CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 11 februari 2003 [1]

Inhoud

I — De feiten ..... I- 231

II — De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest ..... I- 234

III — De procedure voor het Hof ..... I- 238

IV — De hogere voorziening ..... I- 238

1. Middelen die strekken tot vernietiging van het bestreden arrest en tot nietigverklaring van de beschikking ..... I- 238

A — Procedurele middelen ..... I- 238

1) Het recht op toegang tot alle documenten tijdens de administratieve procedure (eerste middel) ..... I- 238

a) Het recht op toegang en de gevolgen van de schending daarvan (eerste onderdeel van het eerste middel) ..... I- 239

i) Het standpunt van partijen ..... I- 239

ii) De rechtmatigheid van de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang ..... I- 240

b) Het vermeende onjuiste, willekeurige en ongefundeerde karakter van het onderzoek van het Gerecht (tweede onderdeel van het eerste middel) ..... I- 245

i) Het standpunt van partijen ..... I- 245

ii) De zogenoemde „directe (belastende) bewijzen" en de beoordeling daarvan ..... I- 246

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

iii) Redelijkheid van het door het Gerecht gehanteerde criterium voor de beoordeling van de ontlastende bewijzen ..... I - 247

iv) Inachtneming door het Gerecht van zijn eigen beoordelingscriterium; ontoegankelijke belastende bewijzen ..... I - 249

2) De rechten van de verdediging en de intrekking van de „nationale punten van bezwaar" door de Commissie (tweede middel) ..... I - 250

a) De onmogelijkheid om tijdens de administratieve fase een standpunt kenbaar te maken over de intrekking van de nationale punten van bezwaar ..... I - 251

b) De vermeende tegenspraak tussen de intrekking van de nationale punten van bezwaar en de beschikking ..... I - 252

B — Middelen ten gronde; de overeenkomst „inzake de contracten en afspraken die ondertekend zijn" met Calcestruzzi (derde middel); het beginsel ne bis in idem ..... I - 254

2. Middelen gericht op de intrekking of verlaging van de geldboete ..... I - 259

A — De onaantastbaarheid van de geldboete ondanks de gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking (zevende middel) ..... I - 259

B — Ontoereikende motivering van de zwaarte van de aan Italcementi verweten inbreuk (achtste middel) ..... I - 262

C — Onjuiste beoordeling van de duur van de aan Italcementi verweten inbreuk (negende middel) ..... I - 265

V — Kosten ..... I - 266

VI — Conclusie ..... I - 266

I — De feiten

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

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

— Van april 1989 tot en met juli 1990 hebben de diensten van de Commissie

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

bij Europese cementproducenten en bedrijfstakorganisaties uit hoofde van artikel 14, leden 2 en 3, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [3], bepaalde verificaties verricht. Op grond hiervan heeft de Commissie op 12 november 1991 besloten een administratieve procedure [4] in te leiden tegen een aantal ondernemingen, waaronder Italcementi. [5]

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

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

— In beschikking 94/815/EG van 30 november 1994 [8] (hierna: „beschikking") heeft de Commissie Italcementi een aantal mededingingsverstorende praktijken verweten, die inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) [9], te weten haar deelneming

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

3 — PB 1962, 13, blz. 204.
4 — Zaak IV/33.126 en 33.222 — Cement.
5 — Punten 2 en 3 van het bestreden arrest.
6 — Punten 3, 9 en 12 van het bestreden arrest.
7 — Punten 4-6 van het bestreden arrest.
8 — PB L 343, blz. 1.
9 — Punt 22 van het bestreden arrest.

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

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

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

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

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

5) van 9 juni 1986 tot en met 26 maart 1993, aan een overeenkomst inzake de oprichting van de Joint Trading Company, Interciment S.A., die tot doel had jegens degenen die de stabiliteit van de markten in de lidstaten bedreigden, de overredings- en ontmoedigingsmaatregelen uit te voeren (artikel 4, lid 2).

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

7) van 3 april 1987 tot en met 3 april 1992, aan een overeenkomst inzake de contracten en de afspraken die op 3 en op 15 april 1987 zijn ondertekend en tot doel hebben van de zijde van Calcestruzzi invoer van Grieks cement te voorkomen (artikel 4, lid 3, sub b).

8) van 14 maart 1984 tot en met 22 september 1989, in het kader van het „European Cement Export Com-

mittee", aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen inzake de uitwisseling van gegevens, de vraag-en-aanbodsituaties in invoerende derde landen, de bij de uitvoer te hanteren prijzen, de invoersituatie in de leden-landen en de vraag-en-aanbodsituatie op de thuismarkten met het oogmerk binnendringen van concurrenten op de respectieve thuismarkten in de Gemeenschap te voorkomen (artikel 5).

9) van 6 mei 1982 tot en met 26 mei 1988, in het kader van het „White Cement Committee", a) aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging en aan de overeenkomst inzake de eerbiediging van de thuismarkten, b) aan de voortdurende onderling afgestemde feitelijke gedraging inzake de kanalisering van productieoverschotten naar voor derde landen bestemde uitvoer, en c) aan een continue onderling afgestemde feitelijke gedraging inzake de uitwisseling van per onderneming geïndividualiseerde informatie over de productiecapaciteiten, de productie, de binnenlandse en de uitvoergerichte verkoop, de binnenlandse prijzen voor „wit" en voor „grijs" cement en de prijzen bij uitvoer (artikel 7).

— De Commissie heeft Italcementi gelast de bovengenoemde inbreuken onmiddellijk te beëindigen en zich voortaan voor de markten van „grijs" en van „wit" cement te onthouden van elke overeenkomst of onderling afgestemde gedraging (artikel 8). Tevens heeft zij Italcementi twee geldboeten opgelegd, een van 32 492 000 ECU en een van 1 088 000 ECU, te betalen binnen drie maanden vanaf de kennisgeving van de beschikking, over welk bedrag na het verstrijken van de genoemde termijn van rechtswege rente verschuldigd was (artikelen 9, 10 en 11).

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

II — De procedure voor het Gerecht en het bestreden arrest

4. In haar verzoekschrift heeft Italcementi primair gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking gevorderd, voorzover deze op haar betrekking had. Subsidiair heeft zij geconcludeerd tot intrekking van de geldboete of verlaging van het bedrag daarvan. Tevens heeft zij gevorderd dat de beschikking van de Commissie van 23 september 1993 nietig wordt verklaard, voorzover daarbij het internationale gedeelte van de procedure wordt beëindigd ten aanzien van de daarin genoemde twaalf Duitse en zes Spaanse ondernemingen. Zij heeft het Gerecht verzocht de Commissie in elk geval in de kosten te verwijzen.

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

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

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

3) de lijst van de stukken van de dossiers;

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

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

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

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

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

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

12 — Ciments luxembourgeois SA.

13 — Punten 169 en 170 van het bestreden arrest.

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

„— verklaart artikel 1 van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk vóór 19 maart 1984 en na 3 april 1992 in aanmerking wordt genomen;

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

— verklaart artikel 2, lid 2, van beschikking 94/815 nietig ten aanzien van verzoekster, voorzover daarin wordt vastgesteld dat de periodieke uitwisseling van informatie tussen Cembureau — Association européenne du ciment en haar leden, wat de Belgische en de Nederlandse prijzen betreft, betrekking had op de minimumprijzen voor cementleveringen per vrachtwagen van producenten uit die twee landen en, wat Luxemburg betreft, op de prijzen, kortingen inbegrepen, van de producent uit dat land, en voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk vóór 19 maart 1984 in aanmerking wordt genomen;

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

— verklaart artikel 4, lid 2, van beschikking 94/815 nietig, voorzover daarin een deelneming van verzoekster aan de ten laste gelegde inbreuk na 7 november 1988 in aanmerking wordt genomen;

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

— bepaalt het bedrag van de bij artikel 9 van beschikking 94/815 aan verzoekster opgelegde geldboete op 25 701 000 EUR;

— verwerpt het beroep voor het overige;

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

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

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

1) van 19 maart 1984 tot en met 31 december 1988, aan de Cembureau-overeenkomst inzake de eerbiediging van de thuismarkten van grijs cement (artikel 1 van de beschikking);

2) op 19 maart 1984, aan een ad-hocuitwisseling van informatie over de prijzen van grijs cement (artikel 2, lid 1, van de beschikking);

3) tussen 19 maart 1984 en 31 december 1988, aan een periodieke uitwisseling van informatie betreffende de individuele schalen voor de prijzen van de Deense en de Ierse producenten, betreffende de voor de bedrijfstak in Griekenland, Italië en Portugal geldende schalen en betreffende de gemiddelden van de in Duitsland, Frankrijk, Spanje en het Verenigd Koninkrijk toegepaste prijzen (artikel 2, lid 2, sub b, van de beschikking);

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

5) van 9 juni 1986 tot en met 7 november 1988, aan een overeenkomst inzake de oprichting van de Joint Trading Company, Interciment S.A. (artikel 4, lid 2);

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

7) van 3 april 1987 tot en met 3 april 1992, aan een overeenkomst inzake de contracten en de afspraken die op 3 en 15 april 1987 met Calcestruzzi zijn ondertekend (artikel 4, lid 3, sub b);

8) van 6 mei 1982 tot en met 26 mei 1988, aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen inzake de markt van wit cement (artikel 7).

III — De procedure voor het Hof

10. Na de indiening van het verzoekschrift en het einde van de schriftelijke procedure heeft het Hof, krachtens de hem in artikel 119 van het Reglement voor de procesvoering [14] verleende bevoegdheid, bij beschikking van 5 juni 2002 het vierde, het vijfde en het zesde middel van de hogere voorziening afgewezen.

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

IV — De hogere voorziening

12. Italcementi verzoekt het Hof, het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen, de beschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren en de haar opgelegde geldboete in te trekken. Subsidiair verzoekt zij het Hof, de zaak voor afdoening naar het Gerecht terug te verwijzen. Zij verzoekt het Hof de Commissie in elk geval in de kosten te verwijzen.

13. De Commissie heeft afwijzing van de hogere voorziening in haar geheel en bevestiging van het bestreden arrest gevorderd, alsmede verwijzing van Italcementi in de kosten van de hogere voorziening.

14. Tot staving van haar vorderingen heeft rekwirante negen middelen aangevoerd, waarvan enkele op diverse grondslagen zijn gebaseerd. Zoals gezegd, zijn drie daarvan reeds afgewezen bij de beschikking van 5 juni 2002.

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

1. *Middelen die strekken tot vernietiging van het bestreden arrest en tot nietigverklaring van de beschikking*

A — Procedurele middelen

1) Het recht op toegang tot alle documenten tijdens de administratieve procedure (eerste middel)

16. Italcementi baseert dit middel op twee hoofdargumenten. Het eerste en meest

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

abstracte argument betreft de karakterisering van het recht op toegang tot het dossier tijdens een administratieve procedure die in een sanctie kan uitmonden, en de gevolgen die moeten worden verbonden aan de schending van dit recht [15]. Met het tweede, subsidiair aangevoerde argument laakt zij het concrete onderzoek van het Gerecht om te bepalen of de rechten van de verdediging van rekwirante waren geschonden; dit onderzoek acht zij onjuist, willekeurig en ongefundeerd. [16]

a) Het recht op toegang en de gevolgen van de schending daarvan (eerste onderdeel van het eerste middel)

i) Het standpunt van partijen

17. Om te beginnen voert Italcementi een niet-betwist feit aan: de toegang tot het dossier tijdens de administratieve procedure was niet volgens de regels verleend.

18. Hiervan uitgaande stelt zij dat de garantie van de mogelijkheid tot kennisneming van de gehele procedure een manifestatie is van de fundamentele rechten van de verdediging, die tijdens de administratieve procedure zelf moeten worden nageleefd, en niet na de beëindiging daarvan. Zij voegt hieraan toe dat de beschuldigde ondernemingen in die fase dezelfde kennis van de stukken hadden moeten hebben als de Commissie en dat bij gebreke daarvan een onevenwichtige situatie ontstaat, die niet naderhand tijdens de gerechtelijke procedure kan worden verholpen. Het Gerecht had, na vaststelling van dit onherstelbare procedurele gebrek, de beschikking nietig moeten verklaren. Nu het dit niet heeft gedaan en slechts heeft beoordeeld in hoeverre de documenten die tijdens de administratieve fase niet hadden kunnen worden geraadpleegd, relevant waren voor de beschikking, heeft het Gerecht op een onregelmatige en willekeurige wijze gehandeld, door de beoordeling van de Commissie door de zijne te vervangen, die bovendien niet kan worden getoetst door het Hof. Deze handelwijze laat de beslissing over de verlening van toegang tot het dossier aan de discretionaire bevoegdheid van de Commissie over en verstoort het evenwicht in de bevoegdheden.

19. Ten slotte voert rekwirante aan dat de handelwijze van het Gerecht in feite tot een omkering van de bewijslast leidt, doordat het de rollen omdraait en de ondernemingen waartegen de procedure is ingeleid, verplicht aan te tonen dat de documenten waarvan zij de inhoud tot dan toe niet kenden, elementen bevatten die de beoordelingen van de Commissie konden ontkrachten.

15 — Het betreft de punten 29-56 en 99-106 van de hogere voorziening.

16 — Punten 57-98 van de hogere voorziening.

20. Volgens de Commissie heeft het Gerecht slechts onderzocht of de rechten van de verdediging van Italcementi tijdens de administratieve procedure waren geschonden. In plaats van een nieuwe toegang tot het dossier te organiseren, is het Gerecht op dezelfde manier te werk gegaan als in de arresten Solvay/Commissie [17] en ICI/Commissie [18], het heeft namelijk onderzocht of rekwirante, gelet op de documenten die niet door haar konden worden geraadpleegd, zich niet heeft kunnen verdedigen. Het Gerecht heeft de bewijslast dus niet omgekeerd, daar het de verzoeksters slechts heeft gevraagd aan te tonen dat de documenten waartoe de Commissie hun de toegang had geweigerd, hun van nut hadden kunnen zijn voor hun verdediging.

21. Italcementi brengt daartegen in dat schending van een fundamenteel recht moet worden bestraft, ongeacht of schade is toegebracht. De handelwijze van het Gerecht komt er op neer dat de beschuldigde ondernemingen het recht op volledige toegang tot het dossier wordt ontzegd. De rechter kan niet ex post de relevantie bepalen van de documenten waartoe hun geen toegang was verleend tijdens de administratieve procedure. Door het tijdsverloop tussen het moment waarop toegang tot het dossier moest worden verleend en het moment waarop het Gerecht zijn onderzoek heeft verricht, heeft het gerechtelijke onderzoek geen betekenis meer. Een onderscheid tussen de documenten aan de hand van hun relevantie voor de verdediging is niet gerechtvaardigd, daar tot aan de vaststelling door de Commissie van de beschikking waarbij een sanctie wordt opgelegd, alle documenten even relevant zijn. De beschuldigde ondernemingen moeten de documenten analyseren en selecteren en hun betoog op de inhoud ervan baseren, hetgeen onderdeel uitmaakt van het vooronderzoek. De Commissie dient de documenten te aanvaarden of af te wijzen onder toezicht van de rechter, die daarvoor niet fictief mag uitgaan van een datum die gelegen is vóór de vaststelling van de beschikking door de administratie.

22. De Commissie antwoordt dat het Gerecht de rechten van de verdediging van rekwirante wilde beschermen en dat het bereid was de beschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren, voorzover de toegang tot een document van het dossier waartoe de toegang was geweigerd, nuttig voor de verdediging zou zijn gebleken. Het Gerecht heeft immers alle door Italcementi genoemde documenten onderzocht alvorens te concluderen dat geen daarvan voor haar van nut was. Door haar formalistische benadering miskent rekwirante aard en functie van de rechten van de verdediging. Wanneer de verweermiddelen niet feitelijk worden beperkt, kan er geen sprake zijn van schending van de rechten van de verdediging.

ii) De rechtmatigheid van de door het Gerecht gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang

23. Om te kunnen reageren op de geuite kritiek op de regelmatigheid van de admi-

17 — Arrest van 29 juni 1995 (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775).
18 — Arrest van 29 juni 1995 (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847).

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

24. Het Gerecht heeft de door de verzoeksters aangegeven documenten en ingediende opmerkingen in zijn arrest onderzocht. Zijn beslissing in punt 34 van het dictum ten aanzien van Italcementi heb ik in punt 8 van deze conclusie vermeld. Daarbij is het Gerecht uitgegaan van het volgende beginsel: er zou sprake zijn van schending van de rechten van de verdediging indien er een — zelfs kleine — kans zou bestaan dat de administratieve procedure een andere afloop had gehad als een verzoeker zich had kunnen beroepen op het document waartoe hem de toegang was geweigerd. [20]

25. Italcementi bekritiseert deze handelwijze en ontkent de rechtmatigheid van de door het Gerecht gelaste „maatregelen tot organisatie van de procesgang".

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

20 — Zie punten 241 en 247 van het bestreden arrest.

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

27. Dat is de betekenis van de bepalingen van verordening nr. 17, met name van artikel 19 ervan, en van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag [22]; ook de rechtspraak van het Hof [23] en van het Gerecht [24] heeft daaraan geen andere

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

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

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

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

betekenis gegeven. Het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft de werkingssfeer van de waarborgen van artikel 6 van het Verdrag van Rome uitgebreid tot administratieve procedures van tuchtrechtelijke aard. [25] Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [26] gaat nog verder, omdat daarin niet alleen wordt gewaarborgd dat eenieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld [27], maar ook dat eenieder het recht heeft door de instellingen van de Europese Unie te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, en het recht om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende. [28]

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

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

30. Kortom, vormfouten leiden geen eigen leven, dat los staat van het geschil ten gronde. Wanneer een na een formeel gebrekkige procedure gegeven beschikking

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

26 — PB 2000, C 364, blz. 1.

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

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

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

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

nietig wordt verklaard omdat zij wegens gebreken in de voor de vaststelling ervan gevolgde weg materieel onjuist is, is de materiële onjuistheid van de beslissing en niet een vormfout bepalend voor de nietigverklaring. Vormfouten krijgen slechts een zelfstandig karakter wanneer op grond van deze fouten de gegeven beslissing niet kan worden beoordeeld.

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

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

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

34. De handelwijze van het Gerecht wijkt in niets af van de rechtspraak van het Hof. In het arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, heeft het Hof geoordeeld dat de verlening van toegang tot het dossier in een later stadium de schending van de rechten van de verdediging niet kan corrigeren, omdat door de verlate kennisneming van bepaalde stukken van het dossier de verzoekende onderneming daaraan weliswaar middelen en argumenten voor haar vorderingen kan ontlenen, doch niet weer in de positie wordt gebracht waarin zij zou zijn geweest, wanneer zij zich vóór de indiening van haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen bij de Commissie op die stukken had kunnen baseren. [32]

35. Het Gerecht heeft niet getracht een schending van de rechten van de verdedi-

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

32 — Punten 78 en 79.

ging die reeds heeft plaatsgevonden achteraf ongedaan te maken, maar is slechts nagegaan of inderdaad sprake is geweest van een dergelijke inbreuk. [33] Wanneer dit volgens het Gerecht het geval was, heeft het de beschikking nietig verklaard. [34] Toen de rechten van de verdediging volgens het Gerecht echter niet waren geschonden, heeft het verklaard dat de tijdens de samenstelling van het administratieve dossier gemaakte vormfout irrelevant was.

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

37. Deze benadering houdt geen omkering van de bewijslast in. Dat procesrechtelijke beginsel staat ten dienste van het materieelrechtelijke grondrecht op het vermoeden van onschuld, waarmee het niet mag worden verward.

38. Het vermoeden van onschuld impliceert dat geen bestraffing mogelijk is als de schuld niet is bewezen. Daaruit vloeit voort dat degene die iemand beschuldigt, moet bewijzen dat de beschuldigde de bestanddelen van de inbreuk heeft vervuld, en dat ook de overige feitelijke en juridische elementen aanwezig zijn die voor een schuldigverklaring nodig zijn. Dit is het raakvlak van het vermoeden van onschuld en de bewijslast. De Commissie heeft rekwiranten bepaalde mededingingsverstorende gedragingen verweten en heeft diverse bewijzen gebruikt om haar beschuldiging te staven. Zij heeft dus in beginsel aan deze procedurele regel — de bewijslast — voldaan. Een andere zaak is of de door haar gebruikte documenten dit vermoeden kunnen ontkrachten, maar dat is op dit moment niet aan de orde.

39. Zodra de beschikking waarbij een sanctie is opgelegd, was gegeven is daartegen beroep ingesteld door onder andere Italcementi, die nietigverklaring van de beschikking vordert omdat de Commissie haar niet in staat heeft gesteld zich te verdedigen door haar geen volledige inzage te verlenen in de documenten van het dossier, en met name in die welke als ontlastende documenten hadden kunnen dienen. Overeenkomstig het beginsel van de verdeling van de bewijslast moet Italcementi de feitelijke gegevens bewijzen waarop zij haar vordering baseert. Zij moet in de eerste plaats aantonen dat zij niet in het bezit is gesteld van alle documenten die de Commissie bij haar onderzoek heeft

33 — Dit is het criterium dat het Hof heeft toegepast in het arrest PVC II, reeds aangehaald, punten 315 e.v., met name punt 325.

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

gebruikt, en in de tweede plaats dat daardoor haar verdediging onmogelijk is geworden.

40. Met andere woorden, toen de Commissie aan haar verplichting had voldaan, was het de taak van de beschuldigde ondernemingen en ondernemersverenigingen om de belastende bewijsstukken met alle middelen waarover zij beschikten te ontkrachten. Het Gerecht heeft met toepassing van het in de punten 241 en 247 van het bestreden arrest geformuleerde criterium geoordeeld dat de aangevoerde vormfout, namelijk het ontbreken van toegang tot deze documenten in de administratieve procedure, irrelevant was vanuit het oogpunt van de rechten van de verdediging.

41. Het Gerecht heeft het beginsel van de verdeling van de bewijslast in casu dus strikt toegepast. De abstracte en formalistische benadering van Italcementi kan daarom niet worden gevolgd, want dan zou elke vormfout, hoe gering ook, tot nietigverklaring van de beschikking leiden, zonder dat zou hoeven te worden gekeken naar de gevolgen van die fout voor de juistheid van de beschikking. Dit standpunt zou tot een administratieve verlamming leiden, ten nadele van het doeltreffendheidsbeginsel, zonder een extra waarborg voor de rechten van de justitiabelen.

b) Het vermeende onjuiste, willekeurige en ongefundeerde karakter van het onderzoek van het Gerecht (tweede onderdeel van het eerste middel)

i) Het standpunt van partijen

42. Volgens Italcementi is de benadering van het Gerecht om drie redenen willekeurig en ongefundeerd: 1) omdat de beperking van het onderzoek van het eventuele nut van de documenten die tijdens de administratieve fase niet bekend waren gemaakt tot de documenten die objectief verband hielden met de punten van bezwaar niet gerechtvaardigd is; 2) omdat de zogenoemde „directe schriftelijke bewijzen" zwak zijn en de feitenrechter misbruik heeft gemaakt van vermoedens, en 3) omdat het Gerecht bij het concrete onderzoek van de betrokken documenten het in punt 247 van het bestreden arrest genoemde criterium zelf niet heeft toegepast.

43. De Commissie heeft slechts verklaard dat dit onderdeel van het middel enerzijds niet-ontvankelijk is omdat het betrekking heeft op de bewijswaardering, die tot de bevoegdheid van de rechter in eerste aanleg behoort, en anderzijds ongegrond omdat Italcementi uitspraken aan het arrest toeschrijft die het niet bevat.

44. Vanwege de samenhang in de argumentatie moet ik om te beginnen antwoorden op de tweede door rekwirante aangevoerde reden.

ii) De zogenoemde „directe (belastende) bewijzen" en de beoordeling daarvan

45. Deze grief bevat een kennelijk niet-ontvankelijke dimensie, die Italcementi naar haar zeggen niet aan de orde wil stellen, maar waarop haar hele argumentatie berust en die een aantal keren in het verzoekschrift voorkomt, met name wanneer zij de „zwakte" van de tegen haar ingebrachte bewijzen aan de kaak stelt. Of het nu om zwakke of directe bewijzen gaat, om de auditu-bewijs of bewijs op basis van vermoedens, het Hof kan in hogere voorziening de waardering ervan door het Gerecht niet toetsen, noch een waardeoordeel geven over de daaruit getrokken feitelijke conclusies.

46. In hogere voorziening kan het Hof enkel optreden wanneer bij de bewijsvergaring een bepaling of algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is geschonden, of wanneer het Gerecht inbreuk heeft gemaakt op de regels inzake de bewijslast en de bewijswaardering, door deze onlogisch of arbitrair uit te leggen, waardoor de bewijzen verkeerd worden opgevat. Het Hof kan slechts de eventuele schending van het recht door het Gerecht herstellen, maar nooit de feiten vaststellen, onverminderd zijn toetsing van de juridische kwalificatie.[35] In casu heeft zich niets van het bovenstaande voorgedaan.

47. In het geval van Italcementi is het Gerecht als volgt te werk gegaan: op basis van vaststaande feiten (het houden van diverse vergaderingen; de deelneming van rekwirante aan sommige daarvan; het sluiten en bevestigen van mededingingsverstorende overeenkomsten tijdens die vergaderingen; rekwirante had niet uitdrukkelijk haar afkeuring doen blijken of zich gedistantieerd; haar betrokkenheid bij de uitwisseling van informatie over de prijzen; haar deelneming aan de oprichting van de European Task Force en Interciment; haar betrokkenheid bij de acties jegens Calcestruzzi, en de overeenkomst met Cementir en Unicem) heeft het bewezen verklaard dat Italcementi deelnam aan de mededingingsregeling. Deze logische redenering bevat niet alleen geen gebreken die een toetsing door het Hof in hogere voorziening zouden rechtvaardigen, maar is ook redelijk en in overeenstemming met de regels van het gezond verstand en is voorts voldoende uitgelegd in het arrest[36].

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

36 — Zie de punten 1350, 1351 en 1353 voor de Cembureau-overeenkomst; 1497-1500 voor de uitwisseling van informatie over de prijzen; 2745 -2753 voor de oprichting van de European Task Force en 2997 e.v. voor de oprichting van Interciment; zie ten slotte de punten 3264-3270 voor de acties jegens Calcestruzzi en de punten 3345 e.v. voor de overeenkomst inzake de contracten met deze Italiaanse betonproducent.

48. Als een onderneming, samen met haar concurrenten op de markt, een of meer vergaderingen bijwoont die uitmonden in een mededingingsverstorende overeenkomst, kan op basis van vermoedens hieruit haar deelneming aan de mededingingsregeling worden afgeleid, wanneer niet uitdrukkelijk van het tegendeel blijk is gegeven, zeker wanneer zij vervolgens meewerkt aan maatregelen tot uitvoering van de mededingingsverstorende overeenkomst.

49. Bewijs op grond van vermoedens is gebaseerd op zowel logisch redeneren als gezond verstand en ervaring. Om de juistheid ervan te kunnen aantonen moet worden uitgegaan van vaststaande gebeurtenissen op grond waarvan, via een mentaal proces in overeenstemming met de regels van het menselijk verstand, bepaalde feiten als bewezen kunnen worden aangemerkt.

50. Het Hof heeft verklaard dat op basis van dit bewijs op grond van vermoedens de deelneming van een onderneming aan een mededingingsverstorende overeenkomst kan worden aangetoond, maar dat deze vermoedens door tegenbewijs kunnen worden weerlegd.[37] Ik zou daaraan willen toevoegen dat bewijs op grond van vermoedens op een gebied als de bescherming van de concurrentie op de interne markt, waar men te maken heeft met onderling verweven gedragingen die zich manifesteren in geraffineerde manœuvres van complexe organisatorische structuren, een nagenoeg onmisbaar middel is om de waarheid aan het licht te brengen.

iii) Redelijkheid van het door het Gerecht gehanteerde criterium voor de beoordeling van de ontlastende bewijzen

51. De beslissende factor in de uiteenzetting van Italcementi, waarop haar hele vordering is gebaseerd, is de door haar aan het Gerecht toegeschreven bewering dat haar op basis van „uitsluitend directe schriftelijke bewijzen" een geldboete is opgelegd. Deze bewering[38] mag niet uit haar verband worden gehaald, want zij komt weliswaar voor in het bestreden arrest, maar wordt daarin voorafgegaan door een negatieve vaststelling, namelijk dat de beschikking niet was gebaseerd op „een op de markt vastgesteld parallel gedrag"[39], op basis waarvan de documenten die een andere economische verklaring van het gedrag van de veroordeelde ondernemingen konden geven, niet relevant werden geacht.[40]

37 — In het arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 96) heeft het Hof verklaard dat het Gerecht — zonder ongeoorloofde omkering van de bewijslast — terecht had geoordeeld, dat aangezien de Commissie geslaagd was in het bewijs dat Anic had deelgenomen aan bijeenkomsten waarop prijsinitiatieven waren overeengekomen, gepland en gevolgd, het aan Anic stond om bewijs te leveren voor haar stellingen dat zij die initiatieven niet had gesteund. Het Hof heeft in dezelfde zin geoordeeld in de arresten van 8 juli 1999, Hüls/Commissie (C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punt 155), en Montecatini/Commissie (C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punt 181).

38 — Zie bijvoorbeeld de punten 260 en 263 van het bestreden arrest.

39 — Punt 264.

40 — Zie punten 264 en 1116 in het algemeen. Zie voor Italcementi in het bijzonder de punten 1257, 1260, 1262 en 1264.

52. In deze context komt het belang tot uiting van het door het Gerecht gehanteerde criterium, om het hele scala aan bewijzen die de feitelijke vaststellingen van de Commissie kunnen weerleggen te beperken tot die welke vervat zijn in de „documenten die rechtstreeks verband houden met de hun in de bestreden beschikking ten laste gelegde inbreuken". [41] Met andere woorden, het is een juiste regel dat de rechten van de verdediging zijn geschonden wanneer tijdens de administratieve procedure geen toegang is verleend tot bewijsstukken die de door de Commissie gebruikte bewijzen kunnen weerleggen [42], en die niet slechts een weliswaar respectabele, aanvullende of andere uitleg kunnen geven, maar de door de Commissie in de beschikking aangevoerde documenten niet weerleggen.

53. Ter illustratie is één voorbeeld voldoende. De Commissie heeft uit bepaalde documenten [43] afgeleid dat tijdens de vergaderingen van de Europese cementproducenten van 14 januari 1983 en 19 maart en 7 november 1984 mededingingsverstorende overeenkomsten waren gesloten. Het lijkt me redelijk om de lijst van gevallen van schending van de rechten van de verdediging vast te stellen onder verwijzing naar die bewijzen die de inhoud van deze bewijsstukken hadden kunnen weerleggen, wat de eis is die het Gerecht heeft gesteld toen het sprak van een „objectief verband" met een punt van bezwaar in de beschikking. [44]

54. Rekwirante zelf lijkt het eens te zijn met deze benadering. In haar verzoekschrift stelt zij dat de beslissing om de voor de zaak „volstrekt irrelevante documenten" [45] uit te sluiten, een juiste beslissing was. Uit het verloop van de administratieve procedure blijkt dat dit de documenten waren die in geen enkel opzicht in verband konden worden gebracht met de directe bewijzen. Op basis van de documenten van het dossier heeft de Commissie geconcludeerd dat Cembureau en zijn rechtstreekse leden tijdens de vergadering van de delegatiehoofden van 14 januari 1983, die Italcementi niet heeft bijgewoond, een overeenkomst hadden gesloten over de eerbiediging van de thuismarkten en regeling van de internationale verkoop, waarvan de inhoud met name is bevestigd in de vergadering van 19 maart 1984, die Italcementi wel heeft bijgewoond. Dit zou de rechten van de verdediging van rekwirante slechts hebben geschonden, wanneer zij in de onmogelijkheid zou hebben verkeerd ontlastende bewijsstukken te gebruiken die zouden weerleggen dat de litigieuze overeenkomst tijdens deze vergaderingen was gesloten en bevestigd, en waaruit zou blijken dat zij die vergaderingen niet had bijgewoond, dan wel dat zij wel aanwezig was, maar zich van de genomen besluiten had gedistantieerd.

41 — Punt 262 van het bestreden arrest.

42 — Punt 263 van het bestreden arrest.

43 — Het betreft de in de paragrafen 18, 19 en 45 van de beschikking genoemde documenten.

44 — Punt 247 van het bestreden arrest.

45 — Punt 70.

55. Toen eenmaal was bewezen dat de overeenkomst tijdens de litigieuze vergaderingen was gesloten en bevestigd, waren bewijsmiddelen waarmee een andere economische verklaring voor het gedrag van Italcementi kon worden gegeven, niet meer relevant; het feit dat zij tijdens de administratieve fase geen toegang heeft gehad tot het dossier heeft haar rechten van de verdediging dus niet kunnen schenden. Bij nauwkeurige lezing van de punten 1256 tot en met 1267 van het bestreden arrest blijkt dat de documenten die zij niet heeft kunnen inzien, als „irrelevant" kunnen worden aangemerkt en niet van belang zouden zijn geweest voor haar verweer, daar zij de in de beschikking gebruikte directe bewijzen niet kunnen weerleggen.

iv) Inachtneming door het Gerecht van zijn eigen beoordelingscriterium; ontoegankelijke belastende bewijzen

56. Volgens Italcementi is de theoretische definitie van het beoordelingscriterium in punt 247 van het bestreden arrest in tegenspraak met de praktische toepassing ervan. Ter illustratie citeert en analyseert zij de zaken Groupe Origny/Commissie (T-38/95), Compañia Valenciana de Cementos Portland/Commissie (T-52/95) en Castle Cement/Commissie (T-56/95), waarin het Gerecht de betrokken beschikking niet nietig heeft verklaard, maar slechts heeft gewijzigd, hoewel de rechten van de verdediging van de ondernemingen waren geschonden omdat zij geen toegang hadden gehad tot de ontlastende documenten.

57. Deze bewering is niet op zijn plaats. Om erkenning van haar eigen rechten van de verdediging te verkrijgen voert Italcementi namelijk schending van de rechten van de verdediging van anderen aan, waartoe zij niet gerechtigd is. Zelfs wanneer de feiten waarop zij haar argumentatie baseert vaststaan, kan de juistheid ervan geen gevolgen hebben voor het lot van haar vordering in hogere voorziening.

58. Volgens Italcementi verkeert zij in dezelfde situatie, want in het bestreden arrest worden documenten genoemd die geheim zijn gehouden, zodat zij die tijdens de onderzoeksprocedure niet voor haar verdediging heeft kunnen gebruiken. Zij stelt dat het Gerecht, na dit te hebben geconstateerd, had moeten verklaren dat er sprake was van een vormfout en de beschikking nietig had moeten verklaren zonder deze documenten te behoeven onderzoeken of na te gaan of de inbreuken waarvoor Italcementi een sanctie was opgelegd, in elk geval voldoende bewezen waren.

59. Via deze omweg reproduceert rekwirante een debat waarop ik reeds heb geantwoord, namelijk het debat over de vraag of een vormfout, onafhankelijk van het belang ervan, automatisch tot nietigverklaring van de eindbeschikking leidt. Ik verwijs dus naar mijn overwegingen onder IV, 1, A, 1, sub a, in het bijzonder naar de punten waarin ik heb uitgelegd dat het Gerecht, door zich niet in de plaats te stellen van de Commissie, maar na te gaan of de vormfout, die de Commissie onmiskenbaar heeft gemaakt, ertoe heeft geleid dat Italcementi zich onmogelijk heeft kunnen verdedigen, zijn rechterlijke bevoegdheid zorgvuldig

heeft uitgeoefend. Het Gerecht heeft met gebruikmaking van die bevoegdheid de door rekwirante aangevoerde feitelijke elementen en de juridische argumenten onderzocht, waarvoor zij een adequate en juridisch gefundeerde oplossing heeft gegeven.

60. Bovendien is het betoog van Italcementi nogal verwarrend. Al hetgeen zij beweert ten aanzien van de rechten van de verdediging houdt verband met het feit dat zij documenten die haar als ontlastend bewijs hadden kunnen dienen, tijdens de administratieve procedure niet zou hebben kunnen raadplegen en gebruiken. Aan de andere kant gaat het bij de documenten die zij thans aanvoert, om door de Commissie als belastende elementen gebruikte documenten, die zij vóór de vaststelling van de beschikking niet heeft kunnen onderzoeken of ontkrachten[46] Het is duidelijk dat het beoordelingscriterium in deze twee gevallen niet hetzelfde kan zijn. Om het gebrek aan samenhang aan te tonen van het in punt 247 van het bestreden arrest neergelegde criterium voor het ontbreken van de toegang tot ontlastende bewijzen, kan niet worden afgegaan op argumenten die in het arrest zelf zijn uiteengezet in antwoord op de onmogelijkheid van raadpleging van belastende bewijzen.

46 — Zie punten 366, 376, 1111, 1112 en 2807 van het bestreden arrest.

61. De door de feitenrechter toegepaste regel is ook samenhangend: de belastende elementen die de beschuldigde ondernemingen niet tijdens de administratieve procedure konden weerleggen, mogen niet tegen hen worden gebruikt. Zodra deze zijn afgewezen, moet de beschikking, indien er geen bewijs bestaat dat de inbreuk is gepleegd, nietig worden verklaard; als er echter wel voldoende bewijs is voor de inbreuk, is de vormfout irrelevant. Voor een toelichting op de juistheid van deze benadering verwijs ik naar mijn overwegingen inzake het instrumentele karakter van het recht op toegang tot het administratieve dossier en inzake de materiële dimensie van het juridische begrip „zich niet kunnen verdedigen".

62. Om alle bovengenoemde redenen moet dit — eerste — middel mijns inziens niet-ontvankelijk en ongegrond worden verklaard.

2) De rechten van de verdediging en de intrekking van de „nationale punten van bezwaar" door de Commissie (tweede middel)

63. Italcementi splitst dit middel in twee onderdelen: in de eerste plaats laakt zij het feit dat zij niet vóór de vaststelling van de beschikking in de gelegenheid is gesteld om

haar standpunt kenbaar te maken over de intrekking van de nationale punten van bezwaar, waardoor zij zich niet kon verdedigen [47], en in de tweede plaats dat er een tegenspraak bestaat tussen deze intrekking en de beschikking, omdat daarin voor de in de nationale punten van bezwaar bedoelde gedragingen een sanctie wordt opgelegd. [48]

a) De onmogelijkheid om tijdens de administratieve fase een standpunt kenbaar te maken over de intrekking van de nationale punten van bezwaar

64. Deze grief van Italcementi vertoont een aspect dat niet-ontvankelijk is. Bij lezing van het verzoekschrift in hogere voorziening blijkt dat de argumenten van rekwirante voor het merendeel slechts de in eerste aanleg uiteengezette redenering herhalen, zonder het antwoord in de punten 438 en volgende van het bestreden arrest op enigerlei wijze te bekritiseren.

65. De grief is ook ongegrond. Het Gerecht heeft verklaard dat een besluit dat, net als het besluit tot intrekking van een beschuldiging, tegemoet komt aan het doel van de adressaten van de punten van bezwaar, geen schending van hun rechten van de verdediging kan opleveren en per definitie in hun voordeel is. [49]

66. Bij wijze van uitzondering moeten de betrokken partijen in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt kenbaar te maken over het laten vallen van de beschuldiging wanneer, in weerwil van de schijn, geen sprake is van intrekking, maar van een reformatio in peius van de punten van bezwaar.

67. Italcementi stelt dat zij, als zij haar standpunt kenbaar had kunnen maken nadat zij in kennis was gesteld van de intrekking van de nationale punten van bezwaar, de Commissie ervan had kunnen overtuigen dat de overeenkomst met Calcestruzzi niet als een maatregel tot uitvoering van de Cembureau-overeenkomst moest worden veroordeeld (artikel 4, lid 3, sub b).

68. Beslissend is evenwel niet de omstandigheid dat zij de Commissie had kunnen overtuigen, maar het moment waarop de Commissie tot die overtuiging zou zijn gekomen. De intrekking van de punten van bezwaar ten aanzien van de nationale markten heeft aan de kwestie niets toegevoegd of afgedaan [50] De beschuldiging inzake de overeenkomst die rekwirante, Unicem en Cementir hadden gesloten om Calcestruzzi te beletten Grieks cement in te

47 — Zij wijdt de punten 113-120 van haar verzoekschrift in hogere voorziening aan dit onderdeel van het middel.

48 — Punten 121-129 van de hogere voorziening.

49 — Zie punt 439 van het arrest, waarin het Gerecht verwijst naar het arrest van het Hof van 7 juni 1983, Musique diffusion française,e.a./Commissie (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825), waarin in punt 14 wordt erkend dat de Commissie bevoegd is punten van bezwaar tegen de beschuldigde ondernemingen te laten vallen.

50 — Zie punt 443 van het bestreden arrest.

voeren, stond van het begin af aan in het internationale gedeelte van de punten van bezwaar [51] en werd weerspiegeld in het gedeelte betreffende de Italiaanse markt, waarin sprake was van de met deze betonfabrikant gesloten leveringscontracten. Rekwirante kon dus steeds haar standpunt kenbaar maken en argumenten formuleren inzake de interdependentie tussen deze twee punten van bezwaar en inzake de noodzaak dat hun hetzelfde lot diende te treffen.

69. Toen de Commissie de nationale paragrafen van de punten van bezwaar introk, had Italcementi reeds de kans gehad te wijzen op de vermeende identiteit van de gelaakte gedragingen in de twee delen van de punten van bezwaar. In deze context komt het belang tot uiting van de vaststelling van het Gerecht dat „de opmerkingen die verzoekster over de intrekking van de nationale punten van bezwaar had kunnen indienen, voor de Commissie dus kennelijk geen aanleiding [zouden] zijn geweest om het internationale punt van bezwaar betreffende de overeenkomst tussen de Italiaanse cementproducenten te laten vallen". [52]

b) De vermeende tegenspraak tussen de intrekking van de nationale punten van bezwaar en de beschikking

70. Voor het onderzoek van deze grief moet ik ingaan op de zogenoemde maatregelen ter bescherming van de Italiaanse markt.

71. De beschikking beschrijft twee inbreuken die met deze maatregelen samenhangen en die in het kader van de European Task Force of Cembureau Task Force zijn begaan.

72. De eerste, meer algemene inbreuk, waarvoor in artikel 4, lid 3, sub a, een sanctie is opgelegd, bestaat in onderling afgestemde feitelijke gedragingen met het oogmerk aan de Griekse cementleveranciers en aan Titan in het bijzonder hun cliënt Calcestruzzi, toentertijd de grootste Italiaanse fabrikant van stortklaar beton, te onttrekken. Deze inbreuk is verweten aan Italcementi, Unicem en Cementir, evenals aan de andere deelnemers aan de genoemde mededingingsregeling. [53]

73. De tweede, meer specifieke inbreuk, was de overeenkomst die de drie Italiaanse fabrikanten hadden gesloten om Calcestruzzi de beletten uit Griekenland afkomstig cement in te voeren; het ging daarbij om de dreigende import van 1,5 miljoen ton Grieks cement door deze onderneming. Deze inbreuk, waarvoor in artikel 4, lid 3, sub b, een sanctie is opgelegd, is uitsluitend aan de drie bovengenoemde producenten verweten. [54]

51 — Zie mijn onderstaande overwegingen op dit punt.

52 — Punt 44 7 van het bestreden arrest.

53 — Zie de punten 3138 e.v. van het bestreden arrest voor het bestaan van deze inbreuk.

54 — De argumentatie van het Gerecht inzake het bestaan van deze inbreuk is te vinden in de punten 3345 e.v. van het bestreden arrest.

74. In het internationale deel van de punten van bezwaar sprak de Commissie over twee met de bescherming van de Italiaanse markt samenhangende inbreuken die waren vastgesteld in het kader van de European Task Force of Cembureau Task Force. In punt 61, sub h-iv [55], verklaarde de Commissie: „De op Calcestruzzi uitgeoefende druk en de niet-uitvoering door deze van het cementaankoopcontract met Titan maken deel uit van de ontmoedigingsmaatregelen van de ‚Task Force' *en zijn het resultaat van onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de Italiaanse producenten Italcementi, Unicem en Cementir en tussen hen en de andere deelnemers aan het ‚Cembureau Task Force'*" [56], met het doel de Griekse producenten een klant af te nemen die belangrijk zou zijn voor hun penetratie op de Italiaanse markt.

75. Het nationale punt van bezwaar inzake de Italiaanse Republiek had betrekking op de contracten en afspraken over leveringen die op 3 en 15 april 1987 waren ondertekend door Unicem, Italcementi, Cementir en Calcestruzzi. In het kader van deze contracten hebben deze ondernemingen een gemeenschappelijke dochteronderneming opgericht met de naam Societá Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo SpA (SIPAC). [57] De drie cementproducenten verbonden zich ertoe, aan alle vraag naar cement van het Calcestruzzi-concern te voldoen en de daarin genoemde prijsverlagingen toe te passen; van zijn kant verbond Calcestruzzi zich, de helft van de prijsverlagingen te bestemmen voor de genoemde gemeenschappelijke dochteronderneming, die deze bedragen moest investeren in ondernemingen op het gebied van stortklaar beton of van aanverwante activiteiten, en ten minste 80% van haar cementbehoeften van Italcementi, Unicem en Cementir of van door deze aangewezen ondernemingen moest betrekken; de drie cementproducenten hielden zich het recht van opzegging voor, indien Calcestruzzi minder cement van hen zou kopen dan 95% van de vraag van de koper. [58]

76. Deze contracten waren volgens de Commissie, die had besloten hiertegen geen beschuldiging in te brengen, ondertekend in het kader van de overeenkomst tussen de drie Italiaanse cementfabrikanten die is beschreven in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking.

77. Volgens Italcementi is het tegenstrijdig de nationale punten van bezwaar in te trekken onder handhaving van de punten van bezwaar met betrekking tot het in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking beschreven gedrag, omdat het niet zeker is, zoals het Gerecht stelt, dat in het internationale deel van de punten van bezwaar de tussen de drie Italiaanse cementfabrikanten gesloten overeenkomst in aanmerking wordt genomen.

78. Lezing van de bovenstaande door mij gecursiveerde zinnen volstaat voor de vaststelling dat het standpunt van Italcementi

55 — Dat, zoals Italcementi erkent, letterlijk is overgenomen in paragraaf 55, sub a, punt 1, van de beschikking.

56 — Cursivering van mij.

57 — Zie punten 444 en 445 van het bestreden arrest.

58 — Zie paragraaf 27, punt 6, van de beschikking en punt 3345 van het bestreden arrest.

onjuist is. In het internationale deel van de punten van bezwaar worden de tussen de drie cementproducenten gesloten overeenkomst en de met de andere leden van de Cembureau Task Force overeengekomen mededingingsregeling genoemd. Ook al wordt hiernaar verwezen in het kader van het gedrag dat later wordt beschreven in artikel 4, lid 3, sub a, van de beschikking, in de overwegingen inzake de sub b bedoelde actie spreekt de Commissie van een overeenkomst tussen Italcementi, Unicem en Cementir, waarmee slechts de overeenkomst kan zijn bedoeld die genoemd wordt in punt 61, sub h-iv, van de punten van bezwaar.

79. Hoe dan ook, het tweede onderdeel van dit middel bevat een zekere tegenspraak met het standpunt ter rechtvaardiging van de grief die in het eerste onderdeel is aangevoerd. Daarin legt rekwirante het accent op de nauwe relatie tussen de twee delen van de punten van bezwaar, maar nu wil zij aantonen dat die relatie niet zo hecht was en dat de Commissie in het internationale deel geen melding heeft gemaakt van een tussen de drie Italiaanse producenten gesloten overeenkomst. Indien de Commissie, zoals rekwirante stelt, na haar besluit tot intrekking van de nationale punten van bezwaar die betrekking hadden op de met Calcestruzzi gesloten contracten, de partijen in de gelegenheid moest stellen haar ervan te overtuigen dat zij als gevolg van die intrekking af moest zien van de beschuldiging die nadien in artikel 4, lid 3, sub b, is beschreven, kan ik niet begrijpen waarom zij thans zo hamert op het feit dat in het internationale deel niet gesproken wordt van een overeenkomst tussen de drie cementproducenten waarvan deze contracten het gevolg zouden zijn.

80. De bovenstaande overwegingen leiden rechtstreeks tot afwijzing van het tweede middel in hogere voorziening van Italcementi.

B — Middelen ten gronde; de overeenkomst „inzake de contracten en afspraken die ondertekend zijn" met Calcestruzzi (derde middel); het beginsel ne bis in idem

81. Voor haar vordering tot vernietiging van het bestreden arrest en als gevolg daarvan nietigverklaring van de beschikking van de Commissie waarbij een sanctie wordt opgelegd, voert Italcementi één middel ten gronde aan, dat de beoordeling van het Gerecht betwist betreffende de overeenkomst inzake de contracten die zij in 1987 met Calcestruzzi heeft ondertekend, en, in het bijzonder, diens kwalificatie als maatregel tot uitvoering van de Cembureau-overeenkomst.

82. Italcementi stelt dat de beschuldiging in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking volgens het Gerecht betrekking had op de overeenkomst die de drie Italiaanse fabrikanten hadden gesloten om Calcestruzzi te beletten Grieks cement in te voeren, welk doel haar via de activiteiten van de European Task Force aan de Cembureau-overeenkomst bond.

83. Volgens rekwirante is de sanctie voor het in dit artikel van de beschikking beschreven gedrag om de volgende drie redenen niet in overeenstemming met deze premissen:

1) de ondertekening en de uitvoering van de contracten met Calcestruzzi waren onverenigbaar met het beginsel „ieder blijft op zijn eigen markt", dat in praktijk is gebracht door de verbreking van de relatie van deze onderneming met de Griekse onderneming Titan; bovendien vormden deze contracten het einde van de in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking bedoelde inbreuk;

2) in werkelijkheid hebben de Commissie en het Gerecht, anders dan in de beschikking en het arrest is gesteld, niet de mededingingsregeling tussen de drie Italiaanse cementproducenten gelaakt, maar de met Calcestruzzi gesloten contracten, hetgeen onverenigbaar is met de intrekking van de nationale punten van bezwaar en met elke beslissing van de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; en

3) de contracten met Calcestruzzi als maatregelen tot uitvoering van de Cembureau-overeenkomst aanmerken leidt tot een ongerijmd resultaat: tussen 1989 en 1992 zijn enkel de drie Italiaanse ondernemingen aangesloten bij deze overeenkomst: is er dan nog wel sprake van een „ultranationale" overeenkomst?

84. De aangevoerde tegenstrijdigheid, die in het voorgaande middel formeel was, krijgt hier dus een materiële dimensie.

85. Bij het antwoord op deze grief moet ik uitgaan van de feiten van het geschil zoals die in de punten 3345 en volgende van het bestreden arrest zijn weergegeven.

86. Deze feiten laten rechtens slechts twee uitleggingen toe, naar gelang men ervan uitgaat dat de overeenkomst waarvoor in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking een sanctie is opgelegd, en de in april 1987 door Italcementi, Unicem, Cementir en Calcestruzzi ondertekende contracten afzonderlijke gedragingen zijn, dan wel dat zij een en dezelfde praktijk vormen. Beide uitleggingen zonder onderscheid gebruiken, afhankelijk van de context of van het argument dat hier moet worden behandeld, is uit den boze.

87. Wanneer men van de tweede optie uitgaat, krijgt men te maken met het beginsel ne bis in idem, daar dan voor hetzelfde gedrag twee keer een sanctie zou worden opgelegd: door de Commissie en door de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. [59]

59 — Beschikking van 6 maart 1996, procedure I.123, Bollettino 10/1996, blz. 7.

88. Dit beginsel [60] verbiedt dat een persoon voor eenzelfde onrechtmatig gedrag meer dan één keer wordt bestraft ter bescherming van hetzelfde rechtsgoed, daar een dergelijke meervoudige bestraffing een ontoelaatbare dubbele uitoefening van het ius puniendi zou zijn. [61]

89. Voor de toepassing van dit beginsel moet derhalve sprake zijn van een identiteit op drie punten: de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed moeten dezelfde zijn. [62]

90. Buiten kijf staat dat in casu de overtreder dezelfde persoon is.

91. Ook het beschermde rechtsgoed is hetzelfde. Volgens de regels inzake de waarborging van de vrije mededinging mag er binnen de Europese Unie geen sprake zijn van verschillende terreinen, het communautaire en het nationale, alsof dit gesloten circuits zijn. Het gaat op beide gebieden om de bescherming van een vrije en open mededinging binnen de gemeenschappelijke markt. Dit doel is in wezen hetzelfde, ook al wordt het op het ene gebied vanuit zijn totaliteit beschouwd en op het andere vanuit zijn verschillende onderdelen. Op dit punt moeten de nationale wetgevingen een adequate omzetting zijn van de bepalingen van de artikelen 81 EG en 82 EG en van het afgeleide recht waarbij daaraan uitvoering wordt gegeven.

92. Bij lezing van de artikelen 2 [63] en 3 van de Italiaanse Wet 287/1990 van 10 oktober 1990 inzake de bescherming van de mededinging en van de markt [64] blijkt dat deze praktisch woordelijk overeenkomen met de artikelen 81 EG en 82 EG; het enige verschil is dat de Italiaanse wetgever spreekt over „nationale markt" waar het Verdrag spreekt over „gemeenschappelijke markt". Zoals ik nog zal uitleggen, is dit een bijkomstig en niet essentieel verschil.

93. De communautaire en nationale autoriteiten hebben een identieke taak en wan-

60 — Zie voor het beginsel ne bis in idem mijn conclusie van 19 september 2002 in de zaken Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, arrest van 11 februari 2003, Jurispr. blz. I-1345).

61 — Het Hof heeft de mogelijkheid dat de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie over dezelfde feiten beslissen reeds onderzocht in zijn arrest van 13 februari 1969, Wilhelm e.a. (14/68, Jurispr. blz. 1), waarin het heeft verklaard dat de parallelle toepassing van het nationale recht geen afbreuk mag doen aan een volledige en uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, op het gehele gebied van de gemeenschappelijke markt, betreffende de ondernemersafspraken — en aan het feitelijk gezag der uitvoeringsbesluiten — (punt 1 van het dictum). Het bestaan van gedeelde bevoegdheden is momenteel een aanvaard feit (zie de bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, PB 1993, C 39, blz. 6); voorts geldt de regel inzake voorrang van de communautaire beslissing in geval van dubbele bestraffing wegens dezelfde mededingingsverstorende praktijk of overeenkomst (zie arresten van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, en 14 december 2000, Masterfoods en HB, C-344/98, Jurispr. blz. I-11369).

62 — In het arrest van 18 november 1987, Maizena (137/85, Jurispr. blz. 4587), heeft het Hof verklaard dat het eisen van twee verschillende waarborgen van een en dezelfde persoon voor dezelfde feiten het „ne bis in idem"-beginsel niet schendt omdat deze twee waarborgen niet hetzelfde doel hadden (punten 22 en 23).

63 — Italcementi is bij de reeds aangehaalde beschikking van de Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato wegens schending van dit artikel veroordeeld.

64 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, nr. 240, van 13 oktober 1990.

neer zij mededingingsbeperkende gedragingen bestraffen, beogen zij hetzelfde rechtsgoed te beschermen. Het Hof heeft zich over de verdeling van deze taken uitgesproken in de arresten die ik in voetnoot 61 van deze conclusie heb aangehaald.

94. In het arrest Wilhelm e.a., reeds aangehaald, heeft het Hof verklaard dat „terwijl het in artikel 85 voor wat deze afspraken betreft alleen gaat om de belemmeringen welke zij voor de handel tussen lidstaten kunnen opleveren, zij ingevolge de nationale wettelijke regelingen op grond van de overwegingen waardoor de wetgever zich in het kader der staten liet leiden ook alleen in het kader van het binnenlands recht worden bezien". [65] Het Hof heeft daarmee verwezen naar het dubbele perspectief, het ene algemeen en het andere territoriaal begrensd, waarop ik zojuist heb gezinspeeld. In het laatste geval houdt de mededingingsbeperkende activiteit, ook wanneer die zich afspeelt binnen de grenzen van een lidstaat, daarom nog niet op „de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt" [66] ongunstig te beïnvloeden. Het criterium van de territoriale omvang van het mededingingsbeperkend gedrag is niet essentieel, maar louter bijkomstig, omdat het daarbij niet gaat om de aard van de inbreuk, maar uitsluitend om de intensiteit ervan.

95. Wanneer sprake is van de bovengenoemde identiteit op drie punten en de Commissie een gedraging die in strijd is met artikel 81 EG vervolgt en bestraft, mag de bevoegde nationale mededingingsautoriteit deze gedraging niet nog eens bestraffen, en omgekeerd. [67]

96. De oplossing waarvoor het Hof in het arrest Wilhelm e.a. heeft gekozen, namelijk dat de tweede autoriteit de sanctie verlaagt met het bedrag van de door de eerste instantie opgelegde geldboete voldoet niet aan de eisen van het beginsel ne bis in idem. Dit beginsel is geen procedurele regel die als verzachtend middel werkt ten dienste van de evenredigheid wanneer een en dezelfde persoon tweemaal wordt berecht en gestraft voor hetzelfde gedrag, maar een fundamentele garantie voor de burgers. [68]

97. In feite heeft het Hof in het bovengenoemde arrest het beginsel ne bis in idem niet toegepast [69] omdat het ging om „twee parallel lopende, ter verwezenlijking van verschillende doelstellingen aanhangig gemaakte procedures" [70], dat wil zeggen procedures die verschillende rechtsgoede-

65 — Punt 3.

66 — Artikel 85 van het Verdrag.

67 — Zie voor de bestraffing van hetzelfde feit in twee onderscheiden rechtsorden de overwegingen in de punten 52 e.v. van mijn conclusie in de zaken Gözütok en Brügge, reeds aangehaald.

68 — Zie artikel 4 van het Zevende protocol bij het Verdrag van Rome en artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

69 — Zie Pralus, M., „Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem*: non bis", in *Revue de science criminelle*, juli-september 1996, blz. 553-574, met name blz. 558.

70 — Punt 11.

ren of waarden beoogden te beschermen. [71] Uit dit arrest vloeit voort dat voor de communautaire rechtspraak, ook wanneer het genoemde beginsel niet van toepassing is en cumulatie van sancties rechtmatig is, „algemene billijkheidsgronden [...] medebrengen, dat bij bepaling der straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden". [72]

98. Van de identiteit op het derde punt, dat van de feiten, is evenwel geen sprake. [73]

99. In punt 3386 van het bestreden arrest preciseert het Gerecht dat de beschikking van de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato betrekking had op de tussen de drie Italiaanse producenten (Unicem, Cementir en Italcementi) en Calcestruzzi getekende leveringscontracten en samenwerkingsafspraken, terwijl de beschikking van de communautaire autoriteiten betrekking had op de tussen de drie cementproducenten gesloten overeenkomst om invoer door Calcestruzzi van cement uit Griekenland te voorkomen.

100. Italcementi betwist deze feitelijke vaststelling door het Gerecht, maar daarvoor is een hogere voorziening niet de juiste weg, omdat de beoordeling van de feiten door het Gerecht niet in hogere voorziening kan worden getoetst.

101. De drie Italiaanse producenten hadden dus een overeenkomst gesloten om te voorkomen dat Calcestruzzi Grieks cement zou blijven invoeren, met name ter uitvoering van het in 1986 met Titan gesloten contract. Deze overeenkomst, die paste in de gemeenschappelijke doelstelling van de European Task Force om de invoer van cement in West-Europa te beëindigen, moest worden aangevuld; deze aanvulling was overigens het uiteindelijke doel ervan. Als het zaak was Calcestruzzi te beletten cement uit Griekenland te blijven invoeren en hem ertoe te bewegen cement te betrekken bij Italiaanse producenten, en zo het beginsel „ieder blijft op zijn eigen markt" toe te passen, dat inherent is aan het Cembureau-beginsel, was regeling van de levering van cement aan deze Italiaanse betonproducent onontbeerlijk, wat het doel was van de contracten en afspraken die op 3 en 15 april 1987 zijn ondertekend.

102. Het is dus niet zeker dat deze contracten niets met het Cembureau-beginsel te maken hadden, en het feit dat de drie Italiaanse fabrikanten vanaf 1989 en tot en met 3 april 1992 als enigen de Cembureau-overeenkomst bleven uitvoeren, is helemaal niet vreemd.

71 — Ik ben het niet eens met deze benadering omdat, zoals gezegd, de nationale autoriteiten en de Commissie identieke waarden beschermen wanneer zij dezelfde gedraging bestraffen op grond van het — nationale dan wel communautaire — mededingingsrecht.

72 — Punt 11.

73 — In het arrest van 14 december 1972, Boehringer Mannheim/Commissie (7/72, Jurispr. blz. 1281), heeft het Hof verklaard dat het beginsel ne bis in idem niet is geschonden omdat „de feiten welke tot deze beide veroordelingen hebben geleid, weliswaar hun oorsprong vinden in hetzelfde pakket van overeenkomsten, doch niettemin overwegend een verschillende strekking hebben en niet op dezelfde plaats zijn begaan" (punt 4).

103. De duur van de overeenkomst waarvoor in artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking een sanctie is opgelegd, is namelijk bepaald op basis van de duur van de met Calcestruzzi ondertekende contracten en afspraken. Staat eenmaal vast dat Unicem, Italcementi en Cementir waren overeengekomen Calcestruzzi te beletten grijs cement in te voeren, in het kader waarvan zij met deze onderneming leveringscontracten sloten, dan is het niet tegenstrijdig of onlogisch om de duur van deze mededingingsregeling te bepalen op basis van de gelding van deze afspraken, die er de externe uiting van zijn. Dat is de betekenis van de punten 3396, 4340 en overeenkomstige punten van het bestreden arrest.

104. Een stelling als de voorgaande is niet onverenigbaar met de redenering van het Gerecht in punt 4278 van het bestreden arrest. De Cembureau-overeenkomst inzake de eerbiediging van de nationale markten was een algemene mededingingsverstorende overeenkomst die de communautaire cementproducenten in merendeel hebben toegepast. Alle ondernemingen waaraan een sanctie is opgelegd, hebben deelgenomen aan de sluiting of uitvoering ervan, of zelfs aan allebei, via maatregelen van meer of minder lange duur. Het feit dat de drie Italiaanse producenten de overeenkomst tot en met 3 april 1992 hebben toegepast, terwijl de overige fabrikanten daarmee waren opgehouden, wijst er slechts op dat deze drie ondernemingen haar langer in stand hebben gehouden dan de andere ondernemingen.

2. *Middelen gericht op de intrekking of verlaging van de geldboete*

105. In het tweede deel van haar hogere voorziening, dat zes middelen omvat, bekritiseert Italcementi het arrest omdat het noch de haar door de Commissie opgelegde geldboete heeft ingetrokken, noch het bedrag ervan heeft verlaagd. Drie van deze middelen (het vierde, het vijfde en het zesde), die zij had aangevoerd om volledige intrekking van de sanctie te verkrijgen, zijn kennelijk ongegrond verklaard bij de beschikking van 5 juni 2002. De overige drie middelen, die subsidiair zijn aangevoerd en strekken tot verlaging van het bedrag van de geldboete, moeten dus nog worden onderzocht.

A — De onaantastbaarheid van de geldboete ondanks de gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking (zevende middel)

106. Italcementi klaagt erover dat de nietigverklaring van de artikelen 2 en 5 geen gevolgen heeft gehad voor het bedrag van de haar opgelegde geldboete. Zij stelt dat dit feit onverenigbaar is met artikel 15 van verordening nr. 17 en in strijd is met het evenredigheids- en het non-discriminatiebeginsel.

107. Gelet op de structuur van de beschikking en op de motivering van het dispositief ervan [74], moet ik constateren dat de grief van Italcementi op een gedeeltelijk onjuiste premisse is gebaseerd. Wanneer zij erover klaagt dat artikel 2, leden 1 en 2, van de beschikking geen enkel effect heeft op de sanctie, vergist zij zich eenvoudig.

108. Het Gerecht heeft deze twee bepalingen nietig verklaard omdat de Commissie daarin rekwirante heeft verweten dat zij vóór 19 maart 1984 deel had genomen aan de daarin omschreven inbreuken. Deze conclusie heeft tot nietigverklaring van artikel 1 geleid, voorzover daarin een deelneming van rekwirante aan de Cembureau-overeenkomst wordt vastgesteld vanaf 14 januari 1983 [75], alsmede tot een proportionele verlaging van het bedrag van de geldboete, daar dit was bepaald aan de hand van de duur van de deelneming van elke onderneming aan de mededingingsregeling. Het is dus niet juist dat de nietigverklaring van artikel 2, wat Italcementi betreft, geen weerslag heeft gehad op het bedrag van de haar opgelegde geldboete.

109. Wat artikel 5 betreft is de grief gegrond, maar uit de formulering ervan blijkt dat rekwirante de structuur noch de grondslag van de haar opgelegde sanctie heeft begrepen.

Wat de markt van grijs cement betreft, waarop Italcementi doelt in haar grief, heeft de Commissie slechts voor één enkele gedraging een sanctie opgelegd, namelijk voor de deelneming aan de Cembureau-overeenkomst, die is beschreven in artikel 1 van de beschikking. De in de artikelen 2 tot en met 6 bedoelde gedragingen zijn maatregelen tot uitvoering van deze mededingingsregeling, waarvoor geen aparte sanctie is opgelegd.

110. De aan alle ondernemingen opgelegde geldboete is bepaald aan de hand van de intensiteit van hun deelneming aan de overeenkomst. Conform deze benadering heeft de Commissie twee groepen ondernemingen en ondernemersverenigingen onderscheiden: enerzijds ondernemingen die hebben deelgenomen aan de Cembureau-overeenkomst, en anderzijds ondernemingen met een geringere en dus minder ernstige deelneming. [76]

111. Binnen de eerste categorie heeft de Commissie drie subgroepen onderscheiden: 1) ondernemingen en ondernemersverenigingen die als lid van Cembureau rechtstreeks hebben deelgenomen aan het sluiten van de overeenkomst over de eerbiediging van de thuismarkten en maatregelen voor rechtstreekse bescherming van deze markten, tot welke groep Italcementi behoort; 2) ondernemingen die via hun hoogste bestuurders de functie van delegatiehoofd bij Cembureau op zich hebben genomen, hetzij toen de overeenkomst werd gesloten,

74 — Zie mijn overwegingen hieromtrent in de punten 83 tot en met 93 van mijn conclusie van vandaag in de zaak Aalborg Portland/Commissie (C-204/00 P).

75 — Zie punt 4381 van het bestreden arrest.

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

hetzij gedurende de periode van de tenuitvoerlegging daarvan, en 3) ondernemingen die hebben deelgenomen aan maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst met het oogmerk rechtstreeks de thuismarkten te beschermen. [77]

112. In de tweede categorie heeft zij tevens drie soorten verantwoordelijke ondernemingen vastgesteld: 1) ondernemingen die slechts hebben deelgenomen aan de maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst die gericht waren op het kanaliseren van de productieoverschotten naar derde landen; 2) ondernemingen die, hoewel zij hebben deelgenomen aan de maatregelen tot uitvoering van de overeenkomst met het oogmerk de thuismarkten rechtstreeks te beschermen, gepoogd hebben zich aan de tenuitvoerlegging daarvan te onttrekken, en 3) Ciments luxembourgeois SA, die, hoewel zij rechtstreeks lid was van Cembureau en heeft deelgenomen aan de vergaderingen van de delegatiehoofden waarop het „Cembureau Agreement or Principle" werd overeengekomen, geen enkele uitvoeringsmaatregel ten uitvoer heeft gelegd. [78]

113. De Commissie heeft aan de ondernemingen en ondernemersverenigingen van de eerste categorie een geldboete opgelegd waarvan het bedrag correspondeerde met 4% van de omzet die ieder van hen in de loop van 1992 op de markt van grijs cement had gerealiseerd. Het bedrag van de aan de ondernemingen van de tweede categorie opgelegde geldboete bedroeg 2,8% van deze omzet. [79]

114. Het feit dat het Gerecht, na te hebben verklaard dat de in artikel 5 van de beschikking beschreven gedraging niet in strijd was met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, het bedrag van de aan Italcementi opgelegde geldboete niet heeft verlaagd, kan dus niet als een schending van artikel 15 van verordening nr. 17, noch van het evenredigheids- en het gelijkheidsbeginsel worden aangemerkt.

115. De nietigverklaring van artikel 5 van de beschikking vermindert noch de zwaarte, noch de duur van de gedraging van Italcementi, criteria die overeenkomstig de bepalingen van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 in aanmerking moeten worden genomen voor de bepaling van het bedrag van de geldboete. Derhalve behoefde deze nietigverklaring geen weerslag te hebben op de sanctie door verlaging van het bedrag ervan. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft verklaard „[is] het aantal inbreuken die een bepaalde onderneming in het kader van de Cembureau-overeenkomst heeft gepleegd, [...] niet een relevant criterium voor de beoordeling van de mate van verantwoordelijkheid voor die overeenkomst". [80]

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

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

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

80 — Punt 4966.

116. Op grond van het bovenstaande dient dit middel te worden afgewezen.

B — Ontoereikende motivering van de zwaarte van de aan Italcementi verweten inbreuk (achtste middel)

117. Italcementi heeft in eerste aanleg aangevoerd dat de motivering van de beschikking ontoereikend was op het punt van de zwaarte van de aan elke onderneming verweten inbreuk. Met name heeft zij gewezen op de marginale en passieve rol die zij in de mededingingsregeling heeft gespeeld. In deze hogere voorziening stelt zij dat de motivering van het Gerecht eveneens ontoereikend is. Het bestreden arrest is niet erg gedetailleerd, maakt geen onderscheid tussen de verschillende niveaus van verantwoordelijkheid van de ondernemingen wat hun onrechtmatige gedragingen betreft, en legt niet uit waarom hun gedragingen steeds als even zwaar zijn aangemerkt, terwijl volgens Italcementi de aansluiting van elke onderneming bij de mededingingsregeling nu eens wat nauwer en dan weer wat losser was.

118. De grief inzake gebrekkige of ontoereikende motivering wordt in praktisch alle hogere voorzieningen tegen het bestreden arrest herhaald. Stellig kan het bestreden arrest als uitvoerig, complex of langdradig worden aangemerkt, maar in geen geval als gebrekkig gemotiveerd. Het antwoord dat volgens rekwirante ontbreekt, is in het arrest te vinden. In punt 4944 ervan worden de grieven genoemd die rekwirante op dit punt heeft aangevoerd, en in de punten 4964 en volgende wordt als antwoord op de argumenten van alle partijen de juridische juistheid van het door de Commissie toegepaste criterium uitgelegd.

119. Mijns inziens moet hier in herinnering worden gebracht dat de verplichting van de communautaire instellingen om hun handelingen en, meer in het bijzonder, de beslissingen van hun rechterlijke organen met redenen te omkleden [81], niet betekent dat zij op alle door de partijen aangevoerde argumenten gedetailleerd moeten ingaan. Het is voldoende om een zodanige motivering te geven dat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregelen kunnen kennen en dat, eventueel, de bevoegde rechter kan beschikken over de beoordelingsgegevens die nodig zijn om zijn toezicht te kunnen uitoefenen. [82] Impliciete motiveringen van een gerechtelijke beslissing zijn ook legitiem, indien zij althans stroken met de doelstellingen van deze garantie inzake de rationele uitoefening van de bevoegdheid.

120. In werkelijkheid heeft de grief van Italcementi niet zozeer betrekking op een gebrekkige motivering van de uitgangspunten van de beslissing van de feitenrechter als wel op het feit dat zij het niet eens is met

81 — Zie artikel 253 EG.

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

de door de Commissie gebruikte criteria voor de differentiatie van de geldboeten, die het Gerecht heeft bevestigd. Volgens rekwirante zijn deze criteria onverenigbaar met het evenredigheidsbeginsel, omdat zij geen rekening houden met de intensiteit van de deelneming van elke onderneming aan de mededingingsregeling.

121. Dit standpunt is ongefundeerd.

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

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

124. Het Hof heeft verklaard dat de zwaarte van de inbreuken moet worden vastgesteld met inachtneming van een groot aantal factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van de geldboeten, zonder dat een dwingende of uitputtende lijst van verplicht in aanmerking te nemen criteria is opgesteld. [83]

125. Deze beoordeling moet mijns inziens worden gebaseerd op drie hoofdcriteria: de aard van de inbreuk, de gevolgen ervan voor de mededinging en de geografische omvang van de betrokken markt; elk van deze criteria moet worden bekeken in zijn objectief aspect, dat van de inbreuk zelf, en in zijn subjectief aspect, dat van de verantwoordelijke onderneming. [84]

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

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

84 — In „La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?", *Revue trimestrielle de droit européen*, nr. 36(3), juli-september 2000, blz. 511-545, stelt E. David: „La gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise." (blz. 522).

intensiteit van de tot uitvoering gebrachte uitvoeringsmaatregelen niet worden verwaarloosd.

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

128. De verplichting tot oplegging van een sanctie die evenredig is aan de zwaarte van de inbreuk, impliceert dat, wanneer een inbreuk door meerdere personen is begaan[85], de relatieve ernst van ieders deelneming aan die inbreuk in aanmerking dient te worden genomen met gebruikmaking van de bovengenoemde richtsnoeren.[86] Het gelijkheidsbeginsel vereist namelijk dat aan alle ondernemingen die zich in dezelfde situatie bevinden, dezelfde geldboete wordt opgelegd, en verbiedt dat aan ondernemingen die zich in verschillende situaties bevinden, dezelfde geldboete wordt opgelegd.

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

130. Met alle gedragingen, die noodzakelijkerwijs niet identiek waren, werd hetzelfde concurrentieverstorende doel beoogd, zodat zij ten behoeve van de sanctie qua zwaarte aan de hand van hun gevolgen voor de markt en hun weerslag op de vrije concurrentie in een of meer categorieën konden worden gehergroepeerd.

131. Er is niets onregelmatigs aan deze handelwijze daar, zoals gezegd, de zwaarte van een inbreuk kan worden beoordeeld aan de hand van de schade die door de litigieuze gedragingen is toegebracht aan de economische openbare orde. Zoals het Gerecht in punt 4966 van het bestreden arrest heeft verklaard, heeft elke onderneming die partij was bij de Cembureauovereenkomst, „de eerbiediging van de thuismarkten proberen te verzekeren via het aantal maatregelen dat noodzakelijk werd geacht, gelet op onder meer haar commerciële belangen en de geografische situatie van haar natuurlijke markt. Wanneer, gelet op die factoren slechts aan een beperkt aantal onrechtmatige maatregelen werd deelgenomen, geeft dit dus niet blijk

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

86 — Zie arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 623), en het arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, punt 110.

van een minder sterke aansluiting bij de Cembureau-overeenkomst en derhalve van een minder zware verantwoordelijkheid voor de inbreuk waarvoor een sanctie is opgelegd". Wat de schade aan de concurrentie betreft was de situatie van elke onderneming dezelfde.

132. Voor het door haar gemaakte onderscheid tussen de twee categorieën ondernemingen heeft de Commissie een aantal redenen gegeven, die het Gerecht heeft overgenomen.[87] Deze redenen beantwoorden aan een objectief en redelijk criterium, namelijk de gevolgen van de gedragingen voor de mededinging en, met name, voor de compartimentering van de thuismarkten. Op deze wijze zijn de in de artikelen 2, 3 en 4 van de beschikking beschreven gedragingen als de zwaarste aangemerkt, omdat zij tot rechtstreekse bescherming van deze markten strekten, terwijl de in de artikel 5 en 6 beschreven gedragingen, die „minder rechtstreekse gevolgen" hadden voor de compartimentering[88], als minder ernstig konden worden gekwalificeerd.

133. Daarom moet ook dit middel ongegrond worden verklaard.

134. Het argument is ook niet-ontvankelijk, daar Italcementi daarmee een terrein betreedt dat in hogere voorziening verboden is. Wanneer zij namelijk stelt dat de feitenrechter geen onderscheid heeft gemaakt tussen de perioden waarin haar betrokkenheid bij de mededingingsregeling tamelijk gering was en de perioden waarin haar deelneming intensiever was, stelt rekwirante een nieuwe lezing van de feiten van het geschil voor, waarop het Hof niet kan ingaan.[89]

C — Onjuiste beoordeling van de duur van de aan Italcementi verweten inbreuk (negende middel)

135. Dit laatste middel heeft geen zelfstandige inhoud. Het vaart in het kielzog van het tweede en het derde middel. Voor het geval één van deze twee[90] gegrond wordt verklaard, verzoekt Italcementi het Hof het bestreden arrest te vernietigen voorzover het Gerecht haar deelneming aan de mededingingsregeling heeft laten duren tot en met 3 april 1992, althans tot na 31 december 1988. Voorts verzoekt zij het Hof, in de volledige uitoefening van zijn bevoegdheid krachtens het Verdrag en het Reglement voor de procesvoering de zaak op dit punt zelf af te doen en het bedrag van de haar opgelegde geldboete te verlagen.

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

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

89 — Zie mijn overwegingen hieromtrent in punt 46 van deze conclusie.

90 — Die betrekking hebben op artikel 4, lid 3, sub b, van de beschikking.

136. Gelet op de afwijzing van de twee middelen waarvan dit middel een uitvloeisel is, moet het ook worden afgewezen, zonder dat een nadere motivering noodzakelijk is.

137. De afwijzing van alle middelen die ontvankelijk zijn verklaard, dient de afwijzing van de hogere voorziening in haar geheel mee te brengen.

V — Kosten

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

VI — Conclusie

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

1) alle middelen in hogere voorziening van Italcementi SpA die niet zijn afgewezen bij de beschikking van 5 juni 2002, af te wijzen;

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

3) rekwirante in de kosten van de hogere voorziening te verwijzen.