draging mag worden gelijkgesteld, kan zij nochtans een ernstige aanwijzing voor zodanige gedraging opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard der produkten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen.
Dit is inzonderheid het geval wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om voor het prijsevenwicht naar een ander niveau te streven dan hetwelk bij mededinging zou zijn ontstaan, en om eenmaal ingenomen posities te bevriezen ten detrimente van een daadwerkelijk vrij verkeer der produkten binnen de gemeenschappelijke markt en van de vrijheid der verbruikers in de keuze van hun leveranciers.

10. Het is de functie der mededinging op het stuk van de prijzen een zo laag mogelijk prijsniveau te handhaven en het goederenverkeer tussen de Lid-Staten te bevorderen ten einde aldus, naar gelang van de produktiviteit en het aanpassingsvermogen der ondernemingen, een optimale spreiding der activiteiten mogelijk te maken.
Een beweeglijk en gedifferentieerd prijsverloop bevordert één der wezenlijke doelstellingen van het Verdrag, namelijk de wederzijdse doordringing van de nationale markten en — daardoor — de rechtstreekse toegang der verbruikers tot de produktiebronnen van de gehele Gemeenschap.

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

In de zaak 55-69

CASSELLA FARBWERKE MAINKUR AG, gevestigd te Frankfurt-Fechenheim, 526, Hanauer Landstraße, ten deze bijgestaan en vertegenwoordigd door H. Hellmann en K. Pfeiffer, advocaten te Keulen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij de legatieraad 1e klasse E. Graf von Carmer, Ambassade van de Bondsrepubliek Duitsland, 20-22, rue de l'Arsenal,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

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

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

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

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

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

I — Overzicht van de feiten

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

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

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

Op 31 mei 1967 besloot de Commissie ingevolge artikel 3 van 's Raads verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure in te leiden wegens vermoedelijke schending van artikel 85 van het Verdrag, zulks tegen de ondernemingen die ter vaststelling van de prijzen van kleur-

stoffen hun gedragingen onderling hadden afgestemd, met name ook tegen de firma Cassella Farbwerke Mainkur AG.

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

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

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

In antwoord op deze mededeling van de punten van bezwaar heeft de firma Cassella Farbwerke Mainkur AG bij brief van 10 april 1968 bij de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend, ter weerlegging van de tegen haar ingebrachte bezwaren.

Tijdens haar zitting van 24 juli 1969 gaf de Commissie een beschikking, waarbij de firma Cassella Farbwerke Mainkur AG werd veroordeeld tot een geldboete van 50 000 rekeneenheden, zulks wegens inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die zij zou hebben begaan doordien zij en andere ondernemingen bij het verhogen van de prijzen in de kleurstoffensector in 1964, 1965 en 1967 hun gedrag — wat de percentages en toepassingsvoorwaarden dier verhogingen betreft — onderling zouden hebben afgestemd.

Om dezelfde redenen werd in deze beschikking een boete van 50 000 rekeneenheden opgelegd aan:

— Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG,
— Farbenfabriken Bayer AG,
— Farbwerke Hoechst AG,
— Société française des matières colorantes SA,
— Ciba SA,
— J. R. Geigy SA,
— Sandoz SA,
— Imperial Cheminal Industries Ltd.

Een boete van 40 000 rekeneenheden werd opgelegd aan Azienda colori nazionali affini S.p.a.

Bij akte, gedeponeerd ter griffie van het Hof op 4 oktober 1969, heeft de firma Cassella Farbwerke Mainkur AG beroep tot nietigverklaring tegen deze beschikking ingesteld.

II — Conclusies van partijen

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

„1. de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 24 juli 1969 over een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/26.267 — kleurstoffen), voor zover verzoekster betreffende, nietig te verklaren;

2. de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de kosten te verwijzen;"

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

„— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen."

III — Middelen en argumenten van partijen

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

A — Middelen de prodecure en de vormvoorschriften betreffende

1. Grieven betreffende de inleiding der administratieve procedure

Verzoekster merkt op, dat aan de bestreden beschikking ten grondslag liegt het besluit van de Commissie van 31 mei 1967 om ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17 ambtshalve een procedure tegen een aantal kleurstoffenfabrikanten in te leiden. In deze bepaling wordt aan de Commissie slechts de bevoegdheid toegekend de ondernemingen bij beschikking te verplichten aan de door haar vastgestelde inbreuk een einde te maken en daartoe strekkende aanbevelingen tot hen te richten. Bij gebreke van een nadere beschikking der Commissie werd de geldboetebeschikking derhalve niet door voormeld besluit van 31 mei 1967 gedekt. Ten slotte wijst verzoekster erop, dat de mededeling van de punten van bezwaar, waarin naar artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 wordt verwezen, slechts door de Directeur-generaal Concurrentie is getekend.

Men kan zich trouwens afvragen of het in beginsel geoorloofd is een procedure ex artikel 3 met een procedure ex artikel 15 te combineren, omdat aldus artikel 21, lid 1, van verordening nr. 17, waarin boetebeschikkingen van de als regel voorgeschreven bekendmaking worden uitgezonderd, zou kunnen worden ontdoken.

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

In de verhouding tussen de ondernemingen en de Commissie wordt de omvang van de procedure trouwens bepaald door de mededeling van de punten van bezwaar.

Met betrekking tot de waarde van het onderschrift van de Directeur-generaal Concurrentie merkt verweerster op dat het lid van de Commissie onder wie de concurrentievraagstukken ressorteren — en die door de Commissie bevoegd was verklaard tot vaststelling van de punten van bezwaar — op zijn beurt de Directeur-generaal tot ondertekening van de mededeling der punten van bezwaar had gemachtigd.

De in het dispositief niet voorziene plaatsing in het Publikatieblad is een latere handeling dan de litigieuze beschikking zelve en kan als zodanig niet tot nietigheid leiden. Subsidiair merkt verweerster op, dat in artikel 21 van verordening nr. 17 bekendmaking weliswaar niet wordt voorgeschreven, doch ook geenszins verboden. In andere gevallen dan in dit artikel bedoeld beschikt de Commissie over

een algemene bevoegdheid om in het kader van haar vrijheid van beoordeling uit te maken of er aanleiding bestaat tot publikatie van de betrokken handeling.

2. *Grieven betreffende het verloop van de administratieve procedure*

a) *Verzoekster* verwijt de Commissie artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63 te hebben geschonden doordien zij haar onderzoek inzake de prijsverhogingen van 1964 en 1965 — respectievelijk 1967 — na de mededeling van de punten van bezwaar heeft voortgezet — respectievelijk eerst nadien ingesteld —.

Verweerster antwoordt, dat deze controle alleen ten doel had een onderzoek in te stellen naar de juistheid van sommige beweringen van betrokkenen, hetzij mondeling gedaan ten overstaan van ambtenaren der Commissie hetzij neergelegd in de schriftelijke beantwoording van de punten van bezwaar. Sommige ondernemingen hadden namelijk betoogd dat de prijzen na een algemene verhoging telkens weer snel waren gedaald nadat aan bepaalde afnemers kortingen waren toegestaan, en bedoelde controles hadden juist op dit speciale punt betrekking.

Subsidiair betoogt verweerster dat er geen sprake is geweest van schending van artikel 19 van verordening nr. 17 of van verordening nr. 99, omdat de door verzoekster bedoelde enquêtes (van 13 december 1967, 25 januari 1968 en 6 februari 1968) alle zijn voorafgegaan aan de zitting van 10 december 1968, die speciaal was belegd om de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te stellen mondeling hun opmerkingen naar aanleiding van alle punten van bezwaar te maken.

In haar conclusie van repliek vraagt *verzoekster* het Hof aan de Commissie te gelasten volledige inlichtingen te verstrekken nopens het onderzoek dat na de mededeling van de punten van bezwaar heeft plaatsgehad, en met name alle opdrachten voor de verificatie krachtens de artikelen 13 en 14 van verordening nr. 17 over te leggen, opdat blijke waarom het in bedoeld onderzoek precies ging.

In haar conclusie van dupliek verklaart *verweerster* zich bereid ten aanzien van haar enquêtes alle gewenste nadere gegevens te verstrekken.

b) *Verzoekster* verwijt verweerster artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 alsook verordening nr. 99/63 te hebben geschonden: in de punten van bezwaar heeft de Commissie zich beperkt tot mededeling van de gevolgtrekkingen die zij aan bepaalde beweerdelijk vastgestelde feiten verbindt, zonder betrokkenen in staat te stellen zich van die feiten nauwkeurig op de hoogte te stellen en er over te discussiëren; het gaat hier met name om de data waarop de verschillende vervolgde ondernemingen instructies tot hun dochtermaatschappijen zouden hebben gericht en om de beweerdelijk gelijkluidende tekst dezer instructies.

Bovendien is de bestreden beschikking gebaseerd op een uiteenzetting der feiten die, vergeleken met de mededeling van de punten van bezwaar, een geheel nieuwe lezing geeft van de omstandigheden die met de prijsverhogingen gepaard gingen, hetgeen schending oplevert van artikel 4 van verordening nr. 99, volgens hetwelk de Commissie alleen de punten van bezwaar in aanmerking mag nemen waarover betrokkenen in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken.

De nieuwe elementen der beschikking bestonden met name in nauwkeurige gegevens betreffende het tijdstip waarop enige fabrikanten, waartoe verzoekster niet behoorde, met het oog op de prijsverhoging van 1964 hun instructies aan hun Italiaanse dochtermaatschappijen hebben gegeven en in de bewering dat de gewraakte „afstemming" het werk is geweest van 10 bepaalde ondernemingen, die zonder motivering zijn gekozen uit de omstreeks 50 ondernemingen genoemd in de uiteenzetting van de punten van bezwaar.

Verweerster antwoordt, dat he volgens het arrest Grundig-Consten voldoende is wanneer de Commissie belanghebbenden in kennis stelt van de gegevens waarop de bezwaren der Commissie steunen — en dit is in casu geschied in afdeling II

van de mededeling der punten van bezwaar —. Bovendien zou gevaar voor uitlekken van zakengeheimen in de weg hebben gestaan aan mededeling van de volledige tekst der circulaires die de vervolgde ondernemingen tot hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers hadden gericht. De bestreden beschikking was in ieder geval niet gebaseerd op andere bezwaren dan omschreven in de mededeling van 11 december 1967.

Verzoekster zegt voor repliek, dat volgens 's Hofs rechtspraak in de zaken 42 en 49-59 aan partijen niet met een beroep op het zakengeheim gegevens mogen worden onthouden die zij behoeven voor hun verdediging. De Commissie heeft de belanghebbende ondernemingen zelfs niet geconsulteerd over de noodzaak inhoud en strekking geheim te houden van de brieven waarin zij gelijke formuleringen zou hebben gevonden om daaruit tot een onderling afgestemde gedraging te concluderen. De Commissie is trouwens met zichzelf in tegenspraak gekomen toen zij sommige dier brieven — als bijlagen bij haar verweerschrift — heeft overgelegd.

Verweerster meent, dat verzoekster door van de Commissie bewijs te verlangen op het tijdstip van mededeling der punten van bezwaar, de verplichtingen die ingevolge artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 tijdens de administratieve procedure op de Commissie rusten verwart met haar verplichtingen als verweerster voor het Hof van Justitie.

c) *Verzoekster* betoogt dat de Commissie door het verhoor op een te korte termijn (12 dagen) te bepalen en zonder dat daartoe voldoende grond bestond een met redenen omkleed verzoek om uitstel van de vastgestelde datum af te wijzen, de rechten der verdediging heeft geschonden, haar niet in de gelegenheid en in staat stellend haar gezichtspunt mondeling uiteen te zetten — verzoeksters ten deze bevoegde verkoopdirecteur en haar advocaat waren ten tijde van het verhoor afwezig —.

Waar er tussen de dag van verhoor, 10 december 1968, en de raadpleging van het Adviescomité, 8 en 9 juli 1969, zeven maanden zijn verlopen, had de Commissie verzoekster in de gelegenheid kunnen stellen haar opmerkingen later voor te dragen, zonder dat zulks tot vertraging bij het nemen harer beschikking had behoeven te leiden.

Verweerster antwoordt, dat verzoekster in werkelijkheid de beschikking heeft gehad over een termijn van bijna drie weken vanaf de oproeping. Omdat zoveel personen bij het verhoor betrokken waren, kon bij de vaststelling van de datum niet met alle wensen rekening worden gehouden. Bovendien was aan de ondernemingen medegedeeld dat het hun vrijstond aan de Commissie alle dienstige opmerkingen te doen toekomen, zelfs na het verhoor.

Voor zover de Commissie verwijst naar een enige dagen tevoren per telex gedane oproeping, maakt *verzoekster* het bezwaar dat zulk een handelwijze een duidelijke schending inhoudt van de formele bepalingen van artikel 10 van verordening nr. 99.

Ten aanzien van de mogelijkheid dat de ondernemingen zelfs nog na het verhoor hun opmerkingen aan de Commissie doen toekomen, merkt verzoekster op dat het verslag van het verhoor voor het eerst na het verweerschrift, bij brief van de procesgemachtigden der Commissie van 19 december 1969, te harer kennis is gebracht.

Verweerster merkt op dat verzoekster in haar verzoekschrift zelf heeft verklaard dat zij op 28 november 1968 in de vereiste vorm is opgeroepen.

d) *Verzoekster* betoogt ten slotte dat de Commissie de rechten der verdediging ook heeft geschonden door in de bestreden beschikking melding te maken van de beschikking van het Bundeskartellamt van 28 november 1967, terwijl zij zulks enerzijds niet had gedaan in de uiteenzetting van de punten van bezwaar en anderzijds niet gerechtigd was gewag te maken van het resultaat van niet door haar zelf verrichte onderzoekingen. Ook had de Commissie dienen te weten dat tegen deze beschikking van het Bundeskartellamt beroep was ingesteld, zodat er geen bewijskracht aan kon worden toe-

gekend. Door de vernietiging dier beschikking door het Kammergericht te Berlijn wordt de juistheid dezer grief bevestigd.

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

Verzoekster zegt voor repliek dat in de beschikking van het Kammergericht tot vernietiging van de beschikking van het Bundeskartellamt, waarnaar de Commissie verwijst, iedere vorm van „afstemming" werd uitgesloten.

Verweerster brengt hiertegen in, dat het Kammergericht geenszins de mogelijkheid heeft uitgesloten dat van de zijde van Geigy een uniforme gedragslijn is aanbevolen. Het Kammergericht baseerde zich op artikel 1 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dat alleen van „Vertrag" spreekt, en niet op artikel 38, paragraaf 2, dier wet, waarin de oplegging van geldboeten is voorzien bij informele afspraken tot beperking van de mededinging. In de beschikking van het Kammergericht wordt derhalve geen uitspraak gedaan over de vraag of het gedrag der betrokken ondernemingen een onderling afgestemde gedraging is in de zin van artikel 85.

3. *Grieven betreffende de redengeving der beschikking*

Verzoekster wraakt de bestreden beschikking omdat zij geheel onvoldoende zou zijn gemotiveerd, met name omdat daarin de aan ieder der vervolgde ondernemingen verweten feiten niet worden gepreciseerd. Wat met name verzoekster zelf betreft: zij is er niet in geslaagd uit de context der beschikking af te leiden op welke feiten de Commissie zich beroept om haar deelneming aan de beweerde onderling afgestemde gedraging te verwijten. In de uiteenzetting van de punten van bezwaar wordt te dien aanzien alleen vastgesteld dat verzoekster haar prijzen op dezelfde wijze heeft verhoogd als de andere ondernemingen; doch dit zelfde heeft de Commissie ook geconstateerd ten aanzien van andere ondernemingen waaraan geen geldboeten zijn opgelegd. Door zich in de bestreden beschikking voortdurend van zeer algemene formuleringen te bedienen, heeft men aan belanghebbenden iedere controlemogelijkheid ontnomen.

Ten slotte treedt in de redengeving der bestreden beschikking een wezenlijke leemte aan de dag, waar alleen de beweerdelijk ten laste van betrokkene komende omstandigheden worden uiteengezet, doch niet wordt gewezen op bepaalde feiten die in haar voordeel pleiten, terwijl toch de Commissie in een procedure waarin — met name op grond van aanwijzingen — geldboeten kunnen worden opgelegd, verplicht is ook de voor belanghebbende gunstige feiten en gegevens in aanmerking te nemen.

Verweerster merkt in haar verweerschrift op, dat het feit dat de ondernemingen niet alle op hetzelfde tijdstip de prijsverhogingen van 1965 en 1967 hebben aangekondigd, niet de conclusie wettigt dat zij zich hadden gedistantieerd van de afgestemde gedraging die ten grondslag lag aan de prijsverhoging van 1964. Zij hadden alleen meer behoedzaamheid in acht genomen.

Verzoekster zegt voor repliek dat verweerster, toen zij in haar verweerschrift — voor het eerst — gewaagde van een voortgezette inbreuk die door de drie prijsverhogingen zou zijn gevormd, de bestreden beschikking een geheel nieuwe grondslag heeft gegeven. Gezien de flagrante strijd tussen de bewoordingen der beschikking en de redengeving die de Commissie er thans aan toedenkt, moet zij worden nietigverklaard wegens schending van de artikelen 190, 173 en 174 van het Verdrag.

Verweerster verwijst in conclusie van dupliek naar de overwegingen van de bladzijden 4 tot en met 6 der bestreden be-

schikking inzake de aanwijzingen voor een onderling afgestemde gedraging. Zij haalt een aantal zinsneden uit die overwegingen aan, waaruit blijkt dat het steeds gaat om één enkele onderling afgestemde gedraging, en merkt op dat deze juridische kwalificatie bovendien alleen van belang is voor de vraag naar de aanvang van de verjaringstermijn.

4. *De verjaring*

Verzoekster merkt op, dat bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling van Gemeenschapsrecht, te rade moet worden gegaan met de nationaalrechtelijke verjaringsbeginselen. Bij stilzwijgen der wet heeft het Hof uitleggenderwijze de plicht een verjaringstermijn vast te stellen die het midden houdt tussen twee uitersten, namelijk de drie jaren van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen en de achttien maanden van de Italiaanse strafbepalingen inzake de geldboeten. Aan de hand van deze criteria komt men in ieder geval tot het resultaat dat de prijsverhoging van januari 1964 door de verjaring is gedekt. Ook wegens de onzekerheid waarmede een volledige reconstructie van dergelijke feiten noodzakelijkerwijs gepaard gaat, is het wenselijk op zo ver terugliggende feiten de verjaring toe te passen.

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

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

Aan het recht der Lid-Staten is alleen het verjaringsbeginsel gemeen. Ten aanzien van de wijze van toepassing bestaan er echter belangrijke verschilpunten.

Op grond van deze verschillen komt de Commissie tot de conclusie, dat er geen nauwkeurige criteria kunnen worden opgesteld, zodat ten aanzien van de verjaring van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag alleen rekening moet worden gehouden met de eisen van het Gemeenschapsrecht.

Zelfs wanneer men de opvatting huldigt dat elk van de drie op elkander volgende prijsverhogingen berustte op een nieuwe onderling afgestemde feitelijke gedraging, dan nog zou de verjaringstermijn niet zijn verstreken; de verjaring is sedert 1964 meermalen gestuit door schriftelijke verzoeken om inlichtingen overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 en door verificaties, vanwege de Commissie krachtens artikel 14 van verordening nr. 17 bij verschillende ondernemingen, onder meer bij verzoekster, verricht.

Verweerster meent dat, gezien de juridische en feitelijke moeilijkheden van deze materie, zelfs een termijn van drie jaren nog niet als adequaat kan worden beschouwd om verjaring bij inbreuken op de concurrentieregels van de Gemeenschap te kunnen aannemen.

Verzoekster zegt voor repliek, dat de stelling inzake de discretionaire bevoegdheid der Commissie ten aanzien van de verjaringstermijnen in strijd is met de doelstellingen van het instituut der verjaring, en met name met het belang der rechtszekerheid. De bewering dat van een voortgezette handeling sprake zou zijn, vindt in de bestreden beschikking geen grond en is bovendien feitelijk onjuist. Het is thans trouwens een omstreden vraag of in geval van voortgezet handelen iedere deelhandeling afzonderlijk verjaart dan wel of de verjaring eerst begint te lopen wanneer de laatste partiële handeling is verricht.

De Commissie heeft bij verzoekster in het geheel geen onderzoek ingesteld. De verificaties bij SASEA, een van verzoekster juridisch en economisch onafhankelijk handelskantoor, vermochten te haren aanzien de verjaring niet te stuiten.
Verweerster brengt hiertegen in, dat waar alle betrokken ondernemingen door de constante prijsdaling waren getroffen, zij er een blijvend gezamenlijk belang bij hadden van een betrekkelijk laag prijsniveau tot een hoger prijspeil te komen. In het dispositief der bestreden beschikking wordt van „onderling afgestemde feitelijke gedragingen" gesproken, omdat de beschikking tot tien verschillende ondernemingen gericht was. Volgens de heersende leer kan reeds van voortgezette handeling worden gesproken bij bepaalde uiterlijke kenmerken der handeling en onachtzaamheid.
Met de in Italië bij SASEA verrichte verificaties had men in concreto de inbreuk op het oog die naar de Commissie vermoedde door verzoekster was begaan. Welke rechtsbetrekking er ook tussen SASEA en verzoekster bestaat, het is niet voor betwisting vatbaar dat SASEA verzoekster in Italië vertegenwoordigt, en dat is voor stuiting der verjaring voldoende.

B — De zaak ten principale

1. *Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging*

Verzoekster meent dat de uitlegging welke de Commissie aan deze term geeft juist voorkomt, wanneer zij uitgaat van de gedachte dat een bewuste parellelle gedraging nog geen onderling afgestemde feitelijke gedraging is omdat zodanige afstemming vereist dat belanghebbenden tevoren wilsovereenstemming nopens hun marktgedrag hebben bereikt. Een engere uitlegging ware trouwens juridisch niet houdbaar en in de werkelijkheid van het economisch leven onaanvaardbaar.
Verweerster brengt hiertegen in dat al moge een desbewuste parallelle gedraging op zichzelf onvoldoende zijn om tot het bestaan van een onderling afgestemde gedraging te kunnen concluderen, het anderzijds niet nodig is dat de deelnemers een gemeenschappelijk plan voor een bepaald martkgedrag opstellen; het is voldoende dat zij elkander van hun voorgenomen toekomstig gedrag op de hoogte brengen, zodat iedere onderneming haar beleid kan uitstippelen in de verwachting dat de concurrenten zich op gelijke wijze zullen gedragen.
Volgens *verzoekster* gaat de Commissie met deze opvatting van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging", die zij voor het eerst in haar verweerschrift voorstaat, buitengewoon ver en is daarvoor in de doctrine en eerdere praktijk geen precedent te vinden. In de traditionele opvatting, die op de conferentie van de karteldeskundigen der Lid-Staten ook werd verdedigd door de Duitse delegatie, vertegenwoordigd door het Bundeskartellamt en het Bundeswirtschaftsministerium, is wilsovereenstemming nodig nopens het toekomstig economisch gedrag der volgens een gemeenschappelijk plan handelende belanghebbenden. Het gaat niet aan verzoekster thans te verwijten dat zij op deze begripsomschrijving is afgegaan.
Bovendien heeft de Commissie zelfs niet gepoogd de elementen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging volgens haar eigen definitie op de feiten van het onderhavig geval toe te passen. Het is onmogelijk vast te stellen of het volgens de Commissie uit mededingingsoogpunt aankomt op de aankondiging van een prijsverhoging dan wel op de uitvoering daarvan.
Verzoekster wijst erop, dat er in geval van een algemene prijsverhoging enerzijds aankondigingen uitgaan naar alle afnemers — dat wil zeggen zelfs naar de kleurstoffenfabrikanten, die ook elkaars leveranciers casu quo afnemers zijn —, en dat die aankondigingen anderzijds zelfs in de dagbladen verschijnen. De afnemers verlangen trouwens dat men hen tevoren over op handen zijnde prijsverhogingen inlicht. Leidt zodanige informatie tot een zelfde gedragslijn, dan is dit volgens de Commissie niet slechts een aanwijzing dat er tevoren „afstemming"

heeft plaatsgevonden, doch het beslissend criterium voor de onderling afgestemde gedraging zelve. Deze opvatting is echter in strijd met de werkelijkheid, want uiteraard veronderstelt een bewust parallel gedrag in geval van prijsverhoging publikatie en bekendheid vooraf met die komende verhoging. De term onderling afgestemde feitelijke gedraging valt in de betekenis die de Commissie er aan toekent, in feite samen met een bewuste parallelle gedraging. Volgens de Commissie is iedere algemene — ille est openbare — prijsverhoging die door de fabrikanten van de oligopolie wordt gevolgd, ipso facto een onderling afgestemde feitelijke gedraging, hetgeen erop neerkomt dat in een oligopolie met haar interdependente reacties iedere algemene prijsverhoging verboden is.

Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging volgens de definitie van de Commissie is dan ook onverenigbaar met artikel 85, dat wat de bestanddelen dier gedragingen betreft voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen vrijwel dezelfde regeling geeft als voor overeenkomsten en besluiten.

En al zou men van de definitie van de Commissie uitgaan, dan nog zouden de voorwaarden voor toepassing ervan ten aanzien van verzoekster niet zijn vervuld: zij heeft niet alleen haar eigen prijsverhogingen gepubliceerd zonder de concurrenten tevoren in te lichten, doch besloot ook eerst tot toepassing dier verhogingen nadat andere ondernemingen ze reeds publiekelijk hadden aangekondigd.

Verzoekster betoogt ten slotte dat publikatie van voorgenomen concurrentiemaatregelen en de daarmede aan de concurrenten geboden mogelijkheid mee te gaan, volkomen bij de mededinging passen en zelfs veelal onvermijdelijk zijn. Het is dus onjuist het hoofdbestanddeel van de inbreuk hierin gelegen te achten.

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

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

Wat het communautaire mededingingsrecht betreft, van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85 is sprake telkens wanneer het optreden van verscheidene ondernemingen

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

2. *De mededingingsomstandigheden op de kleurstoffenmarkt*

Verzoekster wijst erop dat de kleurstoffenprijzen de laatste jaren niet zijn gestegen, zoals men op grond van de bestreden beschikking zou kunnen geloven, doch juist zijn gedaald, zowel vergeleken met het prijspeil van 1964 als met dat van de jaren voordien. Verzoeksters prijsindex berekend naar een basiscijfer 100, was in het eerste halfjaar van 1967 gedaald tot 85. Deze ongunstige prijsontwikkeling blijkt ook uit een OESO-rapport. De kosten zijn daarentegen gestegen. Bij verzoekster bedragen de personeelskosten meer dan 25 %; en in Duitsland zijn de loonkosten van 100 (in 1958) gestegen tot 213 in het eerste halfjaar van 1967, de investeringskosten van 100 tot ruim 140 in dat zelfde tijdvak.

Behalve door de ongunstige ontwikkeling van prijzen en kosten wordt de kleurstoffenmarkt gekenmerkt door het feit dat de fabrikanten via zeer scherpe concurrentie ten aanzien van de kwaliteit der produkten, technische bijstand en prijzen trachten marktaandelen op hun concurrenten te veroveren. Daarbij hebben algemene kortingen geen zin, immers het antwoord van de concurrenten die zich op deze oligopolistische markt zeer sterke posities hebben veroverd, laat niet op zich wachten. Vooral door individuele concessies van de fabrikanten aan bepaalde afnemers en voor bepaalde produkten wordt de prijzenoorlog gevoerd. Van geval tot geval wordt met de afzonderlijke afnemers onder druk van de concurrentie over de prijzen onderhandeld, waarbij het vooral gaat om de grootte der orders, de verdere service aan de klant en eventuele prijsoffertes van de concurrentie. Deze individuele maatregelen lopen niet terstond uit op een algemene prijzenoorlog. De concurrenten reageren door soortgelijke individuele maatregelen jegens andere afnemers. In ieder afzonderlijk geval moet het risico worden afgewogen dat een individuele maatregel ter kennis van andere afnemers komt, waardoor de prijzen over de hele lijn onder druk komen te staan. Het is niet mogelijk algemene regels te geven ter bepaling van het ogenblik waarop de fabrikant niet langer met individuele maatregelen genoegen mag nemen.

Dat er op de hierbedoelde markt een levendige individuele prijzenconcurrentie bestaat, is door het Kammergericht te Berlijn in zijn beschikking van 28 augustus 1969 erkend. Dit rechtscollege heeft ook overwogen dat er bij aankondiging van algemene prijswijzigingen tussen de kleurstoffenfabrikanten een zekere interdependentie bestaat.

Op deze handelwijze berust het verschil met de mededinging op andere markten.

Normaliter leidt de mededinging op de hierbedoelde markt niet tot algemene prijsdalingen, doch tot individuele concessies die, naar mate zij zich vaker voordoen, een geleidelijke prijsafbraak teweegbrengen.

Na haar opvatting inzake de ontwikkeling van prijzen, kosten en mededingingsomstandigheden op de kleurstoffenmarkt te hebben gereleveerd, zet verzoekster de redenen uiteen, die haar tot prijsverhoging deden besluiten.

Zij merkt op, dat de kosten aanzienlijk waren gestegen en een sterk stijgende tendens bleven vertonen, terwijl de opbrengst belangrijk was geslonken en er aanwijzingen voor een verdere daling bestonden. Daarom was het volgens haar noodzakelijk gebleken de verkoopprijzen aanzienlijk te verhogen ten einde het kwaliteitsniveau der produkten te waarborgen en continuïteit bij de research en doeltreffende technische service te verzekeren; op grond van haar kennis van de markt en de statistieken dacht verzoekster, dat de belangrijkste Europese concurrenten zich in soortgelijke omstandigheden bevonden. Toen sommigen harer concurrenten prijsverhogingen aankondigden, had zij dan ook geen enkele reden om zich daarbij niet aan te sluiten. Uit een oogpunt van handelspolitiek zou iedere andere gedragslijn onlogisch zijn geweest; zou zij haar prijsverhoging eerst later hebben aangekondigd, dan had zij niet kunnen profiteren van de korte periode tijdens welke haar prijzen gunstiger zouden zijn geweest, omdat zij niet over zeer grote aanvullende voorraden beschikte en uitbreidingen van de produktie steeds pas maanden later effect sorteren. De voordelen van een zekere omzetstijging gedurende een korte periode zouden trouwens in geen verhouding hebben gestaan tot de nadelen die vervolgens zouden zijn voortgevloeid uit het achterwege blijven van (voldoende) verbetering van het rendement. Van een sterkere verhoging der prijzen dan door de concurrent was aangekondigd kon geen sprake zijn, omdat verzoekster dan met haar poging hoogstwaarschijnlijk alleen zou hebben gestaan.

Zou de Commissie zich hebben afgevraagd waarom verzoekster de prijzen niet had mogen verhogen of daarvoor een ander tijdstip, een ander percentage of andere produkten had moeten kiezen, dan zou zij hebben geconstateerd dat er in de concrete marktsituatie geen enkele doorslaggevende reden bestond tot een niet-parallel gedrag.

Uit haar onderzoek naar de mededingings- en marktvoorwaarden trekt verzoekster de conclusie dat het bewijs door aanwijzingen zoals de Commissie dat in de bestreden beschikking wil voeren, niet concludent is. Zij merkt op dat de fundamentele stelling der Commissie, volgens welke de hierbedoelde prijsverhogingen niet konden worden verklaard uit de oligopolistische marktstructuur, in de beschikking nergens wordt gemotiveerd.

Verweerster betoogt dat de hierbedoelde prijsverhogingen niet kunnen worden verklaard uit de oligopolistische structuur van de markt. Verwijzend naar de oligopolietheorie is verzoekster voorbijgegaan aan de prijstheoretische hypothesen aan de hand waarvan het parallel gedrag wordt onderzocht. En juist deze hypothesen missen toepassing in de kleurstoffenindustrie.

Verweerster merkt op dat de moderne oligopolietheorie van een veelvoud van prijsvormingsprocessen in een oligopolie uitgaat en geenszins de conclusie wettigt dat oligopolie en gewild parallel marktgedrag altijd samengaan. De theoretici erkennen een bewust parallel gedrag der ondernemingen alleen wanneer sprake is van oligopolie met een zeer hoge graad van interdependentie, in die zin dat een onderneming niet kan overgaan tot een concurrentiemaatregel zonder dat haar concurrenten daardoor terstond en waarneembaar worden getroffen en dienovereenkomstig reageren. Een onderneming zal dan haar prijs alleen verhogen wanneer zij er op kan rekenen dat haar concurrenten zullen volgen. Of en, zo ja, in hoeverre de ondernemingen de prijsverhogingen zullen volgen hangt in wezen af van hun marginale kosten en de schatting van hun prijsafzetkrommen.

Dit houdt in dat, zelfs bij een zeer grote interdependentie, de onzekerheid van een onderneming die haar prijzen verhoogt omtrent de vraag of de concurrenten haar al dan niet zullen volgen, niet zonder meer is weggenomen. Wil van een bewust parallel gedrag sprake zijn, dan moet een aantal voorwaarden zijn vervuld, zoals: gering aantal aanbieders, hoge vaste kosten, grote beweeglijkheid van de vraag, homogeniteit en transparantie van de prijzen, geringe aanpassingsmogelijkheid van de produktiecapaciteit op korte termijn, geringe elasticiteit van de vraag met betrekking tot het aanbod van alle concurrenten, technische moeilijkheden bij de publikatie van de gewijzigde prijzen en weerstand van de afnemers tegen frequente prijsveranderingen. Daar komt nog de voorwaarde bij, dat de markt zich in een stadium van stagnatie moet bevinden, zodat de interdependentie van de aanbieders niet losser wordt gemaakt door een grote toeneming van de vraag.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Verzoekster maakt allereerst bezwaar tegen de redactie van het verweerschrift, waarin geen rekening is gehouden met hetgeen het Hof had gelast in de beschikking waarbij deze memorie, zoals zij aanvankelijk luidde, is teruggezonden. 's Hofs beschikking berustte op de vaststelling dat de verwijzing naar de andere zaken het voor verzoekster moeilijk maakte met volledige kennis van zaken op bepaalde argumenten der Commissie van repliek te dienen. Doch in de nieuwe versie van het verweerschrift heeft de Commissie eenvoudig de namen der andere partijen geschrapt, maar haar exposé ongewijzigd gelaten en zelfs ten dele citaten uit de memories van andere partijen — zonder naamvermelding — laten staan. Voorts zal het Hof rapport nr. 100 van de „British National Board for Prices and Incomes", dat bij het verweerschrift gevoegd is, buiten beschouwing moeten laten omdat het in het Engels is gesteld. Ten slotte moeten de statistieken van bijlagen VII, VIII en IX bij het verweerschrift als bewijsmiddel buiten beschouwing blijven, omdat zij niet voldoen aan de voorwaarden die moeten zijn vervuld om rechtscontrole — ter waarborging van de rechten der verdediging — mogelijk te maken. Verweerster heeft inderdaad de gegevens ter controle der statistische berekeningen niet verstrekt.

Ten gronde zegt verzoekster voor repliek, dat wanneer overeenkomstig de stelling der Commissie het oligopolistische karakter van de markt voor de betrokken produkten zou moeten worden ontkend, zulks hoogstens zou kunnen betekenen dat verzoekster op grond van een gebrekkige beoordeling der marktsituatie

een verkeerde beslissing heeft genomen. Dit rechtvaardigt echter niet de conclusie dat er van „afstemming" sprake zou zijn. Wanneer verweerster de homogeniteit van bedoelde produkten ontkent, komt zij in flagrante strijd met haar eigen posita; zij erkent immers dat er in kleurstoffen een „levendige en scherpe" prijzenconcurrentie bestaat, hetgeen uiteraard betekent dat deze produkten vergelijkbaar en onderling verwisselbaar zijn. Verzoekster wijst er bovendien op dat het aandeel der speciale kleurstoffen minder dan 5 % van de totale produktie bedraagt en niet een derde, zoals de Commissie beweert.

Wat betreft de ondoorzichtigheid van de markt: verzoekster ontkent niet dat de doorzichtigheid ten aanzien van de prijsverhoging in geval van een — uiteraard alom bekende — algemene prijsverhoging verzekerd is. Wat het belang der voorraden betreft, heeft de Commissie de haar medegedeelde gegevens niet goed begrepen. Het percentage (95 % der produkten) waarnaar zij verwijst kan slechts slaan op het feit dat de betrokken onderneming 95 % van de verschillende typen der tot haar assortiment behorende produkten in reserve heeft, doch in minieme hoeveelheden. Daarmede is echter helemaal niet gezegd of en in hoeverre een fabrikant zou kunnen voldoen aan de extra vraag die optreedt wanneer hij zich niet of slechts ten dele bij een prijsverhoging van de andere ondernemingen aansluit. Verzoekster meent dat geen enkele fabrikant in staat zou zijn om langer dan een week uit zijn voorraden aan een sterk gestegen vraag te voldoen wanneer de meeste concurrenten de prijzen verhogen. Anderzijds bewijst het feit dat acht van de tien betrokken ondernemingen die in 1965 in Italië een algemene prijsverhoging hadden aangekondigd daarvan moesten afzien omdat ACNA niet meedeed, de interdependentie van de reacties der fabrikanten. De Commissie voert geen enkel argument aan op grond waarvan zou mogen worden gezegd dat deze op de Italiaanse markt geconstateerde interdependentie in de andere Lid-Staten niet bestaat.

Wat de redactie van haar verweerschrift betreft, merkt *verweerster* op dat de geconstateerde inbreuk niet door ieder der betrokkenen afzonderlijk was begaan, doch het resultaat was van collectief optreden, van samenwerking op voet van wederkerigheid, zodat de Commissie gerechtigd is een oordeel over de materiële en juridische aspecten van de zaak als geheel uit te spreken. Met name kan men haar het recht niet ontzeggen te verwijzen naar het dossier betreffende de parallelle zaken en daaraan tot staving van haar betoog bewijs te ontlenen.

Ten aanzien van het feit dat het rapport van de „British National Board for Prices and Incomes" in het Engels gesteld is, wijst verweerster erop dat het Hof haar op haar verzoek heeft ontslagen van de verplichting dit stuk in een der procestalen te doen vertalen.

Verweerster betoogt dat ofschoon de ondernemingen in een beperkte oligopolie aan de hand van rationele economische criteria tot een parallel prijzenbeleid zullen komen, deze marktdwang voor kleurstoffenfabrikanten niet bestaat, zulks wegens de ruime markt en de belangentegenstellingen der ondernemingen.

In die omstandigheden kan erkenning van de puur theoretische mogelijkheid van een parallel gedrag op de kleurstoffenmarkt geen voldoende verklaring zijn voor de drie hierbedoelde prijsverhogingen, wanneer zodanig parallellisme, economisch gezien, een irrationele gedraging oplevert. Verweerster betoogt dat het in de lijn lag van de doelstellingen en belangen der ondernemingen verschillende maatregelen te nemen, zoals zij blijkens de tabellen VIII en IX van bijlage I bij het verweerschrift in andere gevallen ook hebben gedaan. Ten bewijze van de juistheid dier tabellen biedt verweerster aan de oorspronkelijke stukken over te leggen, alsmede de afschriften van de rekeningen die aan bedoelde tabellen ten grondslag liggen.

In antwoord op verzoeksters verwijt dat de Commissie in plaats van bewijs te leveren een theoretische opvatting ten beste zou hebben gegeven en aldus abstrac-

te theoretische beschouwingen voor het onderzoek naar de feiten in de plaats zou hebben gesteld, betoogt verweerster dat zij de markten minutieus heeft onderzocht en aan de hand van empirische gegevens met name heeft bewezen dat de ondernemingen wanneer aan hun optreden geen „afstemming" ten grondslag ligt, zich precies gedragen zoals de Commissie met het oog op de bestaande marktsituatie juist acht. Verzoekster heeft trouwens noch het standpunt der Commissie inzake het fenomeen van het parallelle marktgedrag bestreden, noch de juistheid van haar opvatting inzake de in het verweerschrift opgesomde voorwaarden die daartoe moeten zijn vervuld.

Met betrekking tot de structurele elementen van deze markt merkt verweerster op, dat het geringe aantal aanbieders, de hoge vaste kosten en de hoge kosten waartegen een produkt op de markt wordt gebracht casu quo uit de markt genomen, niet de doorslag geven. Met name is van belang dat elke onderneming een andere belangenpositie inneemt en ten aanzien van de prijzen een eigen marge kent.

Over de — volgens verzoekster hoge — vaste kosten kan volgens verweerster bezwaarlijk een exacte mededeling worden gedaan, terwijl deze vaste kosten anderzijds voor de kwestie van het parallel gedrag in verschillende zin een rol spelen.

Verweerster verklaart niet over gegevens te beschikken ten aanzien van de hoogte van de kosten voor het betreden van de markt respectievelijk het verlaten van de markt; deze kwestie is overigens in casu, gezien de financiële kracht van de grote kleurstoffenfabrikanten, nauwelijks van betekenis.

De kruiselingse elasticiteit van de prijzen, waarop verzoekster zinspeelt, is niet meer dan een instrument om de intensiteit van de concurrentie te meten. Voor de onderhavige kwestie is echter de vraag van belang, welke marktelementen bepalend zijn voor de grootte van de elasticiteit. Volgens Shubik zijn dit onder meer de mate van homogeniteit van de produkten, de markttransparantie en de beweeglijkheid van de vraag.

Naar aanleiding van de stelling dat prijzenconcurrentie samenvalt met homogeniteit van produkten — uitgangspunt van verzoekster — zegt verweerster voor repliek, dat zelfs de standaardprodukten met hun betrekkelijk hoge vergelijkbaarheidscoëfficiënt voortdurend aan veranderingen onderhevig zijn, hetgeen juist de kenmerkende trek van hun heterogeniteit op de markt is. Anders dan verzoekster veronderstelt, leidt de heterogeniteit der kleurstoffen niet tot het verdwijnen der concurrentie. De concurrenten reageren wel op de prijswijzigingen van een fabrikant, doch eerst later, hetgeen de ondernemingen in staat stelt tot een individueel prijzenbeleid, zoals hun dat in een enge oligopolie niet mogelijk zou zijn.

Ten aanzien van het percentage der speciale kleurstoffen in de totale kleurstoffenproduktie merkt verweerster op, dat het er van afhangt welke kleurstoffen men als speciaal wenst te beschouwen. Specialiteit is een vrij vaag begrip. Het door haar aangehaalde percentage (1/3) is ontleend aan het Engelse rapport, dat bij het verweerschrift gevoegd is.

Verweerster merkt op, dat verzoeksters betoog te dien aanzien ertoe strekt ieder onderzoek van de marktsituatie uit te sluiten zodra er van parallel gedrag sprake is, zonder dat omstandigheden als homogeniteit of heterogeniteit der produkten, snelle technische vooruitgang in aanmerking behoeven te worden genomen, dan wel de vraag of de markt zich in een fase van expansie of van stagnatie bevindt, de transparantie der prijzen, enzovoort.

Wat betreft de mogelijkheid tot aanpassing aan een gewijzigde vraag: het belang van de voorraden hangt enerzijds samen met de omstandigheid dat de produkten om met de kosten verband houdende redenen slechts één tot vier maal per jaar worden gefabriceerd en anderzijds met het feit dat de kleurstoffengebruikers zelf slechts zeer geringe voorra-

den aanhouden (behalve bij standaardkleurstoffen), hetgeen de leverancier noodzaakt aanzienlijke voorraden op te slaan in de omgeving der verschillende verbruikscentra.
Verweerster herinnert eraan dat zij in haar verweerschrift heeft gewezen op het verschil tussen de Italiaanse markt en de andere markten en heeft opgemerkt dat in Italië de vraag naar speciale kleurstoffen betrekkelijk gering is, zoals de vennootschap ACNA in haar antwoord van 28 februari 1968 op de punten van bezwaar heeft verklaard en uit een als bijlage overgelegde tabel blijkt. Doch ondanks de bijzondere omstandigheden van de Italiaanse markt bestaat er in het geheel geen dwang, zoals de prijsverhoging van 1 januari 1965 aldaar heeft aangetoond. Daaruit blijkt tevens dat interdependentie niet het enig criterium is waardoor het gedrag der fabrikanten op de kleurstoffenmarkt wordt bepaald. De vele verschillen tussen de kleurstoffenfabrikanten — groeicijfers, mate waarin van de bestaande capaciteit gebruik gemaakt wordt, aandeel der verschillende produkten in het produktieprogramma, betrekkingen tussen fabrikanten en kopers, kosten en kostenstructuren, prijzen en ontwikkeling van de vraag op iedere markt afzonderlijk — maken in casu een „bewust parallel gedrag" onmogelijk.
Ondanks de interdependentie op de kleurstoffenmarkt worden als gevolg van de geringe doorzichtigheid dier markt veranderingen in de prijzen van een onderneming slechts met vrij grote vertraging bij de concurrenten bekend. Deze omstandigheid en de sterke positie van bepaalde ondernemingen op de markt voor verschillende produkten geeft hun bij hun prijzenbeleid een zekere speelruimte. Daardoor wordt ook in verband met het betrekkelijk grote aantal fabrikanten, de interdependentie zodanig verlicht dat normale mededinging mogelijk wordt.
In de EEG-landen liepen de gemiddelde prijzen van een onderneming voor de belangrijkste produkten als gevolg van de mededinging van land tot land tot 40 % uiteen. Waanneer men bedenkt dat de drie prijsverhogingen hebben plaatsgevonden in een stelsel van normaal functionerende concurrentie en de zeer gedifferentieerde positie van iedere onderneming in aanmerking neemt, dan komt men tot de conclusie dat zodanig gedrag slechts zijn verklaring kan vinden in geheel nieuwe doelstellingen. (Deze conclusie wordt door het rapport van professor Kantzenbach bevestigd.)
Wat betreft de problemen verband houdende met de structuur van de kleurstoffenmarkt en de relatie tussen heterogene oligopolie, intensiteit van de werkelijke concurrentie en parallel gedrag: verweerster biedt aan de juistheid van haar posita te bewijzen, waartoe zij professor Kantzenbach als deskundige aanwijst.

3. De feitelijke aanwijzingen

Verzoekster betoogt, dat uit de omstandigheden waaronder tot de prijsverhogingen is overgegaan en waarnaar de beschikking verwijst, niet kan worden geconcludeerd tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
Ten aanzien van de gelijkheid der bij de prijsverhogingen toegepaste percentages en het feit dat zij dezelfde produkten betroffen, merkt verzoekster met name op dat de Commissie zichzelf heeft weersproken en inconsequent heeft gehandeld door dit zelfde verwijt niet te richten tot andere kleurstoffenfabrikanten die hun prijzen aan die der vervolgde ondernemingen hebben aangepast.
Wat de beweerde gelijktijdigheid van de aankondigingen der prijsverhogingen betreft, verzoekster wijst er allereerst op dat de Commissie in zoverre alleen nauwkeurige aanwijzingen heeft verstrekt ten aanzien van de prijsverhoging van 1964, waaruit voor latere prijsverhogingen niets kan worden afgeleid. Wat de verhoging van 1964 betreft, doet de beschikking er ten aanzien van verzoekster het zwijgen toe. Dat de telexberichten voor een aantal ondernemingen in de namiddag van 9 januari vrijwel gelijktijdig zijn verstuurd bewijst maar één ding, namelijk dat deze ondernemingen de aankondiging der prijsverhoging terzelfder tijd als verzoekster hebben ont-

vangen en dat het, waar Ciba haar prijsverhoging op 7 januari als terstond ingaand had aangekondigd, voor de andere fabrikanten zaak was terstond uitvoering te geven aan het besluit met de verhoging mee te gaan; dat hebben zij dan ook gedaan zodra zij Ciba's beslissing, die op de markt openbaar gemaakt was, hadden vernomen. Wat betreft de in België berekende verkoopprijs: verzoekster besloot op 13 januari die prijs te verhogen na op 10 januari te hebben vernomen dat verschillende ondernemingen reeds een prijsverhoging hadden aangekondigd. Uit de loop der dingen blijkt dat verzoekster alleen heeft besloten mee te gaan omdat er reeds enkele dagen tevoren door haar concurrenten een verhoging was aangekondigd en op de markt bekend geworden.

De voor 1 januari 1965 beoogde prijsverhoging was door verzoekster op 5 november 1964 aangekondigd nadat zij reeds weken tevoren, namelijk op 14 oktober, door haar afnemers was gewaarschuwd dat haar concurrenten soortgelijke maatregelen namen. Dat er een prijsverhoging ophanden was, was trouwens door de pers reeds gesignaleerd. Invoering van de verhoging op een en dezelfde datum vloeide voort uit de oligopolistische aard van de markt. Hetzelfde geldt voor de verhoging van 1967; de Commissie erkent trouwens dat de datum van invoering van de prijsverhoging in dit geval van fabrikant tot fabrikant verschilde.

Wat betreft de bewering dat de aankondigingen der prijsverhoging gelijkluidend zouden zijn geweest: verzoekster merkt op, dat uit de bestreden beschikking niet kan worden afgeleid welke aankondiging de Commissie op het oog heeft. Belanghebbenden waren zelfs tijdens de procedure voor de Commissie niet op de hoogte gebracht van de stukken die volgens de Commissie gelijkluidend waren geformuleerd. Bij gebreke van iedere redengeving moest verzoekster zich dus wel op schending van de rechten der verdediging beroepen.

Verzoekster betwist de bewering der Commissie, dat partijen zouden hebben verklaard gemakshalve één lijn te hebben getrokken. Zij betwist ook de in de beschikking voorkomende bewering dat zij haar prijzen af-fabriek zou hebben verhoogd met een geringer percentage dan haar verbruikersprijzen. Evenmin heeft zij haar Italiaanse vertegenwoordiger verplicht afgifte van geantidateerde rekeningen te weigeren en alle hangende offertes te annuleren.

Wat ten slotte betreft de informatieve contacten van kleurstoffenfabrikanten door de Commissie in haar beschikking sub factis bedoeld, verzoekster merkt op dat het uitwisselen van gegevens en ervaring betreffende handelspolitieke vraagstukken van algemeen belang aan een wettige behoefte beantwoordt, zoals trouwens in de reeds vermelde beschikking van het Kammergericht te Berlijn wordt bevestigd.

Aankondiging van een prijsverhoging door een onderneming op een dezer bijeenkomsten wettigt geenszins de conclusie dat er van „afstemming" sprake is geweest, vooral niet wanneer men er rekening mede houdt, dat verzoekster zich op die bijeenkomst over de aangekondigde verhoging niet heeft uitgesproken en niet kort na die bijeenkomst tot verhoging van haar prijzen heeft besloten. Pas een maand later, tijdens de vergadering van de raad van beheer van 16 september 1967, nam verzoekster daartoe het besluit.

Verweerster legt de tekst over van de instructies tot prijsverhoging, die in 1964 naar Italië en België zijn verzonden door de ondernemingen in de bestreden beschikking bedoeld. Zij wijst erop, dat sommige passages bijna woordelijk gelijkluidend zijn.

Bij de verhogingen van 1965 en 1967 hebben de ondernemingen er volgens verweerster voor gezorgd een al te opvallende gelijkluidendheid te vermijden.

Ten slotte verwijst verweerster naar haar opmerkingen sub 1, waaruit blijkt dat de gemeenschappelijke prijsverhogingen, gezien marktstructuur en -omstandigheden, alleen uit voorafgaande afstemming te verklaren vielen.

Verzoekster zegt voor repliek dat „het bewijs door vermoedens" van de Commissie onverenigbaar is met het feit dat zij aan een aantal andere ondernemingen, die zich volgens haar vaststelling in de bestreden beschikking op dezelfde wijze hadden gedragen, geen inbreuk heeft verweten — sommige van die ondernemingen waren zelfs al vóór verzoekster met de aangekondigde prijsverhogingen meegegaan —. Wanneer aan de bestreden beschikking de gedachte ten grondslag ligt dat uniform gedrag van de kleurstoffenfabrikanten zonder voorafgaande „afstemming" ondenkbaar is, dan rijst de vraag waarom de Commissie ondernemingen die zich op dezelfde wijze hebben gedragen verschillend heeft behandeld.

Verweerster antwoordt, wat betreft de gelijkluidendheid van de instructies voor de prijsverhogingen die door de fabrikanten in 1964 naar hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers zijn gezonden, dat de opdracht tot onmiddellijke prijsverhoging en die tot annulering van lopende offertes in 13 van de 14 onderscheidenlijk 12 van de 14 instructiebrieven voorkomen, doch het verbod geantidateerde facturen af te geven slechts in 8 van de 14 brieven, hetgeen wordt verklaard door het feit dat dit verbod reeds implicite besloten lag in de opdracht tot de onmiddellijke algemene prijsverhoging.

Verweerster noemt voorts enige voorbeelden van materiële overeenstemming tussen deze brieven. Zij wijst er ten slotte op, dat deze brieven veelal slechts de bevestiging inhielden van reeds telefonisch gegeven instructies en in andere gevallen nader mondeling zijn toegelicht. Zij verwijst te dien aanzien naar de verklaring van een personeelslid van de firma Geigy te Bazel.

4. De geldboete

Verzoekster wraakt de bestreden beschikking omdat daarin geen rekening is gehouden met de boeten die het Bundeskartellamt haar bij beschikking van 28 november 1967 had opgelegd.

Verweerster merkt hiertegenover op dat het gevaar van cumulatie, dat het in mindering brengen van tevoren opgelegde geldboeten zou rechtvaardigen, zich in casu niet voordeed, aangezien de beschikking van het Bundeskartellamt nog niet definitief was toen de bestreden beschikking werd genomen — en later ook is vernietigd —.

IV — Het procesverloop

Overwegende dat het procesverloop kan worden samengevat als volgt:

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

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

1. Gelast een deskundigenonderzoek over de volgende vragen:
   a) Zou het, gezien de kenmerken der markt voor kleurstoffen in de Europese Economische Gemeenschap, met name in de periode 1964-1967, voor een zelfstandig optredende producent, die er belang bij had zijn prijzen te verhogen, naar normale handelscriteria praktisch mogelijk zijn geweest zulks anders te doen dan door de prijzen algemeen, uniform en publiekelijk te verhogen, en wel door het vaststellen van — voor de verschillende afnemers uiteenlopende — prijsopslagen voor ieder produkt afzonderlijk?
   b) Welke voordelen en welke nadelen kunnen voor een zelfstandig optredende producent verbonden zijn aan het doorvoeren van een algemene en lineaire prijsverhoging in vergelijking met een per afnemer, produkt of markt gedifferentieerde prijsverhoging? — Deze vraag dient te worden beantwoord respectievelijk voor het ge-

val van een producent die het initiatief tot een prijsverhoging neemt en dat van een producent die zich geplaatst ziet voor het feit, dat een concurrent een algemene en uniforme prijsverhoging aankondigt.

c) Zijn — met name gezien de graad van doorzichtigheid van de markt — de andere dan speciale kleurstoffen in de praktijk onderling vervangbaar en, zo ja, in welke mate?
Welk is bij benadering het aandeel van de speciale kleurstoffen in de totale produktie van kleurstoffen van elk der betrokken ondernemingen?

2. Verstaat dat partijen in onderling overleg vóór 1 oktober 1970 het Hof de naam van een deskundige kunnen voordragen.

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

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

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

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

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

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

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

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

De door het Hof benoemde deskundigen hebben overeenkomstig artikel 49, paragraaf 6, van het Reglement voor de pro-

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

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

Ten aanzien van het recht

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

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

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

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

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

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

2 dat de Commissie in verband met deze verhogingen bij besluit van 31 mei 1967 ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17/62 ambtshalve een procedure wegens vermoedelijke schending van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag heeft ingeleid tegen zeventien in en buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde kleurstoffenfabrikanten en een groot aantal dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers dier ondernemingen;

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

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

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

3 dat de onderneming Cassella Farbwerke Mainkur AG op 4 oktober 1969 bij ter griffie ingediend verzoekschrift tegen deze beschikking in beroep is gekomen;

Middelen de procedure en de vormvoorschriften betreffende

Middelen betreffende de administratieve procedure

a) De grief dat de mededeling van de punten van bezwaar door een ambtenaar van de Commissie is getekend

4 Overwegende dat verzoekster stelt dat de mededeling van de punten van bezwaar bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63 van de Commissie op formeel onjuiste wijze is gedaan, aangezien zij alleen door de Directeur-generaal Concurrentie is getekend;

5 Overwegende dat vaststaat dat de Directeur-generaal Concurrentie alleen de mededeling van de punten van bezwaar heeft getekend die het inzake mededingingsvraagstukken bevoegde lid der Commissie in de uitoefening der hem door de Commissie gedelegeerde bevoegdheden tevoren had goedgekeurd;

dat genoemde ambtenaar derhalve heeft gehandeld in het kader, niet van een overdracht van bevoegdheden, doch slechts van een hem door het bevoegde lid der Commissie verleende tekeningsbevoegdheid;

dat zulk een verlening een maatregel is betreffende de interne organisatie van de diensten der Commissie, overeenkomstig artikel 27 van het voorlopig reglement van orde, vastgesteld krachtens artikel 7 van het Verdrag van 8 april 1965 tot oprichting van een Raad en een Commissie van de Europese Gemeenschappen;

6 dat dit middel derhalve ongegrond is;

b) Grief betreffende verschillen tussen de mededeling van de punten van bezwaar en het besluit tot inleiding van de administratieve procedure

7 Overwegende dat verzoekster stelt dat in de mededeling van de punten van bezwaar gewag gemaakt wordt van de mogelijkheid tot oplegging van geldboeten, ofschoon in bedoeld besluit slechts sprake was van de procedure tot vaststelling van inbreuken;

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

dat voorts het besluit tot inleiding der procedure, ofschoon daarin sprake is van „onder andere" de artikelen 3 en 9, tweede en derde alinea, van verordening nr. 17, naar deze verordening als geheel verwijst en derhalve ook naar artikel 15, de geldboeten betreffende;

9 dat dit middel derhalve ongegrond is;

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

10 Overwegende dat verzoekster stelt dat de Commissie, door ook na de kennisgeving van de punten van bezwaar tot onderzoek over te gaan, de aard dezer mededeling, zoals die volgt uit de verordeningen nrs. 17 en 99 — en die de laatste handeling van de instructie moet vormen —, heeft miskend;

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

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

dat zulks ten deze niet het geval is;

12 dat dit middel derhalve ongegrond is;

d) Grief betreffende het verhoor van belanghebbenden

13 Overwegende dat verzoekster stelt dat de termijn van 12 dagen welke haar was toegekend om voor de Commissie te verschijnen ontoereikend is geweest om haar in staat te stellen haar standpunt mondeling uiteen te zetten, in aanmerking genomen dat de bevoegde verkoopdirecteur en de advocaat der onderneming destijds niet aanwezig waren;

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

dat hoewel verzoekster wellicht verhinderd is geweest zich ten dage door de Commissie bepaald bij haar te doen vertegenwoordigen, de Commissie in verband met het aantal bij die gelegenheid opgeroepen personen bezwaarlijk de data voor het verhoor kon bepalen naar gelang van de bijzondere verlangens der onderscheiden belanghebbenden;

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

15 dat dit middel derhalve ongegrond is;

e) Grieven betreffende andere schendingen van de rechten der verdediging

16 Overwegende dat verzoekster verweerster verwijt artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 en verordening nr. 99/63 te hebben geschonden doordien zij in de uiteenzetting van de punten van bezwaar zich heeft beperkt tot mededeling van de gevolgtrekkingen uit beweerdelijk vastgestelde feiten, die evenwel niet worden gepreciseerd;

dat de bestreden beschikking zou berusten op een nieuwe uiteenzetting van de omstandigheden die met de prijsverhogingen gepaard zijn gegaan;

17 Overwegende dat het ter verzekering van de rechten der verdediging in de administratieve procedure voldoende is wanneer de ondernemingen worden ingelicht nopens de wezenlijke feiten waarop de bezwaren berusten;

dat bij lezing van de tekst van de uiteenzetting van de punten van bezwaar blijkt dat de aan verzoekster ten laste gelegde feiten daarin duidelijk zijn vermeld;

dat die uiteenzetting voldoende uitsluitsel geeft over de vraag welke bezwaren tegen verzoekster in aanmerking worden genomen, en met name over de omstandigheden waarin de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 zijn aangekondigd en toegepast;

dat tot staving van dit middel geen beroep kan worden gedaan op rectificaties zoals die met betrekking tot de feitelijke gang van zaken in de bestreden beschikking zijn aangebracht naar aanleiding van gegevens die betrokkenen tijdens de administratieve procedure aan de Commissie hebben kunnen verstrekken;

18 Overwegende dat verzoekster de Commissie ten slotte verwijt in de bestreden beschikking melding te hebben gemaakt van de beschikking van het Bundeskartellamt van 28 november 1967, zonder dat zij gerechtigd was gewag te maken van de uitkomsten van een niet door haarzelf verricht onderzoek;

19 Overwegende dat ofschoon het de belanghebbenden te allen tijde vrijstaat de feiten welke de Commissie tot staving van haar bezwaren aanvoert te betwisten, niets de Commissie belet om bij de toepassing van de communautaire mededingingsregelen gebruik te maken van de uitkomsten van een onderzoek verricht door nationale gezagsorganen;

20 dat deze grieven derhalve ongegrond zijn;

Het middel betreffende de redengeving van de bestreden beschikking

21 Overwegende dat verzoekster stelt dat de beschikking het bestaan der omstreden inbreuken onvoldoende met redenen omkleedt, met name ten aanzien van de feiten;

dat zij zou zijn gebaseerd op algemene formules en dat daarin zou zijn nagelaten feiten die voor de belanghebbende pleiten te vermelden;

22 Overwegende dat in de beschikking, als geheel beschouwd, de wezenlijke feitelijke en rechtselementen waarop zij berust, duidelijk en samenhangend worden aangegeven;

dat de vraag of de feiten en overwegingen die tot staving der bestreden inbreuken worden aangevoerd, voldoende zijn om het bestaan dier inbreuken te bewijzen, de zaak ten principale betreft;

dat de Commissie niet verplicht is in de redengeving harer beschikkingen haar standpunt te bepalen ten aanzien van alle argumenten welke belanghebbenden te hunner verdediging kunnen inroepen, doch dat kan worden volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen welke in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn;

23 dat dit middel derhalve ongegrond is;

Het middel betreffende de verjaring

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

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

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

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

dat zo, nu bepalingen te dier zake ontbreken, de fundamentele eis van rechtszekerheid zich er al tegen verzet dat de Commissie eindeloos kan wachten met de uitoefening van haar bevoegdheid tot oplegging van geldboeten, de in casu gevolgde gedragslijn toch niet als een beletsel kan worden beschouwd voor

het uitoefenen dier bevoegdheid ten aanzien van de deelneming aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van 1964 en 1965;

26 dat dit middel derhalve niet gegrond is;

Middelen ten principale

Het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Stellingen van partijen

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

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

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

dat het niet aannemelijk is, dat de voornaamste fabrikanten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden, zonder hun gedragingen te hebben afgestemd, meermalen de prijzen van een zelfde belangrijke reeks produkten, waaronder de speciale — nagenoeg of in het geheel niet onderling vervangbare — produkten, met gelijke percentages en vrijwel gelijktijdig zouden hebben verhoogd, en zulks dan in onderscheiden landen waarin de marktvoorwaarden voor kleurstoffen uiteenlopen;

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

dat het voldoende zou zijn dat betrokkenen elkander tevoren op de hoogte stellen van de houding, welke zij zich voorstellen aan te nemen, zodat ieder

hunner zijn optreden kan regelen in de verwachting dat de concurrenten een zelfde gedragslijn zullen volgen;

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

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

dat volgens verzoekster de gelijkheid der percentages waarmede de prijzen verhoogd zijn een gevolg is van het prijsleiderschap van een onderneming;

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

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

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

dat voorts de fundamentele stelling van de bestreden beschikking — dat de hierbedoelde prijsverhogingen niet door de oligopolistische marktstructuur kunnen worden verklaard — in de bestreden beschikking nergens zou worden gemotiveerd;

Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging

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

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

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

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

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

De kenmerken van de kleurstoffenmarkt

32 Overwegende dat de kleurstoffenmarkt erdoor wordt gekenmerkt dat zij voor 80 % wordt bevoorraad door een tiental, over het algemeen zeer grote onder-

nemingen, die daarnevens veelal andere chemische produkten of speciale farmaceutische artikelen vervaardigen;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967

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

dat de verhoging met 15 % van de prijzen der meeste anilinekleurstoffen die op 1 januari 1965 in Duitsland is toegepast, metterdaad slechts de prijsverhoging, waartoe in januari 1964 in Italië, Nederland, België en Luxemburg was overgegaan, voor een andere nationale markt invoerde;

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

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

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

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

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

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

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

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

dat deze verhogingen op 1 januari 1965 gelijktijdig op alle markten zijn toegepast en alleen achterwege zijn gebleven op de Franse markt — als gevolg van de prijsstop aldaar — en op de Italiaanse markt — waar als gevolg van de

weigering van de voornaamste Italiaanse producent, ACNA, haar prijzen te verhogen, ook de andere producenten van verhoging hunner prijzen hebben afgezien —;

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

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

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

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

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

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

dat namelijk na de ervaring opgedaan in 1964, toen het tijdstip der verhogingen samenviel met dat der aankondigigen en het assortiment der produkten waarvoor zij golden soms niet geheel gelijk was, bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 een andere werkwijze blijkt te zijn gevolgd, in die zin dat de initiatiefneemsters BASF en Geigy hun voornemen tot prijsverhoging enige tijd tevoren hebben aangekondigd en aldus de ondernemingen in staat hebben gesteld hun reacties op de verschillende markten over en weer te observeren en zich daarnaar in te richten;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

matig verkleint, van bijzonder belang wordt voor de markt der onderhavige produkten;

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

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

De geldboete

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

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

dat de gegrondheid ervan derhalve niet behoeft te worden onderzocht;

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

Ten aanzien van de proceskosten

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

dat verzoekster in het ongelijk is gesteld;

dat zij derhalve in de kosten moet worden verwezen;

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

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

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

Lecourt Mertens de Wilmars Kutscher

Donner Trabucchi Monaco Pescatore

Uitgesproken te Luxemburg ter openbare terechtzitting van veertien juli negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

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