CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. FENNELLY

van 29 oktober 1998 *

Inhoudsopgave

I — Inleiding I-1373

II — Juridische en feitelijke achtergrond I-1373

A — De bestreden beschikking I-1373

B — De verordening van 1986 ..... I-1376

III — Samenvatting van de hogere voorziening I-1378

IV — De vaststelling van een collectieve machtspositie I-1378

A — Inleiding I-1378

B — Argumenten van rekwiranten I-1379

C — Aard van de collectieve machtspositie I-1380

D — Toereikendheid van de motivering I-1386

E — Conclusie I-1390

V — De aan Cewal ten laste gelegde misbruiken I-1390

A — Het misbruik in verband met Ogefrem I-1390

i) Achtergrond I-1390

ii) Samenvatting van de in de hogere voorziening ingediende opmerkingen .. I-1393

iii) Analyse van de middelen van rekwiranten I-1394

a) Het recht op een eerlijk proces I-1394

b) Het middel betreffende het aanzetten van een regering tot een bepaald handelen I-1394

— Inleiding I-1394

— Het belang van de „act of state"-doctrine I-1395

— De daadwerkelijke aard van de Ogefrem-overeenkomst I-1399

c) De gestelde tegenstrijdigheid in het bestreden arrest I-1401

d) De toelaatbaarheid van het gedrag van Ogefrem in het licht van artikel 86 ..... I-1401

B — Het gebruik van „fighting ships" I-1401

i) Inleiding I-1401

ii) De middelen betreffende de procedure I-1402

a) Achtergrond I-1402

* Oorspronkelijke taal: Engels.

b) Het bestreden arrest I-1405
c) De in de onderhavige hogere voorziening aangevoerde argumenten ... I-1405
d) Analyse I-1406
iii) Het misbruikkarakter van het verweten gedrag I-1409
a) De aan de orde gestelde vragen I-1409
b) Analyse I-1411
— Het multilaterale karakter van het misbruik I-1411
— Het op uitschakeling van de concurrentie gerichte doel I-1412
— Afwijking van het conferencetarief I-1413
— Onderling delen van de inkomstendervingen I-1413
— De rechtspraak inzake de praktijk van „afbraakprijzen" I-1414
— Het misbruikkarakter van de praktijk van „fighting ships" I-1417
C — Het opleggen van 100 %-getrouwheidsregelingen I-1421
i) Inleiding I-1421
ii) De inhoud I-1422
iii) Eerste onderdeel: verkeerde uitlegging van de verordening van 1986 — „opleggen" van getrouwheid I-1423
a) Eerste subsidiaire argument — fob-verkopen I-1424
b) Tweede subsidiaire argument — zwarte lijsten I-1425
iv) Tweede onderdeel: de Commissie kan geen geldboete opleggen zonder voorafgaande intrekking van de vrijstelling I-1428
VI — De geldboeten I-1431
A — Inleiding I-1431
B — De rechtsmacht van het Hof I-1431
C — De middelen van rekwiranten I-1432
D — Analyse I-1433
i) Schending van het recht van verweer I-1433
ii) Andere middelen I-1437
iii) Het rentepercentage I-1438
E — Samenvatting van de aanbevelingen aan het Hof I-1439
VII — Het EVRM I-1440
VIII — Kosten I-1440
IX — Conclusie I-1441

I — Inleiding

1. De onderhavige hogere voorziening biedt het Hof voor het eerst de gelegenheid zich uit te spreken over de toepasselijkheid van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag op lijnvaartconferences. De hogere voorziening richt zich tegen de vaststelling van misbruik van een collectieve machtspositie door leden van een lijnvaartconference, de Central and West African Conference (hierna: „Cewal"), die tussen Zaïre en bepaalde Noord-Europese havens opereert. Rekwiranten betwisten het oordeel betreffende het collectieve karakter van de door de Commissie vastgestelde machtspositie. Daarnaast stelt de hogere voorziening vragen aan de orde met betrekking tot het verweer ter zake van het aanzetten tot overheidsactie, de krachtens de toepasselijke regelgeving ter uitvoering van de mededingingsvoorschriften in de zeevervoersector te volgen procedures en de toepassing van artikel 86 op prijsgedrag dat bekend staat als de praktijk van de „fighting ships". Rekwiranten uiten verder verschillende procedurele grieven inzake de behandeling van de zaak door de Commissie en het Gerecht van eerste aanleg.

II — Juridische en feitelijke achtergrond

A — *De bestreden beschikking*

2. Artikel 1, lid 3, sub b, van verordening (EEG) nr. 4056/86 van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (hierna: „verordening van 1986")[1] omschrijft „lijnvaartconference" als „een groep van twee of meer vervoerders die schepen exploiteren, die internationale lijndiensten onderhoudt voor het vervoer van lading op een bepaalde route of routes binnen omschreven geografische grenzen en die een overeenkomst of regeling, van welke aard ook, heeft getroffen binnen het kader waarvan zij opereren op basis van eenvormige of gemeenschappelijke vervoertarieven en enigerlei andere overeengekomen voorwaarden met betrekking tot het aanbieden van lijndiensten".

3. Beschikking 93/82/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) en artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal) (hierna: „beschikking")[2], staat centraal in de onderhavige hogere voorziening. Deze beschikking is vastgesteld krachtens de verordening van 1986. De Commissie omschrijft Cewal daarin als een lijnvaartconference waarvan de leden „een regelmatige lijndienst onderhouden tussen havens in Zaïre[3] en Angola en de Noordzeehavens (met uitzondering van die in het Verenigd Koninkrijk)".[4] Op basis van in juli 1987 ingediende klachten onderzocht de Commissie tal van beschuldigingen van concurrentievervalsende gedragingen zijdens de leden van Cewal en andere lijnvaartconferences die tussen Europa en West- en Centraal-Afrika opereren. In haar beschikking stelde zij vast, dat drie lijnvaartconferences inbreuk hadden gemaakt op artikel 85 en dat de leden van de Cewal-

1 — PB L 378, blz. 4.

2 — PB L 34, blz. 20.

3 — Tegenwoordig Democratische Republiek Congo.

4 — Punt 1 van de motivering van de beschikking. In totaal bestaat die motivering uit 119 overwegingen, die ik hieronder gemakshalve zal aanduiden als punten van de beschikking.

conference in strijd met artikel 86 misbruik hadden gemaakt van een collectieve machtspositie. Aan vier van de leden van de Cewal-conference werden geldboeten opgelegd (te weten, Compagnie Maritime Belge, Dafra-lines, Deutsche Afrika-Linien en Nedlloyd Lijnen), waarvan de hoogste (9,6 miljoen ECU, ofwel 95 % van het totaalbedrag van alle geldboeten) aan Compagnie Maritime Belge (hierna: „CMB").

4. Voornoemde vier leden van de Cewal-conference (hierna, in het kader van de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg: „verzoeksters") hebben krachtens artikel 173 van het Verdrag beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld bij het Gerecht van eerste aanleg. Bij arrest van 8 oktober 1996 (hierna: „bestreden arrest") heeft deze rechterlijke instantie de vier opgelegde geldboeten in elke zaak met 10 % verlaagd [5], doch werd hun beroep voor het overige verworpen. [6] Ofschoon de vorderingen strekten tot nietigverklaring van de vaststellingen van de Commissie betreffende de schending van zowel artikel 85 als artikel 86 van het Verdrag, hebben CMB en Dafra-Lines (hierna: „Dafra") hun onderhavige hogere voorziening ten overstaan van dit Hof beperkt tot de onderdelen van het bestreden arrest waarin de vaststellingen van de Commissie betreffende met artikel 86 strijdig misbruik van een machtspositie zijn bevestigd en die de door de Commissie wegens die misbruiken opgelegde geldboeten in hoofdzaak steunen. [7]

5. Op grond van een door de Conferentie van de Verenigde Naties voor handel en ontwikkeling in 1974 opgestelde gedragscode voor lijnvaartconferences (hierna: „Unctad-gedragscode") wordt de wijze van verdeling van ladingen tussen lijnvaart-conferences geregeld door een „40:40:20"-verdeelsleutel van de Unctad, inhoudende dat de nationale rederijen aan beide zijden van een scheepvaartroute 40 % van de ladingen van de conference krijgen toegewezen, terwijl de resterende 20 % wordt toebedeeld aan bij die conference aangesloten rederijen uit derde landen. Zoals hierna meer uitvoerig aan de orde zal komen, hebben sommige Afrikaanse landen betoogd, dat de Unctad-verdeelsleutel voor alle ladingen en niet alleen voor de ladingen van conferences gold. Wat betreft de zeevaartroutes tussen Noord-Europa en Zaïre, kreeg de verdeling van ladingen volgens de Unctad-verdeelsleutel aan het eind van de jaren tachtig gestalte aan de hand van verschillende instrumenten, met als voor het doel van de onderhavige hogere voorziening belangrijkste instrument de sluiting in 1985 van een samenwerkingsovereenkomst tussen het Zaïrese Office de gestion du fret maritime (hierna: „Ogefrem") en Cewal [hierna: „(samenwerkings-)overeenkomst met Ogefrem" of „Ogefrem-overeenkomst"]. Ingevolge artikel 1, eerste alinea, van deze overeenkomst moesten Cewal en Ogefrem verzekeren, dat „l'ensemble des marchandises à transporter dans le cadre du champ d'action de la conférence Cewal soit confié aux armements membres de cette conférence maritime", terwijl hiervan volgens de tweede alinea uitsluitend mocht worden afgeweken „avec l'accord explicite des deux parties concernées". In weerwil van deze bepalingen besloot Ogefrem in 1986 eenzijdig aan een concurrerende groep rederijen, Grimaldi en Cobelfret (hierna: „G & C"), een aandeel van ongeveer 2 % van de handel van en naar Zaïre toe te kennen, welk aandeel in de loop van de daaropvolgende jaren welis-

5 — De geldboete van CMB werd verlaagd met 960 000 ECU. De overige geldboeten werden met 20 000 ECU verlaagd in de zaken Dafra-Lines en Deutsche Afrika-Linien, en met 10 000 ECU in de zaak Nedlloyd Lijnen.

6 — Zie gevoegde zaken T-24/93, T-25/93, T-26/93 en T-28/93, Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commissie (Jurispr. blz. II-1201).

7 — Voor zover hierna naar de artikelen 85 en 86 wordt verwezen, doel ik daarmee telkens op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

waar blijkt te zijn gegroeid, doch niet zodanig dat het tot een aantasting van de machtspositie van Cewal heeft geleid. [8]

6. Alleen de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot artikel 86 en de opgelegde geldboeten zijn relevant in de door CMB en Dafra (hierna: „rekwiranten", of waar nodig, zoals uiteengezet in punt 4 supra, „verzoeksters") ingestelde hogere voorziening. [9] De Commissie heeft vastgesteld, dat „het geheel van zeeroutes tussen Zaïre en de havens in Noord-Europa waarop de leden van Cewal varen, een specifieke markt vormt". [10] Voorts verwees zij naar de voordelen die Cewal aan de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem ontleende, zijn uitgebreide net van scheepvaartlijnen, de capaciteit van zijn vloot en de frequentie van de door hem geboden diensten, alsmede de ervaring die Cewal had opgedaan door enkele tientallen jaren diensten op de markt te verzorgen. Op grond hiervan oordeelde de Commissie, dat de leden van Cewal gezamenlijk een zeer aanzienlijke machtspositie op die markt innamen, zowel wegens hun bijzonder grote marktaandeel als wegens andere factoren.

7. De Commissie kwam tot de conclusie, dat Cewal „misbruik gemaakt heeft van zijn machtspositie door, teneinde de belangrijkste concurrent (G & C) uit te schakelen, van drie verschillende middelen gebruik te maken". [11] Zoals geformuleerd in artikel 2 van de beschikking, maakte Cewal misbruik door:

— „deel te nemen aan de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem en herhaaldelijk langs verschillende wegen om strikte naleving ervan te verzoeken";

— „hun tarieven te wijzigen waarbij van de geldende vrachttarieven wordt afgeweken met het doel tarieven te bieden, die identiek of lager zijn dan die van de voornaamste onafhankelijke concurrent voor schepen die op dezelfde datum of op nabij gelegen data afvaren (de praktijk van de ‚fighting ships')";

— „getrouwheidsregelingen op te stellen, die voor 100 % worden opgelegd, waaronder ook fob [free on board] [12] verkochte goederen zijn begrepen en die verder gaan dan de bepalingen van artikel 5, lid 2 [van de verordening van 1986], samen met het in de onderha-

8 — In punt 14 van de gepubliceerde tekst van de beschikking (aangehaald in voetnoot 2 supra) heeft de Commissie overeenkomstig artikel 24, lid 2, van de verordening van 1986, dat betrekking heeft op het vertrouwelijke karakter van bedrijfsgeheimen, verzuimd om de cijfers bekend te maken van het marktaandeel dat Cewal in 1989, resp. 1991 voor zijn rekening nam. In hun hogere voorziening verwijzen appellanten zelf naar de weggelaten gegevens, zonder deze te betwisten.

9 — Opmerking verdient evenwel, dat de Commissie in artikel 1 van de beschikking heeft vastgesteld, dat de overeenkomsten tussen drie scheepvaartconferences, te weten Cewal, Cowac en Ukwal, ter verdeling van de markt op de lijn tussen West-Afrika en Noord-Europa, waarbij elke conference een afzonderlijk net van zeeroutes onderhield, inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, van het Verdrag en niet in aanmerking kwamen voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, of krachtens artikel 3 van de verordening van 1986.

10 — Punt 56 van de beschikking.

11 — Punt 62 van de beschikking.

12 — Bij fob-verkopen draagt de verkoper uitsluitend de kosten gemoeid met het afleveren van de goederen aan boord van het schip.

vige beschikking beschreven specifieke gebruik van ‚zwarte lijsten' voor niettrouwe verladers". [13]

In de tweede alinea van artikel 3 beval de Commissie de leden van Cewal „de in artikel 2 vastgestelde inbreuken te beëindigen", terwijl in artikel 5 „de aanbeveling [werd] gegeven" de voorwaarden van de getrouwheidscontracten „aan de bepalingen van artikel 5, punt 2, [van de verordening van 1986] aan te passen". In artikel 6 werden de reeds genoemde (zie punt 3 supra) geldboeten opgelegd.

B — *De verordening van 1986*

8. Verordening (EEG) nr. 17/62 [14] is niet van toepassing op het vervoer. Dientengevolge zijn bij de verordening van 1986 „de regels voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer vastgesteld". [15] Zoals vermeld in de zestiende overweging van de considerans, bevat deze verordening „de nodige procedures, beslissingsbevoegdheden en sancties om de verboden in artikel 85, lid 1, en artikel 86 alsmede de toepassingsvoorwaarden voor artikel 85, lid 3, te doen naleven".

9. Artikel 3 van de verordening van 1986 voorziet in een „vrijstelling voor regelingen tussen vervoerders betreffende de exploitatie van lijnvaartdiensten" (hierna: „vrijstelling") en luidt als volgt:

„Van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag zijn, onder de in artikel 4 van deze verordening genoemde voorwaarde, vrijgesteld de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van alle of van een deel der leden van een lijnvaartconference of van verscheidene lijnvaartconferences die ten doel hebben het vaststellen van vervoertarieven en -voorwaarden en, in voorkomend geval, een of meer van de volgende doelstellingen beogen:

a) de coördinatie van de dienstregelingen van de schepen, hun afvaart- of aanloopdata;

b) het vaststellen van de frequentie van de reizen of de aanloop;

c) de coördinatie of de onderlinge verdeling van de reizen of de aanloop tussen leden van de ‚conference';

d) de regeling van de door elk der leden aangeboden vervoerscapaciteit;

e) de verdeling van de vervoerde tonnage of de opbrengsten onder de leden."

13 — Namelijk lijsten van verladers die, zij het slechts incidenteel, gebruik maakten van de door G & C geboden alternatieve diensten; zie inzonderheid punt 29 van de beschikking en de tweede voetnoot daaronder.

14 — Verordening (EEG) nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

15 — Artikel 1, lid 1.

In artikel 4 is de verlening van de vrijstelling uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van de „voorwaarde" dat de aldus vrijgestelde overeenkomst of andere gedraging „binnen de gemeenschappelijke markt geen nadeel toebrengt aan bepaalde havens, vervoergebruikers of vervoerders doordat voor het vervoer van dezelfde goederen in het gebied dat onder de overeenkomst (...) valt, vervoertarieven en -voorwaarden worden toegepast die verschillen naar gelang van het land van herkomst of bestemming of van de haven van lading of lossing, tenzij deze tarieven en voorwaarden economisch kunnen worden gerechtvaardigd". Schending van deze voorwaarde leidt ertoe, dat de overeenkomst of, zo dat er niet onlosmakelijk mee is verbonden, het onverenigbare onderdeel daarvan „van rechtswege nietig is krachtens artikel 85, lid 2, van het Verdrag".

10. Anderzijds verbindt artikel 5 een aantal „verplichtingen" aan de vrijstelling. Ten aanzien van „getrouwheidsregelingen" bepaalt artikel 5, punt 2, dat de lijnvaartmaatschappijen die bij een conference zijn aangesloten „met de vervoergebruikers getrouwheidsregelingen [mogen] sluiten en toepassen, waarvan het type en de inhoud via overleg tussen de conference en de organisaties van vervoergebruikers worden vastgesteld". Dergelijke getrouwheidsregelingen moeten evenwel aan verscheidene voorwaarden voldoen, waaronder het vereiste van artikel 5, punt 2, sub b-i, dat „100 %-getrouwheidsregelingen mogen worden aangeboden, maar (...) niet eenzijdig [mogen] worden opgelegd". Volgens artikel 5, punt 4, getiteld „Openbaarheid van vervoertarieven" dienen de tarieven van de conference „op verzoek tegen een redelijke vergoeding ter beschikking [te worden] gesteld van vervoergebruikers", of „ter inzage te liggen op het kantoor van de scheepvaartondernemingen en van hun agenten".

11. Artikel 7 regelt de gevolgen van een „inbreuk op een verplichting die volgens artikel 5 is verbonden aan de in artikel 3 bedoelde vrijstelling". Artikel 7, lid 1, verleent de Commissie de bevoegdheid om in overeenstemming met de procedureregels van Afdeling II van de verordening van 1986:

„— aanbevelingen [te] doen aan de betrokkenen;

— in geval van niet-nakoming van deze aanbevelingen door de betrokkenen, en afhankelijk van de ernst van de betrokken inbreuk, een beschikking [te] geven waarin hun bepaalde handelingen worden verboden of gelast, dan wel hun onder intrekking van de hun verleende generieke vrijstelling een individuele vrijstelling wordt verleend overeenkomstig artikel 11, lid 4, dan wel hun de generieke vrijstelling wordt ontnomen".

12. Artikel 8 van de verordening van 1986 ten slotte is getiteld „Gevolgen die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag". Ingevolge artikel 8, lid 1, is „misbruik van machtsposities in de zin van artikel 86 van het Verdrag verboden zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit is vereist". Artikel 8, lid 2, heeft betrekking op bepaalde gevallen waarin de Commissie tot de bevinding komt dat „gedragingen van conferences die de in artikel 3 genoemde vrijstelling genieten (...) niettemin gevolgen hebben die onverenigbaar zijn met artikel 86 van het Verdrag".

Volgens deze bepaling kan de Commissie „de generieke vrijstelling intrekken en (...) alle passende maatregelen nemen om een einde te maken aan de inbreuken op artikel 86 van het Verdrag".

III — Samenvatting van de hogere voorziening

13. In de onderhavige hogere voorziening worden enkel betwist: in de eerste plaats, de collectieve aard van de vastgestelde machtspositie van de leden van Cewal, in de tweede plaats, elk van de drie constateringen van misbruik van die machtspositie, en in de derde plaats, de opgelegde geldboeten. Rekwiranten betogen dat de hun opgelegde geldboeten moeten worden verlaagd en dat de door de Commissie toegepaste procedure ter oplegging van de geldboete van strafrechtelijke aard is en in casu tot schending heeft geleid van de artikelen 6, lid 3, en 7, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"). Tot slot stellen zij eveneens, dat het Gerecht van eerste aanleg, door sommige van de in de beschikking omschreven vormen van misbruik te herformuleren, inbreuk heeft gemaakt op artikel 7, lid 1, van de EVRM.

14. De Commissie, hierin ondersteund door de interveniënten G & C, betoogt, dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden verworpen. Aangezien G & C echter tevens betogen, dat sommige aspecten van de hogere voorzieningen niet-ontvankelijk zijn, ben ik van mening, dat hun interventie niet-ontvankelijk moet worden verklaard ingevolge artikel 93, lid 5, sub a, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, nu zij verder strekt dan het door de Commissie gevorderde.

IV — De vaststelling van een collectieve machtspositie

A — *Inleiding*

15. Door de Commissie is vastgesteld, dat de leden van Cewal „op het geheel van zeeroutes tussen Noord-Europa en Zaïre" gezamenlijk een machtspositie innamen „in de zin van artikel 86 van het Verdrag" (punt 61 van de beschikking). Ofschoon er mijns inziens geen onderscheid van belang bestaat tussen de begrippen „gezamenlijk" en „collectief", zal ik laatstgenoemd begrip hanteren, omdat ook het Hof dit pleegt te doen. Voornoemde afbakening van de relevante markt noch de constateringen betreffende het marktaandeel zijn in deze hogere voorziening aan de orde. Rekwiranten betwisten uitsluitend het collectieve karakter dat aan hun marktpositie is toegeschreven.

B — *Argumenten van rekwiranten*

16. Volgens rekwiranten moet voor het bestaan van een collectieve machtspositie tussen onafhankelijke ondernemingen aan de volgende drie voorwaarden zijn voldaan:

— de betrokken ondernemingen moeten door voldoende sterke economische banden met elkaar zijn verenigd;

— deze economische banden moeten zodanig zijn, dat de ondernemingen eenzelfde gedragslijn op de markt innemen;

— de ondernemingen moeten een economisch dermate sterke positie innemen, dat zij de instandhouding van een doeltreffende mededinging op de markt kunnen verhinderen.

Rekwiranten betogen voorts, dat de vereiste economische banden niet kunnen worden vastgesteld op basis van feiten die een inbreuk op artikel 85 opleveren.

17. Rekwiranten stellen in hoofdzaak dat:

— de beschikking en het bestreden arrest ten onrechte zijn gebaseerd op onderling afgestemd gedrag door de leden van Cewal, hetgeen onder artikel 85 valt, doch niet zonder meer kan worden „gerecycleerd" teneinde als grondslag te dienen voor de vaststelling van een collectieve machtspositie in de zin van artikel 86;

— de beschikking niet toereikend was gemotiveerd om de toepasselijkheid van artikel 86 op de gezamenlijke leden van Cewal te rechtvaardigen, en dat het Gerecht van eerste aanleg de gebrekkige motivering van de Commissie op onaanvaardbare wijze heeft aangevuld.

18. Rekwiranten verwijten het Gerecht, dat het niet op dit eerste punt is ingegaan. Het is inderdaad waar, dat ofschoon het bestreden arrest (in punt 54) melding maakt van het middel van rekwiranten dat de Commissie „zich ertoe beperkt [heeft], de feiten die een inbreuk op artikel 85 zouden opleveren, maar die krachtens verordening nr. 4056/86 zijn vrijgesteld, te ‚recycleren' om die feiten vervolgens op basis van artikel 86 te veroordelen", het bij de bespreking van het vraagstuk van de collectieve machtspositie (punten 59-68) niet uitdrukkelijk op dit middel ingaat. Wel zij eraan herinnerd, dat het Gerecht het hoofdargument van rekwiranten heeft besproken en — terecht — verworpen, namelijk dat „het begrip collectieve machtspositie

slechts betrekking [zou] hebben op collectief misbruik door ondernemingen die *ieder* een machtspositie bezitten" (punt 60, cursivering van mij). Dit oordeel wordt in hogere voorziening niet aangevochten.

C — *Aard van de collectieve machtspositie*

19. De enige wezenlijke vraag die de hogere voorziening hier aan de orde stelt, is, of het is toegestaan zich te beroepen op onderling afgestemd of samenspannend en dus door artikel 85 verboden (tenzij vrijgesteld) gedrag om tot het bestaan van een collectieve machtspositie in de zin van artikel 86 te concluderen. Rekwiranten betogen dat de Commissie en het Gerecht zich in strijd met de rechtspraak hebben beperkt tot het „recycleren" van bepaalde overeenkomsten of onderling afgestemde praktijken tussen de leden van Cewal, terwijl de voor het bestaan van een collectieve machtspositie vereiste economische banden „van een andere aard" dienen te zijn. De Commissie stelt daarentegen, dat een uniforme gedragslijn van ondernemingen in beginsel zowel een onderling afgestemde gedraging in de zin van artikel 85 kan vormen als een met artikel 86 strijdig misbruik van een machtspositie. In dit stadium staat echter niet het misbruik centraal, doch het bestaan van een collectieve machtspositie.

20. Het vraagstuk van de zogeheten „recyclage" kan niet worden opgelost zonder in te gaan op de aard van een collectieve of gezamenlijke machtspositie, zoals dit begrip geleidelijk in de rechtspraak is ontwikkeld. Op zijn beurt werpt dit de vraag op naar het onderscheid tussen artikel 85 en artikel 86, en naar de mate waarin deze artikelen, zoals het Hof heeft overwogen, „op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt". [16]

21. Artikel 85 heeft betrekking op onderling afgestemd of afgesproken gedrag tussen economisch onafhankelijke ondernemingen en is potentieel van toepassing op alle markten, met inbegrip van die waarop normale mededingingsvoorwaarden heersen. Artikel 86 daarentegen heeft uitsluitend betrekking op markten waar de mededingingsvoorwaarden abnormaal zijn wegens het bestaan van een machtspositie van een of meer ondernemingen. De door artikel 86 onder de benaming „misbruik" verboden activiteit draagt een goeddeels eenzijdig karakter. [17]

22. Niettemin streven beide artikelen, die elk rechtstreekse werking hebben [18], het gemeenschappelijke doel na inhoudend dat „wordt verzekerd, dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst". [19] De artikelen 85 en 86 zijn niet

16 — Arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215, punt 25; hierna: „arrest Continental Can").

17 — Arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 39; hierna: „arrest Hoffmann-La Roche").

18 — Reeds in 1974 besliste het Hof in het eerste arrest BRT (arrest van 30 januari 1974, 127/73, Jurispr. blz. 51, punt 1b), „dat het verbod van de artikelen 85, lid 1, en 86 naar zijn aard rechtstreekse gevolgen teweeg kan brengen in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren en die artikelen derhalve rechtstreeks rechten voor de justitiabelen doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven".

19 — Artikel 3, sub g, van het Verdrag.

waterdicht van elkaar afgeschot. Zoals het Hof in het arrest Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro opmerkte, „kunnen de artikelen 85 en 86 stellig tegelijk van toepassing zijn". [20] Het Hof besliste dan ook, dat wanneer de economische realiteit zodanig is dat een luchtvaartmaatschappij met een machtspositie in de positie verkeert, dat zij andere ondernemingen haar tarieven kan opleggen, zowel artikel 85 als artikel 86 van toepassing kan zijn, althans in die zin dat deelname aan een door artikel 85 verboden overeenkomst tegelijkertijd met artikel 86 strijdig misbruik kan opleveren.

23. Verder verdient het opmerking, dat advocaat-generaal Lenz in zijn conclusie bij het arrest Ahmed Saeed, nadat hij als standpunt had geformuleerd dat reeds uit de tekst van artikel 86 blijkt, dat een machtspositie kan worden ingenomen door „meer dan één onderneming gezamenlijk", suggereerde dat „de leden van een mededingingsregeling respectievelijk deelnemers aan met het gemeenschapsrecht strijdige overeenkomsten in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag een gezamenlijke machtspositie [kunnen] innemen". [21] Artikel 86 ziet echter niet uitdrukkelijk op een machtspositie van een of meer ondernemingen, doch op „misbruik [door] een of meer ondernemingen". De formulering is derhalve amper doorslaggevend. [22] Door advocaat-generaal Lenz is duidelijk niet gesuggereerd, dat een kartel met een aanzienlijk marktaandeel op zich volstond om het bestaan van een gezamenlijke machtspositie aan te tonen. In de zaak SIV e.a./Commissie [23] verwierp het Gerecht het argument van de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting, dat het volstond om de feiten die een inbreuk op artikel 85 opleverden, te „recycleren en hieruit af te leiden, dat de partijen bij een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging gezamenlijk een groot marktaandeel bezitten [en] dat zij door dit enkele feit een machtspositie bezitten (...)". [24] Als gevolg hiervan ontstond de term „recyclage". Mitsdien staat vast, dat de conclusie dat onafhankelijke ondernemingen een collectieve machtspositie innemen, moet steunen op méér dan alleen een kartelachtige overeenkomst, of het daarbij nu om de vaststelling van prijzen gaat dan wel om ander samenspannend marktgedrag. Het arrest vlakglas is de eerste uitdrukkelijke poging tot het definiëren van de elementen van een collectieve machtspositie van onafhankelijke ondernemingen.

24. Aan het andere uiteinde van de schaal staat onderling afgestemd of gecoördineerd gedrag binnen een groep. Dit soort gedragingen onder toezicht van de moedermaatschappij valt normaliter niet onder artikel 85. De verschillende eenheden zullen veeleer als één enkele onderneming worden behandeld, „indien de ondernemingen een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen een interne taakverdeling tussen de onderne-

20 — Arrest van 11 april 1989 (66/86, Jurispr. blz. 803, punt 37; hierna: „arrest Ahmed Saeed").

21 — Arrest aangehaald in voetnoot 20 supra, blz. 824 van de conclusie.

22 — Zie het commentaar van professor Arnull in (1998) 23 *EL Rev.*, juni 1998, blz. 199.

23 — Arrest van 10 maart 1992 (T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. blz. II-1403; hierna: „arrest vlakglas").

24 — Ibidem, punt 360.

mingen ten doel hebben".[25] Dit onderscheid is echter niet altijd even duidelijk gemaakt. Het arrest Bodson[26] is door het Hof als referentie op het gebied van collectieve machtsposities genoemd, hoewel het begrip zelf niet in het arrest voorkomt. In deze zaak werd het enkele feit dat de houders van een exclusieve gemeentelijke lijkbezorgingsconcessie tot eenzelfde concern behoorden, niet beslissend geacht voor het bestaan van een collectieve machtspositie. Rekening moest „worden gehouden met de aard van de verhoudingen tussen de ondernemingen van het concern", en met name moest worden bezien of zij „op de markt een zelfde gedragslijn volg[d]en, die door de moedermaatschappij [was] bepaald".[27]

25. De beide in deze passage genoemde elementen, te weten de verhoudingen tussen de ondernemingen en een gemeenschappelijke gedragslijn op de markt, keren constant terug in de rechtspraak over de definitie van een collectieve machtspositie. Reeds in 1975 nam het Hof in het arrest Suiker Unie e.a./Commissie[28] „de persoonlijke en financiële banden" in aanmerking tussen bepaalde suikerproducenten en de grootste suikerproducent op de Belgische markt, alsmede het feit dat deze een door die producent „vastgesteld verkoopbeleid" hadden gevolgd, teneinde te concluderen dat de marktaandelen van alle producenten bij elkaar moesten worden opgeteld om te kunnen bepalen, in welke mate de grootste van hen een machtspositie innam.

26. In het arrest Almelo e.a.[29] is echter tot op heden de meest heldere uiteenzetting te vinden over het vraagstuk van de collectieve machtspositie. Het Hof besliste aldaar, dat „voor het bestaan van een (...) machtspositie (...) vereist [is], dat de ondernemingen (...) door zodanige banden met elkaar verenigd zijn, dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren".[30] Zowel in het arrest Centro Servizi Spediporto als in het arrest DIP merkte het Hof verder op, dat het ontbreken van onderlinge mededinging tussen ondernemingen die vermoed werden een collectieve machtspositie in te nemen, kenmerkend zou zijn.[31] Meer recentelijk onderzocht het Hof in het arrest Frankrijk e.a./Commissie, of een voorgenomen concentratie zou leiden tot een collectieve machtspositie op de gemeenschapsmarkt voor kaliproducten voor landbouwgebruik.[32] Het criterium dat het Hof hanteerde, was, of de concen-

25 — Arrest van 31 oktober 1974, Centrafarm en De Peijper (15/74, Jurispr. blz. 1147, punt 41). In het arrest van 24 oktober 1996, Viho/Commissie (C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457), ging het Hof uitsluitend (in punt 16) op de vraag in, of dochtermaatschappijen „over [enige] zelfstandigheid beschikken om hun marktgedrag te bepalen", daarmee impliciet het door sommige auteurs verdedigde standpunt verwerpende dat, gelet op het arrest Centrafarm en De Peijper, aan beide in punt 41 van die uitspraak geformuleerde criteria moest zijn voldaan, wilde een groep ondernemingen als één enkele onderneming worden beschouwd.

26 — Arrest van 4 mei 1988 (30/87, Jurispr. blz. 2479).

27 — Ibidem, punt 20.

28 — Arrest van 16 december 1975 (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 377 en 378; hierna: „arrest Suiker Unie").

29 — Arrest van 27 april 1994 (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punten 41 en 42).

30 — Ibidem, punt 42. Dit criterium vond opnieuw toepassing in de arresten van 5 oktober 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Jurispr. blz. I-2883, punt 33), en 17 oktober 1995, DIP e.a. (C-140/94—C-142/94, Jurispr. blz. I-3257, punt 26; hierna: „arrest DIP").

31 — Zie punt 34, resp. 27. Zoals ik in mijn conclusie in het arrest DIP (punt 65) in de gelegenheid was te onderstrepen, beschikte het Hof niet over bewijs waaruit bleek dat enkele of alle van de handelaars met een beweerde collectieve machtspositie „op hun respectieve markten handel[d]en of bijzondere commerciële kenmerken bez[a]ten, waardoor zij zich in elk geval met betrekking tot hun leveranciers, concurrenten of klanten daadwerkelijk als één economische eenheid [konden] gedragen".

32 — Arrest van 31 maart 1998 (C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375).

tratie zou leiden tot „een situatie waarin een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt op significante wijze wordt belemmerd door de bij de concentratie betrokken ondernemingen en een of meer derde ondernemingen die samen, met name als gevolg van *de tussen hen bestaande banden*, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en, ten slotte, de verbruikers kunnen handelen". [33] Op grond van dit criterium oordeelde het, dat sommige van de kritiekpunten van verzoekers op de vermeende „bundel structurele banden" waarop de Commissie zich beriep [34], gegrond waren.

27. Dit neemt echter niet weg, dat alle recente uitspraken van het Hof er volgens mij op neerkomen, dat de volgende uiteenzetting van het Gerecht in het arrest vlakglas in hoofdzaak wordt onderschreven: [35]

„In beginsel kan niet worden uitgesloten, dat twee of meer onafhankelijke economische eenheden op een specifieke markt door zodanige economische banden zijn verenigd dat zij hierdoor tezamen ten opzichte van de andere ondernemingen op dezelfde markt een machtspositie bezitten."

De in die passage opgenomen zinsnede „door zodanige economische banden verenigd", dient thans echter te worden verstaan in het licht van de formulering in de zaak Frankrijk e.a./Commissie [36], te weten „*de tussen hen bestaande banden*", welke formulering mijns inziens niet verschilt van de uitdrukking „economische banden".

28. Rekwiranten betogen evenwel, dat de ter voldoening aan dit criterium vereiste „economische banden" niet kunnen worden vastgesteld aan de hand van feiten die tevens overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85 opleveren. Ik onderschrijf deze stelling niet. Volgens mij is het tweeledige criterium — het bestaan van voldoende sterke economische banden om daadwerkelijk tot één enkele eenheid op de markt te leiden — in wezen slechts één criterium, waarbij laatstgenoemd element domineert. Eén enkele machtspositie moet worden aangetoond, dat wil zeggen dat verschillende ondernemingen als één eenheid, en dus eenzijdig, op de markt optreden. Het is niet noodzakelijk, de aard van de betrekkingen of van de economische banden uitputtend te beschrijven of zelfs maar te vermelden. Zij kunnen bestaan in het gebruik van door een gemeenschappelijke handelsorganisatie opgestelde standaardleveringsvoorwaarden (arrest Almelo), kruislings aandeelhouderschap, een gemeenschappelijke directie of zelfs familiebanden met economische gevolgen. Tevens kunnen zij bestaan in het volgen van eenzelfde gedragslijn op de markt of het voeren van eenzelfde verkoopbeleid (arresten Bodson, resp. Suiker Unie). Zij hoeven slechts naar

33 — Ibidem, punt 221, cursivering van mij. Het gecursiveerde zinsdeel werd, op de datum waarop het arrest werd gewezen, in de Engelse vertaling daarvan weergegeven als „(...) correlative factors which exist between them". De authentieke versie in het Frans, de proceduretaal, luidt: „(...) des facteurs de corrélation existant entre elles".

34 — Punt 232.

35 — Aangehaald in voetnoot 23 supra, punt 358.

36 — Aangehaald in voetnoot 32 supra.

hun resultaat te worden omschreven, namelijk het creren van een situatie waarin een groep onafhankelijke ondernemingen als één eenheid op de markt optreedt.

29. Ik herhaal bovendien, dat een zwak bewijs van onderlinge afstemming niet kan worden ondervangen door een beroep te doen op artikel 86. Zoals ik al zei, voldoet onderling afgestemd gedrag op zich niet aan dat criterium voor het bestaan van een collectieve machtspositie. Ik erken echter niet, dat een beroep op dergelijk *bewijs* kan worden verboden, hetzij door het Verdrag dan wel door enig rechts- of logicabeginsel.

30. Aandachtige lezing van het arrest Almelo lijkt dit standpunt te steunen. De regionale electriciteitsdistributeurs in Nederland wier onderlinge verhoudingen in die zaak centraal stonden, waren alle door dezelfde soort exclusieve afnameovereenkomst verbonden met de lokale distributeurs, welke overeenkomsten alle strijdig met artikel 85 werden geoordeeld. Advocaat-generaal Darmon vestigde de aandacht op deze overeenkomsten voor wat betreft de vraag naar „banden waardoor het de betrokken ondernemingen mogelijk worden gemaakt, de markt collectief te domineren". [37] Ofschoon zowel de advocaat-generaal als het Hof de eindbeoordeling van dit vraagstuk doelbewust aan de nationale rechter overlieten, lijkt het Hof het standpunt van de advocaat-generaal betreffende het mogelijke belang van economische banden ten gevolge van dergelijke overeenkomsten stilzwijgend te hebben aanvaard.

37 — Aangehaald in voetnoot 29 supra, punten 117 en 118 van de conclusie.

31. In casu heeft het Gerecht aan het begin van zijn beoordeling van de collectieve machtspositie van de leden van Cewal correct het criterium toegepast of „de betrokken ondernemingen door zodanige banden met elkaar verenigd zijn, dat zij hun optreden op de markt kunnen coördineren" (punt 62). Het bestreden arrest vervolgde (punten 63-65) met een uiteenzetting van de motivering „gelet op de beschikking in haar geheel", leidende tot de conclusie dat „de positie van de leden van Cewal collectief moest worden beoordeeld" (punt 66). De punten 63 tot en met 65 luiden als volgt:

„63 In de ter toetsing aan het Gerecht voorgelegde beschikking heeft de Commissie uitdrukkelijk verwezen naar verordening nr. 4056/86. [Het Gerecht haalde vervolgens de in verordening nr. 4056/86 gehanteerde definitie van ‚lijnvaartconference' aan, zoals hierboven in punt 2 uiteengezet.] Het Gerecht neemt in aanmerking dat verzoeksters, die zich meermaals op verordening nr. 4056/86 beroepen, niet bestrijden dat Cewal een lijnvaartconference in de zin van deze verordening is.

64 Het Gerecht wijst er verder nadrukkelijk op, dat artikel 8 van verordening nr. 4056/86 verklaart dat artikel 86 van het Verdrag van toepassing blijft. Door de nauwe relaties die de scheepvaartmaatschappijen onderling binnen een lijnvaartconference onderhouden, zijn zij tezamen op de relevante markt in staat om gemeenschappelijk uitvoering te geven aan praktijken die kun-

nen worden aangemerkt als eenzijdige gedragingen. Zulke gedragingen kunnen het karakter hebben van een inbreuk op artikel 86, indien overigens aan de andere voorwaarden voor toepassing van deze bepaling is voldaan.

65 Gelet op de in de bestreden beschikking vervatte gegevens stelt het Gerecht vast, dat de scheepvaartmaatschappijen een gemeenschappelijke entiteit hebben opgericht, de lijnvaartconference Cewal. Uit de beschikking komt naar voren dat deze structuur als kader diende voor verschillende comités waartoe de leden van de conference behoorden, zoals het Zaïre Pool Committee en het Special Fighting Committee, die meermaals in de beschikking worden genoemd, onder meer in de punten 26, 29, 31 en 32, en het Zaïre Action Committee, genoemd in punt 74. Bovendien heeft deze gemeenschappelijke structuur, zoals blijkt uit artikel 1 van verordening nr. 4056/86, naar haar aard tot doel eenvormige vervoertarieven en andere gemeenschappelijke vervoersvoorwaarden vast te stellen en toe te passen, waarvan het bestaan door de Commissie in punt 61 uitdrukkelijk wordt vermeld. Aldus presenteert Cewal zich op de markt als een enkele eenheid. Ten slotte merkt het Gerecht op dat uit de in de beschikking omschreven praktijken die de leden van Cewal ten laste worden gelegd — zonder dat thans behoeft te worden ingegaan op de kwalificatie van deze praktijken —, de wil tot uiting komt om gezamenlijk een zelfde gedragslijn op de markt in te nemen om ieder voor zich te reageren op een bedreigend geachte ontwikkeling van de concurrentieverhoudingen op de markt waarop zij opereren. Deze praktijken, die in de beschikking nauwkeurig worden omschreven, waren bestanddelen van een algemene strategie, ter uitvoering waarvan de leden van Cewal hun krachten hebben gebundeld."

32. Naar mijn mening *kan* elk van de in deze rechtsoverwegingen genoemde elementen een „economische band" vormen. Met name heeft het Gerecht terecht verwezen naar de definitie van lijnvaartconference, de „algemene strategie" en de bedoeling van de leden van Cewal onderzocht en, zoals het herhaaldelijk in verschillende bewoordingen deed, geëist dat het bestaan van een „gemeenschappelijke eenheid" werd aangetoond. Ervan uitgaande dat deze elementen rechtens als economische banden konden worden aangemerkt, betwisten rekwiranten de desbetreffende conclusie van het Gerecht niet — en naar mijn mening terecht — in de onderhavige hogere voorzieningen; een dergelijke conclusie vloeit voort uit de beoordeling door het Gerecht van de feiten en is, behoudens in geval van verdraaiing van die feiten ten gevolge van dwaling, niet vatbaar voor hoger beroep.

33. Bovendien is de poging van rekwiranten tot betwisting van het op lijnvaartconferences toegepaste begrip collectieve machtspositie ietwat onrealistisch. Rekwiranten hebben, ter onderbouwing van hun stelling dat de getrouwheidskortingen geen misbruik opleverden, herhaaldelijk betoogd, dat lijnvaartconferences een machtspositie plegen in te nemen.

34. Tot slot is namens rekwiranten aangevoerd, dat het bestreden arrest en de beschikking voor wat betreft het onderdeel waarin het bestaan van een collectieve machtspositie is vastgesteld, voor vernietiging, respectievelijk nietigverklaring in aanmerking komen, omdat het Gerecht, noch de Commissie in haar beschikking, het ontbreken van onderlinge concurrentie, anders dan prijsconcurrentie, tussen de leden van Cewal heeft aangetoond. Dit argument, dat voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gebracht, is gelet op de artikelen 42, lid 2, en 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof kennelijk niet-ontvankelijk. In elk geval, ofschoon duidelijk uit de hierboven besproken rechtspraak en met name uit de arresten Centro Servizi Spediporto, DIP en Frankrijk e.a./Commissie blijkt, dat het ontbreken van mededinging tussen een aantal beweerdelijk collectief dominante ondernemingen een kenmerkend aspect is van een collectieve machtspositie, kan de beschuldiging van de Commissie dat die ondernemingen één marktstrategie op het gebied van de prijsconcurrentie voerden, mijns inziens niet genoegzaam door hen worden weerlegd aan de hand van de stelling dat de aanwezigheid van andere vormen van onderlinge concurrentie, zoals concurrentie met betrekking tot de kwaliteit van de geboden diensten, in tegenspraak is met het bestaan van een collectieve machtspositie gebaseerd op banden die van hun wederzijdse prijsstrategie zijn afgeleid, tenzij de omvang en intensiteit van de alternatieve concurrentievormen van dien aard waren, dat hun gemeenschappelijke prijsbeleid redelijkerwijs niet de conclusie kon wettigen, dat er sprake was van één markteenheid. Aangezien de leden van de groep zelf zeer gemakkelijk toegang hebben tot de gegevens die een dergelijk betoog kunnen staven, staat het aan hen om het tegenbewijs te leveren van de conclusie, gebaseerd op hun gemeenschappelijke prijsbeleid, dat er sprake is van een collectieve machtspositie. Het Gerecht beschikte niet over het bewijs, en het Hof thans evenmin, dat de leden van Cewal actief met elkaar concurreerden op het gebied van de kwaliteit van de aan verladers geboden diensten.

35. Bijgevolg verwerp ik het argument dat de Commissie of het Gerecht, door elementen te vermelden die tevens onderling afgestemd gedrag in de zin van artikel 85 kunnen opleveren, zich op gegevens heeft beroepen die niet als zodanig konden worden gebruikt om het bestaan van een gezamenlijke machtspositie in de zin van artikel 86 aan te tonen. Dit doet echter niet af aan de noodzaak om de steekhoudendheid van de motivering van de beschikking te onderzoeken, alsook de grief dat het Gerecht deze ten onrechte heeft aangevuld.

D — *Toereikendheid van de motivering*

36. Rekwiranten hebben het vraagstuk van de toereikendheid van de motivering voor het Gerecht niet uitdrukkelijk aan de orde gesteld, noch onder verwijzing naar artikel 190 van het Verdrag noch anderszins. Zij hebben veeleer betoogd, dat de in de beschikking aangevoerde redenen, die zich inderdaad beperkten tot het bestaan van de conferenceovereenkomst, niet volstonden om de vaststelling van een collectieve machtspositie te rechtvaardigen. Op grond hiervan heeft het Gerecht verzoeksters een middel ontleend aan „ontoereikende motivering" (punt 59) toegeschreven.

37. De grief van rekwiranten in deze hogere voorziening luidt, dat het Gerecht niet op hun argumenten is ingegaan, doch de motivering van de Commissie heeft aangevuld, dat wil zeggen andere redenen tot staving van het bestaan van een collectieve machtspositie heeft aangedragen dan die waarop de Commissie zich had beroepen. Met name beklagen zij zich erover, dat het Gerecht zich op de beschikking „in haar geheel" heeft gebaseerd (punt 66) en dat het heeft geoordeeld, dat „er naast de overeenkomsten tussen de scheepvaartmaatschappijen tot oprichting van de Cewal-conference (...) tussen hen zodanige banden bestonden dat zij een uniforme gedragslijn volgden op de markt" (punt 67).

38. De Commissie stelt dat het Gerecht zich op geen enkel gegeven heeft gebaseerd dat niet in de beschikking voorkomt, dat het gebruik van het woord „naast" betekent, dat de conferenceovereenkomsten van dien aard waren dat de gedragingen van de leden van Cewal collectief moeten worden onderzocht, en dat het Gerecht er door niets van wordt weerhouden om naar andere onderdelen van de beschikking te verwijzen teneinde te laten zien, dat de door hem getrokken conclusie wordt gesteund door andere feitelijke elementen die door de Commissie zijn aangevoerd.

39. Alvorens op de rechtspraak in te gaan, acht ik het raadzaam een korte beschrijving te geven van de structuur van de onderdelen van de beschikking die aan de collectieve machtspositie zijn gewijd. De punten 49 tot en met 51 hebben betrekking op de toepasselijkheid van artikel 86 op lijnvaartconferences. Punt 49 luidt:

„In artikel 8 van verordening (EEG) nr. 4056/86 zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de mogelijkheid van misbruik van een machtspositie door lijnvaartconferences. Voorts heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen de lijnvaartconferences genoemd als voorbeeld van overeenkomsten tussen economisch onafhankelijke instellingen, welke economische banden mogelijk maken waardoor zij gezamenlijk feitelijk een machtspositie verwerven ten opzichte van de andere partijen op dezelfde markt. [38] Dit is bij de overeenkomst tussen de leden van Cewal het geval."

In punt 52 wordt verklaard, dat lijnvaartdiensten (met terugverwijzing naar de overwegingen 8-12 van de beschikking) „de betrokken markt voor diensten [vormen]". In de punten 53 tot en met 56 wordt de geografische markt besproken, uitmondend in de conclusie dat „het geheel van zeeroutes tussen Zaïre en de havens in Noord-Europa waarop de leden van Cewal varen, een specifieke markt vormt". De punten 57 tot en met 60 zijn, onder verwijzing naar het marktaandeel van Cewal, gewijd aan diens machtspositie. Punt 61 luidt vervolgens:

„Gezien het bovenstaande, is de Commissie van oordeel dat Cewal op het geheel van

38 — De beschikking noemt hier het arrest vlakglas (aangehaald in voetnoot 23 supra).

zeeroutes tussen Noord-Europa en Zaïre waarop de conference opereert, over een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag beschikt. Deze machtspositie wordt door de leden van Cewal gezamenlijk ingenomen, aangezien de conference-overeenkomst hen aan elkaar bindt, hetgeen tussen de leden zeer nauwe economische banden schept, zoals onder meer uit het bestaan van een gezamenlijk tarief blijkt."

40. Alleen punt 61 (en tot op zekere hoogte ook punt 49) behandelt dus uitdrukkelijk de gezamenlijke of collectieve aard van de machtspositie van Cewal, waarbij de eindconclusie in eerstgenoemd punt is gebaseerd op het feit dat „de conferenceovereenkomst [de leden van Cewal] aan elkaar bindt".

41. Op zich bezien is deze motivering van het bestaan van een collectieve machtspositie wat aan de beknopte kant. Er wordt geen uitdrukkelijke aandacht besteed aan de door het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest genoemde aspecten en evenmin wordt gesteld, dat de leden van Cewal als een enkele of gemeenschappelijke eenheid op de markt optraden. Uit de punten van de beschikking die aan de marktanalyse zijn gewijd, blijkt evenwel overduidelijk, dat Cewal als zodanig wordt beschouwd, bijvoorbeeld dat Cewal „onafhankelijk [kan] optreden ten opzichte van de concurrentie en de clientèle".[39] De aanvullende gegevens die het Gerecht noemt, zijn grotendeels afkomstig van de daaropvolgende onderdelen van de beschikking (punten 63 e.v.), waarin het misbruik is vastgesteld.

42. Aandacht dient te worden besteed aan de vraag in hoeverre het is toegestaan, de conclusie betreffende het bestaan van een gezamenlijke machtspositie aan te vullen door naar gegevens te verwijzen die in dezelfde beschikking zijn uiteengezet met het oog op de constatering van misbruik van die positie. Het moet mij in dit verband van het hart, dat het nuttiger zou zijn geweest indien de Commissie zelf, in het kader van haar conclusie dat er sprake was van een gezamenlijke of enkele markteenheid, meer expliciet op het vraagstuk van de economische banden was ingegaan.

43. Het klassieke statement over de verplichting van de gemeenschapsinstellingen om hun besluiten te onderbouwen met een uiteenzetting van de voornaamste feitelijke en juridische gegevens waarop die besluiten steunen, is te vinden in het arrest Remia e.a./Commissie[40]:

„[W]eliswaar [moet] de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag (...) de feitelijke elementen waarvan de rechtvaardiging van de beslissing afhangt en de overwegingen rechtens die haar tot het nemen van die beslissing hebben geleid, (...) vermelden, doch (...) deze bepaling [schrijft niet voor] dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld. De motivering van een bezwarend besluit moet het Hof in staat stellen de wettigheid ervan na te gaan en moet de betrokkene de noodzakelijke aanwijzingen bieden om te weten of de beslissing al dan niet gegrond is."

39 — Punt 60 van de beschikking.

40 — Arrest van 11 juli 1985 (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 26). Zie de bespreking in mijn conclusie bij het arrest van 29 februari 1996, Belgi/Commissie (C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punten 107-109).

44. Uit een overzicht van de rechtspraak blijkt, dat argumenten betreffende de ontoereikende motivering van besluiten weliswaar veelvuldig worden aangevoerd, doch slechts zelden tot succes leiden. [41] Voor zover zij wel zijn gehonoreerd, kwam de kritiek op de motivering er in feite vaak op neer, dat er wezenlijke gebreken aan de beschikking kleefden. Een voorbeeld van een succesvol beroep op een motiveringsgebrek is het arrest Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie [42], waar het Hof de marktanalyse zeer gebrekkig gemotiveerd achtte.

45. De functie van de motivering is uit de doeken gedaan in de tweede zin van het citaat uit het arrest Remia e.a./Commissie. Het motiveringsvereiste is een doel op zich en „berust niet slechts op formele gronden". [43] Het beoogt te verzekeren, dat de benadeelde partijen en, bij uitbreiding, ook het Hof, voldoende worden genformeerd over de feitelijke en juridische grondslag van het bestreden besluit om in staat te zijn hun eigen belangen te verdedigen. In de zaak Belgi/Commissie bijvoorbeeld overwoog het Hof, dat een feitelijk gegeven dat in de bestreden beschikking van de Commissie over het hoofd was gezien, zowel werd genoemd in 's Hofs arrest als in de conclusie van de advocaat-generaal in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een eerste beschikking van de Commissie over hetzelfde onderwerp, alsook in het bericht van de Commissie tot heropening van de administratieve procedure. Op grond hiervan concludeerde het Hof, dat „de belanghebbenden van deze gegevens kennis hebben kunnen nemen en dat zij het Hof hun standpunt dienaangaande hebben kunnen meedelen". [44] Het Hof is geneigd te aanvaarden, dat de belangen van een benadeelde persoon voldoende zijn beschermd, indien hij op andere wijze bekend is met de gegevens waarop de Commissie zich heeft beroepen [45], zoals bijvoorbeeld door deelname aan de administratieve procedure. [46]

46. Ook al zou de beschikking van de Commissie een strenge logicatest wellicht niet doorstaan, dit neemt niet weg, dat het hier principieel om een kwestie van eerlijkheid gaat. Rekwiranten kunnen zich er bezwaarlijk op beroepen, dat zij zijn benadeeld doordat het Gerecht zich, tot staving van de conclusie betreffende het bestaan van een collectieve machtspositie, heeft gebaseerd op gegevens die in de beschikking zijn uiteengezet in verband met het misbruikvraagstuk, wanneer alle betrokken

41 — Zie, bijvoorbeeld, arresten van 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 14; hierna: „arrest Michelin"); 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie (43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 19); 22 januari 1986, Eridania e.a. (250/84, Jurispr. blz. 117, punt 17), en 2 februari 1988, Van der Kooy e.a. (67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219, punt 71).

42 — Arrest van 13 maart 1985 (296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809), punten 19-26 en met name punt 24, waar het Hof met betrekking tot het vereiste dat moest worden aangetoond dat de betrokken staatssteun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedde, oordeelde, dat de beschikking van de Commissie in die zaak onder andere „niets [zei] over de situatie op de betrokken markt".

43 — Arrest van 4 juli 1963, Duitsland/Commissie (24/62, Jurispr. blz. 137).

44 — Arrest België/Commissie (aangehaald in voetnoot 40 supra, punt 89). Zie in dezelfde zin ook punt 109 van mijn conclusie in die zaak.

45 — Arrest van 28 oktober 1981, Krupp/Commissie (275/80 en 24/81, Jurispr. blz. 2489, met name punt 13).

46 — Arrest van 4 juli 1996, Griekenland/Commissie (C-50/94, Jurispr. blz. I-3331, punt 9).

gegevens duidelijk uit de beschikking naar voren komen en in elk geval tijdens de administratieve procedure zijn besproken. [47]

E — *Conclusie*

47. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, het middel in hogere voorziening betreffende de vaststelling van een collectieve machtspositie te verwerpen.

V — De aan Cewal ten laste gelegde misbruiken

48. Ik zal nu achtereenvolgens ingaan op de argumenten van rekwiranten met betrekking tot de misbruiken die door de leden van Cewal zouden zijn begaan.

47 — Mitsdien zou dit geval zelfs niet onder de door advocaat-generaal Léger in zijn conclusie bij het arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865; hierna: „arrest British Gypsum"), besproken categorie vallen, wiens redenering op dit punt door het Hof werd overgenomen (zie punt 11). Deze redenering had betrekking op gevallen waarin de motivering is „bevestigd" door „preciseringen" die de Commissie tijdens de schriftelijke of mondelinge procedure voor de gemeenschapsrechter heeft aangebracht. De advocaat-generaal verwoordde als standpunt, dat „de precisering van een bepaald punt [duidelijk] onderstelt, dat dit punt reeds in de beschikking is *vervat*, hetgeen in casu inderdaad het geval is" (punt 24 van de conclusie).

A — *Het misbruik in verband met Ogefrem*

i) *Achtergrond*

49. In artikel 2 van de beschikking heeft de Commissie geconstateerd, dat Cewal, teneinde zijn concurrent uit te schakelen, onder meer misbruik had gemaakt van zijn gezamenlijke machtspositie door „deel te nemen aan de uitvoering van de samenwerkingsovereenkomst met Ogefrem en herhaaldelijk langs verschillende wegen om strikte naleving ervan te verzoeken". [48] Deze constatering moet worden gelezen in samenhang met de punten 20 tot en met 27 en 63 tot en met 72 van de beschikking, waaruit blijkt dat de gedragingen van Cewal, voor wat betreft de overeenkomst met Ogefrem, volgens de Commissie bedoeld waren om de ontwikkeling van nieuwe concurrentie op de markt voor vrachten tussen Zaïre en Noord-Europa te voorkomen en/of te verflauwen. Allereerst noemt de Commissie in punt 63 van de beschikking het beginsel dat ondernemingen met een machtspositie zich niet met gedragingen mogen inlaten die de handhaving van bestaande of de ontwikkeling van nieuwe concurrentie op de markt waarop zij dominant zijn, in gevaar brengen. [49] Vervolgens formuleert zij in punt 64 het standpunt, zoals weergegeven in artikel 2 van de beschikking, dat het door Cewal gemaakte misbruik bestond in de actieve deelname van Cewal aan de uitvoering van de Ogefrem-overeenkomst en zijn herhaalde verzoeken aan Ogefrem om

48 — Inhoud van de voetnoot is niet van belang voor de Nederlandse versie van de conclusie.

49 — Verwezen wordt naar het arrest Hoffman-La Roche (aangehaald in voetnoot 17 supra).

artikel 1 van die overeenkomst na te leven, teneinde „de enige concurrent op deze route uit te schakelen". Na te hebben opgemerkt dat de reeds bestaande machtspositie van Cewal werd „versterkt" door de Ogefrem-overeenkomst (punt 65), verklaart de Commissie in punt 66, dat Cewal „voortdurend druk [op Ogefrem had] uitgeoefend om ervoor te zorgen dat deze laatste de evengenoemde overeenkomst naleefde, teneinde de voornaamste concurrent uit te schakelen".

50. De Commissie verwierp het verweer van Cewal dat hij gedwongen was zich met dergelijke praktijken in te laten als gevolg van verplichtingen die hem van overheidswege waren opgelegd. Ook verwierp zij het verweer van Cewal dat de verweten gedraging buiten de werkingssfeer van artikel 86 viel, omdat de overeenkomst met Ogefrem zou moeten worden opgevat als een overeenkomst die verplichtingen omvat die van overheidswege of in feite door een overheidsmaatregel zijn opgelegd; volgens Cewal ging het om een consensuele overeenkomst „met betrekking tot de controle op het betreffende vervoer", die door partijen kon worden opgezegd „met inachtneming van een opzegtermijn" (punt 70). Tot slot benadrukte Cewal, „dat de bestaande Zaïrese regelgeving aan de rederijen die lid zijn van de conferences, evenmin de verplichting oplegt om systemen ten uitvoer te leggen, waarvan het kennelijke doel is ervoor te zorgen dat hun eigen schepen de lading toegewezen krijgen, met uitsluiting van de onafhankelijke maatschappijen", om vervolgens te concluderen, dat „het sluiten van de overeenkomst en het herhaaldelijk wijzen van Cewal op de naleving van deze overeenkomst niet voortvloeien uit van overheidswege opgelegde verplichtingen" (punten 71 en 72).

51. In hun aan het Gerecht gerichte verzoekschrift hebben rekwiranten betoogd, dat de hun door de Commissie verweten gedragingen geen schending van artikel 86 van het Verdrag konden opleveren. Zij stelden onder meer, dat de overeenkomst met Ogefrem een concessieovereenkomst was ingevolge welke hun een exclusief recht door de Zaïrese autoriteiten was verleend, dat artikel 86 van het Verdrag hen niet verbood stappen te ondernemen om de naleving van dat recht te verzekeren, en dat de enkele aanzetting tot overheidsactie hoe dan ook geen misbruik in de zin van artikel 86 kon opleveren. Tevens betoogden zij in repliek, dat de beschikking hun recht van verweer schond, aangezien de Commissie hen aanvankelijk in haar mededeling van de punten van bezwaar ook van misbruik van hun machtspositie had beschuldigd door het betrokken exclusieve recht via het sluiten van de Ogefrem-overeenkomst te verwerven, welke beschuldiging niet in de beschikking was terug te vinden.

52. In haar verweerschrift voor het Gerecht stelde de Commissie, dat de overeenkomst met Ogefrem wederkerig, dat wil zeggen consensueel van aard was, en beklemtoonde zij dat het enige door haar vastgestelde misbruik van Cewal bestond in diens uit eigener beweging gedane pogingen, het hem krachtens die overeenkomst verleende exclusieve recht te doen naleven. In dupliek betoogde de Commissie, dat de argumenten van rekwiranten betreffende het feit dat hun een eerlijk proces was ontzegd, niet-ontvankelijk waren, aangezien zij een nieuw rechtsmiddel ex artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht vormden; zij achtte deze argumenten in elk geval ongegrond, aangezien er geen wezenlijk verschil bestond tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking, nu verzoeksters in laatstgenoemd document

slechts schuldig waren bevonden aan een deel van het in eerstgenoemd document ten laste gelegde.

53. In het bestreden arrest heeft het Gerecht om te beginnen opgemerkt, dat de zaak betrekking had op het gestelde misbruik door de leden van Cewal van hun machtspositie, en dat „nu alleen een eenzijdige gedraging van Cewal in het geding [was], de precieze aard van de overeenkomst tussen Cewal en Ogefrem niet doorslaggevend [was] voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag" (punt 103). Onder verwijzing naar het arrest Bodson [50] heeft het Gerecht verklaard, dat ook al zou de Ogefremovereenkomst een concessie aan Cewal behelzen, „dat immers niet voldoende [is] om misbruik van haar kant uit te sluiten". De reden hiervan was dat het Gerecht, gelet op de eerste en tweede alinea van de Ogefrem-overeenkomst, van oordeel was, dat Cewal had kunnen instemmen met een afwijking van het hem ingevolge die overeenkomst verleende exclusieve recht. Dus ook al zou die overeenkomst moeten worden opgevat als een publiekrechtelijke concessie, dan nog was er geen conflict „tussen het Verdrag" en „de opzet van de overeenkomst", omdat de overeenkomst „een mogelijkheid tot concurrentie bood", zodat de leden van Cewal „de uitvoering kon[den] [aanpassen] aan de vereisten van artikel 86 van het Verdrag" (punt 104).

54. Bijgevolg heeft het Gerecht geoordeeld, dat „in de beschikking terecht het gedrag van Cewal bij de uitvoering van de overeenkomst wordt onderzocht" (punt 105). Na te hebben opgemerkt, dat niet werd betwist dat „bij Ogefrem stappen [waren] ondernomen om te bewerkstelligen dat G & C van de markt zouden worden gedrongen", is het Gerecht overgegaan tot een kwalificatie van die stappen. Het wees daartoe in de eerste plaats op de „bijzondere verantwoordelijkheid" van een onderneming met een machtspositie „om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt" [51] en vervolgde dat, hoewel dergelijke ondernemingen „in de mate van het redelijke [mogen] handelen (...) ter verdediging van (...) haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen" [52], zij daarmee niet mogen proberen hun machtspositie te versterken. Deze beginselen toepassende op het gedrag van Cewal, heeft het Gerecht geoordeeld, dat „een onderneming met een machtspositie die een exclusief recht geniet, dat een van haar toestemming afhankelijke mogelijkheid tot afwijking kent, gehouden is om van het haar bij de overeenkomst toegekende vetorecht met betrekking tot de toegang van derden tot de markt een redelijk gebruik te maken"; op grond van het feitelijk bewijs waarover het beschikte, was het Gerecht van oordeel, dat „de leden van Cewal dit niet [hadden] gedaan" (punt 108). Het heeft derhalve overwogen, dat „de Commissie zich terecht op het standpunt heeft kunnen stellen dat de leden van Cewal, door actief deel te nemen aan de uitvoering van de overeenkomst met Ogefrem en door herhaaldelijk om strikte naleving van die overeenkomst te vragen, in het kader van een plan om de enige onafhankelijke reder uit te schakelen wiens toegang tot de markt was toegestaan door Ogefrem, inbreuk hebben gemaakt op artikel 86 van het Verdrag" (punt 109). Het Gerecht beschouwde tevens als „niet ter zake dienend" het argument van rekwiranten, dat het aanzetten van een regering tot

50 — Aangehaald in voetnoot 26 supra.

51 — Punt 106, met aanhaling van zijn arrest van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie (T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 114).

52 — Punt 107, met aanhaling van zijn arrest British Gypsum (aangehaald in voetnoot 47 supra, punt 69).

actie geen misbruik kan opleveren, „nu een dergelijke handelwijze in casu niet ten laste kan worden gelegd" (punt 110). Tot slot heeft het het middel van rekwiranten, ontleend aan het verschil tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking ter zake van het vermeende misbruikkarakter van het sluiten van de overeenkomst met Ogefrem, niet-ontvankelijk verklaard; het gaf echter tevens te kennen, dat bedoeld verschil de rechten van verzoeksters niet kon hebben aangetast (punt 113).

ii) *Samenvatting van de in de hogere voorziening ingediende opmerkingen*

55. Dit middel van rekwiranten valt in vier onderdelen uiteen. Ten eerste betogen zij, primair, dat het Gerecht hun recht op een eerlijk proces heeft geschonden door de in de beschikking vervatte tenlastelegging in verband met Ogefrem te vervangen door een volledig nieuwe tenlastelegging betreffende het gestelde verzuim om een redelijk gebruik te maken van hun vetorecht. Volgens hen bestaat er een fundamenteel verschil tussen het verzoek aan een overheidsinstantie om op te treden enerzijds en het via de uitoefening van een formeel vetorecht weerhouden van een dergelijke instantie om actie te ondernemen anderzijds, omdat het bestaan van een vetorecht op een situatie wijst waarin de houder van dat recht „de macht tot blokkeren" heeft. In de tweede plaats zijn rekwiranten van mening, dat deze herformulering van de tenlastelegging het Gerecht in staat heeft gesteld om zowel voorbij te gaan aan het tweeledige karakter van de aanvankelijk tegen hen in de mededeling van de punten van bezwaar geuite en in de beschikking (zij het in een andere vorm) gehandhaafde beschuldigingen, als om ten onrechte als niet ter zake doende te kwalificeren hun stelling, dat het enkele aanzetten van een regering tot het ondernemen van actie geen misbruik van een machtspositie kan opleveren. In de derde plaats stellen rekwiranten, dat aangezien het Gerecht de opvatting huldigde dat de leden van Cewal niet ten laste was gelegd, dat zij hadden nagelaten de overeenkomst te beëindigen of dat zij een regering tot een bepaald handelen hadden aangezet, het niet — zonder zichzelf tegen te spreken — had mogen concluderen dat de Commissie hun actieve deelname aan de uitvoering van de overeenkomst terecht als misbruik had gekwalificeerd. In de vierde plaats betogen rekwiranten, dat het niet achterwege laten van de uitoefening van exclusieve rechten geen misbruik in de zin van artikel 86 kan opleveren.

56. De Commissie ontkent, dat het recht van rekwiranten op een eerlijk proces is geschonden. Zij stelt dat de verwijzing van het Gerecht naar het „gebruik van het vetorecht" enkel neerkomt op een andere uitlegging van de in de beschikking vervatte constatering dat het misbruik de actieve pogingen van Cewal omvatte om te verzekeren dat de voorwaarden van de Ogefrem-overeenkomst door Ogefrem werden nageleefd. De Commissie betoogt, dat het sluiten van de overeenkomst noch het verzuim van Cewal om de overeenkomst op te zeggen, onderdeel van het gestelde misbruik vormen. De „act of state"-doctrine waarop rekwiranten zich hebben beroepen, was ter zake niet relevant, omdat de overeenkomst, zoals het Gerecht heeft vastgesteld, de leden van Cewal de mogelijkheid bood in overeenstemming met de communautaire mededingingsvoorschriften te handelen, terwijl ook de „Noerr-Pennington"-doctrine [53] niet van belang was, omdat het aanzetten van een regering tot een bepaald handelen niet ten laste was gelegd.

53 — Een andere doctrine uit de Verenigde Staten, die de enkele mededeling van gegevens aan regeringsautoriteiten ter beïnvloeding van wetgevend of uitvoerend overheidshandelen beschermt.

iii) *Analyse van de middelen van rekwiranten*

a) Het recht op een eerlijk proces

57. Mijns inziens hebben rekwiranten het bestreden arrest ten onrechte aldus opgevat, dat daarin de nieuwe beschuldiging is geuit dat zij geen redelijk gebruik hebben gemaakt van een vetorecht. In punt 109 (aangehaald in punt 54 supra) heeft het Gerecht uitdrukkelijk de voornaamste vaststellingen van de Commissie van misbruik opleverende handelingen in verband met de Ogefrem-overeenkomst, bevestigd. In de daaraan voorafgaande analyse, met name in punt 105, heeft het Gerecht het gedrag van Cewal bij de uitvoering van de Ogefrem-overeenkomst, zoals uiteengezet in de beschikking, samengevat en heeft het vervolgens gewezen op de onbetwistbare beginselen waaraan het gedrag van ondernemingen met een machtspositie is onderworpen.

58. De verwijzingen van het Gerecht naar een „vetorecht" doen niet af aan de kwalificatie van het misbruik, dat blijft bestaan in het actief aandringen op een strikte eerbiediging van de exclusieve positie van Cewal. Het Gerecht was evenwel bereid, zonder dit hardop uit te spreken, van de veronderstelling uit te gaan dat de overeenkomst met Ogefrem neerkwam op een overheidsconcessie, en op grond van die veronderstelling onder de aandacht te brengen, dat zij een mechanisme bevatte ter oplossing van conflicten tussen het Verdrag en de overeenkomst, gezien als overheidsconcessie. De verwijzing naar het „vetorecht" is dan ook niet bedoeld om een vorm van misbruik te beschrijven, doch is veeleer een reactie op het door verzoeksters aangevoerde argument, dat hun gedrag hun in zekere zin was opgelegd door de voorwaarden van de vermeende overheidsconcessie.

59. Mitsdien ben ik van mening, dat het eerste argument van rekwiranten, namelijk dat het Gerecht hun een eerlijk proces heeft ontzegd door hun ten laste te leggen dat zij geen redelijk gebruik hebben gemaakt van een vetorecht, moet worden verworpen.

b) Het middel betreffende het aanzetten van een regering tot een bepaald handelen

— Inleiding

60. De enkele omstandigheid dat het recht van rekwiranten op een eerlijk proces niet is geschonden, volstaat echter niet om hun hogere voorziening te verwerpen, aangezien rekwiranten tevens de juridische juistheid hebben betwist van de kwalificatie van hun gedrag als misbruik. De benadering van het Gerecht werpt, in samenhang met het tweede middel, de vraag op, of de precieze aard van de overeenkomst terecht als niet ter zake doende is aangemerkt en dus of de mogelijkheid terecht van de hand is gewezen, dat het gelaakte gedrag slechts

neerkwam op een poging van Cewal om druk op de regering uit te oefenen.

61. Het bestreden arrest gaat volledig voorbij aan de aard van de Ogefrem-overeenkomst. Volgens het Gerecht beschikten de leden van Cewal, ongeacht de precieze juridische status van de overeenkomst, over een zekere mate van discretionaire vrijheid en zelfstandigheid bij de uitvoering daarvan.

62. Vaststaat, dat omdat de enkele aanwezigheid van ondernemingen met een machtspositie op een markt tot verflauwing van de concurrentie leidt, die ondernemingen geen gedrag mogen aannemen dat mogelijkerwijs niet laakbaar is wanneer bedrijven zonder machtspositie zich ermee inlaten. [54] Dit geldt a fortiori indien, zoals in casu, sprake is van een quasi-monopolie. [55] Niettemin moet de materiële werkingssfeer van die bijzondere verantwoordelijkheid „worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt". [56]

54 — Zie arresten Hoffmann-La Roche (aangehaald in voetnoot 17 supra, punt 120), en Michelin (aangehaald in voetnoot 41 supra, punt 57).

55 — Arrest Hoffman-La Roche, punt 39.

56 — Arrest van 14 november 1996, Tetra Pak/Commissie (C-333/94 P, Jurispr. blz. I-5951, punt 24; hierna: „arrest Tetra Pak II").

— Het belang van de „act of state"-doctrine

63. Rekwiranten betogen, dat hun gedrag slechts kan worden gekenschetst als het uitoefenen van druk op de Zaïrese autoriteiten om een overheidsconcessie na te leven. Tijdens de mondelinge behandeling is door de Commissie niet bestreden, dat gedrag bestaand in het louter aanzetten van de regering van een derde land tot het verrichten van een bepaalde handeling, niet kon worden beschreven als misbruik van een machtspositie. Zij onderstreepte in dat verband evenwel, dat rekwiranten in casu partij waren bij een commerciële overeenkomst met wederzijdse verplichtingen en voordelen, en dat het aandringen op naleving van de voorwaarden van die overeenkomst verder ging dan het louter uitoefenen van druk.

64. Het Gerecht verklaarde in punt 110 van het bestreden arrest:

„Het argument van verzoeksters dat het geen misbruik kan opleveren om een regering te bewegen een bepaalde handeling te verrichten, is niet ter zake dienend, nu een dergelijke handelwijze in casu niet ten laste wordt gelegd."

Ik denk niet, dat de kwestie zo eenvoudig op te lossen is. Het misbruik waaraan

Cewal schuldig is bevonden, bestond in pogingen om de overeenkomst met Ogefrem te doen naleven. Rekwiranten (voorheen verzoeksters) brengen hier tegenin, dat die pogingen geen misbruik kunnen opleveren, omdat zij enkel bestaan in het bewegen van een regering tot het verrichten van een bepaalde handeling. Dat de Commissie dit gedrag niet als zodanig heeft gekwalificeerd, is niet van beslissend belang voor de wezenlijke aard ervan.

65. Ik stel dan ook voor om, voor zover noodzakelijk, de grief van rekwiranten te onderzoeken dat het Gerecht niet is ingegaan op hun middel dat de Ogefrem-overeenkomst in de ongebruikelijke bewoordingen van de Commissie een wederkerige, dat wil zeggen consensuele overeenkomst was. De essentiële bevindingen staan in de punten 70 tot en met 72 van de beschikking, welke luiden als volgt:

„70 De in overweging 24 bedoelde overeenkomst tussen Ogefrem en Cewal kan niet worden beschouwd als een nationale regelgeving die de leden van Cewal ertoe verplicht te handelen zoals zij gedaan hebben. Integendeel, zoals de titel en inhoud van de overeenkomst aangeven, is de overeenkomst als zodanig geen voorschrift van overheidswege, omdat het gaat om een overeenkomst die aan beide ondertekenaars verplichtingen oplegt met betrekking tot de controle op het betreffende vervoer en die het de ondertekenaars mogelijk maakt de overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn. In elk geval heeft Cewal, die bij Ogefrem nadrukkelijk op de naleving van de overeenkomst heeft aangedrongen teneinde zijn voornaamste concurrent uit te schakelen, de overeenkomst geaccepteerd.

71 Voorts moet worden benadrukt dat de bestaande Zaïrese regelgeving aan de rederijen die lid zijn van de conferences, evenmin de verplichting oplegt om systemen ten uitvoer te leggen, waarvan het kennelijke doel is ervoor te zorgen dat hun eigen schepen de lading toegewezen krijgen, met uitsluiting van de onafhankelijke maatschappijen.

72 Derhalve blijkt dat het sluiten van de overeenkomst en het herhaaldelijk wijzen van Cewal op de naleving van deze overeenkomst niet voortvloeien uit van overheidswege opgelegde verplichtingen."

66. Rekwiranten beroepen zich met name op bepaalde beginselen die zijn ontwikkeld in de antitrustrechtspraak van de Verenigde Staten. Zij erkennen, dat het gemeenschapsrecht dergelijke beginselen niet kent. Dit onderdeel van het betoog van rekwiranten hangt er in hoofdzaak van af, of zij slagen in het bewijs, dat de overeenkomst met Ogefrem een handeling is ter uitoefening van de soevereine macht van de Zaïrese regering.

67. Verzoeksters hebben voor het Gerecht betoogd, dat het louter aanzetten van een

regering tot een bepaald handelen geen misbruik van een machtspositie kan opleveren. Het blijkt dat de rechterlijke instanties van de Verenigde Staten in het kader van de „act of state"-doctrine, in samenhang met het „comitas gentium"-beginsel, hebben geoordeeld, dat handelingen (zelfs onwettige) tot het aanzetten of overreden van een buitenlandse soevereine macht om een bepaalde actie te ondernemen, buiten de werkingssfeer van de antitrustregelgeving vallen. [57] Gezien mijn standpunt over de aard van de overeenkomst met Ogefrem acht ik het niet nodig, nader op deze doctrine in te gaan. Uiteraard spreekt het voor zich, dat het enkele feit dat een lidstaat een wettelijk monopolie creëert door middel van de toekenning van exclusieve rechten, geen inbreuk maakt op artikel 86. [58] Een logisch gevolg hiervan is ongetwijfeld, dat handelingen om een lidstaat ertoe te bewegen een dergelijk monopolie te creëren, eveneens buiten de werkingssfeer van artikel 86 vallen. Het Hof heeft evenwel ook duidelijk gemaakt, dat dergelijke ondernemingen „onderworpen [blijven] aan de mededingingsregels van het Verdrag, inzonderheid die van artikel 86". [59] Per extensiam is de veronderstelling gewettigd, dat deze beginselen ook gelden ten aanzien van het creëren van wettelijke monopolies door buitenlandse regeringen. Alsdan kan artikel 9 van de verordening van 1986 relevant zijn voor de oplossing van conflicten met de communautaire mededingingsvoorschriften.

68. Het „act of state"-beginsel vindt echter geen toepassing, indien de Ogefrem-overeenkomst geen eenzijdige handeling van een soevereine macht, doch, zoals de Commissie heeft geoordeeld, in werkelijkheid een consensuele overeenkomst is. Met het oog daarop lijkt het mij niet van belang dat, zoals ongetwijfeld terecht door rekwiranten naar voren is gebracht, Ogefrem geen onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 is. In de eerste plaats bestaat het beweerde misbruik in het aandringen op de naleving van het krachtens de overeenkomst verleende exclusieve recht en niet in het sluiten zelf van die overeenkomst. In de tweede plaats hangt de toepasselijkheid van artikel 86 op een onderneming in een positie als die van Cewal er niet van af, of de Ogefrem-overeenkomst een overeenkomst in de zin van artikel 85 is.

69. In het licht van het voorgaande zal ik mij beperken tot een samenvatting van het betoog van rekwiranten betreffende het „act of state"-karakter van de overeenkomst, zoals dat in de zeer uitgebreide schriftelijke stukken die bij het Gerecht en dit Hof zijn ingediend, is gehouden.

70. Allereerst hechten rekwiranten groot belang aan de Unctad-gedragscode van 1974, die in 1983 in werking is getreden en die ik hierboven in punt 5 heb genoemd. Verordening (EEG) nr. 954/79 van de Raad van 15 mei 1979 [60] voorzag in de ratificatie daarvan door de lidstaten. Krachtens artikel 2 van de gedragscode dient conferentiehandel volgens een „40:40:20"-verdeelsleu-

57 — Als voorbeeld noemden zij de zaak American Banana v United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909), en een uitspraak van de Federal Court of California in de zaak Occidental Petroleum Corp. v Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971), per curiam bevestigd, 461 F.2d1261 (9th CIR) en certiorari geweigerd, 409 US 950 (1972).

58 — Zie, onder meer, arresten van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261, punt 17; hierna: „arrest Télémarketing"), en 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 40).

59 — Arrest Télémarketing (aangehaald in voetnoot 58 supra, punt 17).

60 — Verordening (EEG) nr. 954/79 van de Raad van 15 mei 1979 betreffende de bekrachtiging door de lidstaten van of de toetreding van de lidstaten tot het Verdrag van de Verenigde Naties inzake een gedragscode voor lijnvaartconferences (PB L 121, blz. 1).

tel te worden verdeeld tussen twee bij de conference aangesloten staten. Deze handel is in dier voege te verdelen, dat de nationale scheepvaartmaatschappijen van de twee staten waartussen een verbinding bestaat, elk 40 % krijgt toebedeeld, terwijl 20 % wordt toebedeeld aan een bij die conference aangesloten scheepvaartmaatschappij uit een derde land. Vaststaat, dat er van meet af aan ernstige meningsverschillen over de correcte uitlegging van de gedragscode bestonden tussen de lidstaten van de OESO en een aantal Afrikaanse staten, waaronder Zaïre. Volgens eerstgenoemde organisatie bleek uit zowel de heldere formulering als de context van de gedragscode, dat deze uitsluitend geldt voor conferencehandel. Volgens de Afrikaanse staten daarentegen was de gedragscode van toepassing op alle lijntransporten.

71. Verzoeksters hebben uitvoerig de stappen beschreven die door een aantal Afrikaanse staten, en Zaïre in het bijzonder, zijn ondernomen om hun uitlegging op te leggen, teneinde hun nationale scheepvaartmaatschappijen te beschermen. Zaïre heeft in 1980 het publiekrechtelijke lichaam Ogefrem opgericht, dat in 1983 operationeel werd ingevolge de „Ordonnance Presidentielle No 80-256". De taken van Ogefrem omvatten het toezicht op ladingen en het onderhandelen over vrachttarieven, de bescherming van de winstgevendheid van de nationale scheepvaartmaatschappij, de Compagnie Maritime Zaïroise (hierna: „CMZ") en de behartiging van de Zaïrese scheepvaartbelangen.

72. Ingevolge een andere wetgevende handeling, de „arrêté d'exécution No 001-83" van 17 januari 1983, was de 40:40:20-verdeelsleutel van de Unctad van toepassing op de verdeling van alle ladingen. Cewal en andere behartigers van Europese scheepvaartbelangen, de lidstaten en de Commissie deden uitgebreide, doch vergeefse politieke en andere pogingen om herziening of wijziging van dit beleid te bewerkstelligen.

73. Ogefrem legde Cewal vanaf 1984 een aantal aanvullende financile en administratieve lasten op, waaronder de betaling door elk lid van Cewal van een waarborgsom van $ 10 000 USD aan Ogefrem en de betaling van een commissie van 3 % over het vrachttarief, naar werd beweerd ter bescherming van de deelneming van CMZ in 40 % van de ladingen.

74. In deze omstandigheden stelt Cewal, dat de overeenkomst met Ogefrem hem is opgelegd. Ten bewijze met name dat de overeenkomst onder andere „voortvloeit uit de Ordonnance 80-256", haalt Cewal de bewoordingen ervan aan en betoogt hij, dat hij zich niet kon verzetten tegen de oplegging door een regering van een overeenkomst tot uitvoering van een beleid dat van vitaal belang was voor zijn handel.

75. Ofschoon de Commissie het merendeel van de opgesomde feiten niet bestrijdt, stelt zij dat de overeenkomst met Ogefrem niet

het karakter van een opgelegde „act of state" heeft, doch een overeenkomst vormt met wederzijdse verplichtingen en voordelen.

76. In de eerste plaats brengt zij naar voren, dat rekwiranten een fundamentele denkfout ten aanzien van de gedragscode maken. De toepassing van de 40:40:20-verdeelsleutel van de Unctad op alle lijnvervoer en het aandeel van het lijnvervoer dat door conferences wordt vervoerd, zijn volgens haar totaal verschillende zaken, zodat er geen logisch verband bestaat tussen het aandeel van de Afrikaanse nationale lijnen in hun totale marktaandeel en het exclusieve recht van conferences. Kortom, de garantie dat 40 % van alle lading aan die rederijen wordt toebedeeld, betekent niet dat de resterende 60 % volledig aan leden van de lijnvaartconferences toekomt.

77. Wat betreft de voorwaarden van de overeenkomst met Ogefrem, verwijst de Commissie naar de bepaling inzake de eenzijdige opzegging door elk van beide partijen met inachtneming van een termijn van één jaar, de bepaling inzake de beslechting van geschillen door arbitrage en het kennelijk door Cewal behaalde succes om via onderhandelingen een verlaging van de commissie van 3 % naar 0,5 % te bewerkstelligen. Voorts wijst de Commissie de kwalificatie van de overeenkomst als een overheidsconcessie af. Dat zou volgens haar namelijk wetgeving vooronderstellen die voorziet in de verlening van een exclusief recht door middel van een administratieve procedure.

— De daadwerkelijke aard van de Ogefrem-overeenkomst

78. Erkend moet worden, dat het beleid van de Zaïrese regering, evenals dat van verscheidene andere Afrikaanse staten, erop was gericht de Unctad-verdeelsleutel van 40:40:20, zo nodig bij wet, toe te passen op alle ladingen en niet uitsluitend op conferencehandel. Met het oog daarop heeft zij Ogefrem opgericht, waaraan uitgebreide bevoegdheden werden toegekend om de scheepvaart met bestemming en/of afkomstig van Zaïre te reguleren en toezicht daarop uit te oefenen. Ik ben het echter met de Commissie eens, dat de lezing van Zaïre van de 40:40:20-verdeelsleutel van de Unctad niet de poging van Cewal rechtvaardigt om vervoer door niet bij een conference aangesloten rederijen uit te sluiten. De desbetreffende argumenten van rekwiranten zijn hogelijk inconsistent. Enerzijds benadrukken zij, dat de Zaïrese regering ten onrechte heeft getracht de verdeelsleutel op alle vervoer toe te passen. Anderzijds dringen zij erop aan, dat deze uitlegging ten voordele van henzelf wordt toegepast. In feite kwamen hun handelingen neer op een poging hunnerzijds om niet-conferencelijnen van de Zaïrese markt uit te sluiten.

79. Ook de door rekwiranten beschreven moeilijkheden bij hun omgang met Ogefrem gaan niet verder dan de vaststelling van een zekere ongelijkheid van onderhandelingsmacht. Ondanks de vele beschreven problemen, wenste Cewal de exploitatie van de conferencelijn waarop hij, zoals toegegeven, de facto een monopolie had,

voort te zetten. Zo had Cewal er reeds mee ingestemd, zij het met tegenzin, om 40 % van het vervoer af te staan aan CMZ, die lid van de Cewalconference werd.

80. Vervolgens moet de, in het Frans opgestelde, tekst van de Ogefrem-overeenkomst worden onderzocht. Het feit dat in de aanhef van de overeenkomst verschillende Zaïrese wettelijke handelingen en instrumenten worden aangehaald, acht ik onvoldoende om de overeenkomst als een soevereine handeling van de Zaïrese overheid te kwalificeren. Zo wordt bijvoorbeeld een resolutie aangehaald van de Ministerial Conference of Central and West Africa, waarin de bij die conference aangesloten rederijen van de lidstaten worden uitgenodigd, met de Centraal- en West-Afrika bedienende scheepvaartconferences afgestemde actie te ondernemen, teneinde vrachttarieven te stabiliseren en hun statuten in overeenstemming te brengen met de Code of Conduct for Maritime Conferences. Ook de opsomming in de preambule van Ogefrems eigen hoofddoelstellingen beperkt niet de aard van de overeenkomst zelf. In de preambule worden de status en doelstellingen van Ogefrem uiteengezet. Hieruit blijkt niet, dat de inhoud van de „samenwerkings"-overeenkomst een „act of state" is, die het karakter draagt van een wettelijke handeling tot verlening van een recht van monopolie.

81. Blijkens het dispositief ervan is de overeenkomst met Ogefrem niets anders dan een gewone overeenkomst. De exclusiviteitsclausule in artikel 1 vormt de kern van de overeenkomst. Zij strekt niet tot de uitoefening van enige wettelijke of administratieve bevoegdheid. Ik ben het met de Commissie eens, dat de overeenkomst geen specifieke grondslag biedt voor de verlening, door middel van een overheidsconcessie, van een wettelijk recht. In feite is de clausule eenvoudigweg geredigeerd als een gezamenlijke of wederzijdse verplichting. Voor het overige voorziet het dispositief van de overeenkomst in verplichtingen van algemene aard betreffende het bijhouden en uitwisselen van statistische gegevens (artikel 6), de afdracht van een afgesproken percentage van de vracht als betaling aan Ogefrem (artikel 7), het bijhouden van boekhoudkundige verslagen (artikelen 8 en 9) en de inachtneming van overeengekomen tarieven (artikel 10). Krachtens artikel 11 is de overeenkomst gesloten voor één jaar, doch wordt zij automatisch verlengd, behoudens in geval van opzegging door een der partijen met inachtneming van een termijn van één jaar. Tot slot voorziet artikel 12 in de verplichte voorlegging van geschillen aan een scheidsrechterlijk college van drie personen, waarvan er één door elk van beide partijen en één door de aldus verkozenen wordt aangewezen.

82. Naar mijn mening verleent de formulering van de Ogefrem-overeenkomst, noch de door rekwiranten beschreven wettelijke achtergrond, noch de omstandigheden waarin de overeenkomst is gesloten, de overeenkomst het karakter van een handeling van een soevereine macht houdende verlening van een vorm van publiekrechtelijke concessie, zoals door rekwiranten is betoogd. Bijgevolg is het voor het doel van de onderhavige hogere voorziening niet noodzakelijk, de rol te bepalen die ingevolge het gemeenschapsrecht aan de „state of act"-doctrine toekomt.

83. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, het tweede onderdeel van het middel, betreffende de overeenkomst met Ogefrem, te verwerpen.

c) De gestelde tegenstrijdigheid in het bestreden arrest

84. Het standpunt dat ik heb ingenomen met betrekking tot de aard van de overeenkomst met Ogefrem leidt er onvermijdelijk toe, dat het derde en het vierde argument van rekwiranten moeten falen. Rekwiranten verwijten het Gerecht een tegenstrijdige redenering, aangezien het enerzijds stelt dat aan Cewal niet het aanzetten van een regering tot het verrichten van een bepaalde handeling ten laste is gelegd (punt 110 van het arrest), terwijl het anderzijds verklaart, dat de Commissie „zich terecht op het standpunt heeft kunnen stellen dat de leden van Cewal, door actief deel te nemen aan de uitvoering van de overeenkomst met Ogefrem en door herhaaldelijk om strikte naleving van die overeenkomst te vragen, inbreuk hebben gemaakt op artikel 86 van het Verdrag" (punt 109 van het arrest). Het arrest is niet innerlijk tegenstrijdig. Het Gerecht beschouwde het op uitsluiting gerichte gedrag van Cewal in laatstgenoemd punt niet als „[het bewegen van] een regering een bepaalde handeling te verrichten" in de door verzoeksters betoogde zin. En naar ik aanneem, toont mijn eigen analyse van de aard van de Ogefrem-overeenkomst aan, dat deze overeenkomst in feite niet het karakter van een overheidshandeling droeg, hetgeen een einde maakt aan elke mogelijke innerlijke tegenstrijdigheid.

d) De toelaatbaarheid van het gedrag van Ogefrem in het licht van artikel 86

85. Ook het vierde argument van rekwiranten, te weten dat artikel 86 zich er niet tegen verzet dat een onderneming waaraan op rechtmatige wijze een wettelijk exclusief recht is verleend, op naleving van dat recht aandringt, is een soortgelijk lot beschoren. Rekwiranten beroepen zich op de vaste rechtspraak van het Hof, dat „het monopolie van een onderneming waaraan een lidstaat uitsluitende rechten in de zin van artikel 90 EEG-Verdrag heeft verleend, niet als zodanig onverenigbaar is met artikel 86". [61] Aangezien in casu geen sprake is van een dergelijk monopolie, is dit vraagstuk eenvoudigweg niet aan de orde. Bovendien zij hier herinnerd aan de opvatting van het Gerecht (punten 104 en 108), dat de leden van Cewal volgens de formulering van de Ogefrem-overeenkomst over een mechanisme beschikten om de markt open te stellen voor concurrentie. Zij kozen ervoor om erop aan te dringen, geen gebruik van deze mogelijkheid te maken.

86. Bijgevolg ben ik van mening, dat ook het vierde argument van rekwiranten — en daarmee het middel betreffende de vaststelling van misbruik in verband met de Ogefrem-overeenkomst in zijn totaal — moet worden verworpen.

B — *Het gebruik van „fighting ships"*

i) *Inleiding*

87. De hogere voorziening, voor zover gericht tegen de vaststelling van misbruik

61 — Arrest Télémarketing (aangehaald in voetnoot 58 supra, punt 17). Appellanten halen daarnaast het arrest aan van 30 april 1974, Sacchi (155/73, Jurispr. blz. 409).

door middel van de praktijk van „fighting ships", kent zowel een procedureel als een inhoudelijk aspect.

88. De procedurele grief valt uiteen in een primair en subsidiair aspect. Rekwiranten stellen in de eerste plaats, dat hun recht van verweer tijdens de administratieve procedure is geschonden, omdat de Commissie in haar beschikking iets anders ten aanzien van de prijspraktijk van de „fighting ships" had vastgesteld dan zij in de mededeling van de punten van bezwaar had gedaan, en dat het Gerecht in rechte heeft gedwaald door deze grief ongegrond te verklaren.

89. De Commissie brengt hiertegen in, dat deze grief niet-ontvankelijk is en was, omdat ze niet in het oorspronkelijke verzoekschrift aan het Gerecht, doch eerst in repliek is geuit.

90. Rekwiranten repliceren, met verwijzing naar de uitzondering van artikel 48, lid 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, dat eerst tijdens het verweer van de Commissie voor het Gerecht is gebleken, dat er een inhoudelijk verschil *bestond* tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking. Dit trad dus eerst in de loop van het geding aan het licht.

91. Het Gerecht heeft evenwel geoordeeld (punt 140), dat het verweerschrift geen nieuwe gegevens bevatte en volkomen in overeenstemming was met de beschikking.

92. Subsidiair betogen rekwiranten, dat het Gerecht hun recht op verweer heeft geschonden aangezien het, door geen verschil aanwezig te achten tussen de beschikking en het verweerschrift van de Commissie, een nieuw element in de tenlastelegging heeft geïntroduceerd dat, naar zij stellen, niet in de mededeling van de punten van bezwaar was opgenomen. Om deze reden achten zij het gerechtvaardigd, dat de grief voor het eerst in repliek is voorgedragen.

ii) *De middelen betreffende de procedure*

a) Achtergrond

93. In punt 12 van de mededeling van de punten van bezwaar beschreef de Commissie het gestelde gebruik van „fighting ships" door Cewal waarvan sedert het voorjaar van 1988 sprake was, als zijnde bedoeld ter

uitschakeling van de concurrentie van de onafhankelijke rederij (in casu G & C) op de relevante lijnen. De essentiële kenmerken van het aldus beschreven gedrag waren:

— het secretariaat van Cewal stelde de leden op de hoogte van de eerstvolgende afvaarten van G & C;

— ongeveer elke twee maanden werd een vergadering van het „Special Fighting Committee" belegd om de afvaartdata te bepalen van conferenceleden die waren aangewezen om op dezelfde datum of kort vóór of na de afvaartdata van de schepen van G & C af te varen, en om de aan te bieden „vechttarieven" vast te stellen die afweken van de normale tarieflijst van de conference voor dergelijke reizen, welke tarieven werden bepaald aan de hand van de door G & C geboden tarieven;

— de verliezen als gevolg van de toepassing van dergelijke tarieven werden door de leden van de conference gezamenlijk gedragen.

In punt 23 van de mededeling van de punten van bezwaar noemde de Commissie allereerst het gebruik van een methode van „fighting ships", bestaande uit het plannen van afvaarten van Cewal rond de vertrektijden van de schepen van G & C, en de vaststelling van een rotatiesysteem teneinde te verzekeren dat „de aan de operatie verbonden verliezen werden gedeeld" [62], waarna zij stelde dat de „vechttarieven" niet werden vastgesteld aan de hand van economische criteria (dat wil zeggen op basis van de kosten), doch enkel met het doel *lager* uit te vallen dan de door G & C aangekondigde tarieven. Zij beschreef deze praktijk als „de vaststelling van *afbraakprijzen* met het oog op de uitschakeling van een concurrent op de markt". [63]

94. In punt 73 van de beschikking brengt de Commissie naar voren, dat Cewal gebruik maakte van de methode van „fighting ships" om haar voornaamste concurrent op de relevante route uit te schakelen. De gehanteerde praktijk bestond erin:

„dat de schepen van Cewal waarvan de afvaartdatum het dichtst bij die van de G & C-schepen lag, als ‚vechtschepen' of wel ‚fighting ships' werden aangewezen, en dat voor deze aangewezen schepen speciale ‚vechttarieven' werden vastgesteld. De in gemeenschappelijk overleg vastgestelde ‚vecht'-prijzen weken af van de tarieven die normaal door Cewal gehanteerd werden, en werden niet vastgesteld op grond van economische, dat wil zeggen met de kosten verband houdende criteria, maar uitsluitend zodanig dat zij *gelijk aan of lager* waren dan de door G & C bekendgemaakte prijzen; *de inkomstenderving* die dit systeem van prijsvaststelling ten

62 — De beschrijving in de Franse versie van de tekst luidt als volgt: „un partage des pertes liées à l'opération".

63 — De beschrijving in de originele Franse tekst luidt als volgt: „fixation des prix prédatoires en vue d'éliminer un concurrent du marché".

opzichte van het conferencetarief met zich bracht, werd door de leden van Cewal gezamenlijk gedragen. Het is volstrekt duidelijk dat de leden van Cewal aanvaardden dat het systeem van de ‚fighting ships' in beginsel kon leiden tot *inkomstenderving*en die zij voor hun rekening moesten nemen" (cursivering van mij).

In punt 74 van de beschikking wordt verwezen naar een in de literatuur leidende definitie van de praktijk van „fighting ships", die onder meer melding maakt van het specifiek inroosteren van „fighting ships" op dezelfde datum als de afvaarten van de ongewenste concurrent. De Commissie benadrukt evenwel, dat Cewal, gelet op de frequentie van de afvaarten van zijn schepen, zijn vastgestelde dienstregeling in casu niet behoefde te wijzigen.

95. Er wordt derhalve niet van „afbraakprijzen" [64] gesproken, daar de Commissie de betrokken praktijk onderscheidt van de eenzijdige vaststelling van „misbruik opleverende lage prijzen". Deze formulering wordt ook weerspiegeld in de formele conclusie in artikel 2, dat Cewal „[zijn] tarieven [heeft gewijzigd] waarbij van de geldende vrachttarieven wordt afgeweken met het doel tarieven te bieden, die identiek of lager zijn dan die van de voornaamste onafhankelijke concurrent voor schepen die op dezelfde datum of op nabij gelegen data afvaren (de praktijk van de ‚fighting ships')".

64 — De beschikking haalt het arrest aan van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, Jurispr. blz. I-3359; hierna: „arrest Akzo").

96. In hun memorie van repliek voor het Gerecht verklaarden verzoeksters aanvankelijk, dat er geen verschil bestond tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking, doch betoogden zij, dat het verweerschrift van de Commissie een nieuwe definitie bevatte van hun vermeende misbruikgedrag, namelijk door te spreken van de *aanwijzing* in plaats van het *plannen* van de afvaarten van „fighting ships", en van „inkomstenderving" in plaats van „verliezen", en door zich niet te bedienen van het welomschreven begrip „afbraakprijzen". Zij voerden twee juridische argumenten met betrekking tot deze gestelde verschillen aan. In de eerste plaats stelden zij, dat indien de beschikking was gebaseerd op wat zij beschouwden als de „nieuwe" definitie van „fighting ships", zoals had moeten gebeuren, de relevante onderdelen ervan voor nietigverklaring in aanmerking kwamen, omdat Cewal was veroordeeld voor een praktijk die hem in de mededeling van de punten van bezwaar niet ten laste was gelegd. Subsidiair betoogden zij, dat indien de beschikking in werkelijkheid gebaseerd was op de „nieuwe" definitie, zij nog steeds moest worden nietigverklaard, omdat in dat geval sprake was van schending van de motiveringsplicht ex artikel 190 van het Verdrag.

97. In dupliek betwistte de Commissie allereerst de ontvankelijkheid van het argument betreffende de gestelde discrepantie tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking, aangezien dit (in strijd met het bepaalde in artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht) voor het eerst in repliek was voorgedragen. Bovendien, aldus de Commissie, zijn het in de dienstregeling opnemen van speciale afvaarten op hetzelfde tijdstip als de niet-conference-maatschappij, het in rekening brengen van lagere

tarieven of het lijden van verliezen, essentiële kenmerken van ofwel de praktijk van „fighting ships", ofwel van gedrag dat een met artikel 86 van het Verdrag strijdig misbruik oplevert. Wat betreft het gebrek aan overeenstemming tussen de praktijk van „fighting ships" en de in het arrest Akzo veroordeelde prijspraktijken, verwees de Commissie naar punt 80 van haar beschikking, waar zij een uitdrukkelijk onderscheid maakte tussen het onderhavige geval en dat waarop voornoemd arrest zag.

b) Het bestreden arrest

98. Het Gerecht heeft de bewoordingen van de beschikking en het verweerschrift van de Commissie geanalyseerd (punten 138-140) en geoordeeld, dat „genoemde elementen geenszins een nieuwe definitie van de praktijk van ‚fighting ships' ten opzichte van de beschikking invoeren, maar volstrekt verenigbaar zijn met de beschikking" (punt 140). Het heeft vervolgens geconcludeerd: „De premisse van het betoog van verzoeksters is niet juist, zodat *beide* middelen die tegen het begrip ‚fighting ships' zijn aangevoerd, moeten worden verworpen" (punt 140, cursivering van mij).

c) De in de onderhavige hogere voorziening aangevoerde argumenten

99. Het eerste middel dat in hogere voorziening voor het Hof is voorgedragen, heeft betrekking op een beweerd verschil tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking. Bijgevolg moet allereerst worden onderzocht, of dit middel ontvankelijk is.

100. In haar verweerschrift onderstreept de Commissie, daarin ondersteund door interveniënte, dat het Gerecht duidelijk het uitdrukkelijk door rekwiranten verwoorde argument heeft verworpen, dat de door de Commissie in haar verweerschrift voor het Gerecht gehanteerde omschrijving van het ten laste gelegde gedrag afweek van de omschrijving in de beschikking. De Commissie betwist voorts de ontvankelijkheid van de voor het Gerecht, en dus ook in de onderhavige hogere voorziening, voorgedragen middelen dat de beschikking en de mededeling van de punten van bezwaar niet met elkaar overeenstemden. Volgens de Commissie was er geen rechtvaardigingsgrond uit hoofde van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht om dit argument eerst in het stadium van repliek voor het Gerecht aan te voeren, aangezien bezwaarlijk kan worden gesteld, dat de beweerde discrepantie tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking eerst in de loop van het geding voor die rechter aan het licht is getreden. Mitsdien betoogt de Commissie, dat dit middel ingevolge artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, volgens welke bepaling „in hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht niet [mag] worden gewijzigd", ook voor het Hof niet-ontvankelijk moet worden geacht.

101. Rekwiranten houden staande, dat *hun eerst na lezing van het verweerschrift van de Commissie voor het Gerecht duidelijk is geworden, dat de Commissie de aanvankelijk in de mededeling van de punten van*

bezwaar geuite tenlastelegging van een tariefstelling beneden de kostprijs had gewijzigd. Hieronder zal blijken, waarom ik de nadruk op dit argument leg. Rekwiranten verwijzen in de eerste plaats naar hun oorspronkelijke verzoekschrift voor het Gerecht, waar zij ten bewijze van het feit dat zij geen verliezen hadden geleden stelden, dat de Commissie de grief in punt 23 van de mededeling van de punten van bezwaar dat de leden van Cewal verliezen hadden geleden, in de beschikking had laten vallen. Zij verwijzen tevens naar het argument dat zij subsidiair in hun memorie van repliek voor het Gerecht hebben aangevoerd, namelijk dat de beschikking wat betreft het relevante onderdeel daarvan zou moeten worden nietig verklaard, indien zij gebaseerd moest worden geacht op wat zij de „nieuwe" definitie noemen, aangezien de leden van Cewal hierin worden veroordeeld voor een praktijk die hun niet in de mededeling van de punten van bezwaar was ten laste gelegd. Bijgevolg stellen rekwiranten, dat aangezien hun subsidiaire middel een schending door de Commissie van een wezenlijk vormvoorschrift betrof, het Gerecht dit, als middel van openbare orde, *ambtshalve* had moeten opwerpen. [65] Volgens hen is het Gerecht echter niet eens op de ontvankelijkheid ervan ingegaan.

d) Analyse

102. Mijns inziens moet eerst de grief worden onderzocht met betrekking tot de verwerping door het Gerecht van het voornaamste procedurele argument van rekwiranten betreffende de gestelde nieuwe uitlegging van de beschikking die de Commissie, naar zij stellen, in haar verweerschrift heeft voorgestaan. Kortom, verschilde de vermelding in de beschikking van „inkomstenderving" zodanig van de vermelding in de mededeling van de punten van bezwaar van „verliezen", dat de belangen van rekwiranten hierdoor wezenlijk werden aangetast?

103. Volgens mij is het duidelijk, dat het Gerecht de beschikking in punt 141 van het bestreden arrest terecht gebaseerd heeft geacht op inkomstenderving in plaats van op nettoverliezen. Dit blijkt uit de punten 73 en 74 van de beschikking, waar de Commissie respectievelijk verwijst naar „inkomstendervingen" en de aanvaarding door de leden van Cewal van de waarschijnlijkheid van „inkomstendervingen", en naar „financial losses" van de „fighting vessel". De Commissie heeft in haar verweerschrift voor die rechterlijke instantie terecht ontkend, dat de beschikking erop gebaseerd was, dat de betrokken vechttarieven tot daadwerkelijke verliezen leidden.

104. Thans beklagen rekwiranten zich echter over een aanzienlijk verschil tussen de mededeling van de punten van bezwaar en het verweerschrift — hetgeen de strekking van hun subsidiaire middel voor het Gerecht was —, terwijl zij aanvankelijk het standpunt verkondigden, dat er geen sprake van een dergelijk verschil was. Ik onderschrijf de stelling van de Commissie, zoals geponeerd in haar dupliek voor het Gerecht en zoals herhaald in haar verweerschrift voor het Hof, dat voor zover verzoeksters zich in hun repliek voor het Gerecht hadden beroepen op schending van hun recht op verweer ten gevolge van een

65 — Appellanten halen onder meer het arrest aan van 20 februari 1997, Commissie/Daffix (C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983).

beweerd verschil tussen de mededeling van de punten van bezwaar en het verweerschrift, dit middel een niet-ontvankelijk „nieuw middel" is, dat krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet „in de loop van het geding [mag] worden voorgedragen, tenzij het [steunt] op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken". Mitsdien ben ik het met de Commissie eens, dat dit middel krachtens artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof ook voor deze rechter niet-ontvankelijk is. Aangezien het Gerecht echter, niettegenstaande het bepaalde in artikel 48, lid 2, derde alinea, van zijn Reglement voor de procesvoering, dat „de beslissing over de ontvankelijkheid van het middel wordt aangehouden tot het eindarrest", niet is ingegaan op de ontvankelijkheid van dit middel, staat het mijns inziens aan het Hof om bedoelde niet-ontvankelijkheid te motiveren.

105. Ook ben ik het met de Commissie eens, dat rekwiranten niet kunnen betogen, dat zij zich eerst na lezing van het verweerschrift van de Commissie voor het Gerecht bewust zijn geworden van het gestelde verschil tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking.

106. Het is echter de taak van het Hof om te onderzoeken, of er sprake is van „gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken", die kunnen rechtvaardigen dat rekwiranten het betrokken verschil eerst in repliek voor die rechter geldend hebben gemaakt. Volgens mij is dit niet het geval. Blijkens punt 80 van de beschikking is het volkomen duidelijk, dat de Commissie de beschikking heeft gebaseerd op een andere juridische kenschetsing van het gedrag van rekwiranten dan het geval was in het door het Hof onderzochte arrest Akzo. Rekwiranten waren volkomen gerechtigd in hun oorspronkelijke verzoekschrift aan het Gerecht, op te komen tegen die beslissing en tegen schendingen van hun recht van verweer in de administratieve hoorfase voor de Commissie.

107. De argumenten van rekwiranten komen mij niet overtuigend voor en ik acht ze van een gebrekkige logica getuigen. De argumenten betreffende schending van de rechten van verweer zijn voor het eerst aangevoerd in repliek voor het Gerecht en zijn dus kennelijk niet-ontvankelijk. Rekwiranten betogen in repliek, dat zij pas na indiening van het verweerschrift van de Commissie de aard van het hun verweten misbruik konden beoordelen, zulks ten gevolge van een discrepantie tussen het verweerschrift en de beschikking. Door het Gerecht is uitgemaakt, hetgeen ik onderschrijf, dat van dergelijke verschillen geen sprake was. Bijgevolg kunnen rekwiranten zich niet op de gestelde discrepantie blijven beroepen ter rechtvaardiging van de tardieve voordracht, namelijk voor het eerst in repliek, van een middel volgens hetwelk er geen verschillen bestaan tussen de beschikking en het verweerschrift, zoals door hen was betoogd, doch tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschik-

king. Dit middel is duidelijk niet-ontvankelijk.

108. Rekwiranten verweren zich in repliek voor het Hof tegen de stelling van de Commissie, dat hun middel betreffende de mogelijke discrepantie tussen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking niet-ontvankelijk is, met het betoog dat middelen betreffende een beweerde schending van het recht op verweer ten gevolge van een ontoereikende motivering „middelen van openbare orde [zijn] die ambtshalve door de gemeenschapsrechter kunnen en moeten worden opgeworpen". [66] Het Hof heeft geoordeeld, dat „aangezien het onderzoek van dergelijke middelen derhalve in elke stand van het geding kan plaatsvinden, het niet zo [is], dat de verzoeker zich hierop niet meer kan beroepen, enkel op grond dat hij ze niet in zijn klacht heeft opgeworpen". [67]

109. In casu daarentegen vloeit het beweerdelijk door rekwiranten in de loop van de administratieve procedure geleden nadeel voort uit het feit dat de beschikking niet was gebaseerd op wat zij beschouwen als de enige juiste juridische uitlegging van het begrip „afbraakprijzen", welk begrip in de mededeling van de punten van bezwaar is gehanteerd. Op zijn best genomen kan er nadeel zijn ontstaan ten gevolge van het feit dat rekwiranten het gebruik van het begrip „afbraakprijzen" in de mededeling van de punten van bezwaar louter hebben opgevat als een verwijzing naar een prijsbeleid met beneden de kostprijs liggende prijzen, en dat zij zich in het kader van de voorbereiding van hun reactie op dat document enkel hebben geconcentreerd op het voordragen van juridische argumenten gestoeld op hun bewering, dat de door hen gehanteerde vechttarieven niet beneden de kostprijs lagen. Zij hebben echter niet betoogd, dat de Commissie nieuwe, voor hen nadelige gegevens heeft aangevoerd, die zij niet in staat waren te weerleggen. Integendeel, alle gestelde verschillen („aanwijzing" in plaats van „plannen" van schepen; „prijzen gelijk aan of lager dan" in plaats van alleen „lagere prijzen"; „inkomstenderving" in plaats van „verliezen", en weglating van de term „afbraak-") leiden tot een tenlastelegging met een minder ernstige mate van misbruik opleverend gedrag. Op grond hiervan hebben rekwiranten in de administratieve procedure betoogd, dat hun geen misbruik kon worden verweten. Het feit dat dit niettemin is geschied, leidt niet tot schending van de rechten van verweer. In werkelijkheid hebben rekwiranten in het kader van hun uitvoerige voordracht zowel voor het Gerecht als voor het Hof van hun juridisch hoofdargument, te weten dat hun gedrag niet als misbruik had mogen worden aangemerkt omdat er geen sprake was van tarieven beneden de kostprijs, niet aangetoond dat zij in hun belangen zijn aangetast.

110. In deze omstandigheden is er in casu geen enkele reden aanwijsbaar waarom het Hof het middel betreffende het gestelde nadeel waartoe het gebruik van het begrip „afbraakprijzen" voor rekwiranten kan hebben geleid bij de voorbereiding van hun aanvankelijke verweer tegen de mededeling van de punten van bezwaar van de Commissie, ambtshalve zou moeten opwerpen.

66 — Zie arrest Commissie/Daffix (aangehaald in voetnoot 65 supra, punt 24).

67 — Ibidem, punt 25.

iii) *Het misbruikkarakter van het verweten gedrag*

a) De aan de orde gestelde vragen

111. Volgens het bestreden arrest (punt 139) „heeft de Commissie drie elementen in aanmerking genomen die bepalend zijn voor de praktijk van ‚fighting ships' die door de leden van Cewal is gehanteerd om de concurrenten G & C uit te schakelen, namelijk: de aanwijzing als ‚fighting ships' van de schepen waarvan de afvaartdatum het dichtst bij die van de schepen van G & C lag, zonder wijziging van de vastgestelde dienstregeling; de in gemeenschappelijk overleg vastgestelde vechttarieven die afweken van de tarieven die normaal door de leden van Cewal werden gehanteerd, en wel zodanig dat zij gelijk aan of lager waren dan de door G & C bekendgemaakte prijzen, en de daaruit voortvloeiende inkomstenderving die door de leden van Cewal werd gedragen".

112. Men zou kunnen stellen, dat het belangrijkste vraagstuk van algemeen belang dat in de onderhavige hogere voorziening wordt opgeworpen, betrekking heeft op de juistheid van het standpunt van de Commissie, zoals door het Gerecht bevestigd, dat de door de leden van Cewal gehanteerde methode van „fighting ships" weliswaar geen nettoverliezen met zich meebracht, doch niettemin een met artikel 86 van het Verdrag strijdig misbruik opleverde en niet, zoals rekwiranten hebben gesteld, een redelijke reactie van een dominante onderneming vormde op concurrentie in de vorm van de binnenkomst van een nieuwe concurrent op de markt waarop zij actief is. De Commissie baseerde de beschikking (zie punten 72 en 73) niet op verliezen, doch op inkomstendervingen die door de leden van Cewal werden geleden als gevolg van het bestreden gedrag. Het wezenlijke aspect van de hogere voorziening van rekwiranten kan derhalve worden behandeld op de grondslag dat, in tegenstelling tot de verkopen beneden de kostprijs waar het in de zaak Akzo om draaide, de door Cewal toegepaste vechttarieven weliswaar boven de kostprijs lagen, doch niettemin een „daaruit voortvloeiende inkomstenderving" voor conferenceleden met zich brachten. [68]

113. De relevante punten van het bestreden arrest zijn de punten 146 tot en met 148:

„146 Zoals reeds gezegd, verliest een onderneming met een machtspositie volgens vaste rechtspraak niet om die reden het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen en moet haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid worden gelaten te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar is dat gedrag niet toelaatbaar wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik leidt (zie onder meer het arrest BPB Industries en British Gypsum, punt 69). [69]

68 — Zie punt 139 van het arrest van het Gerecht.

69 — Het Gerecht heeft verwezen naar zijn arrest in de zaak British Gypsum (aangehaald in de voetnoten 47 en 52 supra).

147 In dit verband is het Gerecht van oordeel, dat gelet op in het bijzonder de notulen van het Special Fighting Committee, geciteerd in voetnoot 2 bij punt 32 van de beschikking, en met name de notulen van 18 mei 1989 waarin sprake is van het ‚zich ontdoen' van de onafhankelijke reder, de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat deze praktijk werd gevolgd met het doel de enige concurrent van Cewal op de relevante markt uit te schakelen. Weliswaar is de benaming van de door de leden van Cewal aangewende praktijk op zichzelf niet voldoende om deze als een inbreuk op artikel 86 te kwalificeren, doch gelet op het feit dat ondernemers in het internationaal zeevervoer een in deze sector welbekende benaming bezigen en binnen hun conference een Special Fighting Committee in het leven roepen, heeft de Commissie zich op het standpunt mogen stellen, dat daaruit de bedoeling bleek om een praktijk toe te passen, die de werking van de vrije mededinging diende aan te tasten.

148 Aangezien de praktijk tot doel had de enige concurrent van de markt te verdrijven, is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters niet staande kunnen houden dat zij enkel hebben gereageerd op een schending, door G & C, van het rechtmatig aan Cewal verleende monopolie, hun discriminatie door Ogefrem hebben gecompenseerd, deelgenomen hebben aan een door de concurrent begonnen prijzenoorlog ofwel aan een verwachting van hun klantenkring hebben beantwoord. Die omstandigheden, gesteld al dat deze zijn aangetoond, kunnen de door de leden van Cewal toegepaste represaille niet redelijk of evenredig maken."

114. In wezen stellen rekwiranten, dat het Gerecht een rechtsdwaling heeft begaan door niet te erkennen dat een onderneming met een machtspositie, in reactie op prijsconcurrentie door een nieuwe binnenkomer op de markt waarop zij actief is, het recht heeft een plan op te stellen om die binnenkomer door middel van selectieve prijsverlagingen uit te schakelen, zolang de door haar geboden prijzen geen misbruik opleveren in de door het Hof in het arrest Akzo gedefinieerde zin. Volgens hen heeft het Gerecht de beschikking ten onrechte bekrachtigd op de enkele grondslag van door de Commissie gevonden bezwarende documenten waaruit bleek dat de leden van Cewal hun concurrent wensten uit te schakelen, hetgeen op zich niet concurrentiebeperkend is.

115. De Commissie is van oordeel, dat de praktijk van „fighting ships" die, naar zij heeft vastgesteld, door rekwiranten is gehanteerd, verschilt van die van „klassieke" afbraakprijzen, een begrip dat in feite niet door het Hof wordt gebruikt en dat volgens de Commissie tot het lijden van verliezen zoals in de zaak Akzo leidt. De Commissie zegt namelijk, dat een onderneming met een machtspositie die van haar bekendgemaakte tariefstelling afwijkt door een selectieve tariefverlaging door te voeren als onderdeel van een strategie om een concurrent van de markt te verdrijven, geen normale concurrentie voert. Het feit dat de door Cewal geboden vechttarieven enkel een reactie vormden op de prijsconcurrentie door een nieuwe concurrent, doet hieraan niet af, met name wanneer dominante ondernemingen, zoals Cewal, feitelijk een monopolie op de markt genieten. Volgens de Commissie zou een normale prijsconcurrentie door de leden van Cewal hebben bestaan in een verlaging over de gehele linie van hun bekendgemaakte conferencetarieven.

b) Analyse

— Het multilaterale karakter van het misbruik

116. In punt 80 van de beschikking verklaart de Commissie, dat „uit het multilaterale en vooropgezette karakter [blijkt] dat het gaat om een gedraging waarmee misbruik gemaakt wordt en die bestaat uit het vaststellen van een onderling afgestemde bijzondere prijs met de bedoeling een concurrent uit te schakelen". Het onderling afgestemde gedrag is in casu echter enkel van belang met het oog op de vaststelling van de collectieve machtspositie die Cewal in staat stelt eenzijdig te handelen. Het „multilaterale" karakter van het betrokken prijsgedrag is niet van invloed op de vaststelling van misbruik. Hieruit volgt mijns inziens, dat het Gerecht terecht geen aandacht heeft besteed aan het door de Commissie in punt 80 van de beschikking gestelde.

117. De onderhavige hogere voorziening vertoont vanuit het oogpunt van de mededingingsvoorschriften enkele nieuwe aspecten. Het is voor het eerst dat het Hof wordt verzocht, de praktijk van „fighting ships" te onderzoeken en, meer in het bijzonder, de omstandigheden waarin een prijsstrategie zonder dat er sprake is van prijzen beneden de kostprijs, niettemin misbruik van een machtspositie kan opleveren. Het spreekt voor zich, dat laatstgenoemde kwestie met de nodige terughoudendheid moet worden benaderd. Prijsconcurrentie is de kern van de vrije en open mededinging die het gemeenschapsbeleid op de interne markt beoogt te realiseren. Het bevoordeelt de meest efficiënte bedrijven en is zowel op korte als op lange termijn in het voordeel van de consument. Bedrijven met een machtspositie hebben niet alleen het recht, doch zouden zelfs moeten worden aangemoedigd te concurreren door middel van de prijs. Vaker is het zo, dat hun macht op de markt hen in staat stelt, een prijsniveau in stand te houden dat boven het niveau van concurrerende prijzen ligt. Het is dan ook noodzakelijk, eerst de feiten te onderzoeken die aanleiding hebben gegeven tot de vaststelling van misbruik, en vervolgens de toepassing daarop van de relevante rechtsbeginselen te bezien.

118. De structuur en de juridische en economische kenmerken van de specifieke markt waar het hier om gaat, dienen zorgvuldig te worden onderzocht, waarbij men uiteraard in gedachten dient te houden, dat de vaststelling van een machtspositie op zich niet ter discussie staat. Zoals de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, gaat het in casu om een lijnvaartconference waaraan hoogst uitzonderlijk een groepsvrijstelling (voorzien in een verordening van de Raad) van het in artikel 85, lid 1, bedoelde verbod is verleend voor hun praktijken van prijsvaststelling tussen individuele scheepvaartmaatschappijen. Lijnvaartconferences veronderstellen per definitie een zekere mate van onderlinge afstemming door verschillende scheepvaartmaatschappijen. Zo kon de Commissie, om het doel van een bepaald gedragspatroon aan te tonen, verwijzen naar bijeenkomsten van door de conference in het leven geroepen comités, of naar een afspraak tot verdeling van de inkomsten ten bewijze dat er sprake was van onderlinge subsidiëring van tarieven. Rekwiranten beroepen zich daarentegen op het algemeen aanvaarde stabiliserende effect, vanuit het oogpunt van de verladers, van de aanwezigheid van lijnvaartconferen-

ces in het internationale zeevervoer, en op de noodzaak rekening te houden met de nadelen die zij ondervinden ten gevolge van het concurreren met niet-conferencemaatschappijen, zoals de verplichting om regelmatige diensten aan te bieden. En zo kom ik bij de door de Commissie vastgestelde en door het Gerecht samengevatte elementen van de praktijk van „fighting ships". Niet de feiten worden betwist, doch uitsluitend de juridische conclusies die daaraan worden verbonden.

— Het op uitschakeling van de concurrentie gerichte doel

119. De kern van de door de Commissie geconstateerde, misbruik opleverende gedraging van de leden van Cewal bestaat in een strategie van selectieve en doelgerichte toepassing van lagere tarieven als reactie op de door G & C gevormde nieuwe concurrentiële bedreiging, *met als openlijke doelstelling de uitschakeling van die concurrent*. Hoewel rekwiranten zowel de beschikking als het bestreden arrest bestrijden wegens het feit dat de daarin geconstateerde bedoeling tot uitschakeling van de concurrentie is gebaseerd op beschrijvingen van de leden van Cewal van hun gedrag tijdens verschillende bijeenkomsten van het „Special Fighting Committee", dat toezicht hield op de toepassing van de praktijk van „fighting ships" van Cewal, hebben zij niet gepoogd de hun toegeschreven bedoeling tot uitschakeling van de concurrentie te betwisten. Dit laatste zou inderdaad niet stroken met het door hen geclaimde recht zich, met het oog op hun doel om de concurrentie uit te schakelen, op de overeenkomst met Ogefrem te beroepen. In plaats daarvan stellen rekwiranten, dat een dergelijk oogmerk, bij gebreke van een praktijk van afbraakprijzen zoals gedefinieerd in het arrest Akzo, niet volstaat om als misbruik van een machtspositie te kunnen worden gekwalificeerd, doch veeleer moet worden gezien als een normale competitieve reactie op een prijsoorlog die door een nieuwe concurrent is begonnen.

120. Rekwiranten hebben kritiek op punt 147 van het bestreden arrest, waarin is geconcludeerd dat de notulen van het Special Fighting Committee van 18 mei 1989, waarin sprake is van het „zich ontdoen" van G & C, in combinatie met het loutere gebruik van het begrip „fighting ship" — een begrip dat welbekend is in de sector van het internationaal zeevervoer — volstonden om het oordeel van de Commissie te wettigen, dat de leden van Cewal erop uit waren G & C uit te schakelen. Misbruik kan uitsluitend worden vastgesteld op grond van een degelijk bewijs van de feiten.[70] Het bestreden arrest noch de daaraan ten grondslag liggende beschikking waren echter uitsluitend gebaseerd op de benaming van het betrokken gedrag. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, hebben rekwiranten niet de drie criteria betwist waarop de Commissie zich in de beschikking heeft beroepen ten bewijze dat er sprake was van een praktijk van „fighting ships" — te weten de aanwijzing van „fighting ships", de vaststelling van vechttarieven die lager waren dan de normale tarieven van Cewal en het gezamenlijk dragen van de daaruit voortvloeiende inkomstendervingen. Bijgevolg is de grief van rekwiranten tegen het oordeel in

70 — Appellanten verwijzen naar het arrest van 5 december 1963, Usines Émile Henricot e.a./Hoge Autoriteit van de EGKS (23/63, 24/63 en 52/63, Jurispr. blz. 217), en naar het arrest Suiker Unie (aangehaald in voetnoot 28 supra, punten 203, 482 en 541).

punt 147 van het bestreden arrest, dat daaruit „[hun] bedoeling bleek om een praktijk toe te passen, die de werking van de vrije mededinging diende aan te tasten", ongegrond.

— Afwijking van het conferencetarief

121. De selectieve aard van de prijsverlagingen is een belangrijk element van het geconstateerde misbruik. Gecombineerd met de bedoeling van Cewal om de concurrentie uit te schakelen, hield dit in, dat de kortingen *uitsluitend* werden toegepast op de afvaarten die met G & C moesten concurreren. Het is waar, dat de Commissie in punt 81 van de beschikking, waar zij sprak van het misbruikkarakter van het feit dat ondernemingen met een machtspositie „middelen gebruikt[en] die afwijken van die welke berusten op mededinging op basis van kwaliteit", verklaarde: „Dit is bij de ‚fighting ships' eens te meer het geval, omdat Cewal een lijnvaartconference is en de leden het gemeenschappelijke tarief moeten naleven." Cewal heeft, in strijd met zijn uit artikel 5, lid 4, van de verordening van 1986 voortvloeiende verplichtingen, nagelaten de openbaarheid van zijn gemeenschappelijke tarieven te verzekeren. Door hierop de aandacht te vestigen, heeft de Commissie echter enkel een centraal aspect herhaald van de door haar als misbruik gekwalificeerde praktijk, te weten de selectieve en niet-algemene aard van de prijskortingen. Indien voor een algemeen in plaats van selectief prijsverlagingsbeleid was gekozen — gesteld dat de verlaagde tarieven nog steeds boven de kostprijs lagen — zou het veel moeilijker zijn geweest tot de aanwezigheid van misbruik te concluderen. Het plan of de bedoeling van de dominante onderneming zou in dat geval in verband zijn gebracht met verlaagde doch niet beneden de kostprijs gelegen prijzen en het zou niet nodig zijn geweest, een speciaal plan op te stellen tot het onderling delen van inkomstendervingen. Zonder aanvullende factoren, zoals hoge barrières voor de toegang tot de markt, zou het niet voor zich spreken om een dergelijke reactie op de binnenkomst van een nieuwe concurrent anders te beoordelen dan als een vorm van mededinging op basis van kwaliteit.

— Onderling delen van de inkomstendervingen

122. Het oordeel van de Commissie dat de „inkomstenderving" ten gevolge van de vechttarieven „door de leden van Cewal gezamenlijk [werd] gedragen" (punt 73 van de beschikking), is nimmer door rekwiranten betwist; zij hebben enkel betoogd, dat een dergelijke verdeling van de risico's door de vrijstelling werd gedekt. Uiteraard kan er geen sprake zijn van een vrijstelling voor het gezamenlijk dragen van de kosten van gedragingen waarmee misbruik wordt gemaakt. Volgens de Commissie vloeide het misbruikkarakter van de gedragingen van de leden van Cewal niet alleen voort uit de bedoeling om zich teweer te stellen tegen de door G & C gevormde concurrentiële bedreiging, doch met name uit het feit dat de leden van Cewal in staat waren „de kosten van de ‚fighting rates' [te subsidiren] met behulp van de normale tarieven van de conference die op andere reizen bedongen werden waar de conference geen gebruik van ‚fighting ships' maakte", en dat een dergelijk anticoncurrerend gedrag, ook al zou G & C even efficiënt zijn als Cewal, tot gevolg kan hebben „dat een onderneming van de markt wordt verdreven, die mis-

schien even efficiënt is als de conference met de machtspositie, doch die wegens haar geringere financiële armslag niet in staat is de concurrentie te weerstaan die haar met behulp van onderlinge afstemming en misbruik door een machtige groep reders die een lijnvaartconference vormen, wordt aangedaan". [71]

— De rechtspraak inzake de praktijk van „afbraakprijzen"

123. Ondanks de pogingen van de Commissie om deze zaak duidelijk te onderscheiden van de klassieke gevallen van beneden de kostprijs liggende „afbraakprijzen", zoals het arrest Akzo, dient te worden vastgesteld, of het Gerecht terecht het oordeel van de Commissie heeft bevestigd dat de praktijk van „fighting ships" misbruik opleverde in weerwil van het feit dat er geen sprake was van verkopen beneden de kostprijs. De algemeen gebruikelijke term „afbraakprijzen" heeft uiteraard geen specifieke juridische status. De enige toets die ingevolge artikel 86 mag worden gehanteerd, is of er sprake is van misbruik.

124. Het uitgangspunt van het debat over misbruik van een machtspositie is de uitspraak van het Hof in de zaak Hoffmann-La Roche [72]:

„Onder de in objectieve zin te verstane term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke (...) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie (...) wordt tegengegaan."

125. De Commissie betoogde in het arrest Akzo [73], dat artikel 86 „van de kosten niet het doorslaggevend criterium [maakt] ter bepaling van het misbruikkarakter van door een onderneming met een machtspositie toegepaste prijsverlagingen", aangezien tevens rekening moet worden gehouden met „de noodzaak, aantasting van de daadwerkelijke mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt te voorkomen". [74] Prijsverlagingen kunnen concurrentiebeperkend zijn, „ongeacht of de agressor zijn prijzen boven of beneden zijn kostprijs vaststelt, hoe deze laatste ook wordt gedefinieerd". [75] Volgens de Commissie zou „een gedetailleerde analyse van de kosten van de onderneming met een machtspositie" uitsluitend „van aanzienlijk belang" zijn, voor zover niet duidelijk is dat de prijspolitiek van die onderneming erop was gericht, de concurrentie uit te schakelen. [76]

126. Zoals rekwiranten onderstrepen, is het veelzeggend dat het Hof de benadering van de Commissie in het arrest Akzo niet heeft overgenomen; opgemerkt zij evenwel, dat het deze benadering evenmin expliciet van de hand heeft gewezen. Onder verwijzing naar zijn uitspraak in de zaak Hoff-

71 — Zie punt 82 van de beschikking.

72 — Aangehaald in voetnoot 17 supra, punt 91.

73 — Beschikking 85/609/EEG van de Commissie van 14 december 1985 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.698 — ECS/Akzo Chemie) (PB L 374, blz. 1).

74 — Zie punt 77 van beschikking 85/609/EEG en punt 64 van het arrest Akzo.

75 — Zie punt 79 van beschikking 85/609/EEG en punt 64 van het arrest Akzo.

76 — Zie punt 80 van beschikking 85/609/EEG en punt 65 van het arrest Akzo.

mann-La Roche oordeelde het Hof, dat artikel 86 een onderneming met een machtspositie verbiedt een concurrent uit te schakelen en aldus haar positie te versterken door andere methodes te hanteren dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit en dat dus „niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig [kan] worden beschouwd".[77] In de twee daaropvolgende punten (punten 71 en 72) somde de Commissie de volgende beginselen op inzake het beleid van dominante ondernemingen om *prijzen beneden de kostprijs* te hanteren:

„71 Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. Een onderneming met een machtspositie heeft er namelijk slechts belang bij dergelijke prijzen te hanteren, indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert, te weten haar totale vaste kosten (dat wil zeggen de kosten die constant blijven ongeacht de geproduceerde hoeveelheden) en ten minste een gedeelte van de variabele kosten van de geproduceerde eenheid.

72 Bovendien moeten prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten — dat wil zeggen de vaste plus de variabele kosten —, doch boven de gemiddelde variabele kosten liggen, als onrechtmatig worden beschouwd, wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen. Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden."

127. Mitsdien worden verkopen beneden de gemiddelde variabele of marginale (kortetermijn-)kosten daadwerkelijk geacht misbruik op te leveren. Ofschoon het in de regel van rationeel beleid getuigt om boven de gemiddelde variabele kosten te verkopen, omdat dat een zekere rentabiliteit van het kapitaal mogelijk maakt wanneer de markt geen hogere prijs verdraagt, is het in de regel niet rationeel om beneden de gemiddelde variabele kosten te verkopen. Marginale kosten hoeven niet te worden gemaakt en het bedrijf heeft er geen belang bij ze te maken teneinde verlies te lijden. Een bedrijf met een machtspositie zal dit vermoeden echter kunnen weerleggen aan de hand van het bewijs dat een dergelijk prijsbeleid geen deel uitmaakte van een plan tot uitschakeling van zijn concurrent.

128. Daarnaast „moeten" ook prijzen boven de gemiddelde variabele kosten (die echter nog steeds beneden de gemiddelde totale of langetermijn-marginale kosten liggen; zie punt 17 van het arrest Akzo), ofschoon zij niet vermoed worden „afbraakprijzen" te zijn, geacht worden

77 — Punt 70 van het arrest Akzo.

misbruik op te leveren, voor zover is vastgesteld dat ze deel uitmaken van een plan tot uitschakeling van een concurrent. In het licht van de feiten hield het Hof verderop in zijn arrest, met het oog op de vaststelling van de vereiste bedoeling, rekening met het feit dat de prijsverlagingen verder gingen dan nodig was om orders in de wacht te slepen en dat zij selectief werden toegepast op uitsluitend de klanten van de concurrent, zodat de verlies opleverende verkopen konden worden gecompenseerd door winstgevende verkopen. [78] Hoewel een onderneming met een machtspositie mag concurreren door „haar prijzen defensief aan te passen, zelfs aan de prijzen van [de concurrent], om de afnemers te behouden die van meet af aan tot haar klantenkring hebben behoord" [79], mag zij niet door middel van een selectief geboden prijsverlaging proberen de klanten vast te houden die zij als gevolg van haar prijsbeleid beneden de kostprijs bij haar concurrenten heeft weggehaald, tenzij zij „dit voordeel eveneens ten goede [laat] komen aan haar eigen afnemers". [80]

129. In het arrest Tetra Pak II bevestigde het Hof het arrest van het Gerecht waarin de in het arrest Akzo gehanteerde benadering was toegepast in omstandigheden waarin de misbruiken waren begaan op een andere markt dan die waarop Tetra Pak dominant was, doch waarop zij een leidende positie had. [81] De rekwiranten in die zaak kwamen — grotendeels onder verwijzing naar de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court [82] — op tegen de weigering van het Gerecht om van de Commissie het bewijs te verlangen dat er sprake was van „een redelijk vooruitzicht (...) om de aldus opgelopen verliezen goed te maken". [83] Het Hof bevestigde het oordeel, dat de rekwirant zich met een praktijk van afbraakprijzen beneden de kostprijs had ingelaten, doch oordeelde dat „het *in de omstandigheden van de onderhavige zaak* niet dienstig [zou] zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken". [84] Hieronder (punt 136) zal ik terugkomen op het belang van deze formulering in de omstandigheden van de onderhavige hogere voorziening.

130. De categorieën van op uitschakeling gericht, misbruik opleverend prijsbeleid zijn in het arrest Akzo niet uitputtend omschreven. Het Hof sloot in die zaak niet definitief de toepassing van artikel 86 uit op gevallen waarin een dominante onderneming selectieve prijsverlagingen doorvoert, terwijl het prijsniveau boven de totale kosten van die onderneming blijft liggen. Ik onderschrijf het standpunt van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie in het arrest Tetra Pak II, dat het Hof in het arrest Akzo „niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig [beschouwde] en vervolgens *twee gevallen* van afbraakprijzen [identificeerde] die in strijd zijn met artikel 86". [85] Zo had het Hof inderdaad voorafgaand aan het

78 — Arrest Akzo, punten 102 en 115.

79 — Arrest Akzo, punt 156.

80 — Arrest Akzo, punt 155.

81 — Arrest Tetra Pak II (aangehaald in voetnoot 56 supra).

82 — Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco 509 U.S. 209 (1993).

83 — Arrest Tetra Pak II (aangehaald in voetnoot 56 supra, punt 39).

84 — Arrest Tetra Pak II, punt 44 (cursivering van mij). Het Hof lijkt niet zo ver te zijn gegaan als advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, die (in punt 78 van zijn conclusie) had overwogen, dat „het [hem] niet nodig [leek] dat het Hof de waarschijnlijkheid van compensatie van de verliezen als een nieuw vereiste voor de vaststelling van met artikel 86 strijdige afbraakprijzen stelt", en wel om onder meer de navolgende reden: „De compensatie van de verliezen is het resultaat dat de onderneming met de machtspositie probeert te bereiken, doch de afbraakprijzen vormen op zichzelf een mededingingsverstorende gedraging, ongeacht of dit doel nu wel of niet wordt bereikt."

85 — Punt 73 van de conclusie (cursivering van mij).

arrest Akzo in de zaak Ahmed Saeed uitgemaakt, dat het opdringen door een dominante luchtvaartmaatschappij op een bepaalde route aan andere luchtvaartmaatschappijen die dezelfde route bedienden van „buitensporig hoge dan wel *buitensporig lage* [tarieven] teneinde [concurrenten] die geen partij zijn bij de [prijsvaststellings-]overeenkomst, van de markt te verdringen", misbruik van haar machtspositie zou opleveren. [86] Eén van de criteria die werden genoemd ter vaststelling van de buitensporige aard van het gehanteerde tarief was de vraag, of „de tarieven in een redelijke verhouding (...) staan tot de volledig toegerekende kosten op lange termijn van de luchtvaartmaatschappij, waarbij rekening moet worden gehouden met de behoeften van de consumenten, de noodzaak van een bevredigende opbrengst van de investering, de concurrentie op de markt, inclusief de tarieven van de andere luchtvaartmaatschappijen die dezelfde route bedienen, en de noodzaak om dumping te voorkomen". [87] In casu is door de Commissie uitdrukkelijk gesteld (zie met name punt 73 van de beschikking), dat de vechttarieven van Cewal niet werden vastgesteld aan de hand van zijn kosten, doch, inderdaad, uitsluitend aan de hand van de door G & C geboden tarieven. Bijgevolg moet worden bezien, of de omstandigheden van de onderhavige zaak, waarin geen verkopen beneden de kostprijs zijn geconstateerd en waar de selectief verlaagde tarieven bovendien zodanig waren vastgesteld (behoudens één tarief) dat zij gelijk aan, doch niet lager waren dan die van de concurrent, het oordeel kunnen wettigen dat er sprake is van misbruik.

86 — Aangehaald in noot 20 supra, punt 43 (cursivering van mij).

87 — Ibidem, punt 43. In het arrest Ahmed Saeed vond het Hof dienaangaande echter steun in richtlijn 87/601/EEG van de Raad van 14 december 1987 betreffende de tarieven voor geregelde luchtdiensten tussen de lidstaten (PB L 374, blz. 12). Er bestaat geen vergelijkbare regelgeving met betrekking tot conferencetarieven in het internationale zeevervoer.

— Het misbruikkarakter van de praktijk van „fighting ships"

131. Het is duidelijk, dat het misbruik waaraan rekwiranten schuldig zijn bevonden, niet voorkomt op de niet-uitputtende lijst van artikel 86, sub a tot en met d. [88] In het arrest Continental Can heeft het Hof (in de context van de overname van een concurrent) bevestigd, dat onder de door artikel 86 verboden praktijken niet alleen vallen de „handelwijzen die de verbruikers rechtstreeks kunnen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging", doch ook die welke tot een versterking van de machtspositie van de onderneming leiden „zodanig dat de aldus bereikte mate van overheersing de mededinging wezenlijk belemmert, dat wil zeggen slechts ondernemingen laat bestaan, die in hun gedrag onafhankelijk zijn van de overheersende onderneming". [89] In het arrest Akzo overwoog het Hof (punt 70), dat „niet elke prijsconcurrentie als rechtmatig [kan] worden beschouwd", gelet op de specifieke verplichtingen van ondernemingen met een machtpositie. Doch mijns inziens zou de verwezenlijking van het doel van artikel 3, sub g, van het Verdrag, te weten het verzekeren van de totstandbrenging van een interne markt waarop de mededinging niet wordt vervalst, ernstig in het gedrang kunnen komen, indien het Hof een drempel zoals die van de totale gemiddelde (of langetermijn-marginale) kosten als absolute maatstaf zou hanteren bij de vaststelling van alle mogelijke soorten prijsbeleid die misbruik opleveren of op uitschakeling van de concurrentie zijn gericht. In het arrest Tetra Pak II schaarde het Hof zich achter het standpunt van het Gerecht

88 — Arrest Continental Can (aangehaald in voetnoot 16, punt 26).

89 — Ibidem.

in die zaak, dat „de materiële werkingssfeer van de bijzondere verantwoordelijkheid die op een onderneming met een machtspositie rust, moet worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van iedere zaak, waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt". [90]

132. Anderzijds erken ik, dat niet-discriminerende prijsverlagingen door een dominante onderneming die niet tot verkopen beneden de kostprijs leiden, niet als concurrentiebeperkend zijn aan te merken. [91] In de eerste plaats komen zij, ook al gelden zij slechts voor een korte termijn, ten goede aan de consument en in de tweede plaats zouden de concurrenten van de dominante ondernemingen, indien zij net zo efficiënt of efficiënter zijn, in staat moeten zijn onder dezelfde voorwaarden te concurreren. Het communautaire mededingingsrecht mag dus aan minder efficinte ondernemingen geen veilige haven bieden tegen krachtige concurrentie, ook al is deze afkomstig van dominante ondernemingen. [92] Er spelen echter andere overwegingen wanneer een onderneming met een dominante positie die een monopolie benadert, met name op een markt waar prijsverlagingen betrekkelijk los van de kosten kunnen worden doorgevoerd, een beleid van selectieve prijsverlagingen toepast met het aantoonbare doel alle concurrentie uit te schakelen. Erkennen dat in dergelijke omstandigheden alle verkopen boven de kostprijs automatisch aanvaardbaar zijn, zou de betrokken onderneming in staat kunnen stellen alle concurrentie uit te schakelen door een selectief prijsbeleid na te streven dat haar op lange termijn in de gelegenheid zou stellen, de prijzen te verhogen en potentiële toekomstige binnenkomers op de markt te ontmoedigen door hen de vrees aan te jagen dat hun dezelfde gerichte behandeling ten deel zal vallen. [93]

90 — Aangehaald in voetnoot 56 supra, punt 24.

91 — In de doctrine is een uitvoerige discussie gaande over het vereiste dat afbraakprijzen beneden de kostprijs moeten liggen, welke discussie grotendeels is samengevat in Mastromanolis, „Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform", in *ECLR*, 1998, 211; zie, met name, blz. 216-218. Zo wordt bijvoorbeeld in het artikel van Areeda & Turner, „Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act" (1975) 88 *Harv. L. Rev.* 697, dat een uitgebreid academisch debat heeft uitgelokt en de ontwikkeling van de rechtspraak in de Verenigde Staten heeft benvloed, het volgende standpunt verkondigd: „Uitsluiting door middel van het hanteren van prijzen die gelijk zijn aan de gemiddelde kosten, is eveneens een vorm van concurrentie op basis van kwaliteit — alleen de concurrenten die niet kunnen voortbestaan bij een uit de efficiëncy voortvloeiend prijsniveau, worden geweerd"; blz. 706. Dit standpunt is onlangs opnieuw verwoord in Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law*, Vol. III, paragraaf 748: „Zelfs sterke prijsverlagingen die niet het niveau van afbraakprijzen bereiken, zijn niet op voorhand ongeoorloofd"; blz. 462. Dit standpunt is aan kritiek onderhevig; zie met name Scherer, „Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment", (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 868, die bepleitte dat „het hanteren van prijzen die boven de kostprijs liggen doch te laag zijn om kleine concurrenten in staat te stellen hun marktaandeel te vergroten en daardoor schaalvoordelen te realiseren" moet worden beschouwd „als potentieel op uitsluiting gericht"; blz. 880-881. In het Verenigd Koninkrijk heeft de Monopolies and Mergers Commission het standpunt ingenomen, dat wanneer een dominante onderneming „in staat [is] de marktpenetratie door nieuwe binnenkomers op de markt en de daarmee gepaard gaande prijsconcurrentie te bedwingen door middel van selectieve prijsverlagingen die relatief lage kosten voor henzelf met zich brengen", dit aantoont hoe „aanzienlijke selectieve prijsverlagingen door gevestigde bedrijven kunnen worden aangewend als een middel om hun machtspositie in stand te houden". Volgens de Monopolies and Mergers Commission zou een dergelijk gedrag kunnen neerkomen op een met het openbaar belang strijdige „hinderpaal bij het betreden van de markt"; zie *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981-1982) H.C., paragraaf 10.57.

92 — Korah, An, *Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (Londen, 1994), 5e druk, blz. 106, waarschuwt tegen het gebruik van mededingingsvoorschriften „(...) ter bescherming van kleine en middelgrote bedrijven ten koste van efficiënte of grotere bedrijven".

93 — Zie in dit opzicht de bespreking van de gevaren van selectieve prijsverlagingen in Andrews, „Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach" (1998) *ECLR* 49.

133. Bepaalde markten, zoals die van het zeevervoer, hebben bijzondere kenmerken waardoor de kosten een onbetrouwbare leidraad kunnen vormen voor de redelijke aard van de concurrentiestrategieën van bedrijven met een machtspositie. In de eerste plaats kunnen, wanneer een schip is aangewezen om op een bepaalde dag af te varen — gesteld dat de benodigde capaciteit beschikbaar is —, de kosten van vervoer van een extra container die als gevolg van een offerte tegen verlaagd tarief wordt verscheept, bijna nihil zijn. [94] Meer in het algemeen zullen de vrachttarieven voor een groot deel worden bepaald, niet door de marginale kosten die de scheepvaartmaatschappij moet maken om de dienst aan te bieden, maar door de prijselasticiteit van de vraag naar het verscheepte product. [95]

134. De fundamentele vraag waar het in casu om gaat, is, of op het betrokken tijdstip het gedrag dat de leden van Cewal hebben aangenomen als reactie op de concurrentiële bedreiging door het betreden door G & C van de markt, tot zodanige potentile ongunstige gevolgen voor de concurrentiestructuur op de betrokken markt heeft geleid dat deze, gelet op de omvang van hun collectieve macht op de markt, volstonden om misbruik op te leveren.

135. Ik acht het zinvol hier enkele specifieke kenmerken van de praktijk van „fighting ships" in herinnering te roepen, alsmede de context waarbinnen deze praktijk in casu toepassing heeft gevonden. Cewal nam niet slechts een machtspositie in, doch naar eigen zeggen de facto ook een monopolie. De praktijk van „fighting ships" vloeide voort uit de ongerechtvaardigde claim van Cewal om een monopolie op de relevante markt te behouden dat zij door middel van de Ogefrem-overeenkomst had trachten te versterken, en was onbetwistbaar bedoeld om niet alleen de concurrentie te verslaan, doch ook om de concurrent uit te schakelen. Tegelijkertijd verkeerde Cewal in een positie die haar in staat stelde een dienstregeling op te stellen waarin de tegen verlaagd tarief aan te bieden reizen op selectieve wijze werden bepaald. De daaruit voortvloeiende inkomstenderving werd door de leden van de conference gezamenlijk gedragen. Zowel wegens de selectieve aard van de kortingen als wegens het zeer grote marktaandeel van Cewal, konden de leden de inkomstenderving spreiden en financieel verwerken. Zoals de Commissie bovendien suggereert (punt 82 van de beschikking), kan het feit dat Cewal

94 — Temple Lang, „European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries", (1996) *Fordham Corporate Law Institute* 519, heeft erop gewezen, dat „indien de in het arrest Akzo geformuleerde criteria niet op enigerlei wijze worden aangevuld, dominante ondernemingen die producten of diensten verkopen waarvan de variabele kosten bijna nul bedragen — hetgeen vrij gebruikelijk is in hightech-industrieën — ruim kans zien om concurrenten uit de markt te prijzen door wat algemeen als een beleid van afbraakprijzen wordt gezien"; zie voetnoot 117 bij blz. 575. Hij stelt het volgende criterium voor: „In industrieën waar de marginale kosten van extra productie bijna nihil zijn, zou ik als criterium willen hanteren, of een onderneming een prijs voor goederen en diensten in rekening brengt die, ofschoon hoger dan de gemiddelde variabele kosten van het leveren van de specifieke goederen of diensten waarvoor de betrokken prijs wordt betaald, zo laag is, dat de totale inkomsten die de betrokken goederen of diensten genereren, lager zouden liggen dan de gemiddelde variabele kosten die de onderneming moet maken om ze te leveren, indien zij hetzelfde aandeel van haar productie continu tegen dezelfde prijs verkocht, ook al is geen enkel oogmerk tot uitschakeling van de concurrentie vastgesteld."

95 — Zie, bijvoorbeeld, Rakovsky, „Sea Transport under EEC Competition Law" (1992) *Fordham Corp. Law Institute*, 845 en 847, en Pirrong, „An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets" (1992) 35 *J. Law & Econ.* 89, 107.

in staat was de vechttarieven op het niveau van of boven de kostprijs vast te stellen, er op zich reeds op duiden, dat de normale tarieven aanzienlijk boven de kostprijs lagen of, zou ik willen zeggen, dat de marginale kosten in elk geval zeer gering waren.

136. Het gezamenlijk dragen van inkomstendervingen brengt mij ertoe, kort terug te komen op de eventuele noodzaak om een oogmerk of mogelijkheid tot compensatie vast te stellen. Het onderling delen van inkomstendervingen is in wezen een vorm van compensatie. Het strategische doel van de vechttarieven houdt impliciet in, dat de tarieven niet zullen worden verlaagd voor huidige of toekomstige reizen, voor zover zulks niet noodzakelijk is om het hoofd te bieden aan de concurrentie. Bovendien zouden zij, zodra de concurrent was uitgeschakeld, duidelijk niet langer gerechtvaardigd zijn. Ik denk dus, dat het onderhavige geval, voor zoveel nodig, aan het criterium van de compensatie voldoet. Tegelijkertijd zou ik zeggen, dat een dergelijk vereiste deel zou moeten uitmaken van het criterium voor misbruik opleverend lageprijzenbeleid door ondernemingen met een machtspositie. Het is impliciet opgenomen in het eerste punt van het citaat uit het arrest Akzo (zie punt 126 supra). Het is inherent aan het criterium van het arrest Hoffmann-La Roche (zie punt 124 supra). De reden om dominante ondernemingen te beletten dat zij de instandhouding van de mededinging trachten te belemmeren door, met name, een concurrent uit te schakelen, is, dat zij daardoor in staat zouden worden gesteld misbruik opleverende, *hoge* prijzen in rekening te brengen. Zo zou een inefficiënt monopolie worden hersteld en zou het beleid slechts op korte termijn aan de consument ten goede komen. Indien de dominante onderneming dit resultaat niet met haar strategie beoogt, is er waarschijnlijk sprake van een normale wijze van concurrentie voeren.

137. In deze omstandigheden heeft het Gerecht geen rechtsdwaling begaan door te oordelen dat de reactie van de leden van Cewal op de binnenkomst van G & C op de markt niet „redelijk en evenredig" was.[96] Naar mijn mening kan artikel 86 niet aldus worden uitgelegd, dat het monopolisten of bijna-monopolisten toestaat de zeer aanzienlijke macht die zij uit hoofde van hun overheersende positie op de markt genieten, zodanig aan te wenden dat het aantreden van een nieuwe of extra concurrent wordt belet. Wanneer een onderneming of groep van ondernemingen wier gedragingen collectief moeten worden beoordeeld, een overweldigende, aan een monopolie grenzende machtpositie geniet, vergelijkbaar met die welke in casu bestond ten tijde van het betreden door G & C van de relevante markt, zou het niet stroken met de op een dergelijke dominante onderneming rustende, bijzonder zware specifieke verplichting, de structuur van de bestaande flauwe mededinging niet verder aan te tasten, indien zij, zelfs in reactie op agressieve prijsconcurrentie door een nieuwe binnenkomer, een beleid zou toepassen van gerichte, selectieve prijsverlagingen met het doel die concurrent uit te schakelen. In tegenstelling tot hetgeen rekwiranten stellen, wettigt het enkele feit dat dergelijke prijzen niet zijn vastgesteld op een niveau dat daadwerkelijk (of aantoonbaar) beneden de totale gemiddelde (of

96 — Punt 148.

langetermijn-marginale) kosten ligt, naar mijn mening nog niet, dat een dergelijk prijsbeleid wordt toegepast.

138. Mijns inziens heeft het Gerecht in casu terecht het oordeel van de Commissie bevestigd, dat de leden van Cewal een strategie hebben ontworpen met het enige en uitsluitende doel om G & C, hun enige concurrent, uit te schakelen. De Commissie heeft aangetoond, dat rekwiranten hebben getracht maximale schade aan G & C toe te brengen door de reizen van G & C te bestoken met vechttarieven die gelijk waren aan dan wel lager dan de door G & C voor die reizen geboden tarieven, terwijl zij de daaruit voortvloeiende inkomstendervingen minimaliseerden door hun gezamenlijke inkomsten te poolen. Ik acht het door de Commissie ingenomen standpunt kennelijk juist dat, ook al zou G & C net zo'n efficiënte scheepvaartmaatschappij zijn als de leden van Cewal, niet van haar verwacht kon worden, dat zij in staat was „de concurrentie te weerstaan die haar met behulp van onderlinge afstemming en misbruik door een machtige groep reders die een lijnvaartconference vormen, wordt aangedaan" (punt 82). Met andere woorden, de praktijk van „fighting ships" was bedoeld om G & C van de markt te verdrijven met een minimum aan kosten voor de leden van Cewal, zodat hun vroegere positie van een feitelijk monopolie werd hersteld en zij hun tarieven daardoor weer konden optrekken tot het bekendgemaakte conferencetarief.

139. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht, voor zover daarin de kwalificatie door de Commissie van de door de leden van Cewal gehanteerde praktijk van „fighting ships" als misbruik is bevestigd, in haar geheel te verwerpen.

C — *Het opleggen van 100 %-getrouwheidsregelingen*

i) *Inleiding*

140. De grief van rekwiranten tegen de bevestiging door het Gerecht van de vaststelling door de Commissie van deze derde vorm van misbruik, valt uiteen in twee onderdelen. In de eerste plaats betogen rekwiranten, dat het Gerecht een rechtsdwaling heeft begaan, aangezien het met zijn conclusie dat de getrouwheidsregelingen waren opgelegd, artikel 5, punt 2, van de verordening van 1986 verkeerd heeft uitgelegd, welke bepaling zulke regelingen vrijstelt. In de tweede plaats brengen rekwiranten naar voren, dat de verordening van 1986, met name artikel 8 ervan, de Commissie belet geldboeten wegens misbruik op te leggen zonder eerst de vrijstelling in te trekken.

ii) *De inhoud*

141. Alvorens meer uitvoerig op deze middelen in hogere voorziening in te gaan, acht ik het nodig de relevante kenmerken van de beschikking van de Commissie in herinnering te roepen.

142. Volgens artikel 2 van de beschikking hebben de leden van Cewal „misbruik gemaakt van hun gezamenlijke machtspositie door (...) getrouwheidsregelingen op te stellen, die voor 100 % worden opgelegd, waaronder ook fob-verkochte goederen zijn begrepen en die verder gaan dan de bepalingen van artikel 5, lid 2 [van de verordening van 1986], samen met het in de onderhavige beschikking beschreven specifieke gebruik van ‚zwarte lijsten' voor niet-trouwe verladers". Dienaangaande zijn twee belangrijke algemene opmerkingen te maken. In de eerste plaats worden de leden van Cewal niet beschuldigd van drie onafhankelijke soorten misbruik; veeleer komen de elementen van het „opstellen" van de regelingen, het daarin mede opnemen van fob-verkochte goederen en het gebruik van zwarte lijsten er tezamen op neer, dat „eenzijdig een getrouwheidsregeling wordt opgelegd" (punt 85 van de beschikking). In de tweede en niet onbelangrijkste plaats, is het wezenlijke element van alle drie deelaspecten van het misbruik gelegen in de vaststelling dat het gedrag was aangenomen „teneinde de voornaamste, onafhankelijke concurrent in het betrokken lijnvervoer uit te schakelen" (artikel 2 van de beschikking). De feiten en de redenering waarop deze conclusie steunt, zijn te vinden in de punten 28, 29 en 84 tot en met 88 van de beschikking.

143. Volgens de beschikking konden verladers van goederen tussen Europa en Zaïre slechts incidenteel een beroep doen op diensten van een niet-conference-rederij. Aangezien zij geen andere reële keuzemogelijkheid hadden dan voor het merendeel van hun ladingen gebruik te maken van de diensten van Cewal, kwam het verlenen van kortingen op basis van uitsluitend 100 %- getrouwheid (zelfs voor fob-verkopen) neer op het opleggen van die regelingen (punten 84-86 van de beschikking). De Commissie stelde tevens vast, dat Cewal de opgelegde voorwaarden had verzwaard door het gebruik van zwarte lijsten, teneinde sancties aan verladers op te leggen „die verbonden zijn aan het aanbieden of de kwaliteit van de diensten" (punt 86). De Commissie baseerde zich dienaangaande op uittreksels uit de notulen van het Zaïre Pool Committee, waaruit bleek, dat Cewal zwarte lijsten gebruikte als onderdeel van een defensieve strategie om te verzekeren dat verladers die gebruik maakten van de diensten van de enige concurrent, niet van de aan de getrouwheidsovereenkomst verbonden voordelen konden genieten, noch konden rekenen op een adequate, normale dienstverlening door Cewal (punt 29). De Commissie was van oordeel, dat het gedrag van Cewal in zijn geheel misbruik opleverde, zodat „de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag (...) niet [werd] belemmerd" door een beroep op een vrijstelling ingevolge de verordening van 1986 (punt 87).

144. Het Gerecht heeft uiteengezet, dat dit misbruik volgens de Commissie bestond in „het feit dat er 100 %-getrouwheidsovereenkomsten zijn opgelegd, dat de fob-verkochte goederen daaronder zijn gebracht, en dat er zwarte lijsten van niet-trouwe verladers zijn opgesteld met het oogmerk die verladers te bestraffen". [97] Het

97 — Punt 173.

Gerecht was het met de Commissie eens, dat „het feit dat de leden van Cewal, die ten tijde van de feiten 90 % van de markt in handen hadden, de verladers alleen 100 %-getrouwheidscontracten hebben aangeboden, hun slechts de keuze liet tussen een korting, indien zij al hun goederen door Cewal lieten vervoeren, of geen korting in alle andere gevallen, zodat zulke overeenkomsten door deze leden in feite zijn opgelegd". [98] Mitsdien kwam het tot het oordeel, dat de praktijk van Cewal niet kon worden geacht te zijn vrijgesteld uit hoofde van artikel 85 van het Verdrag, aangezien volgens artikel 5, punt 2, sub b-i, van de verordening van 1986 100 %-getrouwheidsregelingen weliswaar mogen worden aangeboden, doch niet opgelegd. Het Gerecht bevestigde ook de constatering van de Commissie, dat de voorwaarden mede betrekking hadden op fob-verkopen met als resultaat dat „de verkoper een getrouwheidsverplichting op zich neemt, terwijl hij niet verantwoordelijk is voor de verzending van de goederen". [99] Tot slot stelde het Gerecht vast, dat Cewal een zwarte lijst van niet-trouwe verladers had die „niet slechts voor statistische doeleinden werden opgesteld" en dat het opstellen van dergelijke lijsten niet was vrijgesteld „door enige bepaling van [de verordening van 1986]". [100] Bijgevolg kwam het Gerecht, onder verwijzing naar 's Hofs arrest in de zaak Hoffmann-La Roche, tot de conclusie, dat de Commissie terecht had geconcludeerd, „dat deze praktijk, in haar geheel bezien, tot gevolg had dat de vrijheid van de gebruikers werd beperkt en derhalve de concurrentiepositie van de enige concurrent van Cewal op de markt werd aangetast". [101]

98 — Punt 183.
99 — Punt 184.
100 — Punt 185.
101 — Punt 186.

iii) *Eerste onderdeel: verkeerde uitlegging van de verordening van 1986 — „opleggen" van getrouwheid*

145. In de uitlegging die rekwiranten aan het bestreden arrest geven, komt het arrest tot de conclusie dat de getrouwheidsregelingen, bij gebreke van bewijs van een bedreiging van verladers of van andere vergelijkbare pressiemiddelen, enkel werden opgelegd vanwege de collectieve machtspositie van Cewal. Aangezien conferencelijnen nagenoeg altijd een machtspositie innemen, moet de verordening van 1986 volgens hen aldus worden uitgelegd, dat deze het gebruik van 100 %-getrouwheidsregelingen in de bijzondere omstandigheden van de scheepvaartindustrie toestaat en aanmoedigt, zelfs in die mate dat de naleving van de getrouwheidsovereenkomst mag worden afgedwongen, zoals aangegeven in de tiende overweging van de considerans van de verordening van 1986, hetgeen de uitwisseling van informatie over verladers vergt, dat wil zeggen de opstelling van zwarte lijsten van verladers. Daarnaast betwisten rekwiranten de vaststelling dat deze voorwaarden zijn opgelegd in het geval van fob-ladingen.

146. Ik acht het weinig zinvol, uitvoerig op dit argument in te gaan. Naar mijn mening is het gebaseerd op een fundamenteel onjuiste uitlegging van de beschikking van de Commissie en het bestreden arrest. Voornoemd argument gaat voorbij aan twee cruciale bestanddelen van de beschikking die ik hierboven in punt 142 heb uiteengezet. Rekwiranten onderstrepen, zonder enig aantoonbaar doel, dat een letterlijke, teleologische en systematische

uitlegging van artikel 5, punt 2, van de verordening van 1986 uitwijst, dat 100 %-getrouwheidscontracten ook in het geval van een dominante conferencelijn zijn toegestaan; dit staat echter niet ter discussie. De vaststelling dat de regelingen waren opgelegd, hetgeen door het Gerecht is bevestigd in de hierboven in punt 144 aangehaalde passage, is niet, zoals rekwiranten betogen, afgeleid van het feit dat Cewal een machtspositie geniet. Kernpunt is niet de machtspositie, doch de verlening van 100 %-getrouwheidskortingen *zonder dat er een alternatief* voorhanden was, zodat een verlader zijn volledige korting zou verliezen ten gevolge van één „niet-trouwe" handeling. Rekwiranten zijn niet op dit aspect van de redenering ingegaan. Deze onjuiste lezing van het bestreden arrest volstaat om het eerste onderdeel van dit middel te kunnen afdoen; een middel ontleend aan een onjuiste uitlegging van het bestreden arrest dient te worden verworpen. Niettemin zal ik twee subsidiaire argumenten die in dit onderdeel van het middel naar voren zijn gebracht, bespreken.

a) Eerste subsidiaire argument — fob-verkopen

147. Als eerste subsidiaire grief tegen de vaststelling dat getrouwheidsregelingen waren opgelegd, betwisten rekwiranten het oordeel van het Gerecht (punt 184) dat de verkoper een getrouwheidsverplichting op zich neemt, terwijl hij niet verantwoordelijk is voor de verzending van de goederen. Zij betogen dat wanneer goederen op fob-basis worden verzonden, de verlader niet de verkoper of de exporteur is, doch de importeur, en dat zij niet hadden begrepen, dat de uitbreiding van de regelingen tot fob-verkopen onderdeel vormde van het aan hen ten laste gelegde. Dit argument moet om verschillende redenen worden verworpen.

148. In de eerste plaats werd het feit dat de getrouwheidsregelingen mede ten aanzien van op fob-basis verzonden goederen waren opgelegd, niet slechts eenmaal, in punt 85, zoals rekwiranten stellen, doch driemaal in de beschikking genoemd, waaronder in artikel 2 van het dispositief. Voorts moeten rekwiranten (in dat stadium: verzoeksters) de zinsnede „waarop de exporteurs geen controle kunnen uitoefenen" aldus hebben begrepen, dat de uitbreiding bedoeld was om verladers de korting te ontzeggen, tenzij zij verzekerden dat ook de importeurs trouw waren aan de conference. Desalniettemin hebben rekwiranten voor het Gerecht betoogd, dat dergelijke regelingen onvermijdelijk waren, en niet dat zij niet bestonden. Mitsdien is dit argument, zoals de Commissie onderstreept, niet-ontvankelijk, omdat het voor het eerst in hogere voorziening is voorgedragen. In de tweede plaats gaat het argument voorbij aan de essentie van de vaststelling van de Commissie, zoals door het Gerecht bevestigd. In tegenstelling tot wat rekwiranten betogen, gaat het hier niet om een zelfstandige vorm van misbruik.

Het betreft hier een kenmerk van de algemene conclusie dat de getrouwheidsregelingen waren opgelegd en van de vaststelling dat deze praktijk „in haar geheel bezien" (punt 186 van het bestreden arrest) tot gevolg had, dat de vrijheid van de gebruikers werd beperkt en dat Cewal's enige concurrent werd benadeeld. In de derde plaats zijn voornoemde conclusies van het Gerecht gebaseerd op de gevolgen van deze praktijken voor de concurrentie op de markt, en niet op de juridische afdwingbaarheid van een bepaalde uitlegging van de getrouwheidsregelingen. Mitsdien is het oordeel van het Gerecht in beginsel van feitelijke en niet van juridische aard, zodat het in hogere voorziening niet aantastbaar is. Op deze gronden geef ik het Hof in overweging, deze grief niet-ontvankelijk te verklaren.

b) Tweede subsidiaire argument — zwarte lijsten

149. Het tweede subsidiaire argument van rekwiranten komt neer op de betwisting van de conclusie van het Gerecht, dat het bijhouden door Cewal van zwarte lijsten van niet-trouwe verladers niet krachtens de verordening van 1986 kon worden vrijgesteld.

150. Rekwiranten betogen tevens, dat het Gerecht niet is ingegaan op hun betoog voor die rechter, dat alle klanten die getrouwheidsregelingen hadden afgesloten, nog steeds korting kregen ondanks het feit dat zij sommige ladingen door G & C hadden laten verzenden. Dit was een reactie op het standpunt van de Commissie, dat de instandhouding van de zwarte lijsten (punt 88 van de beschikking) haaks stond op het betoog van Cewal. De Commissie stelt in haar verweerschrift, dat het Gerecht, onder verwijzing in punt 185 van het bestreden arrest naar de notulen van het Zaïre Pool Committee waarin was opgenomen dat „dit systeem van zwarte lijsten werkt", in feite de door haar in de beschikking geformuleerde zienswijze heeft bevestigd. Ik ben het met deze uitlegging van het bestreden arrest eens. Mijns inziens had het Gerecht niet alleen de door de Commissie in punt 88 geconstateerde tegenstelling in gedachten, doch ook het op voornoemde notulen gebaseerde feitelijke oordeel van de Commissie in punt 29 van de beschikking, dat de verladers die gebruik maakten van de diensten van G & C, „niet meer konden genieten van de aan de getrouwheidsregeling verbonden voordelen noch die van een adequate, normale dienstverlening van zijde van Cewal". Deze zienswijze wordt mijns inziens bevestigd door de daaropvolgende zinsnede in punt 185 van het bestreden arrest, waar het Gerecht oordeelt dat de zwarte lijsten niet enkel werden gebruikt „voor statistische doeleinden". Dit is een feitelijke conclusie. Bovendien doet het er niet toe, dat Cewal de korting uiteindelijk verleende aan alle verladers die gebruik maakten van de diensten van G & C, zodra vaststaat dat de zwarte lijsten waren opgesteld als onderdeel van een strategie om die handelwijze te ontmoedigen.

151. Rekwiranten betogen eveneens, dat het gebruik van dergelijke lijsten niet als

misbruik kan worden beschouwd. Zij verwijzen naar de tiende overweging van de considerans van de verordening van 1986, die conferencelijnen uitdrukkelijk toestaat „sancties te nemen tegen diegenen onder hen die op onrechtmatige wijze de getrouwheidsverplichting zouden schenden welke de tegenprestatie vormt voor de kortingen". Volgens hen is van een dergelijke onrechtmatige wijze sprake, wanneer een verlader enerzijds een 100 %-getrouwheidsclausule van een conferencelijn aanvaardt om in aanmerking te komen voor kortingen, terwijl hij anderzijds ladingen laat verzenden door onafhankelijke scheepvaartmaatschappijen. Er zou derhalve geenszins sprake zijn van misbruik, wanneer getracht wordt op de naleving, zelfs van een 100 %-getrouwheidsverplichting, toe te zien. Volgens mij gaat dit argument voorbij aan de hoofdkenmerken van de zwarte lijsten, die zowel in de beschikking als in het bestreden arrest zijn genoemd. De Commissie heeft in punt 86 van de beschikking duidelijk het standpunt ingenomen, dat het feitelijke gevolg voor verladers van de eis van 100 % getrouwheid is „verzwaard" door het gebruik van zwarte lijsten, die „sancties [aan hen oplegden] die verbonden zijn aan het aanbieden of de kwaliteit van de diensten". In een voetnoot bij punt 29 van de beschikking voert de Commissie gegevens aan ten bewijze van de directe functie van de zwarte lijsten tot uitsluiting van de verladers. Het Gerecht bevestigde het oordeel van de Commissie (samengevat in punt 182 van het bestreden arrest) uitdrukkelijk en ging daarbij zelfs zo ver, dat het de voetnoot aanhaalde (punt 185).

152. Rekwiranten brengen naar voren, dat het Gerecht ten onrechte (punt 185 van het bestreden arrest) heeft geoordeeld, dat het opstellen van zwarte lijsten „niet kan worden geacht te zijn vrijgesteld door enige bepaling van [de verordening van 1986]". Zoals de Commissie echter terecht in haar memorie van antwoord onderstreept, kan het opstellen van lijsten van niet-trouwe verladers op zijn hoogst onder de vrijstelling van 100 %-getrouwheidsregelingen krachtens de verordening van 1986 vallen, indien die regelingen niet, in de bewoordingen van de tiende overweging van de considerans, „eenzijdig de vrijheid van de vervoergebruikers en dus de mededinging in de vervoerssector beperken". Aangezien ik het door het Gerecht bevestigde standpunt van de Commissie onderschrijf, dat de getrouwheidsregelingen van Cewal daadwerkelijk aan verladers werden opgelegd, ben ik van mening, dat het Gerecht geen rechtsdwaling heeft begaan met zijn oordeel, dat het opstellen van dergelijke lijsten niet krachtens enige bepaling van de verordening van 1986 was vrijgesteld. Volgens mij kunnen de gevolgen van het misbruik opleverende opleggen van getrouwheidsregelingen door een scheepvaartconference duidelijk worden versterkt door het hanteren van zwarte lijsten van niet-trouwe klanten, aangezien die klanten zonder het bestaan van dergelijke lijsten de facto, zo niet de jure, daadwerkelijke keuzevrijheid zouden genieten met betrekking tot in elk geval het incidentele gebruik van de diensten van onafhankelijke lijnen. Hieruit volgt mijns inziens, dat de Commissie en het Gerecht terecht hebben geoordeeld, dat de algehele gevolgen van het opstellen van zwarte lijsten bijdroegen tot het misbruik voortvloeiend uit de daadwerkelijke oplegging van getrouwheidsregelingen door leden van Cewal.

153. Voor zover rekwiranten tot slot voor het eerst in repliek voor het Hof hebben

betoogd, dat de Commissie hun recht van verweer heeft geschonden voor wat betreft de potentiële rol van zwarte lijsten bestaande in het vergemakkelijken van de oplegging van niet-geldelijke sancties, omdat die mogelijkheid niet is genoemd in de mededeling van de punten van bezwaar, moet deze grief niet-ontvankelijk worden geacht ingevolge artikel 42, lid 2, van het Reglement van procesvoering van het Hof, nu het hier duidelijk een nieuw rechtsmiddel betreft dat voor het Gerecht had kunnen worden voorgedragen.

154. Concluderend geef ik het Hof in overweging, de uitspraak van het Gerecht te bevestigen, voor zover daarin is geoordeeld dat de 100 %-getrouwheidsregelingen waren opgelegd (punt 183). Verder hebben zowel de Commissie als het Gerecht die gedraging mijns inziens terecht „in haar geheel bezien" (punt 186) en daaraan de conclusie verbonden, dat zij niet kon worden vrijgesteld „uit hoofde van artikel 85 van het Verdrag" (punt 183).

155. Bij dit punt aangekomen is het van belang, de individuele inbreuken op de aan de groepsvrijstelling verbonden „verplichtingen" van elkaar te onderscheiden, welke het voorwerp vormden van de krachtens artikel 7 van de verordening van 1986 door de Commissie gedane aanbeveling (artikel 5 van de beschikking), die door het Gerecht is bevestigd en in de onderhavige hogere voorziening niet wordt betwist.

156. De oplegging van 100 %-getrouwheidsregelingen ging, zoals de Commissie in artikel 2 van de beschikking constateerde, verder dan de bepalingen van artikel 5, punt 2, van de verordening van 1986. Getrouwheidsregelingen zijn toegestaan als onderdeel van een systeem van directe of uitgestelde kortingen. Zoals uit de tiende overweging van de considerans van de verordening van 1986 voortvloeit, zijn zij „alleen (...) toegelaten volgens modaliteiten die niet eenzijdig de vrijheid van de vervoergebruikers en dus de mededinging in de vervoerssector beperken". Voor zover dezelfde overweging de oplegging beziet van „sancties tegen diegenen onder hen die op onrechtmatige wijze de getrouwheidsverplichting zouden schenden", is het duidelijk, dat deze verplichting de keerzijde is van „de kortingen, gereduceerde vervoertarieven of commissielonen die hun door de conferences worden verleend". Het is nadrukkelijk niet toegestaan de kortingen aan te wenden om concurrenten op de markt uit te schakelen, welk oogmerk, zoals ik reeds heb onderstreept, centraal stond in de vaststelling van de Commissie van alle drie soorten misbruik. Dit oogmerk is hoogst elegant verwoord in het uittreksel van de notulen van het Zaïre Pool Committee, die in de tweede voetnoot bij punt 29 van de beschikking zijn aangehaald en waarin wordt gesproken van „de defensieve strategie [die] gebaseerd zou moeten worden op het afschrikken van klanten door het opstellen van een zwarte lijst van niet-trouwe verladers/depotnemers wier andere ladingen die door schepen van de conference naar het noorden worden verscheept, niet langer een normale adequate behandeling door de conference zouden genieten". De oplegging van de getrouwheidsregelingen kon derhalve niet voor enige vrijstelling ingevolge de verordening van 1986 in aanmerking komen.

iv) *Tweede onderdeel: de Commissie kan geen geldboete opleggen zonder voorafgaande intrekking van de vrijstelling*

157. Rekwiranten betogen dat indien hun getrouwheidsregelingen waren „opgelegd" in de zin van artikel 5, punt 2, sub b-i, van de verordening van 1986, deze gedraging slechts inbreuk zou hebben gemaakt op de „aan de in artikel 3 bedoelde vrijstelling verbonden [verplichtingen]". In dit soort gevallen dient de Commissie de in artikel 7, lid 1, beschreven procedure te volgen. Zij zou dan de ingevolge artikel 3 verleende groepsvrijstelling moeten intrekken, alvorens een geldboete te kunnen opleggen. Naar de mening van rekwiranten heeft het Gerecht geen onderscheid gemaakt tussen de niet-naleving van een „voorwaarde" waardoor die groepsvrijstelling automatisch buiten werking wordt gesteld, en de schending van een „verplichting". Zij stellen dat de verordening van 1986 een krachtens artikel 87, lid 2, sub c, van het Verdrag vastgestelde maatregel strekkend tot afbakening van de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 in de sector van het zeevervoer is, en dat deze verordening in feite twee soorten misbruik erkent: misbruik voortvloeiend uit gedragingen van lijnvaartconferences die onder de groepsvrijstelling vallen en andere soorten misbruik. In eerstgenoemd geval is de Commissie ingevolge artikel 8, lid 2, van de verordening verplicht, de vrijstelling in te trekken alvorens een geldboete op te leggen.

158. De Commissie onderstreept, dat volgens artikel 8, lid 1, van de verordening van 1986 „misbruik van machtsposities in de zin van artikel 86 van het Verdrag is verboden zonder dat hiervoor een voorafgaand besluit is vereist". Hieruit volgt, dat artikel 8, lid 2, van de verordening van 1986 in dier voege moet worden uitgelegd, dat het de Commissie beoordelingsvrijheid laat ten aanzien van de door haar te treffen maatregelen ingeval een prima facie vrijgestelde gedraging als misbruik wordt gekwalificeerd. [102] Subsidiair herhaalt de Commissie haar in punt 87 van de beschikking verwoorde zienswijze, dat ook al zou het gedrag van de leden van Cewal betreffende hun getrouwheidsregelingen „onder de groepsvrijstelling van artikel 6 van [de verordening van 1986] vallen" [103] — in weerwil van de schending van verschillende door artikel 5, punt 2, van de verordening van 1986 opgelegde „verplichtingen" —, „hierdoor de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag op overeenkomsten en praktijken waarvoor een groepsvrijstelling is verleend, niet [wordt] belemmerd". Zij beroept zich derhalve op het vaste en door het Gerecht bevestigde beginsel, dat niet gelijktijdig een vrijstelling kan worden verleend van zowel artikel 85 als artikel 86.

159. Het standpunt van het Gerecht, dat de verordening van 1986 niet kan worden geacht een vrijstelling te verlenen voor gedrag dat in strijd is met artikel 86 van het Verdrag of artikel 8, lid 1, van de verordening, is ontwijfelbaar correct. Het

102 — Dienaangaande heeft de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting beklemtoond, dat de Commissie de intrekking van een groepsvrijstelling als „ultimum remedium" en de oplegging van geldboeten als een minder ernstige maatregel beschouwde.

103 — Zowel in de bij het Gerecht als bij het Hof ingediende schriftelijke stukken zijn appellanten, niettegenstaande de verwijzing door de Commissie naar de „groepsvrijstelling van *artikel 6* [van de verordening van 1986]" (cursivering van mij), uitgegaan van de veronderstelling dat er geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de vrijstelling van artikel 3 en die van artikel 6 van de verordening voor wat betreft de bevoegdheden die de Commissie aan artikel 8, lid 2, van de verordening ontleent.

Hof overwoog in het arrest Ahmed Saeed, dat „voor misbruik van machtspositie hoegenaamd geen vrijstelling [kan] worden verleend".[104] Zoals de Commissie in dupliek terecht onderstreept, is dit beginsel onlangs ondubbelzinnig bevestigd in het arrest British Gypsum[105], waar het Hof het standpunt van de advocaat-generaal overnam dat artikel 85, lid 3, van het Verdrag niet „tevens een vrijstelling (...) van het verbod van misbruik van machtspositie" inhoudt; dus ook al zouden de getrouwheidsregelingen van Cewal onder de groepsvrijstelling vallen, dan nog zouden zij daardoor niet worden beschermd tegen de rechtstreekse toepassing van artikel 86 van het Verdrag.[106]

160. Voor zover rekwiranten stellen, dat het feit dat de betrokken vrijstelling in casu is verleend uit hoofde van een krachtens artikel 87, lid 2, sub c, van het Verdrag vastgestelde verordening van de Raad, van invloed kan zijn op de toepassing van voornoemd beginsel, getuigt hun visie van een misvatting. De verordening van 1986 is zowel op artikel 84, lid 2, als op artikel 87 van het Verdrag gebaseerd. Wat betreft het eerste artikel, oordeelde het Hof in het arrest Commissie/Frankrijk[107], dat artikel 84, lid 2, de toepassing van het Verdrag op zee- (en lucht-)vervoer geenszins uitsloot en enkel tot gevolg had, dat de specifieke verdragsbepalingen betreffende het vervoer niet van rechtswege daarop van toepassing waren en dat het zee- en luchtvervoer mitsdien „op dezelfde voet als de andere takken van vervoer onderworpen [bleven] aan de algemene regels van het Verdrag"[108], waar uiteraard ook de mededingingsvoorschriften onder vallen.[109] Uit 's Hofs uitspraak in de zaak Ahmed Saeed, waar het Hof niettegenstaande het ontbreken van krachtens artikel 87 vastgestelde verordeningen verklaarde, dat „het verbod van artikel 86 EEG-Verdrag zonder restrictie voor de gehele luchtvaartsector geldt"[110], blijkt duidelijk dat artikel 87, en met name de ingevolge lid 2, sub c, van dat artikel aan de Raad verleende bevoegdheid om „in voorkomende gevallen, de werkingssfeer van de bepalingen van de artikelen 85 en 86 voor de verschillende bedrijfstakken nader vast te stellen", niet tot doel heeft, de Raad toe te staan de materiële werkingssfeer van artikel 86 te bepalen, doch hem in staat te stellen gedetailleerde procedureregels uit te vaardigen voor de toepassing van die mededingingsvoorschriften. Mijns inziens blijkt uit aandachtige lezing van de verordening van 1986, dat dit precies het doel is dat door de Raad is nagestreefd.

161. Ik zal thans de stelling van rekwiranten onderzoeken, of de Commissie geen geldboeten wegens misbruik van een

104 — Aangehaald in voetnoot 20 supra, punt 32.

105 — Aangehaald in voetnoot 47 supra.

106 — Zie punt 67 van de conclusie van advocaat-generaal Léger, wiens betoog dienaangaande, onder andere, uitdrukkelijk door het Hof is overgenomen in punt 11 van zijn arrest. De advocaat-generaal baseerde zijn standpunt op punt 25 van het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak Rausing/Commissie (T-51/89, Jurispr. blz. II-309; hierna: „arrest Tetra Pak I").

107 — Arrest van 4 april 1974 (167/73, Jurispr. blz. 359).

108 — Ibidem, punt 32. Dit standpunt is nadien door het Hof bevestigd in het arrest van 30 april 1986, Asjes e.a. (209/84—213/84, Jurispr. blz. 1425, met name punt 42; hierna: „arrest Nouvelles Frontières").

109 — Arrest Nouvelles Frontières, punt 45.

110 — Aangehaald in voetnoot 20 supra, punt 33.

machtspositie mocht opleggen zonder de ingevolge artikel 3 aan Cewal verleende vrijstelling in te trekken.

162. Het is belangrijk te herinneren aan de aard van het aan rekwiranten ten laste gelegde misbruik, te weten het opleggen van 100 %-getrouwheidskortingen (mede ten aanzien van fob-verkopen) zonder alternatieven in de vorm van een ander percentage dan 100 %, die kracht worden bijgezet door het hanteren van zwarte lijsten „*teneinde de voornaamste, onafhankelijke concurrent [van Cewal] uit te schakelen*" (cursivering van mij).

163. Volgens mij was dit gedrag niet vrijgesteld en kon het ook niet worden vrijgesteld van de toepassing van artikel 86. Bovendien kon, voor zover hier van belang, dit gedrag niet eenvoudigweg worden beschreven als een schending van een verplichting ingevolge artikel 5 van de verordening, die van dezelfde orde zou zijn als de in punt 178 van het bestreden arrest centraal staande schendingen. Het is enigszins vergezocht om te stellen, dat het verbod op de eenzijdige oplegging van 100 %-getrouwheidsregelingen een verplichting omschrijft. Het is een omschrijving van hetgeen volgens artikel 5, punt 2, sub b-i, is verboden.

164. Artikel 8 voorziet echter, zowel door zijn directe en heldere formulering als door zijn structuur, zelf in een antwoord op de stelling van rekwiranten. Artikel 8, lid 1, stelt zo expliciet, dat „[g]een voorafgaand besluit is vereist" voor het verbod van misbruik van een machtspositie, dat het zeer heldere taal zou vergen om dit te weerspreken. Bovendien is deze duidelijke formulering volkomen in overeenstemming met de beginselen betreffende de doeltreffendheid van artikel 86 en de onmogelijkheid van een vrijstelling.

165. Artikel 8, lid 2, van de verordening van 1986 is evenmin in tegenspraak met artikel 8, lid 1, en beperkt de werking daarvan op geen enkele wijze. Eerstgenoemde bepaling staat de Commissie toe „op eigen initiatief of op verzoek van een lidstaat of van een natuurlijke of rechtspersoon" de afzonderlijke maatregel te nemen van de intrekking van een uitdrukkelijk door artikel 3 verleende vrijstelling. Zij stelt geen beperkingen aan de bevoegdheden van de Commissie om geldboeten op te leggen in de omstandigheden die inzonderheid in artikel 19, lid 2, van de verordening van 1986 staan beschreven. Het aan rekwiranten verweten misbruik heeft betrekking op de misbruik opleverende *oplegging* van 100 %-getrouwheidsregelingen en niet op het genot van de door artikel 3 verleende vrijstelling. Ik zie dan ook geen reden voor de conclusie, dat een veroordeling van deze regelingen zou moeten afhangen van de uiterste maatregel van intrekking van de vrijstelling.

166. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, het middel ontleend aan de oplegging van 100 %-getrouwheidsregelingen in zijn geheel te verwerpen.

VI — De geldboeten

A — *Inleiding*

167. Subsidiair voeren rekwiranten, onder verschillende rubrieken, een groot aantal middelen aan tegen de beslissing van het Gerecht om de hun opgelegde geldboeten nagenoeg geheel te bevestigen. Aangezien verreweg de hoogste geldboete is opgelegd aan CMB (zie punten 3 en 4 supra), zijn niet alle middelen tevens door Dafra voorgedragen.

B — *De rechtsmacht van het Hof*

168. Rekwiranten betogen dat het Hof op grond van zijn bevoegdheid krachtens artikel 54, lid 1, van het Statuut om, in het kader van de vernietiging van het bestreden arrest, „zelf de zaak af [te] doen wanneer deze in staat van wijzen is", de hem bij artikel 172 van het Verdrag en artikel 21 van de verordening van 1986 verleende volledige rechtsmacht kan uitoefenen met betrekking tot de betrokken geldboeten. Ook al zou het Hof mijn aanbeveling overnemen om alle in hogere voorziening aangevoerde middelen met betrekking tot de misbruikkwesties te verwerpen, dit neemt niet weg dat het mijns inziens de geldboete in zijn geheel dient in te trekken op grond van een van de voorgedragen middelen.

169. Wat de subsidiaire middelen van rekwiranten betreffende de geldboeten betreft, zij allereerst onderstreept, dat het Gerecht hier de oorspronkelijk door artikel 21 van de verordening van 1986 met betrekking tot de uit hoofde van die verordening opgelegde geldboeten aan het Hof verleende „volledige rechtsmacht" van artikel 172 van het Verdrag bezit. Die rechtsmacht is aan deze rechterlijke instantie verleend krachtens artikel 168 A van het Verdrag en artikel 3, lid 1, sub c, van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen.[111] Voorts zij eraan herinnerd, dat de bevoegdheid van het Hof om de in de uitoefening van die rechtsmacht door het Gerecht gemaakte beoordelingen te toetsen, duidelijk beperkt is, zowel door artikel 168 A van het Verdrag als door artikel 51 van het Statuut, tot het onderzoek van de rechtsdwalingen die het Gerecht eventueel heeft begaan in het kader van de bevestiging of de nietigverklaring van de vaststellingen van de Commissie met betrekking tot geldboeten. Zo besliste het Hof in het arrest Ferriere Nord/Commissie, in reactie op het middel dat de in die zaak opgelegde geldboete onterecht was, dat het bij de beoordeling van rechtsvragen „niet aan het Hof staat om (...) uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboetes die ondernemingen wegens schending van het

111 — PB L 319, blz. 1.

gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen". [112] Voorts besliste het, dat zijn rechtsmacht beperkt was tot het onderzoek van de vraag, „of het Gerecht rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op alle door rekwirante aangevoerde argumenten die strekken tot intrekking of verlaging van de geldboete". [113]

170. Voor het geval het Hof evenwel zou oordelen, dat het bestreden arrest slechts gedeeltelijk wordt gekenmerkt door een rechtsdwaling, is vervolgens de vraag aan de orde naar de aard of omvang van de aanvullende rechtsmacht van deze rechter. Krachtens het eerste lid van artikel 54 van het Statuut moet het Hof, wanneer het de hogere voorziening gegrond acht, de beslissing van het Gerecht vernietigen, doch kan het in aanvulling daarop „zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is". Naar mijn mening volgt hieruit, dat de in artikel 172 van het Verdrag bedoelde volledige rechtsmacht met betrekking tot geldboeten, die oorspronkelijk aan het Hof is verleend doch is overgedragen aan het Gerecht, in dergelijke omstandigheden herleeft. Indien het Gerecht dus in de uitoefening van zijn rechtsmacht ingevolge artikel 172 van het Verdrag een rechtsdwaling begaat, is het van essentieel belang, zowel vanuit het oogpunt van proceseconomie als in het belang van de rechten van rekwiranten, dat het Hof, wanneer het het passend acht de zaak zelf af te doen, volledige rechtsmacht kan uitoefenen met betrekking tot geldboeten.

112 — Arrest van 17 juli 1997 (C-219/95 P, Jurispr. blz. I-4411, punt 31; hierna: „arrest Ferriere Nord").

113 — Ibidem.

C — *De middelen van rekwiranten*

171. De volgende middelen zijn door rekwiranten gezamenlijk voorgedragen:

i) zij klagen dat de aard (of zwaarte) van de inbreuken niet zodanig was, dat zij als ernstig of zelfs opzettelijk konden worden gekwalificeerd;

ii) zij klagen dat de Commissie, door de geldboete niet aan Cewal doch aan hen op te leggen, hun recht van verweer heeft geschonden;

iii) om verschillende redenen betogen zij, dat de geldboeten waren gebaseerd op een onjuiste beoordeling van de mate van hun betrokkenheid bij de handel op de door Cewal bediende route;

iv) zij klagen dat hun samenwerking met de Commissie niet in aanmerking is genomen als verzachtende omstandigheid;

v) zij stellen dat de betrekkelijk korte duur van de inbreuken niet naar behoren in aanmerking is genomen;

vi) zij betogen dat de bestreden gedraging hen, anders dan de Commissie stelt, niet in staat heeft gesteld een groot marktaandeel te behouden;

vii) zij klagen dat de nieuwheid van de inbreuken onvoldoende in aanmerking is genomen als verzachtende omstandigheid;

viii) tot slot stellen zij, dat tevens rekening had moeten worden gehouden met de reglementaire context van Ogefrem.

CMB stelt bovendien nog, dat er nog nooit zo'n hoge geldboete is opgelegd als thans aan haar en dat deze geldboete ten onrechte is opgelegd, teneinde een politiek evenwicht te bereiken met de in een andere beschikking van de Commissie aan een andere conferencelijn opgelegde geldboete. Rekwiranten betogen tot slot, hetgeen in feite een zelfstandig middel is, dat het in artikel 7 van de beschikking bepaalde rentetarief (13,25 %) voor het geval de geldboete niet binnen drie maanden na de mededeling van de beschikking is betaald, buitensporig hoog is.

D — *Analyse*

172. Aangezien ik het standpunt van de Commissie deel, dat veel van de argumenten die rekwiranten hebben aangevoerd tot staving van de verschillende middelen met betrekking tot de geldboeten, in wezen strekken tot een nieuw onderzoek van feitelijke vaststellingen van het Gerecht, dan wel kennelijk ongegrond zijn, zal ik niet al deze punten uitvoerig bespreken.

i) Schending van het recht van verweer

173. Rekwiranten stellen dat het Gerecht een rechtsdwaling heeft begaan door te verklaren dat de Commissie hun terecht een geldboete heeft opgelegd, ondanks het feit dat in de mededeling van de punten van bezwaar slechts werd gedreigd met het opleggen van een geldboete aan Cewal en niet aan de leden ervan. Punt 232 van het arrest van het Gerecht luidt als volgt:

„Wat in de tweede plaats de berekening van de geldboete betreft, aangezien de conference geen rechtspersoonlijkheid bezit, kon de Commissie een geldboete opleggen aan de leden van Cewal in plaats van deze aan de conference zelf op te leggen. De mededeling van de punten van bezwaar was behalve aan Cewal ook gericht tot ieder

van de leden van de conference. In deze omstandigheden en gelet op het feit dat Cewal geen rechtspersoonlijkheid bezit, moesten verzoeksters, ook al werd in de mededeling van de punten van bezwaar slechts gesproken van de mogelijkheid dat wegens de misbruiken aan Cewal een geldboete zou worden opgelegd, zich bewust zijn geweest van het risico dat een eventuele geldboete aan hen zou worden opgelegd in plaats van aan de conference."

174. Rekwiranten stellen, dat indien de Commissie niet voornemens was Cewal geldboeten op te leggen wegens diens gebrek aan rechtspersoonlijkheid, zij hun had moeten mededelen dat de geldboeten aan hen zouden worden opgelegd. Zij wijzen op het hiernavolgende nadeel dat volgens hen uit dit verzuim is voortgevloeid:

— indien de boete aan Cewal was opgelegd, had deze alleen op de omzet van Cewal en niet op die van zijn leden kunnen worden gebaseerd; aangezien de omzet van Cewal uitsluitend was gebaseerd op de Zaïrese routes, was deze lager dan de omzet van de leden;

— indien de geldboete uiteindelijk door de individuele leden van Cewal was betaald, zou hun bijdrage in overeenstemming zijn geweest met hun aandeel in de pool [114];

— CMB wist niet, dat haar afzonderlijk een onevenredig hoog deel van de geldboete zou worden opgelegd wegens haar bijzonder actieve rol in de misbruiken.

Rekwiranten concluderen, dat de Commissie het basisvereiste van een mededeling van de punten van bezwaar niet in acht heeft genomen, te weten het informeren van partijen over de jegens hen gerezen bezwaren en, met name, over de vraag wie van hen de financiële last van de opgelegde geldboete moet dragen. [115]

175. De Commissie betoogt niet, dat de leden van Cewal zijn ingelicht over de geldboeten, doch stelt dat rekwiranten hadden moeten begrijpen „dat in de gehele mededeling van de punten van bezwaar met ‚Cewal' werd bedoeld de groep ondernemingen die die conference vormden", aangezien een lijst van de leden ervan als bijlage aan de mededeling van de punten van bezwaar was gehecht. Zij betoogt eveneens, dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld, dat het niet zinvol zou zijn geweest Cewal een geldboete op te leggen wegens diens gebrek aan rechtspersoonlijkheid. De Commissie stelt, dat het „onwaarschijnlijk" was, dat zij „zo naïef waren dat zij door de oplegging van een geldboete werden verrast". Aanvullend brengt de Commissie naar voren, dat, omdat het in de bedoeling lag geldboeten aan de leden

114 — In haar verzoekschrift in hogere voorziening onderstreept CMB, dat de haar opgelegde geldboete dus geen 95 % van het totaal had kunnen bedragen.

115 — Zij halen onder meer de arresten aan van 23 februari 1994, CB en Europay/Commissie (T-39/92 en T-40/92, Jurispr. blz. II-49) en 28 april 1994, AWS Benelux/Commissie (T-38/92, Jurispr. blz. II-211).

van Cewal op te leggen voor de in de mededeling van de punten van bezwaar ten laste gelegde inbreuken op artikel 85, de leden van Cewal ervan in kennis waren gesteld, dat er individuele boeten aan hen zouden worden opgelegd.

176. Mijns inziens is het Gerecht er ten onrechte van uitgegaan, dat de Commissie gerechtigd was een geldboete aan de leden van Cewal op te leggen omdat Cewal rechtspersoonlijkheid ontbeerde en omdat zij elk adressaat waren van de mededeling van de punten van bezwaar. Deze rechtsdwaling vloeit voort uit haar onjuiste veronderstelling, dat verzoeksters niet onwetend konden zijn van het feit dat zij het risico van een geldboete liepen.

177. Vaststaat dat een afschrift van de mededeling van de punten van bezwaar aan rekwiranten is gezonden, zij het slechts drie maanden nadat deze aan Cewal was gezonden. Waar het evenwel om gaat, is, of rekwiranten er door middel van het afschrift van de mededeling van de punten van bezwaar, dat zij uiteindelijk tezamen met een begeleidende brief — die niets aan de inhoud van voornoemd document toevoegde — ontvingen, naar behoren van in kennis waren gesteld, dat hun individueel geldboeten konden worden opgelegd die de mededeling uitdrukkelijk voornemens was enkel aan Cewal op te leggen, met alle gevolgen van dien voor de berekening van het bedrag van de geldboeten.

178. In de eerste plaats acht ik het niet aanvaardbaar, dat de Commissie in zo'n belangrijke kwestie uitgaat van veronderstellingen. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat „de mededeling van de punten van bezwaar duidelijk de belangrijkste feiten [moet] vermelden waarop de Commissie zich in dat stadium van de procedure baseert". [116] De essentiële procedurele waarborg die de mededeling van de punten van bezwaar biedt, is „[het] toepassing geven aan een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat verlangt dat de rechten van de verdediging in elke procedure (...) in acht worden genomen". [117] Ook al zijn geldboeten niet van strafrechtelijke aard [118], dit neemt niet weg dat zij wel degelijk een bestraffende functie hebben. Hieruit volgt dat de Commissie strikt gehouden is, ondernemingen er duidelijk van in kennis te stellen, dat zij het risico van een geldboete lopen.

179. In de tweede plaats zij eraan herinnerd, dat artikel 19, lid 2, van de verordening van 1986, evenals de tegenhanger daarvan in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62, de Commissie de bevoegdheid verleent geldboeten op te leggen zowel aan ondernemingen als aan „verenigingen van ondernemingen". Een lijnvaartconferentie, zoals Cewal, is duidelijk zo'n vereniging. Ook is het duidelijk, dat de mededingingsvoorschriften van het Verdrag algemeen van toepassing zijn op verenigingen van ondernemingen [119] en dat zij uitdrukkelijk zijn onderworpen aan de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie, met inbegrip van de bevoegdheid geldboeten

116 — Arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80—103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 14).

117 — Ibidem, punt 10.

118 — Zie dienaangaande artikel 19, lid 4, van de verordening van 1986.

119 — Zie, bijvoorbeeld, het arrest van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie (96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 20).

op te leggen. [120] De Commissie heeft als een van de redenen voor het beboeten van de leden van Cewal opgegeven, dat Cewal geen rechtspersoonlijkheid had. Zij heeft niet gezegd, noch heeft het Gerecht dit gedaan, dat geldboeten niet konden worden opgelegd aan niet bij een beroepsorganisatie aangesloten verenigingen, hetgeen uiteraard wel mogelijk is. [121] Geredeneerd vanuit de positie van de leden van Cewal, kan worden volstaan met de opmerking, dat er geen reden was om de mededeling van de punten van bezwaar niet naar de letter ervan op te vatten als de uitdrukking van het voornemen om Cewal een geldboete op te leggen; ik zie niet in waarom de Commissie zou moeten worden ontheven van wat ik als een strenge verplichting beschouw. In het arrest AWS Benelux/Commissie vernietigde het Gerecht geldboeten, omdat „de Commissie in [de administratieve] fase van de procedure, in weerwil van de aldus aan haar te kennen gegeven bezwaren, haar standpunt betreffende de toerekening van de gestelde inbreuk niet [had] verduidelijkt" [122], ook al was zijn arrest gebaseerd op ontoereikende motivering van de beschikking en niet op schending van de rechten van verweer.

180. In de derde plaats is het verzuim om de individuele leden van Cewal ervan in kennis te stellen dat zij het risico van een geldboete liepen, niet een louter formeel gebrek. Met name CMB kan zich op concrete schade beroepen. Door rekwiranten is in repliek uiteengezet, zonder dat dit door de Commissie is weersproken, dat indien de omzet van de leden van Cewal op de betrokken routes (22 171 miljoen ECU in 1991) in aanmerking was genomen als het relevante omzetcijfer voor de berekening van het maximumbedrag van de geldboete (10 %) die krachtens artikel 19, lid 2, van de verordening van 1986 kan worden opgelegd, het totaalbedrag van de boete veel lager zou zijn uitgevallen. Dit zou namelijk amper een kwart van het huidige bedrag zijn geweest. Voor zover de Commissie voornemens was geldboeten op basis van individuele aansprakelijkheid op te leggen, hadden die ondernemingen er op zijn minst van in kennis moeten worden gesteld, dat zij, als afzonderlijke en los van Cewal bestaande eenheden, het risico van een geldboete liepen.

181. Aangezien de Commissie een fundamenteel vereiste heeft geschonden, geef ik het Hof in overweging, het arrest van het Gerecht houdende bevestiging van de beschikking te vernietigen op het onderdeel waarin aan rekwiranten een geldboete is

120 — Zie artikel 18, lid 1, van de verordening van 1986 en, bijvoorbeeld, het arrest van 22 oktober 1997, SCK en FNK/Commissie (T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punten 253 en 254). Zie dienaangaande tevens de recente mededeling van de Commissie „Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd"; PB 1998, C 9, blz. 3, inzonderheid punt 5, sub c.

121 — In het hierboven in voetnoot 119 aangehaalde arrest IAZ e.a./Commissie oordeelde het Hof, dat een vereniging zonder winstoogmerk (ANSEAU) waarbij 31 Belgische waterdistributiebedrijven waren aangesloten en die tot taak had „de gemeenschappelijke belangen [van die bedrijven te] behartig[en]" (punt 3), daadwerkelijk kon worden beboet voor aanbevelingen die waren gedaan om te verzekeren dat de bij haar aangesloten bedrijven uitsluitend „conform verklaarde" wasmachines op de waterleiding aansloten. De hoofdboete werd inderdaad aan de vereniging opgelegd. In het arrest van 11 juli 1989, Belasco/Commissie (246/86, Jurispr. blz. 2117), werd een geldboete opgelegd aan Belasco, een Belgische vereniging van dakbedekkers, en zeven van de daarbij aangesloten ondernemingen, voor de uitvoering van een overeenkomst betreffende prijslijsten en verkoopvoorwaarden. Belasco kreeg een geldboete van 15 000 ECU opgelegd die was berekend aan de hand van haar jaarlijkse omzet; zie punten 65 en 66.

122 — Aangehaald in voetnoot 115 supra, punt 27.

opgelegd, en de beschikking nietig te verklaren voor zover daarin de betrokken geldboeten zijn opgelegd.

ii) Andere middelen

182. Afgezien van het voorgaande hebben rekwiranten onder verschillende rubrieken een groot aantal middelen betreffende de opgelegde geldboeten voorgedragen. Voor het merendeel vormen deze een herhaling van voor het Gerecht aangevoerde argumenten alsmede uitvoerige argumenten met betrekking tot de feiten. Het zou deze reeds uitgebreide conclusie enorm in omvang doen toenemen, indien ik uitputtend op al deze punten zou ingaan. Aangezien ik de steekhoudendheid van het betoog van rekwiranten onder de tweede rubriek heb erkend, kan volgens mij worden afgezien van een puntsgewijze bespreking van de overige punten, vooral omdat ik na het onderzoek ervan tot de conclusie ben gekomen, dat zij zonder uitzondering ongegrond zijn.

183. De correcte benadering bestaat mijns inziens in het onderzoek van de vraag, of het bestreden arrest door enige rechtsdwaling wordt gekenmerkt. Anders zou het Hof het in het arrest Ferriere Nord geformuleerde criterium moeten toepassen. [123] Het is niet nodig, de beoordeling van elk van de argumenten van rekwiranten in detail te herhalen.

123 — Aangehaald in voetnoot 112 supra.

184. Het Hof moet zich ervan vergewissen, of het Gerecht de hem bij het Verdrag opgedragen taak tot volledige toetsing heeft vervuld en naar behoren is ingegaan op alle feitelijke en juridische argumenten die ter betwisting van de geldboeten zijn voorgedragen. Uit de punten 208 tot en met 251 van het bestreden arrest blijkt volgens mij duidelijk, dat het Gerecht het opleggen, de hoogte en de toerekening van de geldboeten naar behoren en zorgvuldig heeft getoetst. Ik stel voor, slechts op twee kwesties zeer kort in te gaan, namelijk de ernst en de nieuwheid van de inbreuk, die bij de oplegging van geldboeten zijn erkend als verzwarende respectievelijk verzachtende omstandigheid. Voor het overige hebben de argumenten grotendeels betrekking op de discretionaire oplegging van geldboeten op basis van feitelijke beoordelingen (te weten, gestelde discriminatie bij de toerekening van geldboeten aan de individuele leden van Cewal).

185. Rekwiranten bestrijden allereerst het oordeel, dat de inbreuken van bijzonder ernstige aard waren. Het bestreden arrest heeft dit argument terecht verworpen (punt 231) op grond dat „de desbetreffende praktijken zijn toegepast om de enige op de markt aanwezige concurrent uit te schakelen". Rekwiranten betwisten niet het opzettelijke karakter van hun gedrag, doch beroepen zich wederom op het beweerde niet-misbruikkarakter van de pressie op Ogefrem, de praktijk van „fighting ships" en de getrouwheidskortingen. Naar mijn mening is dit middel ongegrond.

186. In de tweede plaats betogen rekwiranten, dat het Gerecht onvoldoende

belang heeft gehecht aan de gestelde nieuwheid van elk van de vormen van misbruik, ten aanzien waarvan voor ieder onderdeel argumenten ten gronde worden aangevoerd. Deze argumenten behelzen met name het volgende: het Ogefrem-misbruik is het eerste geval van misbruik in de vorm van pressie op een buitenlandse regering; het misbruik in verband met de praktijk van „fighting ships" leidt tot een uitbreiding van het begrip afbraakprijzen; de getrouwheidskortingen werpen een nieuw interpretatievraagstuk van de verordening van 1986 op.

187. Voor wat betreft de kwestie van de nieuwheid, onderstreept het Gerecht terecht, dat „het oogmerk van de ten laste gelegde misbruiken, namelijk de enige concurrent van de markt te verdrijven, mededingingsrechtelijk geen nieuw karakter [vertoont]" (punt 248). Door rekwiranten is niet aangetoond, dat deze conclusie juridisch onjuist is. Naar mijn mening is het Gerecht, na te hebben vastgesteld dat het „volledige rechtsmacht" had, rechtens genoegzaam op de argumenten ingegaan. Bovendien denk ik, dat het Gerecht terecht is voorbijgegaan aan de aspecten van nieuwheid van de verschillende vormen van misbruik, gelet op hun kennelijk anticoncurrentiële en op uitschakeling gerichte doel. [124]

188. Ik koester enige twijfel ten aanzien van de verdere conclusie van het Gerecht (punt 248), dat geen rekening behoeft te worden gehouden met het feit dat het begrip collectieve machtspositie nieuw zou zijn. De beschikking van de Commissie in de zaak vlakglas [125], die ter weerlegging van de nieuwheid van dit begrip is aangehaald, is geruime tijd na de meeste van de in casu in geding zijnde misbruikpraktijken bekendgemaakt. Anderzijds is de hoop of veronderstelling van een groep ondernemingen die een op uitschakeling gericht beleid van afbraakprijzen toepassen, dat het gemeenschapsrecht niet op hen collectief zal worden toegepast, van gering gewicht tegenover het flagrante misbruik dat de betrokken activiteit oplevert. Bijgevolg heeft het Gerecht volgens mij in dit opzicht niet in rechte gedwaald en stel ik voor, dit middel te verwerpen.

iii) Het rentepercentage

189. Rekwiranten betwisten de verwerping door het Gerecht van hun argument, dat de Commissie in artikel 7 van de beschikking een vergissing heeft begaan door bij de vaststelling van het wegens de te late betaling van de in de beschikking opgelegde geldboeten verschuldigde rentepercentage uit te gaan van „de rentevoet die door het Europees Fonds voor monetaire samenwerking op de eerste werkdag van de maand waarin de beschikking is gegeven, op zijn

124 — Voor deze conclusie is naar mijn mening inzonderheid steun te vinden in het arrest Tetra Pak II, aangehaald in voetnoot 56 supra. Dit arrest had betrekking op de toepassing van artikel 86 op misbruiken door een dominante onderneming op een verwante markt waarop zij weliswaar een leidende doch geen dominante positie had. Tetra Pak betoogde, dat de nieuwheid van deze toepassing een verzachtende omstandigheid was. Het Hof bevestigde echter de verwerping van dit argument door het Gerecht, aangezien laatstgenoemde rechterlijke instantie zijn beslissing terecht had gebaseerd op het feit dat Tetra Pak „zich er wel van bewust had moeten zijn dat de betrokken praktijken in strijd waren met de regels van het Verdrag" en wegens „het duidelijke karakter en de bijzondere ernst van de beperkingen van de mededinging ten gevolge van het betrokken misbruik" (punt 48).

125 — Beschikking 89/93/EEG van de Commissie van 7 december 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.906, vlakglas) (PB 1989, L 33, blz. 44).

verrichtingen in ECU wordt toegepast, vermeerderd met 3,5 procentpunten, ofwel 13,25 %". Volgens hen is dit percentage excessief hoog. Zij hebben voor het Gerecht betoogd dat, gelet op de rentepercentages (waarschijnlijk voor deposito's) die ten tijde van de feiten van het geding voor ECU's konden worden verkregen, het passender zou zijn geweest om het door het Hof gehanteerde rentepercentage toe te passen. Het Gerecht heeft geoordeeld (punt 250), dat „verzoeksters geen enkel element [hebben] aangedragen om aan te tonen dat de Commissie (...) op enigerlei wijze heeft gedwaald".

190. Mijns inziens is hier geen sprake van een rechtens genoegzame weerlegging van de door verzoeksters aangevoerde argumenten met betrekking tot de aanvullende 3,5 procentpunten. Uiteraard geniet de Commissie een zekere mate van beoordelingsvrijheid bij het bepalen van het passende rentepercentage. Een passend rentepercentage verzekert, dat ondernemingen geen vertragingstactieken toepassen. Anderzijds mag de vastgestelde rentevoet niet zo hoog zijn, dat ondernemingen hierdoor feitelijk worden verplicht geldboeten te betalen, ook al achten zij goede juridische gronden aanwezig om de geldigheid van de beschikking van de Commissie te betwisten. [126] Volgens mij mag de Commissie bij het vaststellen van het percentage van de vertragingsrente een referentiepunt hanteren dat hoger ligt dan het gemiddeld op de markt geldende rentepercentage voor leningen, voor zover dit noodzakelijk is om vertragingstactieken te ontmoedigen. Niettemin is het niet aanvaardbaar, dat zonder enige uitleg 3,5 procentpunten worden toegevoegd aan een op zich reeds hoge rentevoet.

191. Door de beschikking van de Commissie op dit punt te bevestigen zonder na te gaan, of de Commissie een juridische of andere overtuigende reden voor deze verhoging van de rentevoet had, heeft het Gerecht naar mijn mening een rechtsdwaling begaan en komt zijn beslissing dienaangaande voor vernietiging in aanmerking.

E — *Samenvatting van de aanbevelingen aan het Hof*

192. Om de hierboven door mij uiteengezette redenen (punten 173—181) ben ik het standpunt toegedaan, dat de aan CMB en Dafra in artikel 6 van de beschikking opgelegde geldboeten moeten worden ingetrokken, aangezien het Gerecht ten onrechte het middel heeft verworpen dat de Commissie het recht van verweer van rekwiranten met betrekking tot de oplegging van die geldboeten niet had geëerbiedigd. Voorts ben ik van mening, ofschoon ik alle overige middelen betreffende de geldboeten zou willen verwerpen, dat het Gerecht eveneens een rechtsdwaling heeft begaan door de hoogte van de bij artikel 7 van de beschikking wegens vertraagde betaling van de opgelegde geldboeten toegepaste rentevoet te bevestigen.

126 — In het arrest van 25 oktober 1983, AEG/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151) verwierp het Hof het argument van verzoeker dat „in het gemeenschapsrecht geen rechtsgrond voor een verplichting tot betaling van vertragingsrente te vinden is" (punt 141). Zie ook het arrest CB en Europay/Commissie (aangehaald in voetnoot 115 supra, punten 48 en 49).

VII — EVRM

193. Rekwiranten betogen tevens, aan de hand van twee zelfstandige hogerevoorzieningsmiddelen, dat de „talrijke onzekerheden en wijzigingen in de tenlasteleggingen" jegens hen waaraan zowel het Gerecht als de Commissie zich in casu, naar zij stellen, schuldig hebben gemaakt, alsmede het feit dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op wat zij als nieuwe vormen van misbruik beschrijven, neerkomen op een verzuim van het Gerecht om de in de artikelen 6, lid 3, en 7, lid 1, van het EVRM erkende beginselen te eerbiedigen. [127]

194. Om de redenen die ik reeds heb uiteengezet in de hoofdstukken V en VI, waar ik de verschillende door rekwiranten gestelde schendingen van het recht van verweer van de hand heb gewezen, weiger ik te erkennen, dat de Commissie of het Gerecht de — mijns inziens zowel uit de algemene beginselen van gemeenschapsrecht als uit artikel 6, lid 3, van het EVRM voortvloeiende — verplichting heeft geschonden dat een partij die wordt beschuldigd van gedrag dat weliswaar niet strafbaar is, doch hem potentieel wel aan sancties blootstelt, duidelijk moet worden ingelicht over de aard van de jegens hem geuite beschuldiging(en).

195. Wat betreft het nullum crimen, nulla poena sine lege-beginsel, acht ik, om de redenen die ik hierboven sub VI heb aangevoerd ter verwerping van de verschillende stellingen van rekwiranten dat de kwalificatie van hun gedrag als misbruik nieuw was en dus redelijkerwijs niet door hen kon worden voorzien, in casu geen schending van dat beginsel en dus evenmin van artikel 7, lid 1, EVRM aanwezig.

VIII — Kosten

196. Aangezien de stellingen van rekwiranten met betrekking tot de juistheid van het arrest van het Gerecht tot bevestiging van de beschikking, alsook het merendeel van hun middelen betreffende de geldboeten naar mijn mening ongegrond zijn, zou ik rekwiranten in casu willen beschouwen als in feite in het ongelijk gestelde partijen in de zin van de artikelen 69 en 122 van het Reglement voor de procesvoering en het Hof derhalve in overweging willen geven, hen in de kosten van verweerster en interveniënte te veroordelen.

127 — Artikel 6, lid 3, bepaalt, voor zover van belang, dat „een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd" het recht heeft „onverwijld (...) op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging", terwijl krachtens artikel 7, lid 1, „niemand kan worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde".

IX — Conclusie

197. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof allereerst in overweging:

— het arrest van het Gerecht te vernietigen, voor zover daarin de aan rekwiranten opgelegde geldboeten en het daaraan verbonden percentage vertragingsrente zijn bevestigd;

— de artikelen 6 en 7 van beschikking 93/82/EEG van de Commissie van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) en artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.448 en IV/32.450: Cewal) nietig te verklaren voor zover deze artikelen betrekking hebben op rekwiranten;

Voor het overige geef ik het Hof in overweging:

— de hogere voorzieningen in hun geheel te verwerpen;

— rekwiranten te verwijzen in de kosten van verweerster en van Grimaldi en Cobelfret, interveniënte.