Conclusies van de Advocaat-Generaal

K. ROEMER

Vertaald uit het Duits

INHOUD

blz.

I – De feiten 52

II – Conclusies en ontvankelijkheid van het beroep . . . 53

III – Schending van wezenlijke vormvoorschriften 56

IV – Verhouding tussen artikel 65 en artikel 4 *b*) 59

V – Concurrentiebeperking in de zin van artikel 65, lid 1 . . 64

VI – De vraag, of overeenkomstig artikel 65, lid 2, ontheffing kan worden verleend 72

VII – Discriminatie 78

VIII – Resultaat van het onderzoek en conclusie 82

Mijnheer de Voorzitter, mijne heren Rechters,

I — DE FEITEN

In het proces, hetwelk 19 kolenmijnondernemingen van het Ruhrgebied en het door haar in de vorm van een „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" naar Duits recht opgerichte verkoopkantoor, tegen de Hoge Autoriteit van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal voor ons Hof van Justitie voeren, en waarvan de mondelinge behandeling thans wordt afgesloten door mijn gemotiveerde conclusies, gaat het niet om de beoordeling van feiten en de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Het gaat niet om de gerechtelijke beoordeling van concrete maatschappelijke verschijnselen. De rechtsstrijd heeft blijkens het beroep betrekking op een nauwkeurig aangeduid gedeelte van een overeenkomst. Het betreft hier een overeenkomst door de kolenproducerende ondernemingen aangegaan met betrekking tot gemeenschappelijke verkoop en de daarop toe te passen regelen. Deze afzonderlijke clausule, voorkomend in de handelsregeling welke aan de Hoge Autoriteit gelijktijdig met de Akte van Oprichting van de „Geitling" werd voorgelegd, moet aan de kartelbepalingen van het Verdrag der Gemeenschap worden getoetst.

De tekst van de handelsregeling en de inhoud van de door de Hoge Autoriteit op het door de eisende partijen sub 1) ingediende verzoek tot goedkeuring gegeven Beschikking zijn U uit de schriftelijke procedure bekend. De Rechter-Rapporteur verstrekte daarvan bovendien in de mondelinge behandeling een duidelijk overzicht. De vertegenwoordigers van partijen hebben de inhoud van deze stukken, voor zover die hun van belang scheen, weergegeven of geciteerd.

Deze behandeling van de procesmaterie maakt het mij mogelijk met een algemene verwijzing te volstaan. Ik acht het evenwel noodzakelijk met nadruk te verklaren, dat deze afzonderlijke clausule tegen welker niet-goedkeuring de eisende partijen opkomen, in haar verband met de gehele regeling moet worden beschouwd.

De Akte van Oprichting en de handelsregeling houden afspraken in over een gemeenschappelijke verkoop op de gemeenschappelijke markt van brandstof, afkomstig van de 19 betrokken mijnbouwondernemingen, welke te zamen optreden als eisende partijen sub 1).

Gelijk bekend, hadden tot dusver vrijwel alle mijnbouwondernemingen van het Ruhrgebied door middel van een gemeenschappelijke verkooporganisatie samengewerkt. De oprichting van de drie huidige zelfstandige verkoopkantoren — waaronder begrepen de eisende partij sub 2) — betekent derhalve een oplossing welke het midden houdt tussen de gemeenschappelijke verkoop door alle ondernemingen van het Ruhrgebied, gelijk die tot nu toe plaatsvond, en de zelfstandige verkoop door ieder van de ongeveer 50 mijnbouwondernemingen van dit bekken afzonderlijk. De Hoge Autoriteit heeft voor deze overeenkomsten tot gemeenschappelijke verkoop, welke met identieke inhoud telkens door een derde van de ondernemingen van het Ruhrgebied werden aangegaan, voor het grootste gedeelte ontheffing verleend. Zij heeft erkend, dat een zodanige gemeenschappelijke verkoop in het belang is van een betere brandstoffenverdeling — met inachtneming van de bijzondere verhoudingen in de mijnbouwindustrie — en enerzijds noodzakelijk, doch anderzijds ook voldoende om een economische afzet, een constante werkgelegenheid en een gelijkmatige bevoorrading mogelijk te maken. Voor zover zulks met het oog op dit doel bevorderlijk voorkomt, heeft zij ook bepaalde gemeenschappelijke organisaties van de drie verkoopkantoren voor Ruhrkolen goedgekeurd, dan wel te kennen gegeven, dat een goedkeuring daarvoor niet nodig was. Voor afspraken van concurrentiebeperkende aard, welke dit doel te boven gingen, heeft zij echter geen ontheffing verleend, en tevens voor de goedgekeurde overeenkomsten zekere beperkingen en voorwaarden geformuleerd, welke met name de onafhankelijkheid der drie verkoopkantoren moesten waarborgen en hun de vorming van een eigen produktie- en afzetpolitiek mogelijk maken.

In dit verband moet de weigering gezien worden een der criteria goed te keuren, namelijk de voorwaarde, welke de eisende partijen gesteld wensten te zien voor de toelating tot rechtstreekse aankoop bij het verkoopkantoor, dat wil zeggen met betrekking tot hun groothandelaren in de eerste hand.

II — CONCLUSIES EN ONTVANKELIJKHEID VAN HET BEROEP

1. Het beroep keert zich tegen de weigering voor bedoelde voorwaarde, welke in de handelsregeling was voorzien, ontheffing te verlenen.

Het verzoek tot ontheffing werd in artikel 8 van Beschikking No. 5-56 van de Hoge Autoriteit van 15 februari 1956 afgewezen; de eisende partijen concluderen mitsdien tot nietigverklaring van genoemd artikel.

De Hoge Autoriteit, verwerende partij, heeft in de schriftelijke procedure tegen de vorm en de ontvankelijkheid van het beroep geen bezwaar gemaakt; zij concludeert echter dat het als ongegrond moet worden verworpen.

Weliswaar heeft bij de mondelinge behandeling de advocaat van de Hoge Autoriteit de vraag opgeworpen, of een afzonderlijk artikel van een beschikking, waarin een bepaald onderwerp uitputtend wordt geregeld, afzonderlijk bestreden kan worden; hij was namelijk van oordeel dat — in geval van vernietiging — het Hof zelf in feite — in plaats van de Hoge Autoriteit — in het onderhavige geval de verzochte ontheffing zou verlenen. Hij betoogde, dat de eis ook anders kon worden uitgelegd, namelijk in dier voege, dat deze op de Beschikking in haar geheel betrekking heeft.

Een dergelijke interpretatie zou evenwel met het voorwerp van het beroep niet verenigbaar zijn. Aan het Hof is slechts de vraag voorgelegd, of de weigering om de litigieuze clausule goed te keuren een schending inhoudt van wezenlijke vormvoorschriften of van andere Verdragsbepalingen. Uit de beweringen van de eisende partijen blijkt geenszins, dat zij nog andere artikelen van de Beschikking zouden bestrijden. Evenmin heeft de verwerende partij aangetoond, dat de weigering de clausule goed te keuren, voorwaarde zou zijn geweest voor alle in de Beschikking gegeven goedkeuringen. Bij de beoordeling van het geschil moet er derhalve van worden uitgegaan, dat de overige elementen van de Beschikking door de eisende partijen niet worden betwist. Een zodanige beperking van het voorwerp van het beroep is geoorloofd. Niettegenstaande de formulering van artikel 4 van Beschikking No. 5-56 zal vernietiging van artikel 8 dier Beschikking niet noodzakelijkerwijs het verlenen van een ontheffing inhouden. Veeleer zal dit ten gevolge kunnen hebben, dat de Hoge Autoriteit overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag — zulks naargelang van de rechtsoverwegingen van het Vonnis — gehouden zal zijn tot een nieuw onderzoek over te gaan, of aan het niet in acht genomen vormvereiste alsnog te voldoen, dan wel het vernietigde artikel zelf opnieuw te redigeren.

2. Uit het ambtshalve te verrichten onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep blijkt:

De gedeeltelijk bestreden Beschikking werd aan de eisende partijen op 22 februari 1956 betekend; het beroep werd op 25 maart 1956 en mitsdien krachtens artikel 33, 3e alinea, van het Verdrag juncto artikel 85 van het Reglement van het Hof, tijdig aanhangig gemaakt.

Eisende partij is in de eerste plaats de groep van 19 kolenmijnondernemingen, welke de overeenkomst aangingen, dat wil zeggen: kolenproducerende ondernemingen, tot welke de Beschikking individueel is gericht en op grond waarvan aan die ondernemingen dus een beroepsrecht toekomt.

In de tweede plaats treedt als eisende partij op het door de overeenkomst der 19 ondernemingen in het leven geroepen verkoopkantoor „Geitling". Blijkens de Beschikking richten zich verschillende beperkingen, voorwaarden en lasten juist tot dit verkoopkantoor; na zijn oprichting — welke, nu het tegendeel niet blijkt, als een feit moet worden aangemerkt — zal het ten behoeve van de betrokken ondernemingen alle werkzaamheden verrichten, welke de gemeenschappelijke verkoop voor deze 19 ondernemingen met zich brengt. Het betreft hier dus een verkoopbedrijf, hetwelk volgens artikel 80 van het Verdrag gerechtigd is het onderhavige — met artikel 65 verband houdende — beroep in te stellen.

3. In zoverre artikel 8 van Beschikking No. 5-56 de toepassing van de litigieuze clausule verbiedt, vestigt zij zekere verplichtingen tot nalaten en is derhalve een beschikking in de zin van artikel 33 van het Verdrag.

Onder bepaalde omstandigheden zou de vernietiging van artikel 8 ten gevolge kunnen hebben, dat de Hoge Autoriteit gehouden is voor het litigieuze beding ontheffing te verlenen. In zoverre kan men het beroep ook beschouwen als een vordering tot nakoming door de Hoge Autoriteit ener verplichting tot het geven ener beschikking — het geval van artikel 35, 1e alinea —, welke beschikking dan de verzochte goedkeuring zou moeten inhouden.

In ieder geval is hier sprake van een individuele, de eisende partijen rakende, Beschikking, zodat alle beroepsgronden ex artikel 33, 1e alinea, kunnen worden aangevoerd.

4. Het beroep is derhalve ontvankelijk.

Het steunt op schending van wezenlijke vormvoorschirften, schending van het Verdrag, alsmede op klaarblijkelijke miskenning van deszelfs bepalingen.

III — SCHENDING VAN WEZENLIJKE VORMVOORSCHRIFTEN

1. De eisende partijen zien de schending van wezenlijke vormvoorschriften in de gebrekkige motivering van het bestreden artikel van Beschikking No. 5-56. Naar haar mening zou het motief, dat de clausule niet noodzakelijk is om een maatstaf te geven voor een bepaalde omvang van de bedrijvigheid van de groothandel, met evenveel grond voor het verbod van de andere criteria kunnen worden aangevoerd, zij het met uitzondering van een enkel criterium, dat reeds een zodanige maatstaf inhoudt. De eisende partijen betogen voorts, dat de motivering geen feiten bevat, waaruit blijkt, dat de clausule de concurrentie beperkt en met artikel 65, lid 2, niet verenigbaar is.

De Hoge Autoriteit stelt hiertegenover, dat voor de beantwoording van de vraag, of haar Beschikking voldoende gemotiveerd is, van haar rechtsopvatting ter zake moet worden uitgegaan; zij stelt deze opvatting in de motivering te hebben weergegeven en daardoor tevens de Beschikking ook in feitelijk opzicht voldoende te hebben gemotiveerd.

2. Bij de beoordeling van dit middel moet in het bijzonder op twee punten worden gelet.

Ten eerste gaat het hier om één enkel van de *14* artikelen van het ontheffingsbesluit; voor dit artikel was geen afzonderlijke motivering mogelijk; veeleer moeten uit de één geheel vormende motivering van de Beschikking, die elementen worden gelicht, welke op het litigieuze artikel betrekking hebben. Gezien de omvangrijke overeenkomst en de daartoe behorende handelsregeling zou het een onredelijke eis zijn te verlangen, dat de Hoge Autoriteit in haar motivering voor iedere afzonderlijke beperking of weigering der ontheffing opnieuw een volledige uiteenzetting der gemeenschappelijke aspecten zou geven. Ten tweede mag het onderzoek naar de vraag, of de vormvoorschriften in acht genomen zijn, zich niet

mede uitstrekken tot het gebied van het onderzoek ten gronde. Het Hof heeft reeds beslist, dat een weerlegging van eventuele afwijkende meningen in de motivering niet noodzakelijk is; daarentegen behoort de motivering de belangrijkste feitelijke vaststellingen te bevatten, waarop de Beschikking rust (cf. Vonnis 4-54 en 6-54). Zo is het niet voldoende, wanneer in de considerans de tekst van het Verdrag letterlijk wordt herhaald; veeleer moet de bepaalde feitelijke situatie waarop de Hoge Autoriteit de ingeroepen bepalingen van het Verdrag heeft toegepast, met voldoende duidelijkheid worden afgebakend.

Deze eisen zijn noodzakelijk, maar ook voldoende ter bereiking van het doel van de motiveringsplicht; zij, tot wie de beschikking gericht is, dienen te weten op welke concrete situaties de Hoge Autoriteit de bepalingen van het Verdrag heeft toegepast waarop zij haar beschikking doet steunen; in geval van betwisting kan het Hof onderzoeken, of deze feiten juist zijn vastgesteld en of zij de toepassing van de aangehaalde Verdragsartikelen rechtvaardigen.

3. Gelijk bij de aanvang reeds werd opgemerkt, gaat het in het onderhavige geding in wezen niet om de beoordeling van concrete maatschappelijke verschijnselen. Ter beoordeling staat het al of niet geoorloofde karakter van een deel der handelsregling, namelijk de bepalingen inzake de toelating tot het verkoopkantoor als groothandelaar in de eerste hand. Deze bepalingen zijn in de motivering van de Beschikking *(Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 33)* op de belangrijkste punten geciteerd. Alvorens deze laatste rechtens te toetsen heeft de Hoge Autoriteit nog enkele feitelijke conclusies getrokken. De eerste conclusie betreft alle criteria en dus ook de litigieuze clausule:

Wanneer eisen worden geformuleerd voor rechtstreekse bevoorrading, dan worden daardoor alle overige handelaren, welke niet aan die eisen voldoen, van de bevoorading door het verkoopkantoor uitgesloten *(Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 33).* Deze uitsluiting, die geen nader betoog behoeft — zij is in het beroep dan ook niet bestreden — en de uit de inhoud der handelsregeling volgende indeling in verkooprayons, alsmede de vaststelling van tonnagegrenzen, bepalen te zamen duidelijk op welke wijze de Hoge Autoriteit het begrip „het verdelen van markten en afnemers" in artikel 4 *d)* en artikel 65, lid 1,

van het Verdrag definieert (aldus de considerans, *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 33).*

Wanneer de eisende partijen verlangen, dat bovendien nog zal worden vastgesteld, welke concurrentiebeperkende gevolgen de regeling in elk afzonderlijk geval zal hebben, dan meen ik, dat zulks, gezien de duidelijkheid van de bovenomschreven definitie, te ver gaat. In het bijzonder zou zulks — nog minder dan de inhoud van de handelsregeling zelf — in het geheel geen feitelijke vaststelling inhouden, maar een prognose van de gevolgen ener algemene economische regeling, welke nauw met het onderzoek rechtens samenhangt. Om al deze redenen behoort de vraag, of de gegeven vaststellingen de juridische conclusie rechtvaardigen, of zij onvolledig zijn dan wel eventueel in het proces nog nader mogen worden ontwikkeld, naar het onderzoek ten principale verwezen te worden.

Ik concludeer derhalve, dat de concurrentiebeperkende werking van de voorwaarden tot toelating voor rechtstreekse aankoop — waartoe ook de litigieuze clausule behoort — met het oog op artikel 65, lid 1, van het Verdrag voldoende gemotiveerd is.

De tweede feitelijke conclusie, welke de Hoge Autoriteit uit de inhoud van de handelsregeling heeft getrokken, heeft slechts op de litigieuze clausule betrekking en niet op de overige criteria voor directe aankoop. Na te hebben vastgesteld, dat de overige criteria aan de vereisten van artikel 65, lid 2, voldoen, vervolgt de Hoge Autoriteit *(Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 34):*

> „De litigieuze clausule leidt ertoe dat de handelaar, ten einde zich van het aan het rechtstreeks betrekken verbonden voordeel te verzekeren, tot de hoeveelheid van 25.000 ton per jaar bij voorkeur brandstoffen van de beide andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen zal betrekken en daardoor minder brandstoffen van de producenten in andere bekkens zal afnemen."

De bijzondere aard van het litigieuze criterium, in vergelijking tot de overige goedgekeurde vereisten, wordt derhalve gezien in het feit, dat het tot een bevoorrechting der beide andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen ten opzichte van de overige producenten van de Gemeenschap zou leiden. Uit deze motivering blijkt

duidelijk, dat het toerekenen van de bij bepaalde andere kantoren aangekochte hoeveelheden — hetgeen de litigieuze clausule mogelijk maakte — de beslissende overweging was; de overige clausules gewagen slechts van de bepaalde hoeveelheid, welke hetzij bij de Gemeenschap in haar geheel, hetzij bij de eisende partijen moest worden betrokken, daarentegen niet bij bepaalde andere kantoren. Wij kunnen de eisende partijen dan ook niet volgen in haar bewering, dat de gegeven motivering evenzeer tot het verbod van iedere andere clausule aangevoerd had kunnen worden. De vraag, of de Hoge Autoriteit deze feiten juridisch juist beoordeeld heeft en met name of het discriminatieverbod van artikel 4 *b*) hier terecht wordt toegepast, moet eveneens naar het onderzoek ten principale verwezen worden.

4. Mitsdien moet worden vastgesteld, dat in de considerans van Beschikking No. 5-56 artikel 8 van die Beschikking voldoende wordt gemotiveerd. Dit geldt zowel voor de omstandigheden, welke hebben geleid tot het aannemen van het bestaan van fundamentele beperkingen van de concurrentie in de zin van artikel 65, lid 1, als voor de bijzondere omstandigheden op grond waarvan de mogelijkheid voor het litigieuze beding overeenkomstig artikel 65, lid 2, onderzoek ten principale verwezen worden.

Hieraan moge nog worden toegevoegd, dat, bij nauwkeurige bestudering van de considerans in haar geheel, slechts kan worden vastgesteld, dat zij bijzonder uitvoerig en zorgvuldig is geredigeerd.

IV — DE VERHOUDING TUSSEN ARTIKEL 65 EN ARTIKEL 4 *b*)

1. Met betrekking tot de grief schending van het Verdrag worden verschillende gronden aangevoerd. De eisende partijen verdedigen de opvatting, dat de litigieuze clausule niet in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 4 *b*) en evenmin met het kartelverbod van artikel 65. In alle processtukken werd deze volgorde aangehouden, zij het, dat de eisende partijen a priori het standpunt innemen, dat voor de ontheffingsprocedure ex artikel 65 het discriminatieverbod irrelevant is. Hiermede is de principiële vraag van de verhouding tussen artikel 65 en artikel 4 *b*) gesteld. Deze verhouding kan voor de volgorde waarin het onderzoek plaatsvindt, van belang zijn; zij kan zelfs, wanneer zij in de door

de eisende partijen gewenste zin beoordeeld zou moeten worden, toetsing aan het discriminatieverbod overbodig maken.

Derhalve moet deze vraag worden onderzocht voor zover zij voor het onderhavige geding noodzakelijk is.

2. De *eisende partijen* zijn van oordeel, dat artikel 65 ten opzichte van artikel 4 een „lex specialis" is; in artikel 65, lid 2, zouden — afgezien van het bijzondere voorschrift van paragraaf 12 der Overgangsbepalingen — de gronden voor weigering uitputtend zijn opgesomd, zodat aan artikel 4 geen zelfstandige betekenis toekomt. Hiertoe betogen de eisende partijen enerzijds, dat overeenkomsten van discriminerende aard ingevolge artikel 65, lid 2 *b*), niet kunnen worden goedgekeurd, daar zij steeds verder gaan dan het zakelijk gerechtvaardigde doel, en omgekeerd, dat een regeling, welke aan de eisen van artikel 65, lid 2, voldoet, geen schending van artikel 4 kan opleveren. Zij beweren echter anderzijds, dat onder artikel 65, lid 1, ook discriminerende praktijken vallen en derhalve, mits met inachtneming van de in lid 2 bedoelde voorwaarden, zouden kunnen worden goedgekeurd.

De *verwerende partij* schijnt dit standpunt in zoverre te delen, als ook zij er van uitgaat, dat een overeenkomst welke een geoorloofde beperking der concurrentie beoogt, niet noodzakelijkerwijs van discriminerende aard behoeft te zijn. Zij leidt hieruit af, dat bij de toetsing aan artikel 65, lid 2, er steeds — direct of indirect — op gelet dient te worden of de overeenkomst een discriminatie ten gevolge heeft. Het maakt derhalve geen verschil, of de Hoge Autoriteit zich slechts op lid 2 beroept, dan wel bovendien nog uitdrukkelijk naar artikel 4 *b*) verwijst. Nu zij in de bestreden Beschikking zowel het een als het ander deed, zou de door de eisende partijen opgeworpen strijdvraag derhalve van geen belang zijn.

3. Een enkele blik in de kartelliteratuur leert reeds, dat de verhouding tussen discriminatie en kartelrecht steeds weer werd behandeld. In het bijzonder wordt van de zijde van de kartels betoogd, dat ter bereiking van hun geoorloofd doel bepaalde discriminaties onvermijdelijk zijn, terwijl de met het toezicht op kartels belaste autoriteiten het verbod van kartelafspraken met een beroep

op discriminatie motiveerden. Een verwijzing naar de omvangrijke literatuur, waarbij slechts een willekeurige en onvolledige opgave mogelijk zou zijn, moge hier achterwege blijven.

Ik noem slechts het rapport van de Engelse monopolie-commissie van 1955, hetwelk in het bijzonder over collectieve discriminaties handelt.

Het zou de grenzen van mijn taak in dit geding ver te buiten gaan, indien ik met betrekking tot deze vragen een principieel standpunt zou willen kiezen. Ook indien wij ons tot het recht van de Gemeenschap beperken, waarbij de begrippen discriminatie en beperking van de concurrentie in het licht van het Verdrag gezien en de bijzondere omstandigheden der verenigde grondstoffenindustrieën ook in feitelijk opzicht bestudeerd en in aanmerking genomen zouden moeten worden, ware een uitputtende behandeling van dit probleem binnen de grenzen ener conclusie in een aanhangig geding niet wel mogelijk. Wij moeten ons derhalve beperken tot het zonder enige pretentie van volledigheid formuleren van enkele algemene gezichtspunten en bij de probleemstelling uitsluitend de beslissing in de onderhavige zaak in het oog vatten.

4. De eerste stelling, welke kan worden geponeerd, luidt als volgt: niet iedere beperking van de concurrentie in de zin van artikel 65 levert een bij artikel 4 *b*) verboden discriminatie op.

De gemeenschappelijke verkoop door verschillende producenten vormt hiervan een voorbeeld: deze verkoop beperkt weliswaar de concurrentie en moet derhalve krachtens artikel 65, lid 2, worden goedgekeurd. Het is echter wel degelijk mogelijk aan zulk een gemeenschappelijke verkoop een zodanige vorm te geven, dat hij niet van discriminerende aard is.

Uit deze stelling kan voor de onderhavige vraag de volgende conclusie worden getrokken:

Ook wanneer bij het onderzoek van een kartelovereenkomst blijkt, dat zij geen overtreding van het verbod van artikel 4 *b*) inhoudt, dient niettemin nog te worden onderzocht, of aan de vereisten van artikel 65, lid 2, voldaan is.

5. Geldt nu ook het omgekeerde van deze stelling, namelijk:

Niet iedere „op zichzelf" krachtens artikel 4 *b*) verboden discriminatie vormt daardoor ook een krachtens artikel 65 ongeoorloofde beperking van de concurrentie?

Hier moet een onderscheid worden gemaakt. Er zijn namelijk discriminerende praktijken denkbaar, die geen noemenswaardige invloed op de concurrentie uitoefenen. Dit zal gemeenlijk het geval zijn bij discriminatie door ondernemingen, die zelf geen wezenlijke invloed op de concurrentie uitoefenen. Daarentegen kunnen kartels en ondernemingen met een marktbeheersende positie de concurrentie ook door discriminaties beperken.

In ieder geval ligt de conclusie voor de hand, dat een bevestigend antwoord op de vraag, of bij een zelfstandige toetsing aan artikel 4 *b*) een discriminatie kan worden vastgesteld, als zodanig nog niet voldoende is om ook een met artikel 65, lid 2, strijdige beperking van de concurrentie aan te nemen.

6. Deze beide overwegingen leiden tot de slotsom, dat in geen geval een toetsing aan artikel 65, lid 2, achterwege kan blijven; de ontheffingsprocedure moest derhalve hiermede aanvangen. Bovendien is het twijfelachtig of een afzonderlijke toetsing mogelijk is.

Uit het Vonnis 1-54 citeer ik hier de volgende beslissing van het Hof:

> „De artikelen 2, 3 en 4 van het Verdrag . . . . . zijn fundamentele bepalingen, welke de gemeenschappelijke markt en de gemeenschappelijke doelstellingen van de Gemeenschap vaststellen. Hun belang blijkt duidelijk uit artikel 95. Door de Hoge Autoriteit de bevoegdheid te geven verboden praktijken te definiëren, verplicht het Verdrag haar rekening te houden met de in de artikelen 2, 3 en 4 omschreven doelstellingen."(1)

(1) *Jurisprudentie van het Hof, Deel I,* Nederlandse uitgave, blz. 23, onder II) 1 *a*.

In zijn Vonnis 7 en 9-54 heeft het Hof naar deze rechtspraak verwezen en bovendien beslist:

> „Wanneer . . . . . de voorschriften van artikel 4 elders in het Verdrag nader zijn uitgewerkt of geregeld, moeten de teksten . . . . . als een geheel worden beschouwd en in onderling verband worden toegepast."

In mijn conclusies met betrekking tot laatstgenoemde zaak heb ik erop gewezen, dat het discriminatieverbod geldt „met inachtneming van de bepalingen van het Verdrag". Uit ons betoog volgt, dat discriminatie- en kartelverbod gedeeltelijk samen kunnen vallen; tussen beide bepalingen is derhalve een concursus idealis mogelijk. Ik ben dan ook geneigd aan te nemen, dat bij de ontheffingsprocedure van artikel 65 van de bepalingen van bedoeld artikel moet worden uitgegaan, zulks met inachtneming mede van artikel 4 *b*) hetwelk tevens moet worden aangewend voor de interpretatie van artikel 65, lid 2, doch dat anderzijds het discriminatieverbod, op zich zelf gezien, niet als een zelfstandige grond tot weigering van de ontheffing bij de toepassing van artikel 65, lid 2, mag worden aangemerkt.

7. Gelijk uit enige punten van haar motivering blijkt, schijnt de Hoge Autoriteit deze opvatting tot op zekere hoogte te delen.

De Hoge Autoriteit heeft weliswaar vastgesteld, dat de handelsregeling een verdeling van de afnemers en van de markt inhoudt en daardoor niet alleen met artikel 65, lid 1, doch ook met artikel 4 *d*) — eveneens een fundamentele bepaling — in strijd komt. Niettemin heeft zij de handelsregeling — ongeacht deze fundamentele overtreding van artikel 4 — in hoofdzaak goedgekeurd.

Ten tweede heeft de Hoge Autoriteit vastgesteld, dat door de goedkeuring van een gemeenschappelijke verkoop aan de daarbij betrokken kolenmijnondernemingen een aanzienlijke invloed op de markt wordt verschaft, waardoor wederom de mogelijkheid wordt geopend voor praktijken, die met de voorschriften van artikel 4 *b*) en *d*), en in het bijzonder met het verbod van discriminatie en van verdeling van de markt, in strijd zijn (cf. *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 32).* Deze mogelijkheid

om discriminaties te begaan, welke niet aan de inhoud zelf van de ter goedkeuring voorgelegde regeling ontleend konden worden, heeft niet tot het verbod van de gemeenschappelijke verkoop geleid, doch slechts tot opmerkingen ten aanzien van bepaalde praktijken, welke de Hoge Autoriteit bij de uitvoering van de regeling eventueel als discriminerend zou beschouwen.

8. Bovenstaand onderzoek leidt in het onderhavige geval tot de conclusie, dat eerst moet worden nagegaan, of aan de voorwaarden van artikel 65, lid 2, voldaan is. Uit dit onderzoek zal dan blijken in hoeverre daarbij reeds met de vraag der discriminatie rekening gehouden moet worden en voorts of een aanvullende afzonderlijke toetsing op discriminatie daarna nog mogelijk of gewenst is. Op deze wijze zullen tevens de hierboven gegeven algemene beschouwingen over de onderlinge verhouding der beide verbodsbepalingen — in de mate waarin zulks voor het onderhavige geding noodzakelijk is — worden bevestigd of aangevuld.

V — CONCURRENTIEBEPERKING IN DE ZIN VAN ARTIKEL 65, LID 1

1. Alvorens echter kan worden onderzocht of de litigieuze clausule aan de voorwaarden van lid 2 voldoet en mitsdien behoort te worden goedgekeurd, dient eerst te worden beslist, of en in welk opzicht de clausule direct of indirect de concurrentie in de zin van lid 1 belet, beperkt of vervalst.

De eisende partijen hebben de grief, dat de niet goedgekeurde clausule niet tot een beperking van de concurrentie leidt en derhalve in het geheel geen goedkeuring behoeft, echter eerst in de repliek voorgedragen. Beschouwt men deze grief als een nieuw zelfstandig middel van beroep, dan zou zij, gezien de uitdrukkelijke bepaling van artikel 22 van het Statuut van het Hof van Justitie, niet ontvankelijk moeten worden geacht. Een dergelijke beslissing zou echter in het concrete geval slechts formele betekenis hebben. Want de vaststelling, dat de clausule tot een beperking van de concurrentie leidt in de zin van lid 1, vormt een postulaat voor het onderzoek of de vastgestelde beperking overeenkomstig lid 2 goedkeuring behoefde. Bovendien kan op grond van de in casu aanwezige nauwe zakelijke samenhang de mening worden verdedigd, dat het hier geen nieuw middel van beroep betreft, doch slechts de

verdere ontwikkeling en uitbreiding van een reeds voorgedragen middel. In het beroep hebben de eisende partijen aangevoerd, dat de clausule geen beperkingen inhield, welke verder gingen dan met het doel der handelsregeling werd beoogd. Nadat de verwerende partij gedetailleerd heeft uiteengezet in welke omstandigheden zij de beperking van de concurrentie ziet, hebben de eisende partijen haar stellingen in die zin uitgebreid, dat de beweerde beperking der concurrentie in het geheel niet zou optreden.

In ieder geval is een onderzoek ten principale geboden.

2. In de considerans van haar Beschikking heeft de Hoge Autoriteit het betreffende deel van de handelsregeling weergegeven en in verband daarmede vastgesteld:

> „Zulke overeenkomsten houden een verdeling in van de afnemers en van de markt in de zin van artikel 4 *d*) en van artikel 65, lid 1, van het Verdrag."

In haar verweerschrift heeft de Hoge Autoriteit betoogd, dat de litigieuze clausule bestanddeel is van een overeenkomst, welke verdeling van de markt en van de afnemers inhoudt. Bovendien zou de clausule de concurrentie tussen de drie verkoopkantoren bij de toelating van de groothandelaren beperken, want, daar de drie kantoren dezelfde regeling toepassen, vormen zij in zoverre een economische eenheid. Wanneer de handelaar 12.500 ton omzet bereikt heeft bij het verkoopkantoor, waarbij hij als groothandelaar in de eerste hand wenst te worden toegelaten, dan vervalt door de clausule de stimulans om nog eens 12.500 ton — dus tot een totaal beloop van 25.000 ton — bij hetzelfde kantoor te kopen. Tenslotte, aldus de Hoge Autoriteit, zal de clausule een ongerechtvaardigde differentiatie ten gevolge hebben in de concurrentiepositie van de handelaren, daar zij slechts naargelang van hun verkooprayon en dus niet gelijkelijk aan de clausule zullen kunnen voldoen; met name is de clausule voor Duitse handelaren praktisch van geen belang, terwijl daarentegen voor handelaren in andere landen van de Gemeenschap van beslissende betekenis is.

Dit betoog bestrijden de eisende partijen met twee argumenten:

a) Een concurrentiebeperkende verdeling van de afnemers is niet aanwezig, daar ongeveer 400 groothandelaren toegelaten blijven

en bovendien de herzieningsclausule van artikel 9 sub 4 der Beschikking No. 5-56 beperking van de concurrentie belet.

b) Zonder de onderhavige clausule zou er tussen de drie verkoopkantoren in het geheel geen concurrentie bestaan, want, onverschillig of de clausule geldt of niet, het is voor de kwalificatie als groothandelaar irrelevant van welke der drie verkoopkantoren voor Ruhrkolen de 12.500 ton te boven gaande hoeveelheid wordt betrokken. De clausule kan noch wil de markt beïnvloeden; zij beoogt slechts een voldoende kwalificatie voor de groothandelaren te waarborgen.

3. Neemt men de argumenten van de eisende partijen letterlijk, en duidt deze in die zin dat de clausule in het geheel niet onder artikel 65 valt, dan behoeft deze opvatting geen uitvoerige weerlegging.

In het geheel van de in Beschikking No. 5-56 behandelde overeenkomsten kunnen, bij wijze van spreken, verschillende graden van concurrentiebeperking worden onderscheiden. In de eerste plaats valt reeds de overeenkomst tot gemeenschappelijke verkoop door 19 ondernemingen onder het fundamentele en verstrekkende verbod van lid 1, daar zij met name de concurrentie tussen de aaneengesloten ondernemingen onderling beperkt. Een overeenkomst tot gemeenschappelijke verkoop behoeft niet noodzakelijkerwijs de selectie van de groothandelaren in de eerste hand te regelen; hier is dus een tweede beperking van de concurrentie aanwezig — welke het gevolg is van de toelating van bepaalde handelaren en door het uitsluiten van alle andere plaatsvindt — namelijk van de concurrentie tussen de handelaren. Op het aantal van de toegelaten groothandelaren komt het derhalve bij de toepassing van lid 1 niet aan. Ook de herzieningsclausule van artikel 9 sub 4 van Beschikking No. 5-56 laat het fundamentele verbod van artikel 65, lid 1, van het Verdrag onverlet; veeleer moet zij ertoe bijdragen, dat de bestaande concurrentiebeperking de volgens lid 2 geoorloofde mate niet overschrijdt (cf. considerans, *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 34,* waar in het kader van lid 2 zowel met het aantal der vermoedelijk in de afzonderlijke verkooprayons werkzame groothandelaren als met het effect van de herzieningsclausule rekening wordt gehouden).

Daar de litigieuze clausule behoort tot dat deel van de handelsregeling, hetwelk betrekking heeft op de selectie der groothandelaren, die tot de directe aankoop toegelaten worden, kan aan de hand van de bovenstaande overwegingen reeds worden vastgesteld, dat ook de onderhavige clausule onder het fundamentele verbod van lid 1 valt en derhalve goedkeuring behoeft.

4. Om tot deze vaststelling te geraken is het niet nodig een onderzoek in te stellen naar de vraag, welke bijzondere concurrentiebeperking door de clausule wordt teweeggebracht. Niettemin komt het wenselijk voor hier reeds na te gaan in welk opzicht de clausule nog eens in bijzondere mate op de concurrentie van invloed is, daar de overige beperkingen van de concurrentie welke het gevolg zijn van de handelsregeling en de gemeenschappelijke verkoop, in tegenstelling tot de litigieuze clausule in hoofdzaak zijn goedgekeurd.

Op deze wijze wordt de toetsing aan lid 2 voorbereid, waarbij in de eerste plaats de vraag besproken dient te worden, of de vastgestelde meer dan normale beperking van de concurrentie de grens van het geoorloofde overschrijdt. In deze zin zal ook wel het argument van de eisende partijen moeten worden verstaan, dat de onderhavige clausule niet leidt tot verdere beperkingen van de concurrentie dan die welke werden goedgekeurd; in gelijke richting gaat de opvatting der eisende partijen, dat er geen reden is om voor deze clausule, in tegenstelling tot de overige, geen ontheffing te verlenen.

In de loop van de mondelinge behandeling heeft de advocaat van de eisende partijen erkend, dat de handelsregeling in haar geheel aan goedkeuring onderworpen was; hij heeft slechts betwist, dat de clausule tot de beperking der concurrentie bijdraagt en die wellicht zelfs in aanzienlijke mate verhoogt.

5. Bij het onderzoek, of de motivering van Beschikking No. 5-56 voldoende is, werd reeds dat deel van de considerans geciteerd, hetwelk uitsluitend op de litigieuze clausule en niet op de overige criteria voor de directe aankoop betrekking heeft. Het gaat hier om de ten gevolge van de clausule optredende bevoorrechting van de beide andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen ten opzichte van de overige producenten der Gemeenschap en de toerekening van

de aankopen bij bepaalde andere kantoren dan de „Geitling". Eveneens werd bij het onderzoek van het middel „schending van wezenlijke vormvoorschriften" reeds betoogd, dat het bij de conclusies, welke uit de inhoud van de clausule worden getrokken, niet zozeer om feitelijke vaststellingen gaat dan wel om een economische appreciatie van de vermoedelijke gevolgen ener algemene regeling, welke appreciatie met de beoordeling van de clausule in rechte nauw samenhangt. De nadere uiteenzettingen met betrekking tot deze appreciatie en de verdere ontwikkeling van dit punt in de loop van het proces mogen dus niet worden gezien als het tardief voordragen van bepaalde middelen. Bovendien kan het Hof ook onafhankelijk van de beweringen van partijen onderzoeken, welke bijzondere beperkingen van de concurrentie als gevolg van de litigieuze clausule zullen optreden.

Bij de mondelinge behandeling hebben de eisende partijen zelf — het betrof toen de vraag van de rechterlijke controlebevoegdheid — er de nadruk op gelegd, dat de beslissing of het hier een discriminatie dan wel een beperking der concurrentie betreft, niets met economische feiten van doen heeft, doch geheel afhangt van de juridische interpretatie van het Verdrag; het Hof kan dit punt in volle omvang onderzoeken. In dat geval ware het echter ook geoorloofd, dat het Hof de werkingen van de clausule zelfstandig beoordeelt zonder daarbij gebonden te zijn aan de argumenten, welke door de Hoge Autoriteit in de Beschikking of eerst in de loop van het proces worden aangevoerd; immers, alleen op deze wijze kan het Hof het juiste antwoord vinden op de vraag, of ten gevolge van de clausule de concurrentiebeperkende aard van de handelsregeling nog wordt versterkt. Uiteraard zal hier van werkelijke argumenten sprake moeten zijn, of juister gezegd, van feitelijke of juridische conclusies, welke rechtstreeks uit de tekst van de handelsregeling voortvloeien, zonder dat daartoe nog een nader feitelijk onderzoek nodig is.

6. Voor het onderzoek van de gestelde vraag is een duidelijke weergave van de inhoud der clausule noodzakelijk. Hierbij dient op twee punten te worden gelet:

a) *In de eerste plaats* werd de clausule *niet* wegens het vereiste *getal* van 25.000 ton verboden. Terecht wijzen de eisende partijen erop, dat zodanige overwegingen in de Beschikking niet

zijn te vinden. Inderdaad zou het hiertoe, binnen het kader van de beoordeling der handelsregeling aan de hand van lid 2, noodzakelijk zijn geweest het aantal der alsdan nog toegelaten handelaren vast te stellen; in dat geval zou ook het argument van de eisende partijen opgaan, dat de herzieningsclausule een overmatige beperking van het aantal toegelaten handelaren belet zou hebben. Indien echter de omvang van de aankopen voor het verbod niet doorslaggevend is geweest, dan moet bij de rechterlijke beoordeling de bijkomende beperking, welke het gevolg is van de verhoging van 12.500 tot 25.000 ton, buiten beschouwing blijven.

b) *Ten tweede dwingt* de clausule niet tot aankoop bij de beide andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen. Veeleer voldoet de handelaar aan de eisen van de clausule ook ingeval hij de gehele 25.000 ton van „Geitling" betrekt.

Op deze beide punten zal ik later nog in ander verband terug moeten komen. Voor de vraag van de beperking der concurrentie, welke wij nu onderzoeken, kan met het volgende worden volstaan:

Dat de clausule een bijzondere concurrentiebeperkende werking zou hebben, kan niet worden afgeleid uit de vereiste hoogte van de omzet (25.000 i.p.v. 12.500 ton), daar die hoogte geen motief voor het verbod heeft gevormd. Bedoelde bijzondere werking kan evenmin worden afgeleid uit de beweerde dwang, welke daarin zou bestaan, dat bovendien nog van bepaalde andere kantoren gekocht moest worden, daar de clausule zodanige dwang niet inhoudt.

In de clausule blijft één enkel element, dat een bijzondere beperking van de concurrentie zou kunnen veroorzaken, namelijk de door haar geopende *mogelijkheid,* dat aan de handelaar aankopen bij de beide andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen tot een bepaalde hoogte worden toegerekend.

7. Op grondslag van het zojuist gezegde, moet thans worden onderzocht of, en zo ja, welke bijzondere concurrentiebeperkende gevolgen de clausule met zich brengt.

Zodanige gevolgen zouden bij de handelaren kunnen optreden en voorts ook in de verhouding tussen de producenten van het

Ruhrgebied en de overige producenten van de Gemeenschap en tenslotte in de onderlinge verhouding der drie verkoopkantoren.

a) De concurrentie tussen de handelaren, die als groothandelaren bij de „Geitling" wensen te worden toegelaten, wordt weliswaar door de clausule extra beperkt, doch uitsluitend ten gevolge van het hoge cijfer van de omzet. Zouden krachtens de overige voorwaarden 12.500 ton voldoende geweest zijn, ingevolge de clausule moest de omzet 25.000 ton bedragen. Deze verzwaring wordt echter voor de handelaren wederom verzacht, doordat de 25.000 ton niet van de „Geitling" afkomstig *moeten* zijn, doch de helft ook van de andere verkoopkantoren kan worden betrokken.

De mogelijkheid van toerekening — het enige bijzondere element in de clausule, waarop hier mag worden gelet — werkt derhalve voor de handelaren niet als een verdere beperking, doch in tegendeel als een verzachting van de aanvankelijke beperking, welke het gevolg is van de verhoging van de tonnagegrens.

b) Van enige invloed welke de clausule op de concurrentie tussen de producenten van het Ruhrgebied en de overige producenten van de Gemeenschap zou hebben, blijkt niet. Daar de producenten van het Ruhrgebied in dit opzicht toch reeds als een eenheid worden aangemerkt, kan de mogelijkheid van toerekening tussen de drie verkoopkantoren voor Ruhrkolen in bedoelde verhouding geen wijziging brengen. Hoogstens zou kunnen worden gezegd, dat door de onderlinge toerekening de concurrentiemogelijkheden van elk verkoopkantoor afzonderlijk — en derhalve ook van de eisende partijen — in verhouding tot de overige producenten van de Gemeenschap worden uitgebreid, waardoor de concurrentie tussen ieder verkoopkantoor en zijn concurrent op de gemeenschappelijke markt vervalst wordt.

c) De mogelijkheid van toerekening is vooral van invloed op de onderlinge verhouding der drie verkoopkantoren. Daar de omvang van de vereiste omzet bij het onderzoek buiten beschouwing moet blijven, mogen de clausules „12.500 ton Geitling" en „25.000 ton Ruhrgebied" niet vergeleken worden. Veeleer blijkt de bijzondere betekenis van de mogelijkheid van toerekening eerst duidelijk, wanneer men de clausule „25.000 ton van Geitling" stelt tegenover de clausule „12.500 ton Geitling en 12.500 ton van de

andere verkoopkantoren voor Ruhrkolen": alleen in het geval van de tweede clausule zal er sprake kunnen zijn van beperking van concurrentie tussen de drie verkoopkantoren. Om deze reden treft evenmin doel, het argument van de eisende partijen, dat het — onverschillig welke clausule geldt — van geen belang is bij welk van de drie kantoren de 12.500 ton te boven gaande hoeveelheden betrokken worden. Het verschil is veeleer hierin gelegen, dat *zonder* de clausule slechts de aankoop van een bepaalde hoeveelheid bij „Geitling" wordt geëist en het derhalve wel degelijk van belang is van welk van de drie kantoren wordt betrokken; de mogelijkheid van vrije keuze wordt eerst door de litigieuze clausule geven.

Bij het onderzoek dient er van te worden uitgegaan, dat de toelating als groothandelaar een concurrentiemiddel is. De eisende partijen hebben dit zelf betoogd en het als een aan haar commercieel inzicht overgelaten concurrentiemiddel aangemerkt, indien zij tot een handelaar kunnen zeggen: „Wanneer U zich in het bijzonder voor *mijn* kolen inspant, geef ik U daarvoor een voorkeurspositie". De clausule „25.000 ton van Geitling" verlangt zulke inspanning van de handelaar. Door de mogelijkheid van keuze en toerekening welke in de clausule „12.500 ton van Geitling en 12.500 ton van de andere verkoopskantoren voor Ruhrkolen" besloten ligt, wordt deze eis verzwakt, hetgeen, gelijk wij zagen, voor de handelaar wellicht een faciliteit is. Maar wat betekent dit in de onderlinge verhouding der drie verkoopkantoren? Het kan slechts betekenen, dat „Geitling" nog slechts de *halve* inspanning voor zijn *eigen* produkten verlangt en de handelaar crediteert voor inspanningen, welke hij ten behoeve van andere verkoopkantoren heeft verricht. Hiermede doet „Geitling" gedeeltelijk afstand van het concurrentiemiddel, waarop hij zelf aanspraak maakt, en beperkt de concurrentie voor de omzet van haar *eigen* produkten ten behoeve van de beide andere verkoopkantoren.

Eisende partijen verlangen van haar groothandelaren een omzet van 25.000 ton Ruhrkolen en zij beweren er met alle middelen naar te streven, dat deze 25.000 ton van de „Geitling" afkomstig zullen zijn.

Door de mogelijkheid van toerekening doen zij echter ten dele afstand van een dezer concurrentiemiddelen. Hierdoor is de concurrentie tussen de drie verkoopkantoren vervalst, waaraan

niet afdoet dat er nog een mogelijkheid van concurrentie overblijft.

Bij de mondelinge behandeling hebben de eisende partijen zelf aangevoerd, dat de clausule ertoe moet bijdragen, eerst voor Ruhrkolen in het algemeen een bres te slaan; gelukt dit, dan zou ook de concurrentie tussen de drie verkoopkantoren intensiever worden. Hiermede is echter duidelijk gezegd, dat de drie verkoopkantoren, door een *gemeenschappelijk* belang gedreven, de concurrentie inzake de afzet van hun eigen produkten, dat wil dus zeggen de onderlinge concurrentie, wensen te beperken en voorlopig in zoverre als eenheid willen optreden.

8. De met de clausule ingevoerde mogelijkheid van toerekening heeft derhalve — zonder dat overigens de omvang van de verlangde aankopen een rol speelt — ten gevolge, dat de „Geitling" ten dele zijn *eigen* belang bij de afzet van zijn eigen produkten opgeeft ten gunste van een *collectief* belang bij de afzet van Ruhrkolen in het algemeen.

Dit betekent een gedeeltelijk afstand doen van een onafhankelijke verkooppolitiek en derhalve een concurrentiebeperking ten opzichte van de beide andere verkoopkantoren.

Wij zullen thans, in het licht van artikel 65, lid 2 *b*), onderzoeken, of deze bijzondere gevolgen van de clausule voor het doel van de gemeenschappelijke verkoop en van de handelsregeling essentieel zijn en geen verdere beperking inhouden, dan dit doel medebrengt.

VI — DE VRAAG, OF OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 65, LID 2, ONTHEFFING KAN WORDEN VERLEEND

1. In de motivering harer Beschikking heeft de *Hoge Autoriteit* deze vraag ontkennend beantwoord, daarbij — afgezien van het aspect van de discriminatie — vaststellende, dat de litigieuze clausule beperkingen inhoudt welke verder gaan dan het doel van de begrenzing medebrengt, te weten het geven van een maatstaf voor een bepaalde omvang van de bedrijvigheid van de groothandel; om deze reden zou het criterium niet met de in artikel 65, lid 2, gestelde voorwaarden in overeenstemming zijn en derhalve ook

niet kunnen worden goedgekeurd (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 34).*

In haar verzoekschrift hebben de *eisende partijen* gesteld, dat de Hoge Autoriteit een toetsing aan lid 2 geheel achterwege heeft gelaten, daar zij op grond van de door haar aangenomen discriminatie de ontheffing a priori voor onmogelijk heeft gehouden. Dit argument wordt door de tekst van de considerans zelf weerlegd, waarin met zoveel woorden een overtreding van lid 2 wordt geconstateerd.

De eisende partijen zetten uitvoerig haar opvattingen uiteen, dat de clausule voor het doel der handelsregeling, zoals dit in redelijkheid moet worden verstaan, noodzakelijk was. Zij betogen, dat een omzet van 12.500 ton van hun produkten op zich zelf te gering is en dat voor de kwalificatie als groothandelaar nog een verdere omzet van 12.500 ton Ruhrkolen nodig is. Eigenlijk hadden de eisende partijen een omzet van 25.000 ton van *hun eigen* kolen moeten verlangen; om evenwel geen verdere beperkingen dan strikt noodzakelijk te voorzien, hebben zij er genoegen mee genomen, dat slechts de helft uit hun produktie afkomstig zou moeten zijn. Zij houden de toerekening van de aankopen bij de beide andere verkoopkantoren daarom voor gerechtvaardigd, omdat het hier kolen van dezelfde kwaliteit uit hetzelfde bekken betreft, waarvan de afzet onder gelijke modaliteiten plaatsvindt, in het bijzonder wat vracht, verzekering en opslag betreft. Door deze regeling zou tevens de bevoorrading in geval van een tijdelijke schaarste bij een der kantoren worden vergemakkelijkt; voorts zou voor de handelaren de mogelijkheid worden vergroot bij verschillende verkoopkantoren van Ruhrkolen tegelijk als groothandelaar in de eerste hand te worden toegelaten.

2. Bij de beoordeling van deze bewering dient te worden uitgegaan van de geconstateerde bijzondere beperking der concurrentie, welke door de gevolgen van de litigieuze clausule nog boven de in hoofdzaak goedgekeurde beperkingen optreedt. De vraag is of deze bijzondere beperking noodzakelijk geacht moet worden voor een doeltreffende selectie van de bij de „Geitling" toe te laten groothandelaren in de eerste hand. Daarbij dient in aanmerking genomen te worden, dat deze selectie van de in aanmerking komende groothandelaren van de zijde van de „Geitling" slechts een deel

vormt van de overeenkomst tot gemeenschappelijke verkoop door de 19 in de „Geitling" aaneengesloten ondernemingen, waarvoor slechts in zoverre ontheffing kan worden verleend als deze verkoop tot een aanmerkelijke verbetering van de verdeling der *Geitling*-produkten bijdraagt.

3. Nu het vraagstuk aldus is gesteld, wordt het duidelijk dat alle argumenten van de eisende partijen, welke zij voor de toerekening van de bevoorrading bij de beide andere verkoopkantoren aanvoeren, niet tot een aanmerkelijke verbetering van de verdeling van hun eigen kolen kunnen bijdragen, doch hoogstens tot de verdeling van Ruhrkolen in het algemeen.

Aan de eisende partijen is echter slechts ontheffing verleend voor de gemeenschappelijke verkoop van haar eigen produkten. Het doel der gehele reorganisatie van de verkoop van Ruhrkolen is juist de instelling van drie zelfstandige verkoopkantoren met een eigen verkoop- en produktiepolitiek (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 32*). De Hoge Autoriteit heeft de natuurlijke factoren, waarop de eisende partijen voor een gelijke behandeling van alle Ruhrkolen een beroep doen, niet miskend. Veerleer werd ontheffing verleend voor bepaalde organisaties en maatregelen van de drie gevormde verkoopkantoren te zamen. Ten aanzien van het „Ruhrkohlen-Exportgesellschaft", de „Ruhrkohlen-Beratungsgesellschaft" en de „Ruhrkohle-Treuhandgesellschaft", heeft de Hoge Autoriteit erkend, dat een goedkeuring van deze organisaties niet nodig is, daar hun werkzaamheden niet van dien aard zijn, dat zij de concurrentie op de gemeenschappelijke markt beperken (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 31).*

Bij de Beschikking No. 8-56 heeft de Hoge Autoriteit een Gemeenschappelijk Bureau, een Commissie voor het opstellen van de Normen (Normencommissie) en zekere financiële voorzieningen der drie verkoopkantoren goedgekeurd op grond van de overweging, dat het doel der drie verkoopkantoren slechts kan worden bereikt, wanneer alle betrokken kolenmijnondernemingen en de drie verkoopkantoren *in beperkte mate* samenwerken, waarbij zodanige gemeenschappelijke organisaties en maatregelen evenwel moeten worden beperkt tot de mate waarin zulks voor de bereiking van dit doel noodzakelijk is (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 71).*

De eisende partijen betogen zelfs, dat de clausule een „concurrentie-element" voor Ruhrkolen teweegbrengt. De Hoge Autoriteit antwoordt hierop terecht, dat de reclame voor Ruhrkolen tot de taak van de „Ruhrkohlen-Beratungsgesellschaft" behoort (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956. blz. 31*).

Wat het argument van de eisende partijen betreft, dat de clausule in geval van tijdelijke schaarste bij een verkoopkantoor de bevoorrading vergemakkelijkt, dient erop te worden gewezen, dat met dit punt bij de vaststelling van de taak van het Gemeenschappelijk Bureau rekening is gehouden (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 71*). Tenslotte worden in de Beschikking No. 8-56 ook de normen opgesomd ten aanzien waarvan wordt erkend, dat deze noodzakelijkerwijs aan de drie verkoopkantoren gemeen moeten zijn (zie *Publikatieblad van de Gemeenschap, No. 6 van 13 maart 1956, blz. 71 en blz. 72*); hiertoe behoren geen criteria voor de toelating van groothandelaren bij de afzonderlijke verkoopkantoren.

4. De bovenstaande overwegingen samenvattend, kan de gestelde vraag thans worden beantwoord, voor zover zij de toerekening betreft van de aankoop bij de beide andere verkoopkantoren.

De litigieuze clausule beperkt de concurrentie tussen de drie verkoopkantoren voor Ruhrkolen. Uit de argumenten, welke de eisende partijen aanvoeren voor de gelijkstelling van de kolen der drie verkoopkantoren, volgt niet, dat deze beperking voor een betere verdeling van hun eigen produkten en een doeltreffende selectie van hun eigen groothandelaren noodzakelijk is. De eisende partijen hebben de conclusie niet weerlegd, dat het betrekken van andere verkoopkantoren van hetzelfde bekken, welke van de „Geitling" in dit opzicht onafhankelijk zijn, voor de kwalificatie van hun eigen groothandelaren niet van wezenlijk belang kan zijn.

In procesrechtelijk opzicht moet nog worden opgemerkt, dat de beslissing van de Hoge Autoriteit, of zekere overeenkomsten voor een bepaald doel van wezenlijk belang zijn en geen beperkingen inhouden, welke verder gaan dan dit doel vordert, een algemene economische beoordeling is in de zin van artikel 33, 1e alinea, 2e zin, van het Verdrag. De eisende partijen hadden derhalve

moeten aantonen, dat deze beoordeling met „klaarblijkelijke" miskenning van Verdragsbepalingen plaatsvond. Het komt mij voor, dat het door de eisende partijen in dit opzicht gestelde haar conclusie niet rechtvaardigt.

5. Thans dient nog te worden teruggekomen op dat deel der stellingen der eisende partijen, hetwelk de *omvang* van de geëiste omzet betreft.

De eisende partijen beweren, dat een omzet van 12.500 ton van hun produkten als kwalificatie voor groothandelaar in de eerste hand onvoldoende is en dat 25.000 ton geëist had moeten worden. Neemt men aan, dat de handelsregeling aldus geluid had en mitsdien behalve de beide eerste criteria slechts nog aankoop van 25.000 ton *bij de eisende partijen* verlangd had, dan blijft de vastgestelde bijzondere beperking van de concurrentie tussen de drie verkoopkantoren achterwege. De Hoge Autoriteit heeft de overmatige beperking door de litigieuze clausule in deze bijzondere beperking en niet in de geëiste hoogte van de omzet gezien.

Onder deze omstandigheden moet de vraag worden gesteld, of de Hoge Autoriteit de litigieuze clausule zonder meer mocht schrappen, dan wel of zij op grond van haar overwegingen tot een andere conclusie had behoren te geraken.

6. De handelsregeling eiste als derde voorwaarde voor de toelating tot directe bevoorrading een minimum-omzet van 25.000 ton „van de verkoopkantoren voor Ruhrkolen" en als vierde voorwaarde dat „daarvan minstens de helft van ‚Geitling' afkomstig zou zijn". Aan beide voorwaarden was voldaan wanneer een handelaar 25.000 ton alleen van „Geitling" betrok. Had de Hoge Autoriteit niet tevens met deze mogelijkheid rekening moeten houden en het vereiste „25.000 ton Ruhrkolen" kunnen wijzigen in „25.000 ton ‚Geitling'", waardoor de vierde voorwaarde overbodig zou zijn geworden? En had de Hoge Autoriteit om tot de gegeven Beschikking te kunnen geraken niet moeten motiveren waarom het vereiste van een aankoop van 25.000 ton bij de „Geitling" buitensporig was?

Bij de beantwoording van deze vragen moet er van worden uitgegaan, dat de Hoge Autoriteit slechts verplicht is om, indien een overeenkomst ter verkrijging van ontheffing is voorgelegd,

hetzij die ontheffing te verlenen, hetzij die te weigeren. Volgens artikel 65, lid 2, 3e alinea, van het Verdrag kan de ontheffing onder bepaalde voorwaarden en voor een beperkte tijd verleend worden. Blijkens de volgende alinea kan de verleende ontheffing later slechts worden gewijzigd wanneer de feitelijke omstandigheden een verandering hebben ondergaan. Krachtens deze voorschriften is de Hoge Autoriteit gerechtigd voorwaarden op te leggen, doch niet gerechtigd of althans niet verplicht de inhoud van een voorgelegde overeenkomst zodanig te wijzigen, dat daarvoor ontheffing kan worden verleend.

In het onderhavige geval moet de clausule „25.000 ton van de verkoopkantoren voor Ruhrkolen" geacht worden naar wezen en inhoud te verschillen van de clausule „25.000 ton van ‚Geitling'". Dit volgt reeds uit het feit, dat de concurrentie slechts door de eerstgenoemde clausule wordt beperkt. De Hoge Autoriteit kon zich dus slechts aan de hoeveelheden houden, welke bij de „Geitling" betrokken moesten worden, waarbij het van geen belang is, of dit getal uitdrukkelijk is genoemd dan wel op eenvoudige wijze en buiten iedere twijfel kan worden vastgesteld. Indien de Hoge Autoriteit deze omvang van de verplichte aankopen niet als een buitensporige eis heeft gewraakt, bestond voor haar ook geen aanleiding aan de hoogte dezer voorgeschreven aankopen overwegingen te wijden.

7. De stelling van de eisende partijen, dat voor de kwalificatie van hun groothandelaren een omzet van 25.000 ton noodzakelijk is, kan derhalve niet leiden tot vernietiging van artikel 8 der Beschikking No. 5-56, gelijk verzocht.

Zij moet trouwens in het onderhavige proces buiten beschouwing blijven. Het Hof is slechts bevoegd een officiële beschikking, welke door de Hoge Autoriteit als bestuurscollege, dat wil zeggen overeenkomstig artikel 65, lid 2, en in de voorgeschreven vorm gegeven is, op haar rechtmatigheid te toetsen, zulks overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag, waarbij met name aan artikel 33, 1e alinea, 2e zin, moet worden gedacht. Het Hof kan niet rechtstreeks beschikken op een tot dit college gericht verzoek om ontheffing; de eisende partijen hebben overigens zodanig verzoek niet gedaan, daar zij met hun argument slechts de voorgestelde regeling wilden rechtvaardigen. Evenmin kan de Gemachtigde van de Hoge

Autoriteit in de loop van het proces bindende verklaringen doen ten aanzien van het door de Hoge Autoriteit op een eventueel verzoek te geven bescheid.

Aan de eisende partijen dient derhalve in overweging gegeven te worden, gebruik te maken van de mogelijkheid de handelsregeling in gewijzigde vorm aan de Hoge Autoriteit voor te leggen, een geval, hetwelk overigens in Beschikking No. 5-56 (artikel 3, sub 10 *a*, artikel 11 en artikel 12) is voorzien.

8. Het tot dusver gevoerde onderzoek leidt tot de conclusie, dat de weigering om voor de litigieuze clausule ontheffing te verlenen geen schending van artikel 65 van het Verdrag inhoudt. Nu het bestreden deel van de Beschikking op dit artikel, en met name op lid 2 *b*) daarvan steunt — en derhalve rechtens voldoende gefundeerd is — blijkt bereids in dit stadium van het onderzoek dat het beroep moet worden afgewezen.

Het is dan ook slechts volledigheidshalve en ter aanvulling van de reeds gegeven algemene overwegingen inzake de verhouding van discriminatie- en kartelverbod, dat wij thans nog kortelijk ingaan op het vraagstuk der discriminatie, waarop partijen zo zeer de nadruk hebben gelegd.

VII — DISCRIMINATIE

1. De Hoge Autoriteit heeft in de considerans van haar Beschikking vastgesteld, dat het litigieuze criterium niet alleen tot een onnodige beperking van de concurrentie leidt, doch ook tot discriminatie in het bijzonder ten opzichte van de producenten van de overige bekkens der Gemeenschap.

De *eisende partijen* menen, dat discriminatie door de producenten ten opzichte van andere producenten rechtens niet mogelijk is. Volgens hun opvatting betreft het hier een wettige concurrentiemaatregel met betrekking tot de Ruhrkolen en zij betogen, dat er integendeel van discriminatie sprake zou zijn, indien tussen de door de drie verkoopkantoren aangeboden kolen een kunstmatig onderscheid gemaakt werd.

De *Hoge Autoriteit* ziet het onderscheid met een geoorloofde concurrentiehandeling in het feit, dat de eisende partijen een

zakelijk niet gerechtvaardigd verschil in behandeling nastreven, niet tussen hen zelf en andere producenten, doch tussen verschillende andere producenten.

2. Ten aanzien van het argument, dat een discriminatie tussen hen, die zich op hetzelfde economische plan bevinden, ondenkbaar is, moet worden opgemerkt, dat iedere discriminatie verschillende gevolgen kan hebben, waarvan sommige wellicht als zodanig gewild zijn, terwijl andere als onvermijdelijk moeten optreden. Het Verdrag zelf geeft in artikel 60, lid 1, 2e alinea, een voorbeeld van een van de producenten uitgaande discriminatie, die concurrenten kan treffen, namelijk de plaatselijke prijsverlagingen — de zogenaamde „dumping" — waarmede het uitschakelen van concurrenten op een bepaald gebied beoogd wordt. Men zou in dit geval kunnen zeggen, dat ten aanzien van de *kopers* van de overige gebieden een discriminatie plaatsvindt, daar hun het voordeel van de lage dumpingprijzen wordt onthouden. Dit is echter slechts een bijkomstig gevolg: het doel is de kopers in een dumpinggebied te bewegen tot een voorkeursbehandeling van de discriminerende producent ten aanzien van de overige met hem concurrerende *producenten.* Een differentiatie op hetzelfde economische plan kan slechts indirect worden bereikt; doch uit de indirecte aard van deze differentiatie kan geenszins worden afgeleid, of deze verschillende behandeling, welke indirect wordt teweeggebracht, zakelijk al of niet gerechtvaardigd is.

Bezien wij nu de argumenten van partijen, dan blijkt, dat daarmede bij de toetsing aan artikel 65, lid 1 en 2, reeds in ruime mate rekening is gehouden. Ook op dit punt steunen de eisende partijen haar stelling op de gelijkstelling van de kolen der drie verkoopkantoren — dus op het begrip „Ruhrkolen" — terwijl de Hoge Autoriteit het accent legt op het feit, dat de beide andere kantoren van de eisende partijen onafhankelijk en zelfstandig zijn.

Het antwoord op de vraag, of de gelijkstelling met Ruhrkolen zakelijk gerechtvaardigd is, zal moeten worden gevonden in het doel van de „Geitling". De „Geitling" heeft niet de gemeenschappelijke verkoop van Ruhrkolen zonder meer ten doel, doch de gemeenschappelijke verkoop van de produkten der bij haar aangesloten 19 ondernemingen. De handelsregeling beoogt de vaststelling van de normen voor de toelating als groothandelaar bij de „Geitling", maar

zij mag niet — gelijk de eisende partijen dit zelf als doel der clausule aanmerken — alleen *Ruhr*specialisten vragen. Het argument van de eisende partijen, dat onderscheid tussen de kolen van de drie verkoopkantoren kunstmatig en niet gerechtvaardigd is, ontneemt in feite iedere zekerheid aan het beginsel van de instelling van drie onafhankelijke verkoopkantoren met een eigen afzetpolitiek, welke kantoren slechts in beperkte mate mogen samenwerken. De discriminatie moet derhalve worden gezien in het feit, dat de eisende partijen *hun* groothandelaren de aankoop bij *bepaalde andere* kantoren toerekenen, hoewel deze andere kantoren te hunnen opzichte wat betreft hun verkoop- en afzetpolitiek even onafhankelijk moeten zijn als de overige producenten van de Gemeenschap, welker omzet de eisende partijen hun groothandelaren niet toerekenen.

Ik kom derhalve tot de *conclusie,* dat het litigieuze criterium tevens leidt tot discriminatie tussen de producenten van het Ruhrgebied en de overige producenten van de Gemeenschap.

3. In de loop van het proces heeft de *Hoge Autoriteit* betoogd, dat er mede sprake zou zijn van discriminatie tussen de handelaren en wel enerzijds, tussen de handelaren die aan de overige vereisten voldoen en daardoor naar de opvatting van de Hoge Autoriteit voldoende als groothandelaren bij de „Geitling" gekwalificeerd zijn, en anderzijds degenen, die bovendien nog de litigieuze voorwaarde vervullen.

Volgens de Hoge Autoriteit is deze differentiatie zakelijk niet gerechtvaardigd, daar de supplementaire aankopen bij de bepaalde andere kantoren geen enkel verband houden met de kwalificatie als groothandelaar bij de eisende partij sub 2. In de praktijk zou zij zelfs tot een nationale discriminatie leiden, daar het verboden criterium voor de in Duitsland gevestigde handelaren vrijwel van geen betekenis is, terwijl zij voor de overige handelaren daarentegen van beslissend belang geacht moet worden.

De *eisende partijen* betwijfelen in de eerste plaats, of de afzonderlijke handelaren ingevolge het Verdrag wel aanspraak kunnen maken op een zelfstandige bescherming tegen discriminatie. Zij achten de uit de clausule voortvloeiende differentiatie zakelijk gerechtvaardigd, daar zij hen noopt de eis te stellen van een vol-

doende handelsvolume voor kolen van gelijke herkomst en tevens te verlangen, dat de groothandelaren in „Ruhrkolen" gespecialiseerd zijn.

4. Ten aanzien van deze vraag kan worden vastgesteld, dat de aangevoerde argumenten in hoofdzaak reeds bij de toetsing aan artikel 65 werden behandeld. Zij doen niet ter zake, daar met de verlangde omvang der aankopen geen rekening mag worden gehouden, terwijl de clausule evenmin *dwingt* tot aankopen bij de andere verkoopkantoren. Veeleer hebben wij gezien, dat slechts de door de clausule geopende mogelijkheid van toerekening beslissend is. Derhalve dienen de twee volgende groepen van handelaren met elkaar te worden vergeleken:

de groep welke de geëiste omvang van 25.000 ton uitsluitend bij „Geitling" betrekt;

en de groep welke van de door de clausule geopende mogelijkheid tot toerekening gebruik maakt en ten dele ook van de beide andere kantoren betrekt.

Bij de beoordeling van deze vergelijking dient er van te worden uitgegaan, dat de toelating als groothandelaar in de eerste hand en de daarmede verbonden korting de beloning vormen voor de prestaties van de handelaar; de eisende partijen hebben dit zelf betoogd.

Het blijkt dan, dat aan twee handelaren dezelfde korting wordt toegestaan, hoewel de eerste 25.000 ton van „Geitling" en de andere slechts 12.500 ton van „Geitling" afzet. Van een handelaar, die bovendien nog kolen van de andere verkoopkantoren afzet, wordt voor dezelfde korting een geringere prestatie ten behoeve van de eisende partijen verlangd, dan van een handelaar, die zich uitsluitend met de afzet van de produkten van de eisende partijen bezighoudt. Twee handelaren, die een gelijke prestatie voor „Geitling" verrichten, in dier voege dat zij beide 12.500 ton van haar produkten afzetten, worden ongelijk behandeld en wel naargelang zij daarenboven noch van „Präsident" en „Mausegatt" of van andere producenten van de Gemeenschap kopen. Hieruit blijkt duidelijk, dat de litigieuze clausule een discriminerende behandeling der handelaren mogelijk maakt.

Tegenover de principiële twijfel van de eisende partijen, of de handelaren in het algemeen op een zelfstandige bescherming tegen discriminatie aanspraak kunnen maken, heeft de Hoge Autoriteit terecht verwezen naar de tekst van artikel 4 *b*), waar uitdrukkelijk de kopers zowel als de prijzen en de leveringsvoorwaarden genoemd worden. Partijen zijn het er over eens, dat met „kopers" de handelaren worden bedoeld; dit komt ons juist voor. Het argument, dat de eisende partijen aan artikel 3 willen ontlenen is niet overtuigend. De verbruikers hebben tot de produktie grotendeels slechts toegang via de handel, die ten deze derhalve wel degelijk van invloed is. De producenten hebben te allen tijde getoond in hoge mate belang te hebben bij de wegen waarlangs de afzet plaatsvindt; men denke in dit verband slechts aan de verkoopkantoren der kolenmijnondernemingen. De eisende partijen erkennen het recht van de handelaren op bescherming, voor zover de marktpositie van de producenten in het geding is; wij hebben vastgesteld, dat dit hier het geval is, immers, de clausule leidt tot discriminatie tussen producenten en tot beperking van de concurrentie tussen de producenten van het Ruhrgebied.

Derhalve dient ook discriminatie tussen de handelaren te worden aangenomen.

5. In aansluiting aan de algemene beschouwingen over de verhouding tussen discriminatie- en kartelverbod zij nog opgemerkt, dat het onderhavige geval bevestigt, dat tussen beide bepalingen een concursus idealis mogelijk is. De noodzaak — of althans de doelmatigheid — om in de eerste plaats het onderzoek te richten op de grenzen van de geoorloofde concurrentiebeperking, bleek uit het feit, dat bij concurrentiebeperkende differentiaties de vraag, in hoeverre deze zakelijk gerechtvaardigd zijn, nauw samenhangt met de vraag, of de beperking van de concurrentie voor het geoorloofde doel van het kartel van essentiële betekenis en geboden is.

VIII — RESULTAAT VAN HET ONDERZOEK EN CONCLUSIE

Ik vat het resultaat van mijn onderzoek als volgt samen:

1. Artikel 8 van de Beschikking van de Hoge Autoriteit No. 5-56 van 15 februari 1956 is voldoende gemotiveerd, zulks zowel wat betreft de concurrentiebeperkende gevolgen van de clausule als ten aanzien van de beperking welke het doel overschrijdt.

2. De litigieuze clausule heeft bijzondere concurrentiebeperkende gevolgen, welke die van de overige criteria te boven gaan.

3. Deze bijzondere beperking is voor de selectie van de kring van groothandelaren, welke tot directe aankoop bij het eisende verkoopkantoor „Geitling" toegelaten worden, niet noodzakelijk.

De vraag of de overige voorwaarden, waarvoor wel ontheffing is verleend, een tot dit doel voldoende handelsvolume waarborgen, is voor de beslissing van het onderhavige geschil irrelevant.

4. De litigieuze clausule leidt bovendien tot discriminatie tussen producenten en tot discriminatie tussen handelaren.

De voorgedragen middelen van beroep kunnen derhalve niet tot vernietiging leiden.

Ik concludeer mitsdien:

tot verwerping van het beroep, met veroordeling van de eisende partijen in de kosten, zulks overeenkomstig artikel 60, lid 1, van het Reglement van het Hof van Justitie.