belang wordt voor de markt der onderhavige produkten;

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

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

De invloed van de afstemming op de handel tussen de Lid-Staten

37 Overwegende dat verzoekster stelt, dat de uniforme prijsverhogingen de handel tussen de Lid-Staten niet ongunstig konden beïnvloeden, omdat de verbruikers ondanks de aanzienlijke verschillen tussen de prijzen in de verschillende staten, steeds de voorkeur hebben gegeven aan aankoop van kleurstoffen in het eigen land;

38 Overwegende dat echter uit het vorenoverwogene volgt dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen een nadelige invloed konden uitoefenen op de voorwaarden waaronder de handel in de betrokken produkten tussen de Lid-Staten zich afspeelt;

dat de partijen die deze gedragingen hebben volvoerd bij iedere verhoging hebben bedoeld zoveel mogelijk het risico te beperken dat de voorwaarden voor hun onderlinge mededinging zouden blijken niet meer dezelfde te zijn als voorheen;

dat het uniform en gelijktijdig karakter der prijsverhogingen er met name toe heeft gediend eenmaal verkregen posities te bevriezen, met vermijding van het risico van klantenverloop bij ieder der ondernemingen, en er aldus toe heeft bijgedragen dat de traditionele nationale goederenmarkt hun starheid behielden, zulks ten detrimente van de werkelijke vrijheid van het verkeer met bedoelde produkten op de gemeenschappelijke markt;

39 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

De geldboete

40 Overwegende dat verzoekster de grief opwerpt dat in de bestreden beschikking geen rekening is gehouden met de geldboeten welke het Bundeskartellamt haar bij beschikking van 28 november 1967 had opgelegd;

41 Overwegende dat dit middel, nu de beschikking van het Bundeskartellamt is vernietigd, ieder belang heeft verloren;

dat de gegrondheid ervan derhalve niet behoeft te worden onderzocht;

42 Overwegende dat het bedrag van de geldboete, in aanmerking genomen de frequentie en het belang van verzoeksters optreden in het kader van de ongeoorloofde gedragingen en de consequenties dier gedragingen voor de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt voor de betrokken produkten, in de juiste verhouding staat tot de ernst van de schendingen der communautaire mededingingsregelen;

Ten aanzien van de proceskosten

43 Overwegende dat volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen;

dat verzoekster in het ongelijk is gesteld;

dat zij derhalve in de kosten moet worden verwezen;

Gezien de stukken;
Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;
Gehoord de pleidooien van partijen;
Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;
Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, inzonderheid de artikelen 85 en 173;
Gelet op verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962;
Gelet op verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963;
Gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;
Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **verwerpt het beroep;**
2. **verwijst verzoekster in de kosten van het geding.**

Lecourt Mertens de Wilmars Kutscher

Donner Trabucchi Monaco Pescatore

Uitgesproken te Luxemburg ter openbare terechtzitting van veertien juli negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS
(zie zaak 48-69, blz. 669)