HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

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

Lecourt Mertens de Wilmars Kutscher

Donner Trabucchi Monaco Pescatore

Uitgesproken te Luxemburg ter openbare terechtzitting van veertien juli negentienhonderdtweeënzeventig.

De Griffier

A. Van Houtte

De President

R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 2 MEI 1972 [1]

Inhoud

Inleiding — A — De feiten 671
B — De procesvoering 672
C — De probleemstelling 672

Titel I — De vraag of er sprake is geweest van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome en het afgeleide Gemeenschapsrecht 673

Afdeling I — Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging 673
A — Het onderscheid tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen 673
B — De onderling afgestemde feitelijke gedraging in de Amerikaanse antitrustwetgeving 674
C — De wettelijke regelingen van de Lid-Staten der Gemeenschap 675
D — De criteria voor de onderling afgestemde feitelijke gedraging in het Gemeenschapsrecht 676

1 — Vertaald uit het Frans. Conclusie in de zaken 48, 49 en 51 tot 57-69.

Afdeling II — De stellingen van partijen 677

Afdeling III — De „afstemming" van verzoeksters 678

A — Het al dan niet bestaan van parallel gedrag 678

B — Oorsprong en redenen van het parallel gedrag 678

1. De kenmerken van de kleurstoffenmarkt 679

2. De mening der deskundigen 681

3. De consequenties die aan de deskundigenrapporten moeten worden verbonden 682

4. Argumenten ontleend aan de economische theorie betreffende de oligopolie 682

C — De feitelijke omstandigheden waarin de prijsverhogingen zich hebben voorgedaan 683

1. De prijsverhogingen van 1965 en 1967 683

— hun gemeenschappelijk mechanisme

— bezwaren verband houdende met de mogelijkheid ze als misbruik van een machtspositie te kwalificeren

— de gegevens van het dossier

2. De prijsverhoging van 1964 686

3. Het bewijs van de afstemming 688

Afdeling IV — Benadeling van de mededinging 688

A — Voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de onderling afgestemde feitelijke gedraging 688

B — De gevolgen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging voor de mededinging 689

C — Een bijzonder geval: de vennootschap ACNA 690

Afdeling V — Gevolgen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten 691

Titel II — De bevoegdheid der Commissie tot oplegging van geldboeten aan buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde vennootschappen 693

Afdeling I — Nationale wettelijke regelingen en jurisprudentie — Het Gemeenschapsrecht 695

Afdeling II — Het volkenrecht 699

1. De voorwaarden voor toepassing van het criterium der territoriale gevolgen 701

2. De grenzen voor de extraterritoriale toepassing van het kartelrecht 702

Titel III — Middelen van formele en processuele aard 704

Afdeling I — De inleiding van de procedure 705

Afdeling II — De mededeling van de punten van bezwaar 705

Afdeling III — Verhoor van de vertegenwoordigers der betrokken ondernemingen 707

Afdeling IV — Het procesverbaal van verhoor 708

Afdeling V — De vraag of de bestreden beschikking naar de vorm met redenen omkleed is 709

Afdeling VI — De bekendmaking van de bestreden beschikking 709

Titel IV — De geldboete 710

Afdeling I — De verjaring 710

Afdeling II — Het in aanmerking nemen van de boete die door de nationale gezagsorganen is opgelegd 711

Afdeling III — Het bedrag van de geldboete 712

Mijnheer de President,

mijne heren Rechters,

Inleiding

A — De feiten

Op grond van aanwijzingen, verstrekt door verschillende beroepsorganisaties van kleurstoffenverwerkende industrieën, en na verificaties bij fabrikanten en hun dochterondernemingen, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor het tijdvak van januari 1964 tot en met oktober 1967 drie algemene en uniforme verhogingen van de prijzen dezer produkten binnen de gemeenschappelijke markt geconstateerd.

— tussen 7 en 20 januari 1964 werden de prijzen der meeste anilinekleurstoffen in Italië, Nederland, België en Luxemburg en sommige derde landen met 15 % verhoogd;

— op 1 januari 1965 werd deze eerste prijsverhoging tot Duitsland uitgebreid en gingen bovendien bijna alle fabrikanten — in Duitsland en in de landen die reeds door de prijsverhoging van 1964 waren getroffen — over tot een nieuwe uniforme verhoging, met 10 %, van de prijzen der kleurstoffen en pigmenten waarvoor de eerste prijsverhoging niet had gegolden; omdat ACNA deze laatste verhoging op de Italiaanse markt echter niet wilde toepassen, hebben ook de andere ondernemingen hun hogere marktprijzen aldaar niet gehandhaafd;

— ten slotte werd er medio oktober 1967 door de meeste fabrikanten in Duitsland, Nederland, België en Luxemburg op alle kleurstoffen een verhoging van 8 % toegepast.

In Frankrijk, waar de verhogingen van 1964 en 1965 achterwege waren gebleven, bedroeg dit percentage 12 %, terwijl het in Italië door toedoen van ACNA niet tot een prijsverhoging kwam.

Op 31 mei 1967 heeft de Commissie tegen de ondernemingen die aan deze prijsverhogingen hadden deelgenomen, op grond van 's Raads verordening nr. 17/62 een procedure ingeleid wegens vermoedelijke schending van artikel 85 van het Verdrag van Rome; op 11 december stelde zij de ondernemingen die zij voor onderlinge afstemming der prijzen aansprakelijk achtte, in kennis van de tegen hen ingebrachte punten van bezwaar.

Nadat deze vennootschappen in antwoord op de uiteenzetting van de punten van bezwaar schriftelijke opmerkingen hadden ingediend en sommige hunner vertegenwoordigers op 10 december 1968 waren gehoord, nam de Commissie op 24 juli 1969 een beschikking krachtens artikel 15 van verordening nr. 17/62.

Omdat de prijsverhogingen van 1964-1967 haars inziens moesten worden

toegeschreven aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tussen Badische Anilin- und Soda-Fabrik (BASF) te Ludwigshafen, Cassella Farbwerke Mainkur AG te Frankfurt/Main, Farbenfabriken Bayer AG te Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG te Frankfurt/Main, Société française des matières colorantes SA te Parijs (Francolor), Azienda colori nazionali affini Spa (ACNA) te Milaan, Ciba SA te Bazel, J. R. Geigy SA te Bazel, Sandoz SA te Bazel en Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) te Londen, legde zij ieder hunner een geldboete van 50 000 rekeneenheden op, met uitzondering van ACNA, die met 40 000 rekeneenheden werd beboet.

Bedoelde ondernemingen, Ciba uitgezonderd, hebben de bestreden beschikking — bij negen afzonderlijke requesten — aan Uw oordeel onderworpen.

B — De procesvoering

Nadat er, onderscheidenlijk door de hoogleraren Bombach en Hill — ten verzoeke van genoemde ondernemingen — en door professor Kantzenbach — vanwege de Commissie — twee deskundigenrapporten waren uitgebracht, heeft Uw Hof op eenparig voorstel van partijen de hoogleraren Kloten en Albach belast met het uitbrengen van een derde rapport, met name inzake de vragen omschreven in Uw beschikking van 8 juli 1970. Die zelfde dag hebt U de zaken ter fine van die expertise gevoegd.

Nadat er zeer omvangrijke memories waren gewisseld en na een ongebruikelijk uitvoerig mondeling debat kon de instructie dezer zaken, met medewerking van internationale deskundigen van ongeëvenaard gezag en intellectuele en morele waarde, zo volledig en minutieus mogelijk zijn. Daardoor bent U bovendien zo volledig met het dossier op de hoogte dat wij ons op het tijdstip waarop wij ons in het debat hadden te mengen, ontslagen konden achten van een gedetailleerde analyse van deze zaak die onze voorganger, de Advocaat-Generaal Dutheillet de Lamothe, reeds met de van hem bekende nauwgezetheid en helderheid van geest had bestudeerd.

Het zij ons, nu wij in deze zaken voor de eerste maal een conclusie nemen, vergund zijn nagedachtenis te eren.

C — De probleemstelling

In de U voorgelegde beroepen wordt een oordeel gevraagd over vier vragen casu quo over vier groepen van vragen.

De eerste vraag is van fundamentele aard: van Uw antwoord hangt af of ook de verdere vragen beantwoording behoeven dan wel of zij komen te vervallen.

Het gaat er in deze vraag om, of de lineaire en procentueel uniforme verhogingen der kleurstoffenprijzen die zich van januari 1964 tot en met oktober 1967 binnen de gemeenschappelijke markt hebben voorgedaan, zijn toe te schrijven aan een of meer onderling afgestemde feitelijke gedragingen, zoals die in artikel 85 van het Verdrag van Rome en in het afgeleid Gemeenschapsrecht worden verboden.

Wanneer U deze eerste vraag bevestigend beantwoordt, zult U voorts:

1. — voor zover ons bekend voor het eerst — uitspraak hebben te doen over de belangrijke vraag, of aan buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen (in casu Imperial Chemical Industries, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, en Geigy en Sandoz, gevestigd in Zwitserland) wegens deelneming aan met de mededinging strijdige onderling afgestemde feitelijke gedragingen binnen de gemeenschappelijke markt geldboeten ingevolge verordening nr. 17/62 kunnen worden opgelegd;
2. moeten onderzoeken of informaliteiten of miskenning van wezenlijke waarborgen tijdens de administratieve procedure niet tot ongeldigheid dier procedure hebben geleid, zodat de strafmaatregelen waartoe zij geleid heeft, nietig zijn;
3. zich hebben uit te spreken over de opgelegde boeten, met name over de vraag of nu het instituut der verjaring tot nu toe in het Gemeenschapsrecht niet is ingevoerd, het verstrijken van een zeker tijdsverloop tussen het begaan der feiten en het inleiden —

door de Commissie — van een daartegen gerichte procedure niet ieder optreden tegen de gewraakte praktijken onmogelijk heeft gemaakt.

Wij zijn overigens van mening, dat men bij het zoeken van een oplossing voor deze beide laatste kwesties houvast vindt in Uw jurisprudentie.

Titel I

De vraag of er sprake is geweest van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome en het afgeleide Gemeenschapsrecht

Afdeling I

Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging

A — Een der wezenlijke doelstellingen van het Verdrag van Rome is de verwezenlijking van één gemeenschappelijke markt der Lid-Staten, binnen welke de fabrikanten hun activiteiten vrijelijk moeten kunnen uitoefenen en ontwikkelen en de verbruikers hunnerzijds vrij dienen te zijn bij het zoeken van produkten en diensten en hun keus moeten kunnen bepalen aan de hand der hun geboden prijzen en kwaliteiten. Ter verzekering van die vrijheid is de activiteit van de communautaire gezagsorganen met name gericht op „de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst" (artikel 3 f van het Verdrag).

Het ligt in de lijn van deze gedachtengang, wanneer artikel 85 bepaalt dat „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijk markt wordt verhinderd, bewerkt of vervalst en met name die welke bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen . . .".

Artikel 85 heeft dus de handelingen en gedragingen op het oog die de mededinging beperken en gewoonlijk met de algemene term „kartels" worden aangeduid en onderscheidt dan drie vormen of — met andere woorden — onderscheidt ze naar drieërlei gezichtspunt: er zijn overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, en in alle drie gevallen moet er sprake zijn van meerdere deelnemers.

Omdat de groep „besluiten van ondernemersverenigingen" als in casu niet ter zake doende onbesproken kan blijven, willen wij allereerst pogen de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de overeenkomsten te onderscheiden.

Tot nu toe ging het in de zaken waarin Uw oordeel over de toepassing of uitlegging van artikel 85 werd gevraagd, steeds om *overeenkomsten* tussen ondernemingen, dat wil zeggen contracten tussen fabrikanten onderling dan wel tussen fabrikanten en verkopers, ongeacht de vorm en juridische structuur dier overeenkomsten, aan het bewijs waarvan a priori geen bijzondere eisen kunnen worden gesteld.

Om maar enkele voorbeelden te noemen: zulke overeenkomsten kunnen alleenvertegenwoordigingsovereenkomsten zijn: 12 december 1967, zaak 23-67, Brasserie de Haecht, Jurisprudentie 1967, blz. 523; 30 juni 1966, zaak 56-65, STM-MBU, Jurisprudentie 1966, blz. 392; 16 juli 1966, zaken 56 en 58-64, Grundig, Jurisprudentie 1966, blz. 514; of overeenkomsten tot vaststelling van prijzen of verdeling der markten: 15 juli 1970, zaken 41, 44 en 45-69, Chemiefarma, Buchler en Boehringer, Jurisprudentie 1970, blz. 702, 763 en 809.

In dit laatste geval werd het grensgebied der onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreden.

Met betrekking tot het internationale kininekartel heeft Uw Advocaat-Generaal de heer Gand zich afgevraagd of uit een niet getekend stuk genaamd „gentlemen's agreement", dat ten doel had een ten behoeve van derde landen door de voornaamste kinine- en kinidinefabri-

kanten van de Gemeenschap gesloten overeenkomst tot vaststelling van prijzen en leveringsquota's — met exportrestricties — tot de gemeenschappelijke markt uit te breiden, van een onderling afgestemde feitelijke gedraging bleek. Hij moest op deze vraag een ontkennend antwoord geven, doch zulks alleen omdat dit „gentlemen's agreement" onverbrekelijk met de formele, voor de export naar derde landen gesloten overeenkomst was verweven. En Uw Hof heeft overwogen dat bedoeld stuk „de getrouwe weergave bevatte van de gezamenlijke wil der leden van het kartel ten aanzien van hun gedrag op de gemeenschappelijke markt". Hieruit blijkt wel dat de grens tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet gemakkelijk kan worden getrokken, juist wegens de zeer vele vormen en gradaties waarin de ondernemingen hun gedrag kunnen afstemmen.

Het betekent bovendien dat Uw jurisprudentie inzake de onderling afgestemde feitelijke gedragingen nog volledig van de grond moet komen. Het ligt stellig niet in de lijn van Uw beleid U voor de toekomst door een eens voor al gegeven abstracte definitie vast te leggen. Uw Hof zal slechts geleidelijk, naar mate andere zaken om een beslissing vragen, zijn jurisprudentie kunnen uitbouwen, doch ook verfijnen.

B — Hoewel daartoe rechtstreeks weinig lering kan worden getrokken uit de nationale wettelijke regelingen en jurisprudentie binnen de gemeenschappelijke markt — en nog minder daarbuiten —, heeft het stellig zin na te gaan hoe men daar getracht heeft het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" in grote lijnen vast te leggen. De historische oorsprong moet stellig worden gezocht in de „concerted action" van het Amerikaanse antitrustrecht. De term „conspiracy" van de „Sherman Act" is namelijk gebezigd voor gevallen waarin een „concerted action" van meerdere ondernemingen, gericht op een gemeenschappelijk onwettig doel, was aangetoond.

Zo is in de zaak US/Hamilton Watch Co. en US/Elgin Natl. Watch Co. (D.C. NY 1942) 47 F. Supp. 524 uitgemaakt dat „voor een verboden kartel (conspiracy) geen formele overeenkomst nodig" is en dat het kan besloten liggen in een op afstemming berustend optreden der deelnemers, die daarmede allen te zamen een gemeenschappelijk doel nastreven.

In dezelfde zin werd inzake Wisconsin Liquor Co./Park and Tilford Distillers Corp. (C.A.—7; 1959) 1959 Trade Cases/69,363, overwogen dat „er voor de vaststelling dat van een verboden kartel sprake is geen formele of specifieke overeenkomst behoeft te worden bewezen".

De „concerted action" wordt in deze Amerikaanse jurisprudentie niet gedefinieerd, doch wel wordt steeds een gezamenlijk plan verlangd.

Anderzijds blijkt er uit dat een bewust parallel gedrag weliswaar op zichzelf niet voldoende is om tot overtreding van de „Sherman Act" te kunnen besluiten, doch wel een feitelijk vermoeden kan opleveren op grond waarvan de rechter, de overige omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, tot „conspiracy" kan concluderen.

Aldus is geschied in de zaak Morton Salt Co./US (C.A.—10; 1956) 1956 Trade Cases/68,412, waarin de rechter overwoog dat „hoewel een parallel gedrag niet buiten twijfel stelt dat er sprake is van een kartel of schending van de „Sherman Act", het wel een factor vormt die in aanmerking dient te worden genomen en bij de beoordeling in den regel zwaar dient te wegen".

In sommige uitspraken wordt voorts overwogen dat een uniforme gedragslijn van verschillende ondernemingen ten aanzien van de prijzen in het algemeen een tamelijk belangrijk bewijselement oplevert.

Wij willen hier aanhalen het arrest in de zaak Pittsburgh Plate Glass Co./US (C.A.—4; 1958) 1958 Trade Cases/69,157: „Een vensterglasfabrikant neemt deel aan een verboden kartel (conspiracy) ter vaststelling der prijzen wanneer uit het ‚bewust parallel gedrag' van die fabrikant, die een zelfde prijsverhoging aankondigt als vrijwel gelijktijdig ook door zijn concurrenten wordt aangekon-

digd, gezien de kennelijk nauwe binding tussen hem en de leiding van het kartel, redelijkerwijze mag worden afgeleid dat de fabrikant aldus is opgetreden in overeenstemming met sommige of alle deelnemers."

In de voormelde zaak Morton Salt zei de rechter het aldus: „.... een klein aantal verkopers die met elkander vriendschappelijke betrekkingen onderhouden en een stabiele vraag naar dit produkt geven hun een bijzondere gelegenheid en vormen voor hen een prikkel om hun gedrag af te stemmen (een combine te vormen) ter handhaving van de prijzen op een kunstmatig hoog en voor allen voordelig peil".

Ten slotte kan in vrijwel gelijke zin worden gewezen op de uitspraak in de zaak Safeway Stores/FTC (366 F 2 d 795 — 1966, Trade Cases/71,891), waarin is overwogen dat „het bewijs dat de bakkers op bondsniveau bijeenkwamen en onder meer spraken over de prijzen èn de daarop gevolgde identieke prijsverhogingen voldoende zijn om de vaststelling van de Federal Trade Commission dat de bakkers met het oog op de bepaling der prijzen hun gedrag onderling hebben afgestemd, te staven".

Een systematische vergelijking van het Amerikaanse recht en het recht van de Gemeenschap is echter niet verantwoord. De Amerikaanse antitrustwetgeving, zoals die aan het eind van de vorige eeuw in het leven is geroepen, draagt vooral een strafrechtelijk karakter. Zij wordt door de strafrechter gehanteerd en voor het bewijs geldt het Amerikaanse strafprocesrecht; anderzijds is zij erg streng in die zin dat, althans aanvankelijk, in principe ieder kartel schadelijk werd genoemd en dus verboden was. Weliswaar heeft de rechterlijke macht deze gestrengheid hier en daar verzacht en er naar gestreefd om met het oog op de ontwikkeling der economische structuren tot een soepeler wetstoepassing te komen, vooral door de pretorische formule „workable competition"; dit neemt echter niet weg dat men aan gene zijde van de Oceaan uitgaat van een conceptie die van de uitgangspunten van het Gemeenschapsrecht veelszins verschilt. Dit laatste draagt in hoofdzaak een preventief karakter en wordt door de Commissie gehanteerd: ook wanneer het tot bepaalde strafsancties leidt, is het typisch administratief en niet strafrechtelijk van aard. Ten slotte vertoont het veel souplesse door de mogelijkheid van niet-verboden kartels open te laten. Doch ondanks deze verschillen leent de Amerikaanse jurisprudentie zich tot vergelijking en kan zij ons tot nadenken stemmen, met name wanneer wij worden geroepen na te gaan onder welke voorwaarden op een oligopolistische markt van een onderling afgestemd feitelijk gedrag kan worden gesproken.

C — Tot nu toe is Frankrijk de enige Lid-Staat der Gemeenschap waar de term „onderling afgestemde feitelijke gedraging" (pratique concertée) in de wetgeving met zoveel woorden wordt gebezigd. De nog weinig talrijke uitspraken schijnen echter in hoofdzaak op overeenkomsten betrekking te hebben.

In de Duitse wet van 1957 komt deze term niet voor. Ongetwijfeld heeft de Bondsregering mede om in deze leemte te voorzien onlangs een ontwerp ingediend waarin enkele bepalingen voorkomen die de controle op misbruik van machtsposities als bedoeld in paragraaf 22 dier wet moeten versterken en waarin met het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" wordt gewerkt. Met name behelst dit ontwerp het vermoeden dat er geen mededinging bestaat tussen verschillende ondernemingen die gedurende langere tijd in hun prijzenbeleid een zelfde gedragslijn volgen. Zo wordt op dit terrein (misbruik van machtsposities, term ons ook uit artikel 86 van het Verdrag van Rome bekend!) een herhaald parallel gedrag ten aanzien van de prijzen als een overtreding beschouwd. U hebt echter weinig houvast aan de beschikkingen der Duitse bestuurslichamen en aan de uitspraken van de rechterlijke instanties die tot kennisneming van de vervolging van Duitse fabrikanten bevoegd zijn. Weliswaar heeft men van de zijde van de balie getracht er argumenten in dene of gene zin aan te ontlenen, doch

dit is onzes inziens te minder mogelijk waar de rechterlijke macht aldaar, wetend dat de kwestie op grond van artikel 85 van het Verdrag aan Uw oordeel was onderworpen, zich in de redengeving zijner uitspraken wijselijk heeft onthouden van overwegingen die kunnen worden geacht op Uw uitspraak te prejudiciëren.

D — Ofschoon de gegevens die aldus aan het nationale recht kunnen worden ontleend bij de bestudering van de onderhavige zaak stellig van nut zijn, kunnen zij uiteraard niet prevaleren boven artikel 85 van het Verdrag, bezien in het licht van Uw jurisprudentie en aan de hand der commentaren.

Reeds dadelijk dient de *consequentie* te worden getrokken *uit het feit dat artikel 85 explicite onderscheidt tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.* Door aan deze laatste term een zo enge en beperkte betekenis toe te kennen dat zij tot een bijzonder soort overeenkomst zou worden gereduceerd, zouden wij stellig in strijd komen met een algemeen en door Uw Hof dikwijls ingeroepen uitleggingsbeginsel, dat wil dat iedere bepaling van het Verdrag volledig effect sorteert en tot gelding komt. Zelfs wanneer men ervan uitgaat dat in een onderling afgestemde feitelijke gedraging een overeenkomst schuilgaat en tevens — omdat van een zeker gecoördineerd optreden blijkt — aan de dag treedt, blijft onzes inziens boven twijfel verheven dat de auteurs van het Verdrag er juist een aparte groep van hebben gemaakt om te voorkomen dat de verboden van artikel 85 — betreffende handelingen in strijd met de mededinging — zouden worden omzeild doordien ondernemingen er bij het volgen van een gezamenlijk beleid naar daartoe opgesteld plan, voor zorgen dat men niet op het spoor komt van enig schriftelijk stuk dat als overeenkomst kan worden aangemerkt.

Zulk een uitlegging — waarbij men aan het in artikel 85 gemaakte onderscheid recht doet wedervaren — is van onmiskenbaar belang voor het bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, waarvoor andere voorwaarden gelden dan voor het bewijs ener overeenkomst, ook wanneer daartoe een zekere wilsovereenstemming der deelnemende ondernemingen nodig is.

Hiernaast wordt echter aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging een objectieve eis gesteld: er moet sprake zijn van een gemeenschappelijk *feitelijk* gedrag der deelnemende ondernemingen. Dat is het eerste verschil met een overeenkomst: volgens Uw jurisprudentie valt een overeenkomst, wanneer haar bestaan is vastgesteld en zij benadeling van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ten doel heeft, onder artikel 85 zonder dat het *werkelijk gevolg* dier overeenkomst voor de mededinging behoeft te worden nagegaan, terwijl een onderling afgestemde feitelijke gedraging als zodanig onzes inziens niet geheel los van de werkelijke gevolgen voor de mededingingsvoorwaarden binnen de gemeenschappelijke markt kan worden bezien.

Doch de enkele vaststelling van een gemeenschappelijk, parallel of overeenstemmend marktgedrag van ondernemingen is kennelijk onvoldoende voor de kwalificatie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1. Zodanig gedrag moet bovendien niet het gevolg, als men wil *het belangrijkste gevolg,* van de marktstructuur en de op de markt heersende economische omstandigheden zijn.

Voorts dient, zoals gezegd, de wil van belanghebbenden tot op zekere hoogte op gezamenlijk handelen gericht te zijn en moet er dus oorzakelijk verband tussen deze gemeenschappelijke wil en het feitelijke gedrag kunnen worden vastgesteld. Doch anders dan bij overeenkomsten geldt, zal men deze wilsovereenstemming, al naar het geval, kunnen afleiden uit alle feitelijke gegevens die omtrent het gedrag der ondernemingen zijn ingewonnen, zoals instructies aan vertegenwoordigers, de betrekkingen met de kopers, wijzigingen der verkoopcondities, min of meer samenvallen van genomen besluiten, contacten tussen de topfiguren.

Afdeling II

De stellingen van partijen

Na deze inleidende opmerkingen komt de vraag aan de orde welke standpunten in deze zaak ten aanzien van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden ingenomen.

In haar beschikking van 24 juli 1969 deed de Commissie haar conclusie dat de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 op afstemming berustten, steunen op de gelijke percentages die door de betrokken fabrikanten in ieder land zijn toegepast, het feit dat het bij deze prijsverhogingen behoudens in enkele zeldzame uitzonderingsgevallen om dezelfde kleurstoffen ging en de omstandigheid dat zij op vrijwel dezelfde, zo al niet dezelfde, dag zijn ingegaan. Op grond van een en ander heeft zij gemeend dat de structuur van de kleurstoffenmarkt alleen deze prijsverhogingen niet kon verklaren en, misschien enigszins bruusk, betoogd „dat het *ongeloofwaardig* is dat de voornaamste fabrikanten die de gemeenschappelijke markt bevoorraden, zonder minutieuze voorbereiding de prijs van een en de zelfde belangrijke reeks produkten meermalen vrijwel gelijktijdig met gelijke percentages hebben kunnen verhogen, en wel zulks in verschillende landen waar de marktomstandigheden niet dezelfde zijn". Doch tot staving van deze stelling wordt een minutieus overzicht gegeven van de feitelijke omstandigheden waarin tot deze prijsverhogingen is besloten en waaronder zij zijn aangekondigd en toegepast, en voorts verwezen naar de instructies die de fabrikanten tot hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers op de verschillende markten hebben doen uitgaan en die wat de prijsverhoging van januari 1964 betreft, volgens de Commissie in verschillende opzichten een treffende gelijkenis vertoonden. Ten slotte maakt de Commissie nog gewag van de op 18 augustus 1967 te Bazel gehouden bijeenkomst, die werd bezocht door vertegenwoordigers van alle hierbedoelde fabrikanten met uitzondering van ACNA, en waarop Geigy's vertegenwoordiger mededeelde dat Geigy voornemens was de aan haar klanten berekende prijzen vóór het einde van 1967 te verhogen. In de bestreden beschikking wordt daaraan toegevoegd dat deze verhogingen de aan alle afnemers berekende prijzen hebben beïnvloed, aangezien de distributie der kleurstoffen op de nationale markt verzorgd wordt door de eigen verkoopkantoren der fabrikanten en op de buitenlandse markten via met de wederverkoop belaste alleenvertegenwoordigers, die zich strikt aan de instructies der fabrikanten hebben te houden; de Commissie leidt hieruit af dat deze gedragingen de mededinging hebben beperkt; immers de concurrentie kon nu nog slechts de kwaliteit en de service betreffen. Ten slotte stelt zij vast dat deze onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarvan de gevolgen zich tot verscheidene landen van de gemeenschappelijke markt uitstrekten, de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

Zo wordt in de bestreden beschikking het bestaan van onder artikel 85 vallende onderling afgestemde feitelijke gedragingen zowel afgeleid uit de omstandigheden waarin tot de prijsverhogingen is besloten en waaronder zij zijn toegepast als uit het feit dat deze prijsverhogingen door de structuur van de kleurstoffenmarkt alleen niet konden worden verklaard. De gemachtigden der Commissie hebben deze dubbele redengeving voor Uw Hof gehandhaafd en — in antwoord op de posita van verzoeksters — nader uitgewerkt.

Daarentegen gaan verzoeksters vooral uit van een analyse van de oligopolistische kleurstoffenmarkt; zij menen daarin steun te vinden voor hun standpunt dat er alleen maar sprake is geweest van een parallel gedrag der fabrikanten, dat uit de marktomstandigheden kan worden verklaard; zulk een gedrag mag volgens hen niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gelijkgesteld. Zij menen dat de verschillende ondernemingen om dwingende redenen van economische aard, met name om hun onvoldoende rendement te verbeteren, zelfstandig tot de prijsverhogingen hebben

besloten. Dat de percentages dezelfde waren, vloeide volgens hen voort uit de omstandigheid dat het besluit van de initiatiefnemer (price-leader) door de andere leden van de oligopolie wel moet worden gevolgd.

Hiermede zijn de standpunten waartussen U zult hebben te beslissen, wel in grote lijnen geschetst.

Afdeling III

De afstemming

Wij stellen ons voor nader in te gaan op hetgeen partijen hebben betoogd aan de hand van de beide volgende vragen:

— was er sprake van parallel gedrag?

— kon dit parallel gedrag uit de economische marktomstandigheden alleen worden verklaard of was het het gevolg van een op afstemming berustend prijzenbeleid?

A — *Het al dan niet bestaan van parallel gedrag*

Zoals gezegd, is het eerste objectief vereiste waaraan een onderling afgestemde feitelijke gedraging dient te voldoen, dat er een gelijksoortig, parallel of overeenstemmend gedrag van de betrokken ondernemingen aan de dag moet zijn getreden.

Dat er in casu van zodanig gedrag sprake is geweest, blijkt genoegzaam uit de feiten die in de bestreden beschikking worden genoemd en wordt ook, althans in beginsel, door verzoeksters niet bestreden. Het staat vast dat zij zowel in 1964 als in 1965 en vervolgens ook in 1967 op vrijwel dezelfde en soms zelfs op dezelfde data de basisprijzen voor de door henzelf en hun dochtermaatschappijen verkochte kleurstoffen — i.e. voor hetzelfde zeer uitgebreide assortiment — lineair met dezelfde percentages hebben verhoogd en die verhoging vervolgens ook hebben toegepast.

Verzoeksters betwisten de bestreden beschikking in zoverre slechts op ondergeschikte punten, de nadere uitvoering betreffende: de lijst der desbetreffende kleurstoffen zou niet geheel juist zijn, de condities voor lopende bestellingen zouden door de Commissie niet juist zijn weergegeven. Doch afgezien van deze verschilpunten — wij komen er nog op terug omdat de gedachte aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging daarbij als zodanig wordt bestreden — moet worden vastgesteld dat het parallel gedrag — dat, naar in confesso is, geen toevallig karakter droeg (betrokkenen waren er zich terdege van bewust) en waarbij het om meerdere producenten en om dezelfde markten ging — duidelijk uit de feiten zelve blijkt. Aan het eerste vereiste voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging is dus voldaan. Dit is nodig, maar nog niet voldoende.

B — *Oorsprong en redenen van het parallel gedrag*

Het tweede vereiste is, naar wij zagen, een *zekere gezamenlijke wil*. Er behoeft niet duidelijk en bepaaldelijk te blijken van een mate van wilsovereenstemming die eigenlijk een echte — bindende, verbintenisscheppende — overeenkomst behelst, doch op zijn minst moet onzes inziens worden aangetoond:

— enerzijds dat het bewust parallel gedrag niet uitsluitend of zelfs in hoofdzaak aan de economische omstandigheden of aan de marktstructuur is toe te schrijven;

— anderzijds dat er, zonder dat van uitgesproken wilsovereenstemming sprake is, voldoende bepaalde en overeenstemmende vermoedens zijn die de overtuiging ingang doen vinden dat het parallel gedrag uit onderlinge afstemming is voortgevloeid, het resultaat was van een gecoördineerd beleid.

Zodanige afstemming is bestaanbaar ook wanneer sommige ondernemingen in het initiatief tot en bij de uitvoering van zodanig beleid een hoofdrol hebben gespeeld, terwijl andere ondernemingen, wier actiemiddelen stellig beperkter zijn, zich er alleen maar bij hebben aangesloten. Wij dienen dus na te gaan of zulke aanwijzingen of vermoedens in casu voorhanden zijn. Omdat artikel 17 van 's Raads verordening nr. 17/62 Uw Hof ten deze volledig bevoegd maakt, zult U, zoals de Advocaat-Generaal Gand het in

zijn conclusie in de kininezaak (Jurisprudentie 1970, blz. 707) uitdrukte, in de uitoefening van Uw volledige rechtsmacht van het geding moeten kennisnemen; de feiten staan volledig te Uwer beoordeling en Uw Hof zal zich zelf een overtuiging hebben te vormen inzake de vraag of er sprake is van inbreuk op artikel 85, lid 1, alsook inzake de vraag hoe die inbreuk moet worden gekwalificeerd. Tot bedoelde beoordeling zult U niet „in abstracto" overgaan, doch — in de lijn van Uw jurisprudentie — met inachtneming van de gegevens betreffende de hierbedoelde markt.

De vraag of er van afstemming mag worden gesproken, kan dus ook alleen worden opgelost wanneer men enerzijds de kenmerken van de kleurstoffenmarkt in zijn overwegingen betrekt en anderzijds alle aanwijzingen in aanmerking neemt waarmede in de bestreden beschikking wordt gewerkt en waarvoor in het dossier steun is te vinden.

1. De kenmerken van de kleurstoffenmarkt

a) Verzoeksters wensen hun gedrag bij de vaststelling der prijzen alleen te verklaren en te rechtvaardigen aan de hand van de structuren en mechanismen van de kleurstoffenmarkt. Hun vertegenwoordigers hebben hierop zozeer de nadruk gelegd dat het kon lijken alsof die markt, gezien haar kenmerken — door een gering aantal producenten gecontroleerd aanbod —, als het ware aan artikel 85 van het Verdrag is onttrokken.

Deze conclusie ware echter stellig onjuist. Artikel 85 is op oligopolistische markten evenzeer van toepassing als op die met een zeer groot aantal aanbieders. Anderzijds moet worden erkend dat oligopolies op zichzelf door het Verdrag niet worden verboden en dat artikel 85 niet mag medebrengen dat aan de ondernemingen op zulk een markt verplichtingen worden opgelegd welke hun activiteiten zouden stilleggen of tot een geheel andere professionele structuur zouden kunnen leiden.

b) Maar dan rijst vervolgens de vraag met welke objectieve vaststellingen, met name uit de beschrijving van de hoogleraren Kloten en Albach, ten deze kan worden gewerkt.

De wereldmarkt waar meer dan 300 ondernemingen kleurstoffen en pigmenten verkopen, wordt door nog geen dozijn bedrijven beheerst.

In het hierbedoelde tijdvak is de Europese markt voor 80 % in handen van tien fabrikanten die, met uitzondering van Francolor, behalve kleurstoffen ook kunststoffen, farmaceutische produkten, bestrijdingsmiddelen en chemische produkten vervaardigen; dit geldt met name voor Bayer, Hoechst en BASF; anderen, zoals ACNA en Cassella, betrekken halffabrikaten bij de grote chemische industrieën.

De produktie is echter zeer verschillend opgezet, zodat ook de produktiekosten sterk uiteenlopen.

Er wordt een groot aantal verschillende kleurstoffen geproduceerd; er komen er 6 000 op de markt en per onderneming worden er 1 500 à 3 000 geproduceerd, terwijl de ondernemingen bovendien hun verkoopassortiment veelal door aankoop bij andere fabrikanten aanvullen.

Tussen 1956 en 1966 zijn er ruim 2 000 nieuwe kleurstoffen op de markt verschenen, waarvoor andere produkten het veld hebben geruimd.

Deze produkten zijn onderling min of meer verwisselbaar. En hoewel er in zoverre onderscheid kan worden gemaakt tussen *standaardkleurstoffen* — met een zeer grote mate van verwisselbaarheid — en *speciale kleurstoffen* — die vrijwel of in het geheel niet vervangbaar zijn — is de grens tussen beide categorieën moeilijk af te bakenen.

De produktietechnieken zijn meestal van dien aard dat er ter vervaardiging der kleurstoffen uit de basisprodukten in den regel ten minste tien verschillende chemische processen moeten worden doorlopen, zodat de produktiecyclus drie tot twaalf maanden in beslag neemt.

Ten slotte wordt er geproduceerd in partijen van 500 tot 5 000 kg, terwijl de bestellingen meestal niet groter zijn dan 50 kg. De vraag is snel en in aanzienlijke mate gestegen. Van 1958 tot 1968 is de

verkoop der kleurstoffen praktisch verdubbeld (de index steeg van 100 in 1958 tot 198 in 1968). Deze vraag is zeer gedifferentieerd, zowel naar produkten en nationale markten als naar afnemers. De totale vraag wordt sterk bepaald door de expansie in de textielsector en in mindere mate door die in de vernis- en lakindustrie en in de kunststoffenverwerkende industrie.

De fabrikanten leveren aan hun nationale markt en tevens aan sommige buitenlandse markten, doch zij nemen daarbij sterk uiteenlopende posities in. De Zwitsers en Duitsers exporteren bij voorbeeld 75 tot 90 % van hun produktie, terwijl de Fransen en Italianen weinig aan het buitenland verkopen.

Het verdient opmerking, dat de fabrikanten volgens de exportstatistieken de kleurstoffen leveren aan hun dochtermaatschappijen of agenten buitenslands, die de plaatselijke klanten technische service verlenen.

Deze afnemers, vooral in de textiel- en lederbereidingssector, hebben in verband met de mode-ontwikkeling nog meer belang bij een snelle en zekere bevoorrading alsook bij technische service van goed niveau, dan bij het prijspeil. Dit belang treedt minder sterk naar voren bij andere groepen kopers, zoals de lak- en vernisfabrikanten.

Omdat de eindprodukten — en vooral textielprodukten — slechts in geringe mate door de kleurstoffenprijzen worden beïnvloed, is de *totale vraag* erg weinig flexibel, hetgeen niet wegneemt dat er een levendige concurrentie tussen de leveranciers bestaat; deze indidivuele concurrentie wordt in de hand gewerkt doordat er geen voor de gehele markt gepubliceerde officiële prijslijsten bestaan, doch alleen lijsten voor „intern" gebruik van de verschillende fabrikanten, waaraan de wederverkopers in elk land zich hebben te houden.

Prijsconcessies (kortingen) worden individueel toegestaan, met name aan de belangrijkste afnemers: de verkopers trachten de meest interessante afnemers aan zich te binden door hun de gunstigste condities te bieden. De bijzonderheden van het prijzenbeleid vinden ook hun verklaring in de zeer uiteenlopende dienstverlening der verschillende verkopers aan hun klanten. Dit alles leidt voorts tot een geringe doorzichtigheid van de markt wat betreft de werkelijke kleurstoffenprijzen en deze zwakke transparantie is een noodzakelijke voorwaarde voor het door de verkopers toegelaten „knabbelen" aan de prijzen. Zodanig beleid kan alleen tot belangrijke handelsvoordelen leiden wanneer deze concessies de concurrenten ontgaan dan wel door de concurrenten van tegenmaatregelen wordt afgezien.

Nog steeds wat de prijzen betreft: de door het Hof aangewezen deskundigen hebben erop gewezen dat de werkelijke kleurstoffenprijzen niet alleen van jaar op jaar, doch ook van land tot land sterk uiteenlopen (vgl. tabellen 5 en 6).

Ten slotte kan uit een oogpunt van conjunctuurontwikkeling worden gewezen op een algemene afbrokkelende prijzentendens en het lijdt geen twijfel dat deze situatie in de jaren 1963-1964 alle producenten ernstig zorgen baarde en in de besluiten tot algemene prijsverhoging een beslissende rol heeft gespeeld.

De door partijen aangewezen deskundigen hebben de uitkomsten van het onderzoek der hoogleraren Kloten en Albach in zoverre geenszins bestreden, zodat bij wege van samenvatting het volgende kan worden gezegd:

— De kleurstoffenmarkt is een oligopolistische markt die door een gering aantal fabrikanten wordt gecontroleerd.

— Het is een onvolkomen, heterogene markt, vooral doordat er een grote verscheidenheid aan produkten wordt aangeboden.

— Het is een afgesloten markt; professor Kantzenbach spreekt zelfs van „zementiert".

— Het is een markt waar de klant alleen tot de fabrikant uit zijn eigen land rechtstreeks in betrekking staat; rechtstreeks contact met fabrikanten buitenslands komt niet voor; de klant krijgt dan te maken met doch-

termaatschappijen, vertegenwoordigers of agenten.

— Ten slotte: het is een markt waar de prijzen vrijwel ondoorzichtig zijn.

2. De mening der deskundigen

a) Niettemin concluderen de deskundigen in geheel tegengestelde zin. De hoogleraren Bombach en Hill menen dat de gelijktijdigheid der verhogingen verband houdt met de bijzondere marktstructuur en dat de prijzen op deze onvolkomen markt niet de doorslag geven, omdat service en leveringscondities er van bijzonder groot belang zijn; de prijzenstructuur herkrijgt zo, dank zij de niet aflatende mededinging op deze markt, haar beweeglijkheid, zelfs na uniforme prijsverhogingen.
Daarentegen is professor Kantzenbach het eens met de Commissie, die tot de slotsom kwam dat de prijsverhogingen alleen hun verklaring vinden in „afstemming" der ondernemingen; hij besluit zijn rapport als volgt: „Binnen de Europese Gemeenschap bestaat er tussen de verkopers van kleurstoffen op een aantal onderscheiden markten een oligopolistische concurrentie; en wegens de onvolkomenheid dezer markten bestaat er generlei dwang om ten aanzien van de prijzen een uniforme gedragslijn te volgen."
De conclusies der door U aangewezen deskundigen zullen ons echter aanleiding geven U voor te stellen de structuur en de mechanismen op deze markt als verklaring voor de litigieuze prijsverhogingen niet te aanvaarden.

b) U hebt de hoogleraren Kloten en Albach drie vragen gesteld.
Allereerst hebt U gevraagd of het, gezien de kenmerken van de kleurstoffenmarkt in de Europese Economische Gemeenschap, met name in de periode 1964-1967, voor een zelfstandig optredende producent, die er belang bij had zijn prijzen te verhogen, naar normale handelscriteria mogelijk zou zijn geweest zulks *anders* te doen dan door die prijzen algemeen, uniform en publiekelijk te verhogen, en wel door het vaststellen van — voor de verschillende afnemers uiteenlopende — prijsopslagen voor ieder produkt afzonderlijk.
De deskundigen hebben deze vraag bevestigend beantwoord in die zin, dat een zelfstandig handelende producent, die volgens normale handelscriteria te werk gaat, in beginsel zijn prijzen voor de verschillende afnemers en produkten in ongelijke mate had kunnen verhogen. Wat mij echter van groot belang voorkomt is dat zij ook de *praktische* mogelijkheid aanvaarden dat zulk een producent zijn prijzen in verschillende mate had kunnen verhogen, waarbij zij slechts één beperking aanbrengen, namelijk dat de prijsverhoging die een producent alsdan had kunnen realiseren „waarschijnlijk ligt beneden de prijsverhoging welke bij een algemene en uniforme verhoging gemiddeld wordt bereikt".
U hebt de deskundigen vervolgens gevraagd welke voor- en nadelen verbonden kunnen zijn aan het doorvoeren van een algemene en lineaire prijsverhoging, vergeleken met een gedifferentieerde verhoging.
Op deze tweede vraag hebben zij geantwoord dat een algemene lineaire verhoging zowel voor de producent die daartoe het initiatief neemt als voor degene die zich naar hem heeft te richten, goede en kwade kansen medebrengt; zij komen echter tot de *slotsom* dat de voordelen van een algemene uniforme verhoging groter zijn geweest dan de nadelen.
Dit antwoord komt ons nog veelzeggender voor dan dat op de eerste vraag.
Van minder belang is de derde vraag — betreffende de mate van verwisselbaarheid van andere dan speciale kleurstoffen —. Met de deskundigen achten wij deze onderscheiding in casu voor de beoordeling der feiten van weinig nut. Het komt ons namelijk voor, dat de verwisselbaarheid der kleurstoffen een factor van secundaire betekenis is op een markt met een sterk gedifferentieerde vraag waar — hetgeen hier het belangrijkste is — de fabrikanten de marktgebieden zozeer isoleren dat de verbruikers zich nauwelijks tot de verkopers in een ander land kunnen richten om — zelfs

voor verwisselbare produkten — een betere prijs te bedingen.

3. *De consequenties die aan de deskundigenrapporten moeten worden verbonden*

Wat te denken van deze — zo genuanceerde — conclusies? Na lezing ervan hebben wij de indruk dat *de kenmerken* van de kleurstoffenmarkt *alleen* de uniforme prijsverhogingen in het litigieuze tijdvak niet vermogen te verklaren.
Wij zouden niet zo ver willen gaan als de Commissie, die zich op het standpunt stelt dat deze verhogingen derhalve alleen het gevolg van een afstemming kunnen zijn; onzes inziens dient echter te worden vastgesteld:

— dat de marktstructuur geenszins tot zulke uniforme verhogingen dwong en dat, integendeel, een — vrije — mededinging tussen de verkopers hun aanleiding had moeten geven om, ieder voor eigen rekening, tot gedifferentieerde prijsverhogingen over te gaan;

— dat het belang der producenten daarentegen verklaart dat zij hebben besloten tot — en uitvoering gegeven aan — verhogingen met een zelfde percentage voor alle aangeboden produkten en aldus hun dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers hebben gedwongen deze verhogingen op de klanten af te wentelen. Dit belang, waarop wij nog terugkomen, is vooral te zoeken in het feit dat wegens het isolement der nationale markten in Europa, met name in de Gemeenschap, uniforme verhogingen de producenten het voordeel bood van een definitief evenwicht, ja van een definitieve verdeling in geografische sectoren waaraan de instelling van de gemeenschappelijke markt een einde had moeten maken.

4. *Argumenten ontleend aan de economische theorie betreffende de oligopolie*

Doch voordat wij het gebied der economie gaan verlaten wil ik U, mijne heren, voorstellen verzoeksters op dit punt volledig recht te doen wedervaren door nog wat dieper in te gaan op de argumenten welke zij willen ontlenen aan een nauw, om zo te zeggen noodzakelijk, verband tussen de oligopolistische marktvorm en hun parallel gedrag. Zulk een parallelle gedragslijn achten zij normaal en zelfs typisch voor een oligopolie. De Commissie zegt hierop terecht, dat in dit betoog geen rekening wordt gehouden met de bijzondere kenmerken van de betrokken markt.
De oligopolies die volgens de meeste economisten een weloverwogen parallel gedrag meebrengen, zijn die met een sterke interdependentie der producenten die ertoe leidt dat geen hunner op mededingingsniveau, en met name ten aanzien van de prijzen, een beslissing kan nemen zonder dat de anderen daardoor rechtstreeks worden getroffen en, zich daarvan bewust, gedwongen worden te reageren.
De prijsleider zal dan slechts tot een verhoging besluiten voor zover hij redelijkerwijs overtuigd is dat zijn concurrenten aanleiding zullen hebben mee te gaan. Zulk een interdependentie is, wanneer men mag afgaan op de economische doctrine, alleen te vinden op markten die behalve aan de gewone criteria voor een oligopolie, voldoen aan twee andere voorwaarden: homogeniteit der produkten en doorzichtigheid van de markt ten aanzien van de prijzen. Doch de kleurstoffenmarkt, gekenmerkt door een grote verscheidenheid van slechts in beperkte mate verwisselbare produkten en het nagenoeg ontbreken van doorzichtigheid wat de prijzen betreft, voldoet daaraan niet.
Verdiepen wij ons vervolgens in de jurisprudentie, dan blijkt de term bewust parallel gedrag behalve in een enkel geval waarvoor zeer speciale overwegingen gelden, te zijn voorbehouden voor markten gekenmerkt door de produktie of de verkoop van homogene produkten: petroleum, hout, zout, cement, tabak.

American *Column and Lumber,* ref. 257 US 377 (1921)

Socony *Vacuum,* ref. 310 US 178 (1940)
American *Tobacco,* ref. 328 US 781 (1946)
Cement Institute, ref. 333 US 683 (1948)
Morton *Salt,* ref. 235 F. 2 d 573 (10th Cir. 1956)
Gulf *Oil,* ref. 164 A. 2 d 656 (1960)

Het gaat hier weliswaar om uitspraken van Amerikaanse rechterlijke instanties en wij verwijzen er ook alleen maar naar omdat zij vergelijkingsmateriaal bieden voor de onderhavige zaak; op het terrein van ons onderzoek kan er echter een zeker belang niet aan worden ontzegd.

Wij zouden aan deze overwegingen nog een opmerking toe willen voegen:

De stelling dat een wijziging van de prijzen van alle betrokkenen haar verklaring kan vinden in de dwang die zich op een oligopolistische markt doet gelden, is plausibel in geval van prijsdaling; bij prijsverhoging doet de marktdwang zich echter in mindere mate gevoelen. Volgens de deskundigen ware een gedifferentieerde prijsverhoging mogelijk geweest. Verzoekster BASF heeft zulks in haar brief van 13 oktober 1967 aan het Bundeskartellamt stilzwijgend erkend: „Uit een oogpunt van kostprijsberekening was in oktober 1967 een verdergaande prijsverhoging (dan 8 %) nodig." Zo ook zou de logica van het door de deskundigen beschreven stelsel van oligopolistische dwang — waarbij op een bepaalde markt de producent die het initiatief neemt telkens het grootste marktaandeel bezit — hebben meegebracht dat steeds de onderneming die op bedoelde markt de sterkste positie innam, dat wil zeggen een onderneming op de markt van het eigen land, het initiatief tot de prijsverhoging zou nemen. Doch ten minste in één geval, te weten bij de prijsverhoging van 1964, ging dit niet op: niet ACNA, een onderneming gevestigd binnen het nationale marktgebied, nam het initiatief tot de prijsverhoging in Italië, doch Ciba — ACNA volgde pas korte tijd nadien —. Hieruit blijkt dat het op een oligopolistische markt meestal wel te verklaren is dat de ondernemingen in geval van prijsverlaging een zelfde gedragslijn volgen zonder dat dit parallelle gedrag op afstemming behoeft te berusten, doch dat ernstig moet worden betwijfeld of een parallelle gedragslijn bij prijsverhoging, en vooral in geval van een aanzienlijke prijsverhoging, kan worden verklaard met uitschakeling van de mogelijkheid ener onderling afgestemde feitelijke gedraging der betrokken ondernemingen.

C — De feitelijke omstandigheden waarin de prijsverhogingen zich hebben voorgedaan

Wij geloven dus niet dat de eigen kenmerken van de kleurstoffenmarkt een afdoende redelijke verklaring opleveren. Integendeel, het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vindt onzes inziens bevestiging in de feitelijke omstandigheden waarin de litigieuze prijsverhogingen zich hebben voorgedaan.

1. Wij willen echter ons onderzoek bij de twee laatste prijsverhogingen beginnen. In beide gevallen blijkt van een zelfde „mechanisme". De gang van zaken was als volgt:

a) Allereerst geeft een fabrikant het voornemen te kennen zijn prijzen op een of meer nationale markten lineair met een bepaald percentage en voor een bepaald, zeer ruim, assortiment van produkten te verhogen. Dit gold voor BASF in 1965 en voor Geigy in 1967. Bij het bepalen van de dag van ingang der voorgenomen prijsverhoging kan een zekere tijdsruimte worden gelaten (twee maanden in 1967) en eventueel wordt er geen datum bepaald, doch de gehele gang van zaken wijst erop, dat de prijsleider de andere fabrikanten tijd tot nadenken heeft willen geven.
b) Vervolgens worden de andere bedrijven, dochtermaatschappijen, klanten of anderszins, op de hoogte gesteld. De informatie als zodanig lijkt ons niet te zijn betwist.
c) Ten slotte geven de fabrikanten in de meeste landen van de gemeenschap-

pelijke markt. de noodzakelijke instructies voor de inwerkingtreding der verhoging, die vervolgens zowel in 1965 als in 1967 op een en dezelfde dag plaatsvindt.

Doch wanneer op een bepaalde markt één der fabrikanten niet meegaat — zoals ACNA op de Italiaanse markt in 1965 en 1967 — zien de anderen er op die markt ook vanaf.

Wij hebben dus te maken met een tevoren aangekondigd initiatief-besluit van de prijsleider, dat door de andere ondernemingen wel of geheel of ten dele niet wordt gevolgd — de concurrenten accepteren dan zo'n negatieve beslissing en trekken daaruit de consequenties —.

Ofschoon wij niet naar een contractenrechtelijke kwalificatie voor deze gang van zaken behoeven te zoeken — wij hebben immers niet met een „overeenkomst" te maken —, zou ik hier van een samenloop van meerdere wilsbesluiten willen spreken: dat van de prijsleider, wiens wilsuiting niet geheel en al eenzijdig is, omdat voor de uitvoering van zijn besluit nodig is dat de andere producenten het aanvaarden, en vervolgens het wilsbesluit van deze laatsten ieder afzonderlijk, die zich, althans stilzwijgend, bij het initiatiefbesluit van de prijsleider aansluiten dan wel juist zich daartegen verzetten en de verwezenlijking ervan belemmeren, althans de draagwijdte ervan beperken.

Ik acht dit een en ander voldoende om vast te stellen dat van een afstemming als vereist in artikel 85, lid 1, sprake is. Door duidelijker, uitdrukkelijker wilsverklaringen te verlangen zou men voorbijzien aan het onderscheid dat in deze verdragsbepaling tussen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen wordt gemaakt. Aan de term „afstemming" zou dan niet de realistische betekenis worden toegekend die er onzes inziens aan toekomt. Afstemming is geen overeenkomst; zij wordt niet vastgelegd in een stuk dat bedoeld is om de onderscheiden partijverplichtingen vast te leggen. Er behoeft al evenmin sprake te zijn van „conspiracy" („samenzwering"), opgezet tijdens vergaderingen waar meningsverschillen of belangentegenstellingen aan de dag kunnen treden. Zij kan — zoals in casu — bestaan in een gemeenschappelijk, gecoördineerd gedrag waaraan op het oog eenzijdige besluiten ten grondslag liggen, die slechts tot uitvoering kunnen komen wanneer de andere betrokkenen meedoen.

Hiertegen kan evenwel een bedenking worden ingebracht, die dan ook tijdens de pleidooien schitterend onder woorden is gebracht door sommige vertegenwoordigers der verzoeksters, met name door professor Von Simson.

Wanneer men alleen op de betrekkingen tussen de prijsleider enerzijds en ieder der andere fabrikanten anderzijds zou letten, dan zou de kwalificatie „afstemming" worden gebruikt voor bilaterale betrekkingen, welke op een oligopolistische markt hun natuurlijke verklaring vinden in het eigenbelang van de ondernemingen ieder afzonderlijk, onderworpen als zij zijn aan de dwangmatigheden van zulk een markt en de overheersende positie van de prijsleider. Men zou hier wel van misbruik van een machtspositie door de prijsleider — in de zin van artikel 86 van het Verdrag — kunnen spreken, doch niet van een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarvoor artikel 85 geldt; want volgens artikel 85 is het meegaan met de beslissing van één der fabrikanten op zichzelf niet voldoende, doch dienen alle fabrikanten tot werkelijke afstemming te komen.

Het bezwaar van professor Von Simson lijkt ons ongegrond. Zou er tussen de prijsleider en de andere producenten ieder afzonderlijk een werkelijke overeenkomst zijn gesloten blijkens welke bedoelde andere fabrikant zich bij de prijsverhoging aansluit, dan zou op grond van zulk een bilaterale overeenkomst, ook al zou zij op zichzelf staan, toepassing van artikel 85, lid 1, ongetwijfeld gerechtvaardigd zijn, en zou niet behoeven te worden onderzocht of er meer dergelijke overeenkomsten zijn gesloten, noch ook of de partijen bij deze verschillende overeenkomsten bepaalde banden hadden aangeknoopt.

En zou men aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen verdergaande eisen mogen stellen dan aan een overeenkomst?

In de tweede plaats ligt het in de lijn van het betoog van verzoeksters dat deze tegenwerping slechts zou opgaan voor een oligopolistische markt van het klassieke type, dat wil zeggen voor een markt met een sterke interdependentie van fabrikanten van homogene produkten. Zoals wij echter zagen, moet het er op grond van een analytisch onderzoek naar de kleurstoffenmarkt veeleer voor worden gehouden dat deze markt specifieke kenmerken vertoont die in meer dan één opzicht van het gewone oligopolistische schema afwijken. Is het niet frappant dat bij elk van beide prijsverhogingen van 1965 en 1967 een andere prijsleider is opgetreden: eerst BASF, vervolgens Geigy? Mag men zich dan niet afvragen of betrokkenen het wellicht zo hebben ingericht, dat zij om beurten de stoot tot een prijsverhoging hebben gegeven? Zou zulk een manoeuvre kunnen worden achterhaald, dan zou zij ongetwijfeld op zichzelf een afstemming van gedragingen inhouden, doch tijdens het vooronderzoek is hiervan niet gebleken. Of wel: vinden deze wijzigingen in het prijsleiderschap veeleer hun verklaring in de omstandigheid dat de prijsleider, in verband met het isolement van de nationale markten, uiteraard één der ondernemingen was die hun produktie goeddeels naar de naburige markten exporteren, hetgeen zowel met BASF als met Geigy het geval was?

Ook voor deze tweede hypothese levert het dossier niet het onweerlegbaar bewijs. Doch gezien de algehele samenhang van de zaak gevoelen wij ons er het meest toe aangetrokken.

Wat hiervan zij, U behoeft deze hypothese niet over te nemen wanneer wij U ervan hebben kunnen overtuigen dat uit de gang van zaken ook bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 op zichzelf reeds van afstemming blijkt. Mocht U op dit punt blijven twijfelen, dan leveren ook de bijzondere feitelijke omstandigheden waaronder deze verhogingen werden toegepast, ernstige aanwijzingen op. Voor de verhoging van 1967 zijn deze aanwijzingen het meest talrijk en vertonen zij de grootste onderlinge overeenstemming. Wij roepen ze nogmaals in herinnering: op 18 augustus 1967 vindt er te Bazel, waar Sandoz gevestigd is, een bijeenkomst plaats waarop alle verzoeksters met uitzondering van ACNA vertegenwoordigd zijn. Een woordelijk verslag van deze bijeenkomst is niet voorhanden, doch één ding staat vast: de afgevaardigde van Geigy kondigt aan dat deze firma voornemens is de prijzen van oplosbare anilinekleurstoffen nog voor het eind van het jaar te verhogen en blijkens het dossier is deze aankondiging in ondubbelzinnige bewoordingen gedaan; het ging om een verhoging van 8 % per 16 oktober 1967.

De afgevaardigden van Bayer en Francolor kondigen aan dat ook hun onderneming een prijsverhoging overweegt.

Nu blijkt weliswaar nergens uitdrukkelijk dat deze verklaringen zijn gevolgd door overleg tijdens hetwelk er over en weer verbintenissen zijn aangegaan. Het komt echter bijzonder onwaarschijnlijk voor dat er op dit punt niet ten minste een discussie zou zijn gevoerd, waar het vraagstuk van de kleurstoffenprijzen en de rentabiliteit der ondernemingen destijds alle fabrikanten ernstig zorgen baarde.

Terstond na de bijeenkomst van Bazel breekt er voor andere vennootschappen een tijd van grote bedrijvigheid aan, met het oog op het doorvoeren van bedoelde prijsverhoging. Degenen die de ondernemingen op de bijeenkomst van Bazel vertegenwoordigden, brengen aan hun bedrijfsleiding verslag van de situatie uit; voor twee bijzondere gevallen wordt in dit tijdvak een regeling gevonden: in Frankrijk besluit Francolor, dat door de prijzencontrole niet aan de verhogingen van 1964 en 1965 had kunnen deelnemen, tot een compenserende verhoging van 4 % naast de algemene verhoging van 8 %; in Italië verzet ACNA zich in verband met de recessie op de binnenlandse markt tegen de verhoging, met dien verstande dat zij zich daartoe voor

de andere markten wel bereid verklaart, met name wat de Belgische en Franse markt betreft.

Zo is de verhoging, die aanvankelijk voor alle markten van de Gemeenschap gelijkelijk 8 % zou bedragen, aan de speciale situaties in Frankrijk en in Italië aangepast.

Anderzijds legt BASF, die een verdergaande prijsverhoging had gewenst, zich ten slotte bij een percentage van 8 % neer.

In ieder geval kondigen alle te Bazel vertegenwoordigde ondernemingen op 19 september 1967, dat wil zeggen een maand na hun bijeenkomst, een verhoging van 8 % met ingang van 16 oktober 1967 aan, Francolor een verhoging van 12 %.

Ten slotte wordt deze verhoging in bijna alle gevallen, met uitzondering van Italië, van kracht op de te Bazel aangekondigde en op 19 september nader vastgelegde datum: 16 oktober.

Moet voor een dergelijk volmaakt gelijktijdig verloop de verklaring alleen worden gezocht in de — door de betrokken firma's trouwens niet bestreden — wederzijdse informatie? Wij menen dat de verhoging zonder werkelijke afstemming niet aldus haar beslag had kunnen krijgen.

Het ontbreekt ook niet aan aanwijzingen waaruit onzes inziens kan worden afgeleid dat er niet slechts tussen Geigy en de verschillende andere betrokken bedrijven, doch ook tussen deze bedrijven onderling een afstemming van gedragingen heeft plaatsgehad, zowel bij het nemen van een besluit naar aanleiding van de aankondiging van de prijsleider als bij de nadere uitwerking van hun besluit met de prijsverhogingen mee te gaan.

De gang van zaken in Italië is in dit opzicht veelzeggend. Toen ACNA niet mee wilde doen, bleef de Italiaanse markt voor de prijsverhogingen gespaard en de andere ondernemingen hebben hieruit hun consequenties getrokken; ACNA heeft daarentegen zijn prijzen wel willen verhogen op de Franse en de Belgische markt.

De prijsverhoging van 1965 die, zoals wij reeds zeiden, inhield dat de verhoging van 1964 tot Duitsland werd uitgebreid en dat de door de verhoging van 1964 niet getroffen produkten, dat wil zeggen in hoofdzaak niet-oplosbare pigmenten, 10 % in prijs zouden stijgen, vertoont in haar uitwerking veel overeenkomst met de verhoging van 1967:

Zij wordt geruime tijd tevoren, op 14 oktober 1964, door BASF aangekondigd; Bayer en Cassella geven op 30 oktober respectievelijk 5 november te kennen soortgelijke voornemens te koesteren. Het definitieve besluit wordt pas genomen — en treedt pas in werking — nadat er een ongeveer even lange termijn is verlopen als in 1967 tussen de bijeenkomst van Bazel en het ingaan van de prijsverhoging van dat jaar verstreek; bij alle vennootschappen valt het besluit namelijk pas op 28 december en gaat het op 1 januari 1965 in. In de maanden november en december wordt een regeling getroffen voor twee bijzondere gevallen: in de eerste plaats leiden ACNA's bezwaren ertoe dat de Italiaanse markt voor het eerst wordt uitgesloten van de prijsverhogingen voor de andere markten; in de tweede plaats heeft het bevriezen van de prijzen in Frankrijk er, naar men weet, toe geleid dat het aldaar in het geheel niet tot een prijsverhoging kon komen. Ten slotte is de synchronisatie, evenals in 1967, weer perfect; de toepassingsvoorwaarden vertonen niet de geringste afwijkingen of verschillen. Om soortgelijke redenen als wij hiervoor hebben uiteengezet zijn wij dan ook van mening dat aan de prijsverhoging van 1965 dezelfde afstemming ten grondslag heeft gelegen als aan die van 1967.

2. De prijsverhoging van 1964

Dat wij ons niet hebben gehouden aan de chronologische volgorde van de prijsverhogingen vindt zijn oorzaak in de omstandigheid dat het dossier ten aanzien van de eerste prijsverhoging, die van januari 1964, minder informatie verschaft dan voor de latere verhogingen.

Wij zijn alleen bekend met de omstandigheden waaronder deze prijsverhoging

tussen 13 en 20 januari is uitgevoerd; wij weten ook dat de stoot ertoe werd gegeven door Ciba die, waarschijnlijk aan het einde van 1963 of in de eerste dagen van 1964, aan haar Italiaanse dochtermaatschappij opdracht heeft gegeven de prijzen van de meeste anilinekleurstoffen, met uitzondering van enkele produkten, met name pigmenten, met 15 % te verhogen.

Daarentegen weten wij niet wanneer en in welke omstandigheden de prijsleider deze verhoging heeft aangekondigd en evenmin hoe de andere fabrikanten hebben gereageerd, behoudens dat zij, behalve op de Duitse en Franse markt, de prijsbeweging hebben gevolgd.

Derhalve kan niet worden beweerd dat men zich ook deze eerste keer reeds heeft bediend van het mechanisme dat wij bij de volgende prijsverhogingen zagen functioneren.

Doch door deze onvolledige informatie zijn wij, wat 1964 betreft, van de ten laste gelegde onderling afgestemde gedraging nog niet af. Terloops zij opgemerkt, dat de leemten in het dossier kennelijk een gevolg zijn van het feit dat de Commissie destijds nog niet was gealarmeerd en nog minder de gelegenheid had gehad inlichtingen in te winnen. Toen vervolgens een onderzoek werd ingesteld, was het stellig niet gemakkelijk met enige kans op succes te zoeken naar de aanwijzingen voor een bij voorbeeld in de laatste maanden van 1963 begonnen, op afstemming gericht, overleg.

Wij zijn dus, om U van een onderling afgestemde feitelijke gedraging te overtuigen, geheel aangewezen op de feiten die uit het dossier blijken.

Welke feiten zijn dit?

Met betrekking tot de data waarop de prijsverhoging is ingegaan: vaststaat dat Ciba-Italië op 7 januari, met ingang van die zelfde dag, een prijsverhoging van 15 % is gaan toepassen voor alle anilinekleurstoffen, uitgezonderd pigmenten, kleurstoffen voor voedingsmiddelen en cosmetica. De andere fabrikanten hebben twee à drie dagen nodig om te reageren. Op 9 januari kondigt ICI-Nederland de prijsverhoging aan en past haar terstond toe. In de avond van 9 januari geven alle andere fabrikanten instructies tot de verhoging aan hun vertegenwoordigers in Italië. Dezelfde dag geeft Bayer opdracht aan haar dochtermaatschappij in België om met ingang van 10 januari voor dezelfde produkten tot genoemde verhoging over te gaan. Eveneens op 10 januari besluit ACNA tot de prijsverhoging in Italië; op 13 januari doet zij de verhoging in België ingaan en geeft Sandoz-Zwitserland aan Sandoz-Italië de nodige instructies voor de prijsverhoging — na op 9 januari te hebben medegedeeld daartoe in beginsel te hebben besloten.

Wat de wijze van uitvoering betreft: het percentage is hetzelfde en betreft vrijwel dezelfde groepen produkten. Weliswaar is gebleken van enkele door twee der verzoeksters (Bayer en Geigy) gesignaleerde verschillen, zowel wat betreft de produkten waarvoor de verhoging zou gelden als de regeling van de wijze waarop de verhoging jegens de klanten zou worden uitgevoerd, doch zij zijn van weinig belang en vermogen nauwelijks af te doen aan de duidelijke en veelal treffende gelijkenis van de instructies die door sommige moedermaatschappijen tot hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers zijn gericht. De Commissie gaat zo ver dat zij er één der bewijzen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging in ziet. Ook wie deze opvatting niet ten volle deelt, moet erkennen dat de vrijwel woordelijke gelijkluidendheid van sommige dezer telexberichten — de data, percentages en groepen produkten alsook de gedragslijn die jegens de klanten moest worden gevolgd zijn dezelfde — een niet te verwaarlozen nadere aanwijzing oplevert. Verweerster acht het voorts ondenkbaar dat betrokkenen zonder voorafgaand overleg zo snel tot een uniforme prijsverhoging hadden kunnen overgaan. Aan dit argument kan een zeker gewicht niet worden ontzegd; men kan er echter tegen inbrengen dat juist deze snelle reactie der maatschappijen ook een argument tegen afstemming kan opleveren, omdat daarmede enige tijd heen gaat.

Het is echter niet verboden te denken

dat de instructies aan de dochtermaatschappijen en vertegenwoordigers slechts het sluitstuk vormden van een operatie welke, naar op goede gronden mag worden aangenomen, enkele weken tevoren was begonnen. Terwijl bij de prijsverhogingen van 1965 en 1967 alle etappes van het overleg boven water zijn gekomen, zien wij bij de verhoging van 1964 slechts een stukje van de ijsberg. Dit kan ook zijn verklaring vinden in de omstandigheid dat er enige tijd nodig is geweest voordat men ten slotte bij de verhoging van 1967 een geheel passend recept had gevonden.

3. *Het bewijs van de onderling afgestemde feitelijke gedraging*

Doch laten wij niet te lang stilstaan bij deze kwesties van secundair belang. Er is een andere overweging op grond waarvan volgens ons vaststaat dat men zich reeds vóór de prijsverhoging van 1964 met elkander heeft verstaan. Wij menen namelijk dat deze verhoging niet los van de volgende verhogingen mag worden bezien en dat zij te zamen deel hebben uitgemaakt van een alomvattende strategie waaraan de fabrikanten willens en wetens hebben deelgenomen. Staat niet vast dat de verhoging van 1964 — met 15 % — in 1965 is uitgebreid tot Duitsland dat er een jaar eerder aan was ontkomen? En dat de verhoging met 10 % in 1965 betrekking had op de kleurstoffen en pigmenten die van de eerste verhoging waren uitgesloten, zodat zij op een vergroting van het toepassingsgebied der verhoging neerkwam? En voorts dat men in 1967 besloot de prijzen van alle kleurstoffen wederom op te trekken — thans ook voor de Franse markt waarvoor de eerdere verhogingen in verband met het stabilisatieplan niet hadden gegolden —?

Deze continuïteit overtuigt ons dat de afstemming op een alomvattend plan berustte. De — overigens geringe — verschillen in de *modus operandi* doen aan de eenheid en continuïteit van dit plan niet af.

En brengt ook de natuurlijke gang van zaken niet mede, dat de fabrikanten de prijsstijging realiseren door de prijzen allengs, via opeenvolgende verhogingen, op te trekken, al ware het slechts om de afnemers niet plotseling met een buitensporige verhoging te confronteren, hevige reacties der klanten te vermijden en — alvorens hun plan verder tot uitvoering te brengen — er zich van te vergewissen dat men in de eerste ronde de gestelde doeleinden zonder grote schade heeft kunnen verwezenlijken?

Wij concluderen derhalve zonder aarzeling dat het ervoor moet worden gehouden dat bij de prijsverhogingen van 1964, 1965 en 1967 van één enkele afgestemde gedraging sprake is geweest.

Twee andere vragen moeten nog worden besproken, voordat kan worden aangenomen dat dit op afstemming berustend gedrag de bestreden beschikking vermocht te rechtvaardigen.

Afdeling IV

Benadeling van de mededinging

A — Toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de onderling afgestemde feitelijke gedraging

Voor toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is voorts nodig dat de overeenkomsten tussen ondernemingen of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen *ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.*

Met betrekking tot overeenkomsten hebt U de term „ertoe strekken of ten gevolge hebben" aldus uitgelegd dat de strekking (het doel) op zichzelf voldoende is om deze voorwaarde als vervuld te beschouwen, zonder dat nog acht behoeft te worden geslagen op de *concrete gevolgen* die een overeenkomst voor de mededinging kan hebben (arrest van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58-64, Grundig, Jurisprudentie 1965, blz. 510).

Sommige schrijvers hechten echter voor de omschrijving van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging bijzonder belang aan de objectieve elementen en menen dat een gedraging als bedoeld, wil

zij onder artikel 85 vallen, ook in feite, in concreto, tot verstoring der mededinging moet leiden.

In zijn conclusie in de zaak Chemiefarma scheen de Advocaat-Generaal Gand deze richting in te slaan. Weliswaar behoeft voor de toepassing van artikel 85 op de concrete gevolgen (van een overeenkomst) geen acht te worden geslagen, doch volgens de heer Gand „geldt dit stellig niet voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging waarvoor, naar de heersende leer, wordt vereist dat van de gemeenschappelijke opzet in concreto blijkt, zodat moet worden bewezen zowel een feitelijke gedraging der betrokkenen als het verband tussen deze gedraging en een van tevoren opgesteld plan" (Jurisprudentie 1970, blz. 719).

Wij lieten reeds doorschemeren niet ver van deze opvatting af te staan.

Zou men nog verder mogen gaan door behalve op het resultaat, de concrete gevolgen van de gedraging, ook op haar *mogelijke gevolgen* acht te slaan? Het zou stellig bevreemding kunnen wekken indien men de mogelijkheid zou openlaten dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging zonder materieel gevolg voor de mededinging, ondanks de bedoeling der deelnemers en om redenen welke zich aan hun invloed onttrekken, aan artikel 85 zouden kunnen ontkomen; wij zouden het er in zodanig geval dan ook voor willen houden dat reeds een poging of een begin van uitvoering op zichzelf toepassing van artikel 85, lid 1, rechtvaardigt.

B — De gevolgen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging voor de mededinging

Doch indien U dit met ons eens bent, behoeft U zich nochtans over deze kwestie niet uit te spreken, aangezien de litigieuze afstemming ertoe strekte en in concreto tot gevolg heeft gehad dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd beperkt of vervalst.

Immers, tot welke gevolgen hebben de verhogingen der kleurstoffenprijzen geleid?

Wanneer wij verzoeksters mogen geloven: geen enkel gevolg, en wel zulks in verband met de structuur van de kleurstoffenmarkt en de usantiële verkooppraktijken. Dit standpunt vloeit logisch voort uit de reeds gesignaleerde algemene opvatting inzake het parallel gedrag der ondernemingen. Toch wekt het in dit verband wellicht enige bevreemding, nu de meeste verzoeksters tegelijkertijd stellen dat er op de markt tussen de verkopers een levendige concurrentie bestond. Dit is echter slechts een schijnbare tegenstrijdigheid. Met een beroep op de deskundigenrapporten betogen verzoeksters dat het bij deze concurrentie der wederverkopers niet in hoofdzaak — of alleen — op het prijspeil aankomt. Dit is niet onjuist; de hoogleraren Kloten en Albach hebben er zelf op gewezen; leveringscapaciteit en leveringstermijnen, kwaliteit der produkten, technische service en aan de klanten geboden garanties — die soms zo ver gaan dat de klant is verzekerd tegen schade die zij zou kunnen lijden door kleurstoffen van gebleken onvoldoende kwaliteit te gebruiken —, het zijn altemaal factoren waarmede de kopers, de verwerkende industrie, terdege rekening houden; ook professor Kantzenbach ontkent het niet. Wij menen echter te moeten opmerken dat deze concurrentiefactoren, ongeacht het algemeen prijsniveau, steeds blijven bestaan, ten minste zolang de prijzen algemeen en met een zelfde percentage worden gewijzigd. Ook volgens verzoeksters kunnen zij slechts in geval van gedifferentieerde prijsverhogingen een beslissende rol gaan spelen.

Verzoeksters willen dit trouwens juist aantonen waar zij betogen dat wanneer de basisprijslijsten niet worden gepubliceerd, de mededinging zich ten aanzien van de verkoopprijzen afspeelt via aan individuele kopers toegestane kortingen; een prijsverhoging met een zelfde percentage kan volgens hen dan ook aan deze mededingingsvorm geen nadeel toebrengen, omdat de prijzen in feite gedifferentieerd blijven. De lineaire prijsverhogingen zouden dan ook geen gevolgen hebben voor de werkelijke prijzen, zoals

trouwens ook zou blijken uit het feit dat de prijzen op de gehele kleurstoffenmarkt, ondanks de lineaire prijsverhogingen in het tijdvak 1964-1967, een afbrokkelende tendens vertoonden. Dan rijst echter de vraag waarom de fabrikanten tot zulke prijsverhogingen zijn overgegaan, wanneer volgens hen de werkelijke verkoopprijzen in den regel of altijd worden bepaald door de kortingen die de wederverkopers toestaan om een klant te behouden of te „werven".

Het standpunt van verzoeksters lijkt ons echter niet juist:

Allereerst: wordt er wel zo algemeen tegen gereduceerde prijs verkocht als men ons voorhoudt? Wij vinden daarvan in het dossier geen enkele bevestiging. Integendeel, het schijnt dat in den regel een dochtermaatschappij, dus een wederverkoper, slechts met goedvinden van de moedermaatschappij een prijskorting mag toestaan. Dit volgt tenminste uit bepaalde per telex gegeven instructies. Men kan zich moeilijk voorstellen dat zulk een systeem op alle of bijna alle verkopen kan worden toegepast.

Met betrekking tot bepaalde ondernemingen beschikken wij trouwens over cijfers: voor Bayer wordt het aantal individuele prijskortingen op 1 500 geschat (rapport Kloten en Albach, blz. 29, nr. 50). Bij ICI is in 1967 689 maal een verzoek om prijskorting ingediend, waarop slechts in 429 gevallen gunstig is beschikt (memorandum ICI betreffende de kleurstoffenindustrie in Europa, blz. 14). Deze cijfers lijken erg laag in verhouding tot de totale verkopen van deze zelfde vennootschappen. Bayer zou op de gemeenschappelijke markt ongeveer 5 000 klanten hebben (Kloten en Albach, blz. 30, nr. 52). Zelfs wanneer aan bepaalde klanten in den regel kortingen worden toegestaan, dan nog zou het om minder dan 1/3 van de klanten gaan. Bij een bedrijf met een zo sterke positie als ICI is het zeer geringe aantal verleende prijskortingen opvallend.

Overigens blijft het, afgezien van het betrekkelijk belang der kortingen, een feit dat zij slechts „in verhouding tot" de referentieprijs, een basisprijs, kunnen worden toegekend. Daarom moet van de prijsverhogingen, ook van verhogingen met een zelfde percentage, op een niet doorzichtige markt waar de kortingen onmogelijk op eventuele reducties van een concurrent kunnen worden afgestemd, wel invloed op de werkelijke prijzen uitgaan. Ook kan het niet anders, of de uniforme prijsverhoging moet bij de koper wel een zekere gelatenheid doen ontstaan, zodat hij er geen heil in ziet te blijven staan op de hem eerder verleende korting, of hem toegeeflijk stemmen in die zin dat hij psychologisch wordt voorbereid op aanvaarding van een geringe korting.

En ten slotte: al hebben de lineaire, procentueel uniforme prijsverhogingen niet aan *iedere mededinging* een einde gemaakt, ontegenzeggelijk hebben zij tevens tot strekking en gevolg gehad, dat *deze mededinging bleef binnen de grenzen waarin zij zich tevoren afspeelde*. De fabrikanten hebben zich in zekere zin gedekt tegen het risico dat deze mededinging tot ontwikkeling komt en vooral tegen het gevaar dat er zou worden getornd aan de posities die men op de geïsoleerde nationale markten inneemt en aan het aldaar ontstane evenwicht.

Op grond van deze analyse zijn wij derhalve van mening, dat de lineaire verhogingen concrete gevolgen voor de mededinging hebben gehad, die aan gedifferentieerde en niet op afstemming berustende prijsverhogingen niet verbonden zouden zijn geweest. Ten overvloede wordt deze zienswijze bevestigd door de bijzondere situatie op bepaalde markten.

C — *Een bijzonder geval: de vennootschap ACNA*

Tijdens de pleidooien ontstond er tussen één van de gemachtigden der Commissie en één der vertegenwoordigers van verzoeksters een klein incident, dat erg verhelderend heeft gewerkt. De vertegenwoordiger van de Commissie vond aanleiding op te merken, dat ACNA's omzetten op de Duitse markt zich sterk hebben ontwikkeld in de maanden na de verhoging van 1 januari 1965 waaraan

deze firma niet had willen meedoen. Haar marktomzetten bedroegen in 1964 64 miljoen lire, doch over de eerste vier maanden van 1965 97 miljoen lire, terwijl haar handelsverkeer met Duitsland over het gehele jaar 1965 volgens de schatting der Commissie bijna 300 miljoen lire beliep. Soortgelijke verschijnselen zijn na de verhoging van 1967 geconstateerd.

Verzoeksters hebben hierop niet geantwoord. Zij hebben alleen betoogd dat de Commissie zich ten pleidooie niet mocht bedienen van een middel dat zij tijdens de schriftelijke behandeling niet had opgeworpen. Deze niet-ontvankelijkheidsgrond moet mijns inziens echter worden verworpen.

Niet de Commissie, doch één der verzoeksters heeft tijdens de pleidooien een in haar memories niet voorkomend argument gebruikt ten betoge dat ACNA door niet aan de prijsverhoging van 1965 deel te nemen, in het geheel geen betere omzetten had behaald. En in antwoord op dit nieuwe argument heeft de Commissie voormelde feitelijke gegevens te berde gebracht. Als verweerster mocht zij stellig gewag maken van alle gegevens die haars inziens de nieuwe redenering der verzoeksters zouden kunnen ontzenuwen.

De materiële juistheid dezer feiten is niet uitdrukkelijk betwist. Ten aanzien van de verhoging van 1965 heeft de Commissie verklaard, dat haar constateringen voorkomen in het stenografisch verslag van de verklaring die ACNA's commercieel directeur in juli 1965 aan één van de enquêteurs der Commissie heeft afgelegd. Voor de verhoging van 1967 heeft de Commissie aangeboden feitelijke indicaties in dezelfde zin te produceren. Het komt mij voor dat deze gegevens als juist zijn te beschouwen. Ik acht ze van groot belang voor de beoordeling van de gevolgen welke de onderling afgestemde feitelijke gedragingen voor de mededinging hebben gehad. Wanneer de enige onderneming die niet tot bepaalde verhogingen is overgegaan in staat is haar omzetten te vergroten op een markt waarop de andere bedrijven hun prijzen uniform hadden verhoogd, dan heeft dit kunnen gebeuren omdat het gedrag van de andere ondernemingen erop gericht was de mededinging binnen zekere grenzen te houden. ACNA's gedrag, en het voordeel dat zij ermede heeft behaald, zijn bijzonder veelzeggend en bevestigen onze opvatting inzake de concrete gevolgen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Afdeling V

Gevolgen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten

Thans dient te worden nagegaan, of dit afstemmingsbeleid het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, zoals volgens artikel 85, lid 1, nodig is. Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

Om te beginnen staat vast dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging gold voor de markten van verschillende Lid-Staten, ja voor alle markten van de Gemeenschap met uitzondering van Frankrijk tot 1967, en van Duitsland en Italië in 1964 respectievelijk 1967. Is deze omstandigheid op zichzelf genoeg voor de vaststelling dat deze onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen de Lid-Staten kon beïnvloeden? De Commissie meent van wel en opteert daarmede voor de opvatting dat de voor „ongunstig beïnvloeden" in de Franse tekst van het Verdrag gebezigde neutrale term „affecter" alleen dient om het toepassingsgebied van het communautaire kartelrecht af te bakenen ten opzichte van het recht der Lid-Staten. Uit Uw arrest-Grundig volgt onzes inziens echter, dat Uw uitlegging genuanceerder is. Weliswaar vormt het feit dat een overeenkomst in verschillende Lid-Staten tot gevolgen kan leiden dan wel — mutatis mutandis — dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging aldaar gevolgen heeft gehad, een noodzakelijke voorwaarde om aan te nemen dat zij de handel tussen deze staten kan treffen. Doch is dit voldoende? Om het nogmaals te zeggen in de bewoordingen van Uw arrest-Grundig: er moet ook worden nage-

gaan of het kartel „direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrije handel tussen de Lid-Staten op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad". Verzoeksters betogen dat er geen gemeenschappelijke kleurstoffenmarkt, doch alleen goed afgebakende en geïsoleerde nationale markten bestaan, waartussen de goederenstromen „zimentierte Absatzwege" vormen (rapport-Kantzenbach, blz. 14, nr. 18). De verbruikers betrekken de kleurstoffen alleen bij nationale wederverkopers die dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers der fabrikanten zijn. Waar de kleurstoffenmarkt reeds vóór de verhogingen van 1964 een volkomen geïsoleerde markt was, zouden deze prijsverhogingen, en dus ook de volgens ons vaststaande onderling afgestemde feitelijke gedraging, de handel tussen de Lid-Staten niet hebben kunnen beïnvloeden.

Ons antwoord op deze redenering is hetzelfde dat wij ook reeds gaven met betrekking tot de gevolgen voor de mededinging: ook al heeft het op afstemming berustend beleid der fabrikanten niet het aanzijn gegeven aan het isolement van de kleurstoffenmarkt, de op afstemming berustende verhogingen hebben het isolement dat door een niet op afstemming berustende houding zou zijn bedreigd, in stand gelaten. Ook in zoverre heeft de litigieuze gedraging gewerkt als een verzekering der fabrikanten tegen het gevaar van een nieuw intracommunautair handelsverkeer en verbreking van een kunstmatig evenwicht. Dit blijkt wederom uit het bijzondere geval van ACNA: zij wilde zich niet aansluiten bij de algemene verhoging van 1 januari 1965 en kon haar afzetten in Duitsland vergroten. De algemene en uniforme prijsverhoging heeft derhalve het handelsverkeer tussen de Lid-Staten nadelig beïnvloed: het enkele feit dat één der fabrikanten niet meedeed heeft ertoe geleid dat de kleurstoffenhandel tussen Italië en Duitsland is toegenomen, waardoor de grote prijsverschillen van land tot land werden aangetast.

De onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft ertoe geleid dat de verwezenlijking van één enkele communautaire kleurstoffenmarkt werd belemmerd.

Kortom, in casu is aan alle voorwaarden van artikel 85, lid 1, van het Verdrag voldaan.

Wij zouden het hierbij wat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft, kunnen laten. Wij menen echter nog twee opmerkingen te moeten maken:

1. Zoals gezegd, is er onzes inziens slechts van één enkele afgestemde feitelijke gedraging sprake geweest en kunnen de verschillende prijsverhogingen waarin zij aan de dag trad, niet los van een alomvattend plan worden gezien. Misschien zult U menen dat wij ons daarmede enigszins distantiëren van de redengeving der bestreden beschikking, waarin de Commissie drie onderscheiden prijsverhogingen aanwezig heeft geacht. Doch wij menen dat Uw Hof uit hoofde van zijn volledige rechtsmacht in de door mij voorgestane zin mag redeneren en dat er, wanneer onze beoordeling van de feiten juist, is, geen reden is waarom U deze voorstelling van zaken niet zoudt aanvaarden.

2. Onze overtuiging dat de Commissie artikel 85 rechtens juist heeft toegepast door een volgens dit artikel verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging bewezen te achten, geeft ons aanleiding met een enkel woord in te gaan op bepaalde bezwaren van algemene aard, die door de verzoeksters zijn ingebracht tegen de gevaren welke voor hen uit beheers- en bedrijfsoogpunt aan zulk een oplossing zouden zijn verbonden.

Zij betogen dat ieder rationeel prijzenbeleid onmogelijk zou worden:

— Hoe zou een prijsleider de andere ondernemingen kunnen beletten zich bij zijn besluit tot prijsverhoging aan te sluiten?

— Hoe zouden zij kunnen worden gedwongen ervan af te zien?

— Zouden zij moeten verkiezen de prijzen zelf met een geringer percentage te verhogen?

Deze vragen zijn onzes inziens niet ter zake dienende en deze beduchtheid lijkt ons misplaatst.

Opgemerkt zij dat verzoeksters zich gemakkelijk afmaken van de conclusie van de hoogleraren Kloten en Albach, die naar wij reeds zeiden het *in de praktijk* mogelijk achten dat iedere onderneming zelfstandig tot gedifferentieerde prijsverhogingen besluit.

Zonder daarop terug te komen menen wij te moeten opmerken dat de fabrikanten in geval van twijfel over de vraag of het Verdrag de door hen voor de toekomst beoogde prijsverhogingen gedoogt, zeer wel zouden kunnen vragen om toepassing van lid 3 van dit artikel en aldus bij wijze van voorzorgsmaatregel met de Commissie een dialoog kunnen aangaan die wellicht tot een voor hen aanvaardbaar en met de mededingingsregelen verenigbare oplossing kon leiden. U hebt trouwens reeds gelegenheid gehad aan te tonen dat een economische situatie op een oligopolistische markt met de verdragsvoorschriften kan worden verzoend. De beginselen welke Uw Hof in de arresten van 18 mei 1962, Verkoopkantoren „Geitling" en anderen, en van 15 mei 1964, Nederlandse Regering, heeft opgesteld voor prijsovereenkomsten op de kolen- en staalmarkt, kunnen tempore utili ongetwijfeld naar andere markten worden getransponeerd of daaraan worden aangepast.

Ten slotte hebben de inspanningen die men zich tijdens de mondelinge behandeling heeft getroost om U te overtuigen dat Uw Hof, door in casu artikel 85 toepasselijk te achten, zijn zegel zou hechten aan een geleide economie die tegen de geest van het Verdrag indruist, ons niet erg geïmponeerd. Het wil er bij ons niet in, dat de oligopolistische markten als zodanig — en de mechanismen volgens welke zij werken — door artikel 85 dan wel door de algemene Verdragsregelen worden veroordeeld. Laat ons ronduit zeggen dat dit wel de economische sectoren zijn waar bepaalde misbruiken de consument het ernstigst kunnen treffen. En bestaat niet één der fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap in „gestadige verbetering van de levensomstandigheden" en impliceert deze doelstelling niet noodzakelijkerwijze de bescherming der verbruikers?

Zeer terecht hechten de communautaire gezagsorganen derhalve bijzonder belang aan de markten welker structuur en werking zulk een risico in de hand kunnen werken en houden zij deze markten goed in het oog.

Gezien de bespreking die wij hebben gewijd aan de vraag of in casu van een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden gesproken, achten wij het dan ook volmaakt onjuist wanneer BASF zich hier op détournement de pouvoir beroept, stellende dat de Commissie het prijzenbeleid zou hebben willen beïnvloeden met behulp van de voorschriften tegen kartels of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, ofschoon het Verdrag hun geen enkele bevoegdheid tot het voeren van een prijzenbeleid verleent.

Mocht deze verzoekster alleen maar als haar mening te kennen willen geven dat de beschikking der Commissie (indien U deze met artikel 85 in overeenstemming mocht achten) voor de toekomst besluiten tot — en uitvoering van — dergelijke prijsverhogingen zou beletten, dan moet worden erkend dat de opgelegde sancties hun doel zowel in preventief als in repressief opzicht niet hebben gemist.

Mocht zij de Commissie de heimelijke bedoeling willen toedichten een prijsverlaging op de kleurstoffenmarkt af te dwingen, dan willen wij volstaan met de opmerking dat nergens uit het dossier van détournement de pouvoir blijkt en deze bewering, als een bijzonder vrije interpretatie van wat de Commissie voor ogen stond, voor haar rekening laten.

Titel II

De bevoegdheid der Commissie tot oplegging van geldboeten aan buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde vennootschappen

Van de kleurstoffenfabrieken die, naar wij poogden aan te tonen, aan een naar Gemeenschapsrecht verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging hebben

deelgenomen, zijn er drie — en niet de minst belangrijke — gevestigd buiten de gemeenschappelijke markt, namelijk:

— Imperial Chemical Industries (zaak 48-69), een te Londen gevestigde Engelse vennootschap;

— Geigy (zaak 52-69) en Sandoz (zaak 53-69), twee volgens Zwitsers recht opgerichte en te Bazel gevestigde vennootschappen.

Ten aanzien van de bevoegdheid der Commissie te hunnen aanzien wordt in de bestreden beschikking overwogen:

„dat deze beschikking toepasselijk is op alle ondernemingen, die aan de onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben deelgenomen, om het even of zij binnen dan wel buiten de gemeenschappelijke markt gevestigd zijn".

De Commissie trekt vervolgens uit artikel 85 zelf (lid 1) de consequentie dat de daarin gegeven mededingingsregelen van toepassing zijn op alle beperkingen die binnen de gemeenschappelijke markt de in artikel 85 bedoelde gevolgen hebben, met conclusie „dat niet behoeft te worden nagegaan of de ondernemingen die deze mededingingsbeperkingen in het leven riepen, binnen of buiten de Gemeenschap gevestigd zijn".

Imperial Chemical Industries enerzijds, Geigy en Sandoz anderzijds, ontzeggen de Commissie ten deze uitdrukkelijk iedere bevoegdheid, waartoe zij — bij verschil in nuances — analoge redeneringen volgen. Zij achten de bestreden beschikking zowel in strijd met de nationale wettelijke regelingen van de Lid-Staten der Gemeenschap en het Verdrag van Rome zelf, als met algemeen aanvaarde volkenrechtelijke beginselen.

Huns inziens zijn overtredingen van de mededingingsvoorschriften strafrechtelijk van aard, zodat het volgens hen niet opgaat dat artikel 85, lid 1, op buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen reeds zou mogen worden toegepast wanneer hun gedrag binnen die markt maar *tot gevolgen leidt.* De leer, volgens welke een repressieve bevoegdheid op het effect (de gevolgen) zou kunnen berusten, wordt huns inziens verworpen in het nationale recht der staten, die bovendien veelal wettelijke voorschriften kennen om zichzelf en hun onderdanen te beschermen tegen de extraterritoriale toepassing — op mededingingsgebied — van pressie- of dwangmaatregelen, en soms zelfs van instructiemaatregelen, der nationale gezagsorganen.

Het Verdrag van Rome heeft de communautaire gezagsorganen niet de bevoegdheid gegeven om preventief of repressief op te treden tegen buiten hun territoir gevestigde ondernemingen — en het Verdrag kòn dat ook niet doen —, zolang deze ondernemingen tenminste geen activiteiten binnen de gemeenschappelijke markt ontplooien. Voorts wordt in de bestreden beschikking aan de effecttheorie een onjuiste, althans overtrokken, toepassing gegeven, welke schending van het volkenrecht inhoudt.

Uitgaande van de adviezen van twee eminente volkenrechtsdeskundigen, de hoogleraren R. Y. Jennings van de University of Cambridge en H. Huber, lid van de Zwitserse Commission constitutionnelle" volgen de Engelse en Zwitserse vennootschappen redeneringen die hen — langs ietwat verschillende weg — tot een zelfde conclusie leiden.

Imperial Chemical Industries betoogt, dat de Directeur-generaal Concurrentie in een tot haar gerichte brief van 22 januari 1968 heeft getracht de toepassing van artikel 85, lid 1, te motiveren door te wijzen op verzoeksters gedrag binnen de gemeenschappelijke markt. Haar activiteiten hebben in casu echter bestaan in de levering — krachtens cif-contracten — van kleurstoffen aan haar dochtermaatschappijen binnen de gemeenschappelijke markt. Deze contracten worden echter geregeerd door Engels recht en zij geven aanleiding tot activiteiten binnen het Verenigd Koninkrijk. In haar beschikking maakt de Commissie dan ook *alleen* bezwaar tegen de *gevolgen* van het gedrag van Imperial Chemical Industries binnen de gemeenschappelijke markt. Doch wanneer het gaat om de bevoegdheid op te treden tegen elders verrichte

handelingen die binnen een bepaald territoir — in casu dat van de gemeenschappelijke markt — tot gevolgen hebben geleid, is het onjuist alleen te letten op de plaats waar die gevolgen intreden, tenzij bedoelde activiteiten en hun gevolgen in het recht van staten met een redelijk ontwikkeld rechtsstelsel algemeen als bestanddelen van een strafbaar feit worden beschouwd. De schrijvers staan niet unaniem op het standpunt dat het mededingingsrecht bedoeld stelsel aan bod mag doen komen en in de hedendaagse praktijk van de staten wil men niet weten van pogingen de kartelwetgeving extraterritoriaal toe te passen. Bovendien beschikt de Gemeenschap niet over „inherente" bevoegdheden, doch alleen over competenties welke haar zijn opgedragen. Zij meent dat geen enkele Verdragsbepaling de Gemeenschap aanleiding mag geven een extraterritoriale bevoegdheid uit te oefenen; integendeel, artikel 85 geldt alleen voor de handel tussen de Lid-Staten.

Geigy en Sandoz volgen voor het volkenrecht een zelfde redenering; zij menen bovendien dat ook wanneer men de bevoegdheid der Commissie te hunnen aanzien subsidiair op de effect-theorie zou kunnen doen steunen, er dan toch in ieder geval sprake zou moeten zijn van wezenlijke gevolgen alsook dat er in casu redelijkerwijze moet kunnen worden gesproken van een rechtstreeks verband tussen het gedrag der vennootschappen en de verstoring van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.

Afdeling I

Nationale wettelijke regelingen en jurisprudentie — Het Gemeenschapsrecht

Wij zullen allereerst nagaan, of aan het positief recht van de staten — binnen en buiten de gemeenschappelijke markt — een criterium voor de toepassing der wettelijke regelingen inzake de mededinging kan worden ontleend, op grond waarvan de nationale gezagsorganen bevoegd zijn te achten benadeling van de mededinging met gevolgen op hun grondgebied te verbieden of tegen te gaan, ongeacht de nationaliteit en woonplaats der daders.

A — a) Het toepassingsgebied van de *Duitse wet* van 1957 wordt in paragraaf 98, tweede alinea, heel duidelijk afgebakend; deze wet „findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes (dat wil zeggen in de Bondsrepubliek Duitsland) auswirken, *auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden*".

Dat deze bepaling blijkbaar in die zin is te verstaan dat zij slechts geldt voor *rechtstreekse* gevolgen voor de mededinging op de Duitse markt, doet aan het beginsel niet af.

b) Wat betreft Frankrijk: in de ordonnance van 30 juni 1945 betreffende de prijzen en in die van 25 september 1962 ter verzekering van een eerlijke mededinging wordt onderscheid gemaakt tussen de machtspositie — monopolie of duidelijke economische machtsconcentratie die zich dan echter op de binnenlandse markt moet voordoen — en het kartelverbod — waarin deze laatste beperking niet wordt gesteld —.

Meermalen heeft de „Commission technique des ententes" — die door de minister van Economische Zaken en Financiën moet worden gehoord voordat tot vervolging wordt overgegaan — de wet op buitenlandse ondernemingen toegepast:

— advies van 26 mei 1956: kartel van gloeilampenfabrieken;
— advies van 5 november 1960: Frans-Belgisch kartel inzake leidingmateriaal — marktverdelingsovereenkomst —;
— advies van 17 december 1960: kartel tussen importeurs van Noords hout; het ging om een wederkerig exclusiviteitsbeding tussen de Fédération française d'importation, die de binnenlandse markt voor vier vijfde controleert, en de Zweedse unie van exporteurs van Noords en Amerikaans hout;

— advies van 20 maart 1965: kartel tussen fabrikanten van geglazuurde tegels; het ging om een overeenkomst die alle Franse fabrikanten van dit produkt en een buitenlandse fabrikant betrof.

Zo hangt de toepasselijkheid van de Franse wet ervan af waar de met de mededinging of de economische vrijheid strijdige gevolgen binnen de Franse markt intreden.

De Commission technique des ententes vermeldt trouwens nimmer waar de overeenkomst wordt aangegaan; blijkbaar acht zij dit niet doorslaggevend. In zoverre zij ook gewezen op het tweede advies dezer commissie van 22 april 1966, inzake het kartel der gloeilampenfabrieken, waarin het optreden van de Nederlandse vennootschap Philips op de Franse markt als misbruik van een machtspositie werd beschouwd, ofschoon Philips zijn gedragslijn uiteraard vooral voor Nederland had uitgestippeld.

c) Zowel voor kartels als voor misbruik van een machtspositie zijn er in de wettelijke regelingen van andere Lid-Staten vergelijkbare elementen te vinden. De Belgische wet van 27 mei 1960 „tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie", in welker artikel 1 wordt uitgegaan van misbruik van economische machtspositie „op het grondgebied van het Koninkrijk", werkt met het criterium der territoriale gevolgen; Van Reepinghen en Waelbroeck interpreteren de term „misbruik van economische machtspositie" als

> „de uitoefening — in België — van overheersende invloed welke dient als aanknopingspunt met de Belgische wetgeving. De nationaliteit dergenen die de economische macht bezitten, de plaats waar de ondernemersafspraak wordt aangegaan en de plaats van vestiging van de centrale organen van het kartel blijven daarbij buiten beschouwing."

Artikel 1 van de Nederlandse wet op de economische mededinging van 16 juli 1958 schijnt minder duidelijk: „Deze wet verstaat onder economische machtspositie: een feitelijke verhouding of rechtsverhouding in het bedrijfsleven, die een overwegende invloed van één of meer eigenaren van ondernemingen op een markt voor goederen of diensten in Nederland medebrengt." Deze bepaling is echter aan de hand van de kamerstukken als volgt geïnterpreteerd:

> „Ter voorkoming van mogelijk misverstand zij nogmaals met nadruk opgemerkt dat de nationaliteit van de deelnemers van het in Nederland opererend kartel of van de bezitter(s) van een machtspositie op de Nederlandse markt in geen geval ter zake doet" (Mulder en Mok, Kartelrecht, 1962).

B — Ook staten buiten de gemeenschappelijke markt hebben het terrein dat door hun kartelwetgeving wordt bestreken, afgebakend.

a) Zo zijn er in Engeland verschillende wetten uit de jaren 1948-1965, die een zeer ruim gebied bestrijken; met name in de wet van 1964 op de wederverkoopprijzen (resale price maintenance act), geldende voor overeenkomsten of andere gedragingen die ertoe strekken bij wederverkoop van waren in het Verenigd Koninkrijk een minimumprijs voor te schrijven, onverschillig waar de fabrikanten hun activiteiten uitoefenen, wordt ontegenzeglijk het effect op de Engelse markt als maatstaf gehanteerd. Ook de wet van 1948 op de monopolies en restrictieve praktijken (monopolies and restrictive practices act) betreft volgens artikel 3 leveringen in het Verenigd Koninkrijk of op een wezenlijk deel van zijn grondgebied onder dekking van praktijken die de mededinging beperken. In artikel 4 wordt voor de verwerkende industrie dezelfde maatstaf aangelegd. Weliswaar is de wet van 1956 van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen die binnen het Verenigd Koninkrijk een werkzaamheid uitoefenen (carrying on business . . .) welke de produktie, verwerking of verkoop van waren ten doel heeft, doch daarbij wordt niet op de nationaliteit dezer ondernemingen of hun plaats van vestiging gelet, doch alleen op

het uitoefenen van een „activity" in Engeland — waartoe in hoofdzaak wordt geconcludeerd wanneer de handelscontracten binnen het Verenigd Koninkrijk worden gesloten —.

b) In dezelfde zin werd in Zwitserland de federale kartelwet van 20 december 1962 toegepast op een marktverdelingsovereenkomst — met exclusiviteitsbeding — tussen Franse en Zwitserse ondernemingen, betreffende de distributie van dagbladen in het Eedgenootschap. Het Tribunal fédéral overwoog dat de wet van 20 december 1962, „ofschoon zij geen enkele uitdrukkelijke bepaling over haar volkenrechtelijke draagwijdte behelst, ook van toepassing is op buitenslands teweeggebrachte handelsbelemmeringen die in Zwitserland effect sorteren".

Artikel 7, tweede alinea, letter b), van deze wet maakt dagvaarding in Zwitserland mogelijk van buitenlandse ondernemingen welker afspraken in Zwitserland leiden tot volgens artikel 4 van de wet ongeoorloofde resultaten, onverschillig waar deze overeenkomsten zijn aangegaan. Deze bepaling beoogt handelsbelemmeringen, waar ook teweeggebracht, tegen te gaan, wanneer zij voor de mededinging op Zwitsers grondgebied rechtstreekse gevolgen hebben. Het Tribunal fédéral toetst dus de bevoegdheid alleen aan de economische gevolgen op Zwitsers grondgebied van buitenslands verrichte handelingen of gedragingen.

c) De duidelijkste en meest vergaande uitwerking van het criterium voor de territoriale toepassing van de wettelijke regelingen inzake de mededinging is uiteraard te vinden in het antitrustrecht van de Verenigde Staten en vooral in de jurisprudentie, zoals verwerkt in de „Restatement of Foreign Relations Law".

De „Sherman Act" van 1890 wordt onbetwist toegepast op internationale kartels, ofschoon de wetgever het criterium voor deze toepassing niet heeft omschreven. In de „Clayton Act" wordt ontegenzeglijk de theorie der territoriale gevolgen toegepast; deze wet verklaart discriminerende gedragingen ten aanzien van de prijzen ongeoorloofd „indien de producten worden verkocht voor gebruik, verbruik of wederverkoop binnen de Verenigde Staten ... of enig ander gebied dat onder de jurisdictie van de Verenigde Staten valt" (artikel 2); men vindt deze formule voor exclusiviteitsbedingen in artikel 3 terug.

Anderzijds maakt de „Web-Pomerene"-act van 10 april 1918 een uitzondering op het kartelverbod voor exportovereenkomsten, zulks echter op voorwaarde dat zij *binnen de Verenigde Staten* niet tot handelsbelemmeringen leiden en aldaar niet bijdragen tot een kunstmatig hoog of laag prijsniveau, waarbij niet de plaats waar de overeenkomsten zijn aangegaan doorslaggevend is, doch alleen die waar zij effect sorteren.

Dit is ook de conclusie van de rechtspraak; de grote lijnen der jurisprudentie worden getrokken in het Alcoa-arrest (US Aluminium Company of America, 148 f 2 416, 1945), waaraan verzoeksters en verweerster uitvoerige besprekingen hebben gewijd. In deze zaak, aanhangig gemaakt tegen een door Alcoa gecontroleerde Canadese vennootschap, spreekt rechter Learned Hand uit dat „het een vaste regel is ... dat iedere staat, ook aan personen waarover hij geen gezag uitoefent, verplichtingen kan opleggen ter zake van handelingen buiten de staatsgrenzen verricht, die binnen die grenzen tot gevolgen leiden"; hij aarzelt niet de „Sherman Act" van toepassing te verklaren op een buitenlandse onderneming op grond van de gevolgen van haar gedrag voor de mededinging in de Verenigde Staten.

Het arrest in de zaak US tegen Imperial Chemical Industries (145 f suppl. 215 SD NY, 1952) gaat nog veel verder. De zaak betrof een overeenkomst tot verdeling van de wereldmarkt tussen genoemde Engelse vennootschap, de Amerikaanse firma Du Pont de Nemours en andere ondernemingen. In het arrest wordt zeer duidelijk overwogen dat een „coalition" ter verdeling van gebieden (met inbegrip van buitenlands territoir) welke de Amerikaanse handel raakt, schending van de „Sherman Act" oplevert. Doch in de zaak tegen de Zwitserse horlogemakers

(US tegen Watch Makers of Switzerland Information Center, Trade Cases / 70,600 SD NY, 1962) wordt de toepassing van de Amerikaanse wet op buitenlandse ondernemingen tot haar uiterste consequenties doorgevoerd.

Het ging om afspraken tussen de Fédération suisse des fabricants d'horlogerie en verschillende Zwitserse, Amerikaanse en andere ondernemingen of associaties van ondernemingen inzake de produktie, verkoop en export van horloges en horlogeonderdelen.

De rechter besliste niet alleen dat deze overeenkomsten onder de „Sherman Act" vallen, doch gelastte de Fédération suisse bepaalde in Zwitserland naar Zwitsers recht gesloten contracten te annuleren en een einde te maken aan alle beperkingen van de export naar de Verenigde Staten — ofschoon deze beperkingen met de regeling van de Zwitserse autoriteiten in overeenstemming waren —; hij beval sommige clausules van de overeenkomsten met Engelse, Duitse of Franse fabrikanten te annuleren, althans ervoor zorg te dragen dat zij aan de Verenigde Staten niet kunnen worden tegengeworpen.

In het arrest worden zelfs rechtstreeks bevelen aan de Fédération suisse gegeven: zij moet onder strafbedreiging haar eigen leden alle door de rechter verboden activiteiten verbieden en sommige bepalingen van het arrest in haar statuten opnemen.

Het ging hier niet langer alleen om toepassing van de Amerikaanse wet, doch om *dwangmaatregelen* ter verzekering van de gedwongen tenuitvoerlegging van het vonnis buiten Amerikaans grondgebied. Men zal begrijpen dat de regering van het Zwitsers Eedgenootschap tussenbeide is gekomen en dat het gevoerde overleg tot een andersluidende, minder vergaande, uitspraak heeft geleid.

In beginsel wordt echter ook in de definitieve versie de Amerikaanse rechter in niet mis te verstane bewoordingen bevoegd verklaard „tot het uitoefenen van toezicht op de activiteiten van buitenlandse ondernemingen en hun overeenkomsten met buitenslands gevestigde derden, ook indien buiten de Verenigde Staten verricht of aangegaan, die de binnenlandse of buitenlandse handel van de Verenigde Staten raken".

Verzoeksters betogen weliswaar dat deze jurisprudentie geen juiste afspiegeling meer vormt van het huidige Amerikaanse recht, doch zij citeren zelf paragraaf 18 van de „American Restatement of Foreign Relations Law", volgens welke een staat bevoegd is een wettelijke regeling te geven inzake de rechtsgevolgen van bepaalde gedragingen buiten haar grondgebied, welke daarbinnen effect sorteren, wanneer die gedragingen en de daaraan verbonden gevolgen in het recht van staten met een redelijk ontwikkeld rechtssysteem alom worden erkend als bestanddelen van een strafbaar feit of onrechtmatige daad, terwijl de gevolgen op het grondgebied van bedoelde staat bovendien belangrijk en het blijkbaar rechtstreeks en voorzienbaar resultaat van bedoeld gedrag moeten zijn.

Hoewel de uitspraak in de zaak der Zwitserse horlogefabrikanten dus niet als gevestigde jurisprudentie is te beschouwen, menen wij dat de zojuist door ons geciteerde bepaling een niet te verwaarlozen aanwijzing oplevert voor de volkenrechtelijke erkenning van de effect-theorie.

C — Wij willen thans het Gemeenschapsrecht bezien en zullen daarbij kunnen vaststellen dat genoemd beginsel althans in het Verdrag van Rome duidelijk toepassing vindt.

Zoals wij zagen wordt in artikel 85, lid 1, met betrekking tot het territoriale toepassingsgebied dezer bepaling onderscheid gemaakt.

1. Door de eis te stellen dat de handel tussen de Lid-Staten nadelig wordt beïnvloed, hebben de auteurs van het Verdrag de grens tussen de toepassing van het nationale recht der staten — binnenlandse wetgeving, geldend voor kartels welke alleen gevolgen hebben in een enkel land — en de uitvoering van het Gemeenschapsrecht in grote lijnen willen vastleggen voor gevallen waarin de handel tussen ten minste twee dezer landen in het geding is.

2. In artikel 85 wordt ontegenzeglijk alleen het met de mededinging strijdige effect binnen de gemeenschappelijke markt als maatstaf gehanteerd, terwijl de nationaliteit en de plaats van vestiging der ondernemingen die voor de inbreuken op de mededinging verantwoordelijk zijn, niet in aanmerking worden genomen. Dit geldt ook voor artikel 86 (misbruik van een machtspositie). Bij het Verdrag van Rome stuit men dus niet op de uitleggingsmoeilijkheid waartoe het Verdrag van Parijs tot oprichting van de Gemeenschap voor Kolen en Staal aanleiding geeft: in artikel 65 van dit Verdrag worden ten aanzien van produkten als bedoeld kartels verboden „welke ertoe zouden kunnen leiden om op de gemeenschappelijke markt de . . . werking van de mededinging te beletten, te beperken of te vervalsen", doch in artikel 80 worden deze ondernemingen omschreven als „die welke zich *binnen de gebieden, bedoeld in de eerste alinea van artikel 79*", dat wil zeggen binnen de Gemeenschap, „bezighouden met de produktie van kolen en staal", alsook de ondernemingen „die hun bedrijf maken van de distributie" binnen die zelfde gebieden. De meeste schrijvers zijn geneigd deze bepalingen restrictief te interpreteren in die zin dat in artikel 80 de toepassing van artikel 65 wordt beperkt tot ondernemingen die hun zetel — althans een vestiging — hebben binnen de gemeenschappelijke markt.

Wij gaan op deze opvatting thans niet verder in en volstaan ermede te constateren dat zij in ieder geval voor de kartelbepalingen van het Verdrag van Rome niet opgaat.

In antwoord op prejudiciële vragen van het Tribunal de commerce te Nice hebt U dan ook reeds uitgesproken dat het aan de toepassing van artikel 85 van het Verdrag niet afdoet dat een onderneming die deelneemt aan een overeenkomst bedoeld in artikel 85 van het Verdrag, in een derde land is gevestigd, wanneer de overeenkomst op het gebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert (arrest van 25 november 1971, Béguelin Import Co., Jurisprudentie 1971, blz. 949).

Afdeling II

Het volkenrecht

De slotsom van deze eerste beschouwingen mag dus zijn, dat de gevolgen van een kartel of restrictieve praktijk op de binnenlandse markt van een staat volgens de meeste nationale wettelijke regelingen die staat bevoegd maken haar nationale wet ook toe te passen op buitenlandse ondernemingen die er aan hebben deelgenomen, zonder dat ter zake doet waar zij gevestigd zijn.

Moet nu deze bevoegdheid, welke de staten zichzelf hebben toegekend, aan de Gemeenschap worden ontzegd?

A — Dat is de vraag welke Imperial Chemical Industries met een beroep op het advies van professor Jennings aan de orde stelt. Wij betreden hiermede reeds het terrein van het volkenrecht.

Dat de Europese Economische Gemeenschap krachtens artikel 210 rechtspersoonlijkheid bezit, lijdt geen twijfel; ook haar volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid berust op het Verdrag, namelijk op de artikelen 228 en 238 betreffende het sluiten van internationale akkoorden in het algemeen, en vloeit bovendien voort uit het feit dat er bij de Gemeenschap diplomatieke vertegenwoordigingen bestaan. Uw Hof heeft zelf uitgesproken dat bij het Verdrag van Rome een gemeenschap voor onbepaalde tijd is opgericht, voorzien van eigen organen, van rechtspersoonlijkheid en handelingsbevoegdheid, van vertegenwoordigingsbevoegdheid op het internationale vlak, en in het bijzonder van praktische bevoegdheden ten gevolge van het feit dat de staten hun bevoegdheden hebben ingeperkt of aan de Gemeenschap hebben overgedragen (arrest van 15 juli 1964, Costa tegen Enel, Jurisprudentie 1964, blz. 1218).

Dit alles brengt ongetwijfeld niet mede dat de Gemeenschap een staat zou zijn, doch er zijn veel meer internationale rechtssubjecten die naar hun aard en

naar de omvang van hun bevoegdheden van staten verschillen, in die zin dat deze bevoegdheden op de doelstellingen en bijzondere taken dezer rechtssubjecten moeten zijn afgestemd.

Niet anders is het met de Europese Economische Gemeenschap, welker rechtspersoonlijkheid en handelingsbevoegdheid zijn vastgesteld met het oog op de doelstellingen en functies welke in het Verdrag van Rome worden omschreven.

Zij beschikt dan ook niet over alle aan de staat toekomende competenties, doch over het haar opgedragen pakket bevoegdheden welke zij voor de vervulling van haar taken behoeft. In de haar toegekende bevoegdheidssfeer — dus ook op kartelrechtelijk gebied — beschikt de Gemeenschap, althans ten aanzien van kartels welke de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt nadelig beïnvloeden, over evenveel bevoegdheden als een staat.

Doch dan kan de Gemeenschap zich bij de uitoefening dezer bevoegdheden slechts gedragen naar het volkenrecht. Verzoeksters verwijten haar nu dat zij aan de haars inziens volkenrechtelijk erkende beginselen een onjuiste, althans overtrokken toepassing geeft:

— onjuist, omdat volgens Imperial Chemical Industries het criterium der territoriale gevolgen niet geldt voor repressief optreden tegen met de mededinging strijdige handelingen;

— overtrokken — volgens drie andere verzoeksters —, omdat in de bestreden beschikking aan de effect-theorie een bedenkelijk uitbreidende interpretatie wordt gegeven.

B — Wij moeten allereerst nagaan of aan de bevoegdheid der Commissie redelijkerwijs een gedrag van de buitenlandse fabrikanten *binnen de gemeenschappelijke markt* ten grondslag kan worden gelegd: dit is trouwens de eerste verdedigingslinie der Commissie die, alleen uitgaande van de economische realiteit, betoogt dat zodanig gedrag daarin heeft bestaan dat de moedermaatschappijen aan hun in de Gemeenschap gevestigde dochtermaatschappijen bindende instructies hebben gegeven om de aan de klanten berekende verkoopprijzen te verhogen en daarmede „het gedrag" van deze dochtermaatschappijen „hebben beïnvloed", waarbij bovendien opmerking verdient dat deze dochtermaatschappijen over geen enkele zelfstandige beslissingsbevoegdheid beschikten en zich, hun eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, slechts als executanten hebben gedragen. Deze redenering past weliswaar logischerwijze in de bestreden beschikking, volgens welke „de bewijzen voor het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn gericht tegen de verschillende fabrikanten en niet tegen hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers" en „de opdrachten tot prijsverhoging een bindend karakter hebben gedragen", doch vermocht ons toch niet ten volle te overtuigen.

Zij impliceert dat de dochtermaatschappijen volledig en uitsluitend van de moedermaatschappijen afhankelijk waren en zich aan hun instructies niet konden onttrekken. Dit standpunt komt er in zijn uiterste consequenties op neer dat aan de rechtspersoonlijkheid der dochtermaatschappijen eigenlijk geen betekenis zou toekomen; de Commissie had dit moeten aantonen, doch doet het niet. Bovendien maakt zij zich al te gemakkelijk af van het betoog van Imperial Chemical Industries dat zij op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt geen enkele juridisch bedenkelijke activiteit heeft ontplooid, omdat ook de leveringscontracten voor de kleurstoffen in het Verenigd Koninkrijk waren gesloten en door Engels recht werden geregeerd; de Commissie maakt zich van deze redenering af door van „onvergeeflijke juristerij" te spreken.

Het standpunt van de Commissie acht ik in zoverre niet onaanvechtbaar.

Wij gaan hierin dus niet met de Commissie mee, vooral niet omdat zij naar het ons voorkomt slechts node en eigenlijk helemaal niet wil uitspreken dat haar bevoegdheid reeds voortvloeit uit de objectieve gevolgen van het gedrag der moedermaatschappijen welke de mededin-

ging binnen de gemeenschappelijke markt rechtstreeks beïnvloeden.
Onzerzijds hebben wij met deze uitspraak geen moeite en wij zullen dus uitgaan van het effect-beginsel, dat de Commissie in haar betoog slechts subsidiair ter sprake brengt.

C — Toen wij de nationale wettelijke regelingen de revue lieten passeren, hebben wij vastgesteld dat het voornaamste criterium voor de toepasselijkheid der kartelwetten in de territoriale gevolgen is gelegen. Wij menen echter dat het niet kan worden aanvaard zonder vaststelling van *de voorwaarden en beperkingen welke er,* volkenrechtelijk gezien, *aan moeten worden gesteld.*

1. *De voorwaarden voor toepassing van het criterium der territoriale gevolgen*

a) Een eerste voorwaarde is onzes inziens dat de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging een *rechtstreekse* en *onmiddellijke* beperking voor de mededinging op de nationale, in casu communautaire, markt moet medebrengen. Met andere woorden, een kartel dat slechts tot secundaire gevolgen leidt die alleen via buitenslands werkende mechanismen intreden, schept geen bevoegdheid ten aanzien van deelnemende ondernemingen die zelf buitenslands gevestigd zijn.
Moet de tekst van de „American Restatement of Foreign Relations Law" — volgens welke de bevoegdheid ter zake van een gedraging buiten het grondgebied kan worden erkend wanneer de gevolgen zich als het *rechtstreeks resultaat van die gedraging* aandienen — niet in die zin worden verstaan?

b) Een tweede voorwaarde bestaat daarin, dat de *gevolgen redelijkerwijze voorzienbaar* zijn, zonder dat zij ook behoeven te zijn gewild.

c) De derde voorwaarde houdt in, dat de *gevolgen* op het betrokken grondgebied *van wezenlijke aard* moeten zijn.
Moeten deze territoriale gevolgen bovendien één der *bestanddelen van de inbreuk* zijn? Moet hier worden „afgekeken" bij het internationaal strafrecht en met name bij het arrest van het Permanente Hof van Justitie van 1927 in de beroemde Lotus-zaak, waaraan zowel verzoeksters als verweerster zo uitvoerige beschouwingen hebben gewijd? Het staat volgens het Internationale Hof vast „dat de rechterlijke macht in veel landen de strafwet aldus uitleggen dat strafbare feiten waarvan de daders zich op het tijdstip waarop het feit wordt begaan op het grondgebied van een andere staat bevinden, nochtans geacht moeten worden op het nationale grondgebied te zijn begaan, wanneer *één der bestanddelen van het strafbaar feit en met name de gevolgen* zich aldaar hebben voorgedaan".
Bij uitlegging van deze uitspraak zou men inderdaad tot de opvatting kunnen komen, dat de vraag naar de gevolgen zwaarder weegt dan die naar een bestanddeel als voormeld of zelfs dat de gevolgen op zichzelf reeds extraterritoriale bevoegdheid kunnen scheppen. Moet echter in het kartelrecht dat, naar wij reeds zeiden, niet tot het klassieke strafrecht behoort, niet worden erkend dat juist de gevolgen van de inbreuk *één der bestanddelen* en waarschijnlijk *het belangrijkste bestanddeel* vormen? Onzes inziens: ja; wij achten alleen dit standpunt in overeenstemming met hetgeen de feiten leren.
Imperial Chemical Industries betoogt weliswaar dat met de mededinging strijdige overeenkomsten of gedragingen niet alom als overtredingen worden beschouwd. De door het Internationale Hof van Justitie aanvaarde oplossing zou derhalve ten deze van geen belang zijn. Maar wanneer de „Restatement of Foreign Relations Law" de toepasselijkheid van het effect-beginsel afhankelijk stelt van de voorwaarde dat het desbetreffend gedrag in het recht van staten „met een redelijk ontwikkeld rechtsstelsel" laakbaar wordt geacht, dan geloven wij niet dat met betrekking tot handelingen welke de mededinging kunnen benadelen aan deze voorwaarde niet is voldaan. Want in het positief recht van de meeste ontwikkelde en geïndustrialiseerde landen zijn met de mededinging strijdige overeenkomsten of gedragingen verbo-

den en kunnen zij aanleiding geven tot strafrechtelijke of administratiefrechtelijke sancties.
En zagen wij niet dat dit ook het geval is in het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland, landen waarvan niemand de euvele moed zal hebben te beweren dat ze geen „redelijk ontwikkeld" rechtsstelsel bezitten?

2. *De grenzen voor de extraterritoriale toepassing van het kartelrecht*

Nu wij hebben vastgesteld aan welke voorwaarden voor extraterritoriale toepassing van het mededingingsrecht moet zijn voldaan, dienen wij de aan zodanige toepassing gestelde *grenzen* vast te stellen.
Want wij ontveinzen ons niet dat deze toepassing vooral in Europa meermalen heftige reacties — van de zijde der regeringen en op rechterlijk niveau — heeft uitgelokt, conflicten heeft doen rijzen en ertoe heeft geleid dat verschillende staten „legislatieve tegenmaatregelen" hebben genomen — verzoeksters geven daarvan voorbeelden —.
Doch waartegen waren deze protesten in feite gericht? En wat was de strekking dezer tegenmaatregelen?
Men zal om te beginnen opmerken, dat de bezwaren der regeringen gericht waren tegen de extensieve en volgens hen misbruik opleverende opvatting van de extraterritoriale bevoegdheid, waarvan soms door rechterlijke instanties in de Verenigde Staten is uitgegaan. Dit bleek ons reeds bij de bespreking van de zaak der Zwitserse horlogefabrikanten; soortgelijke protesten waren in het Verenigd Koninkrijk te horen naar aanleiding van het arrest in de zaak Verenigde Staten tegen Imperial Chemical Industries, waarbij aan deze onderneming de retrocessie aan de vennootschap Du Pont de Nemours is gelast van Engelse octrooien waarvoor aan een andere, eveneens Engelse, maatschappij exclusieve licenties waren verleend. Het Court of Appeal van het Verenigd Koninkrijk vond hierin aanleiding tot de overweging dat „het niet tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht in de Verenigde Staten behoort... bevelen te geven welker eerbiediging door onze rechterlijke instanties zou medebrengen dat zij de rechtsmacht waarmede zij (zelf) zijn bekleed, en die hun is opgedragen, *niet* zouden *uitoefenen*".
Men zal eveneens vaststellen dat de wettelijke tegenmaatregelen in Frankrijk, alsook in Nederland en in andere landen, er in hoofdzaak toe strekken aan de eigen onderdanen een verbod op te leggen zich te onderwerpen aan opsporings- en controlemaatregelen en bevelen van buitenlandse gezagsorganen.
Een en ander geeft ons aanleiding hier te werken met het onderscheid dat door de Commissie en de schrijvers op volkenrechtelijk gebied gemaakt wordt tussen jurisdictie („jurisdictio") en de uitvoerende macht („imperium").
Op strafrechtelijk gebied alsook — zoals in casu — in het kader van een administratieve procedure staat het de rechterlijke of administratieve gezagsorganen van een staat — en, mutatis mutandis, van de Gemeenschap — volkenrechtelijk gezien stellig niet vrij buiten de sfeer van hun territoriale bevoegdheden enigerlei dwangmaatregel te nemen of zelfs over te gaan tot instructie-, verificatie- of controlemaatregelen die onvermijdelijk moeten afstuiten op de binnenlandse soevereiniteit van de staat op welks grondgebied zij zouden moeten worden verricht.
Daarentegen moeten deze zelfde autoriteiten wel bevoegd worden geacht een overeenkomst of gedraging waaraan rechtstreekse, voorzienbare en wezenlijke met de mededinging strijdige gevolgen op hun eigen grondgebied — in casu op de gemeenschappelijke markt — zijn verbonden, te verbieden en zelfs om daartegen in rechte of langs administratiefrechtelijke weg op te treden, zelfs door boete-oplegging.
Maar valt oplegging van een geldboete niet *ipso facto* onder de uitvoerende macht?

Om twee redenen menen wij dat dit niet het geval is:

— Oplegging van een geldelijke sanctie naar aanleiding van met de mededinging strijdig gedrag — alsook om

voortzetting of herhaling van zodanig gedrag te voorkomen — moet worden onderscheiden van de invordering dier boete, waartoe gedwongen tenuitvoerlegging nodig is wanneer de veroordeelde onderneming niet wenst te betalen.

— Ook dient onzes inziens te worden onderscheiden tussen een veroordeling tot geldboete en een rechterlijk bevel in de eigenlijke zin des woords, bij voorbeeld met oplegging van een *dwangsom,* tot mededeling van stukken of als pressiemiddel — om intrekking te verkrijgen van bepaalde als ongeoorloofd beschouwde clausules —.

Daargelaten dat zij niet over rechtsmiddelen beschikt om toepassing af te dwingen, menen wij dat de Commissie bevoegd was om ten aanzien van de buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen de bestreden beschikking te nemen.

Immers aan de voorwaarden welke daartoe onzes inziens moeten zijn vervuld, is in casu voldaan:

— De lineaire en uniforme verhogingen der aan de verbruikers berekende prijzen van kleurstoffen, waartoe door verzoeksters was besloten, waren *rechtstreeks* en *onmiddellijk* van toepassing binnen de gemeenschappelijke markt en in het eerste gedeelte van deze conclusie stelden wij vast dat zij aldaar in concreto tot vervalsing van de mededinging hebben geleid. Het heeft dan ook geen zin na te gaan of hun dochtermaatschappijen, gezien de werkelijke economische verhoudingen, in staat waren zich aan de instructies der moedermaatschappijen te onttrekken; vaststaat dat zij er gevolg aan hebben gegeven. In ieder geval is moeilijk in te zien hoe zij, ondanks hun juridische zelfstandigheid en de eigen beslissingsbevoegdheid welke zij aan hun rechtspersoonlijkheid ontlenen, er aan hadden kunnen ontkomen de prijsverhogingen die zij zelf hadden te betalen aan hun klanten door te berekenen.

— Deze praktijken hadden niet slechts rechtstreekse gevolgen; die gevolgen waren kennelijk *voorzienbaar* en wij zagen dat zij krachtens overleg en mitsdien willens en wetens zijn teweeggebracht; wij gaan hierop niet nogmaals in.

— Die gevolgen zijn ten slotte van *wezenlijk* belang, zowel gezien het percentage der verhogingen en het feit dat zij op alle kleurstoffen zijn toegepast als in verband met de omstandigheid dat de fabrikanten vier vijfde van de kleurstoffenmarkt controleren.

Wij willen U dus zonder aarzeling voorstellen het door Imperial Chemical Industries, Geigy en Sandoz ingeroepen middel — betreffende de bevoegdheid der Commissie — te verwerpen. Wij zouden echter nog een laatste opmerking willen maken, waartoe wij willen aanknopen aan hetgeen wij in het begin van ons exposé reeds hebben gezegd.

Evenals de betekenis van de term „onderling afgestemde feitelijke gedraging" niet mag worden gereduceerd tot een bijzondere omschrijving van een overeenkomst — waaraan kennelijk het gevaar verbonden zou zijn dat de draagwijdte van artikel 85, lid 1, verder zou worden ingeperkt dan de auteurs van het Verdrag voor ogen stond —, zou men door aan de communautaire gezagsorganen het recht te ontzeggen gebruik te maken van de bevoegdheden — voor zover niet van uitvoerende aard — welke hun in dit zelfde artikel 85 worden toegekend jegens alle buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen, deze bepalingen grotendeels tot een dode letter, althans onhanteerbaar maken.

Zou de Commissie niet machteloos worden gemaakt indien zij tegen een onderling afgestemde feitelijke gedraging waartoe het initiatief alleen is genomen door — en de verantwoordelijkheid uitsluitend berust bij — buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen, op geen enkele wijze zou kunnen optreden? Daarmede zou tevens afstand worden gedaan van een bescherming welke de gemeenschappelijke

markt behoeft ter verwezenlijking van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Economische Gemeenschap.

Ten slotte moet nog in het kort op twee andere middelen worden ingegaan: de bestreden beschikking zou ten aanzien van de extraterritoriale bevoegdheid der Commissie onvoldoende zijn gemotiveerd en kennisgeving dier beschikking aan de drie buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen zou achterwege zijn gebleven.

De eerste kwestie zal, enigszins anders geformuleerd, aanstonds nogmaals onze aandacht vragen; wij willen er slechts aan herinneren dat de Commissie, anders dan verzoeksters willen volhouden, geenszins gehouden was punt voor punt in te gaan op hetgeen zij in antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar in hun schriftelijke en mondelinge opmerkingen ten aanzien van de gestelde onbevoegdheid der Commissie hebben betoogd.

Rechtens is de bestreden beschikking met redenen omkleed doordien daarin ten deze een beknopte, doch onzes inziens juiste uiteenzetting wordt gegeven van de inhoud van artikel 85 van het Verdrag. Zoals wij zagen, wordt in de beschikking de verantwoordelijkheid voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging alleen op de fabrikanten en niet op hun dochtermaatschappijen of vertegenwoordigers gelegd, omdat de tot laatstgenoemden gerichte prijsverhogingsinstructies een imperatief karakter droegen. Wij gaven U in overweging in Uw uitspraak een enigszins andere redenering te volgen, doch het komt ons voor dat Uw Hof aan zijn volledige rechtsmacht de vrijheid tot zodanige herwaardering der feiten ontleent en daaraan ook in zijn rechtsoverwegingen uitwerking mag geven.

Ons antwoord op het tweede middel is dat wanneer de kennisgeving van de beschikking aan Imperial Chemical Industries, Geigy en Sandoz niet is geschied ter plaatse waar deze vennootschappen zelf zijn gevestigd, doch aan hun binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde dochtermaatschappijen — om geen andere reden dan dat zij zelf deze kennisgevingen niet in ontvangst hebben willen nemen —, zulk een „onregelmatigheid" van de kennisgeving in ieder geval niet van invloed zou zijn op de wettigheid van de bestreden beschikking; immers de kennisgeving vindt eerst nadien plaats. Wij behoeven derhalve de Commissie niet te volgen in haar redenering dat de dochtermaatschappijen, die volledig door de moedermaatschappijen worden gecontroleerd, deel van haar interne bedrijfssfeer uitmaken en evenmin een beroep te doen op Uw ALMA-arrest (10 december 1957, zaak 8-56).

Wij willen er alleen van zeggen dat zulk een onregelmatige kennisgeving ener beschikking, die naar verzoeksters trouwens niet betwisten volledig te hunner kennis is gekomen, ongetwijfeld tot gevolg heeft gehad dat de beroepstermijn te hunnen aanzien niet zou zijn gaan lopen; doch reeds voordat deze termijn verstreken was hebben zij Uw rechtsmacht ingeroepen, zodat de vraag niet aan de orde komt.

Titel III

Middelen van formele en processuele aard

Na deze uiteenzetting, die stellig nog al lang is uitgevallen, kunnen wij thans overgaan tot bespreking van de door verzoeksters ingeroepen middelen van formele en processuele aard.

In Uw arrest-Grundig hebt U zich in beginsel op het standpunt gesteld dat procedures krachtens 's Raads verordening nr. 17 administratiefrechtelijk van aard zijn. Anderzijds hebt U in de arresten Chemiefarma, Buchler en Boehringer van 15 juli 1970 uitspraak gedaan over enige vragen verband houdende met de wijze waarop de Commissie gebruik heeft te maken van haar bevoegdheid om wegens verboden kartelafspraken geldboeten op te leggen. In de onderhavige zaken zult U aanleiding vinden deze jurisprudentie te bevestigen en de uitlegging van uitvoeringsverordening nr. 99 van de Commissie van 25 juli 1963 nader uit te werken.

Verzoeksters verwijten de Commissie de-

ze bepalingen onjuist te hebben toegepast.
Wij zullen trachten hun argumenten te rangschikken aan de hand van het chronologisch verloop van de administratieve procedure. Zoals U weet dient daarin eerst een besluit te worden genomen tot inleiding van de procedure zelve, vervolgens moet aan de betrokken ondernemingen mededeling worden gedaan van de punten van bezwaar welke te hunnen aanzien in aanmerking kunnen worden genomen; dan wordt overgegaan tot het verhoor van hun vertegenwoordigers, waarvan hun een procesverbaal ter tekening moet worden voorgelegd en ten slotte moet de Commissie alvorens te beschikken het advies inwinnen van het Adviescomité voor mededingingsregelingen.

Afdeling I

De inleiding van de procedure

Verzoeksters verwijten de Commissie dat de procedure welke zij op 31 mei 1967 tegen hen heeft ingeleid, alleen berustte op artikel 3 van verordening nr. 17 — volgens welks eerste lid de Commissie indien zij „op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 ... van het Verdrag vaststelt, ... de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking kan verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken" — en hun vervolgens krachtens artikel 15 dier verordening geldboeten heeft opgelegd zonder dat zij konden weten dat hun zulke geldelijke maatregelen boven het hoofd hingen.
Dit middel is feitelijk onjuist. Vaststaat dat in het besluit van 31 mei 1967 tot inleiding van de procedure wordt verwezen naar verordening nr. 17 in haar geheel, *met name* naar artikel 3, welke formulering niet als limitatief is te beschouwen.
Bovendien moeten met betrekking tot dit middel nog twee opmerkingen worden gemaakt:

a) In artikel 3, lid 3, van verordening nr. 17 wordt bepaald: „*Onverminderd de overige bepalingen van deze verordening* kan de Commissie aan de ... ondernemingen ... aanbevelingen doen om aan de inbreuk een einde te maken." Deze bewoordingen sluiten allerminst uit dat de vermoedelijk begane inbreuk tot oplegging van geldboeten ingevolge artikel 15 kan leiden.

b) Anderzijds menen wij dat in de procedure de mededeling van de punten van bezwaar aan de betrokken ondernemingen beslissend is, omdat zij de eerste handeling op tegenspraak vormt. In deze op 11 december 1967 aan elk der betrokken ondernemingen gedane mededeling wordt *in fine* uitdrukkelijk verwezen naar artikel 15 der verordening en gezegd dat de gewraakte onderling afgestemde feitelijke gedraging kan leiden tot oplegging van geldboeten aan de ondernemingen die eraan hebben deelgenomen.

Afdeling II

Mededeling van de punten van bezwaar

Met betrekking tot de mededeling van de punten van bezwaar worden enige middelen voorgedragen. Wij krijgen hieruit de indruk dat verzoeksters, zonder rekening te houden met Uw arrest in de zaak-Grundig, hebben geredeneerd alsof de procedure voor de Commissie jurisdictioneel en niet administratiefrechtelijk van aard is. In haar exposé betreffende de bescherming van de rechten der verdediging geven zij blijk van een opvatting die voor een eenvoudige administratiefrechtelijke procedure duidelijk te ver gaat.

a) Eerst moet echter het middel worden ontzenuwd volgens hetwelk de brief waarin hun de punten van bezwaar zijn medegedeeld, onbevoegdelijk „per delegatie" door de Directeur-generaal Concurrentie zou zijn getekend. Van deze delegatie blijkt volgens hen niet uit de stukken en zij zou bovendien ongeoorloofd zijn. Doch, mijne heren, het gaat hier niet om overdracht van bevoegdheden, doch alleen om de bevoegdheid tot ondertekening, zoals die door het met de mededingingsvraagstukken belaste lid der Commissie aan de Directeur-generaal Concurrentie is verleend. Deze delegatie

is formeel in orde, omdat zij, als interne maatregel de goede gang van zaken bij de Commissie en haar diensten betreffende, is genomen overeenkomstig artikel 27 van het voorlopig reglement van orde, vastgesteld krachtens artikel 7 van het Fusieverdrag, dat wil zeggen van het Verdrag van 8 april 1965 tot oprichting van een Raad en een Commissie van de Europese Gemeenschappen.

b) Inhoudelijk achten verzoeksters de mededeling van de punten van bezwaar onvolledig en onvoldoende bepaald; zij menen daardoor niet behoorlijk in staat te zijn gesteld opmerkingen te maken, terwijl in de bestreden beschikking voorts feiten zouden worden aangevoerd die niet te hunner kennis zijn gebracht. U hebt dienaangaande in het arrest-Grundig overwogen, dat het voldoende is wanneer de betrokken ondernemingen op de hoogte worden gesteld van de wezenlijke feiten waarop de punten van bezwaar berusten, zonder dat het gehele dossier van de Commissie hun behoeft te worden medegedeeld. U hebt deze oplossing bevestigd voor het geval dat de Commissie op grond van artikel 15 van verordening nr. 17 geldboeten oplegt. Doch reeds bij lezing van de uiteenzetting der punten van bezwaar ziet men dat bedoelde feiten, dat wil zeggen de uniforme prijsverhogingen van januari 1964, januari 1965 en 1967, duidelijk en volledig zijn uiteengezet, terwijl de Commissie bovendien de omstandigheden van plaats en tijd heeft genoemd, waarin de prijsverhogingen zijn aangekondigd en ingegaan, ook ten aanzien van de ondernemingen die de instructies tot de verhoging hebben ontvangen, met vermelding van de wijze waarop men hun deze instructies heeft doen toekomen.

Dat de circulaires, telexberichten en andere instructies niet bij de uiteenzetting van de punten van bezwaar zijn gevoegd, is onzes inziens op de formele geldigheid van de procedure niet van invloed, vooral omdat de betrokken ondernemingen daarvan kennis konden nemen. In de bestreden beschikking komt dus geen enkel feit van wezenlijk belang voor, waarvan verzoeksters niet tevoren in kennis zijn gesteld. Men kan hoogstens opmerken dat de bestreden beschikking met betrekking tot de bijeenkomst van Bazel, die op bladzijde 9 van de uiteenzetting van de punten van bezwaar uitdrukkelijk wordt genoemd, een eenvoudige rectificatie van die uiteenzetting geeft: van Geigy wordt gezegd dat zij op die bijeenkomst „haar voornemen" heeft aangekondigd „de aan de klanten berekende verkoopprijzen voor het einde van het jaar te verhogen" — met weglating van de daaraan in de uiteenzetting van de punten van bezwaar verbonden conclusie, luidende als volgt: „Tot de prijsverhoging van 1967 *is door alle producenten besloten* op een in augustus 1967 te Bazel gehouden bijeenkomst." Zo ook is de verwijzing in de bestreden beschikking naar de beschikking van het Bundeskartellamt van 28 november 1967, blijkens welke deze zelfde vennootschap zou hebben aangekondigd „dat zij haar kleurstoffenprijzen per 16 oktober 1967 met 8 % zou verhogen", niet als een zelfstandige overweging van de bestreden beschikking te beschouwen, doch als een eenvoudige verwijzing van feitelijke aard naar de beschikking van het Bundeskartellamt.

c) Verzoeksters betogen voorts dat de mededeling van de punten van bezwaar heeft plaatsgehad nog voordat het onderzoek der Commissie naar de gewraakte feiten was voltooid; er zouden na deze mededeling nog verificaties hebben plaatsgevonden. Dat is juist, doch wij achten zulk een gang van zaken niet onjuist. Nergens wordt aan de Commissie verboden om, wanneer zij beschikt over inlichtingen betreffende overeenkomsten of gedragingen welke haars inziens met artikel 85 van het Verdrag in strijd zijn, haar controles, naspeuringen of verificaties voort te zetten, ook nadat zij aan de ondernemingen mededeling heeft gedaan van reeds tegen hen ingebrachte bezwaren.

De Commissie licht dit dan ook in die zin toe, dat de voortzetting van de enquêtes alleen ten doel had de juistheid na te gaan van hetgeen door een aantal ondernemingen, hetzij in antwoord op de

schriftelijke mededeling van de punten van bezwaar, hetzij mondeling, was verklaard. In ieder geval zou hier slechts sprake zijn van schending van de rechten der verdediging wanneer de Commissie in deze op de mededeling van de punten van bezwaar gevolgde verificaties aanleiding had gevonden nieuwe bezwaren tegen verzoeksters in te brengen en haar beschikking daarop zou hebben gebaseerd zonder dat daarvan tevoren aan de ondernemingen mededeling was gedaan, dat wil zeggen zonder dat zij in staat zouden zijn geweest dienaangaande opmerkingen te maken. Doch dit is hier niet het geval; zoals gezegd, worden in de bestreden beschikking geen feiten genoemd waarmede verzoeksters niet reeds door de mededeling van 11 december 1967 bekend waren.

Ten slotte moesten verzoeksters na ontvangst van de uiteenzetting van de punten van bezwaar over een behoorlijke termijn beschikken om hun schriftelijke opmerkingen in te dienen. Doch de termijn van acht weken die de Commissie hun heeft gelaten om hun standpunt uiteen te zetten, lijkt mij voldoende. Bovendien was hun de gelegenheid geboden om in hun schriftelijke opmerkingen te verzoeken om een mondeling verhoor van hun vertegenwoordigers ingevolge artikel 17 van verordening nr. 99/63 der Commissie. Wij weten echter dat het verhoor van de vertegenwoordigers der ondernemingen pas op 10 december 1968, dat wil zeggen een jaar na de mededeling van de punten van bezwaar, heeft plaatsgehad. Verzoeksters hebben dus ruimschoots de tijd gehad om in verband met deze bezwaren hun standpunt te bepalen. De rechten van de verdediging zijn derhalve niet miskend.

d) Ten slotte zou volgens verzoeksters Geigy en Sandoz de mededeling van de punten van bezwaar, zoals die bij aangetekende brief met antwoordbevestiging is gedaan aan hun hoofdkantoor de Bazel, een „dwangmaatregel van een buitenlandse overheid" behelzen. En naar Zwitsers recht is zodanige handeling, anders dan op voet van wederkerigheid of met toestemming van de Zwitserse autoriteiten, op het grondgebied van het Eedgenootschap niet mogelijk. Deze mededeling houdt huns inziens zowel schending van het Zwitsers recht als van de algemene volkenrechtelijke beginselen in en is derhalve van nul en gener waarde.

Deze verzoeksters hebben dan ook op instructie van hun nationale gezagsorganen de mededeling aan de afzender geretourneerd; zij hebben ook niet als zodanig aan het verhoor van december 1968 deelgenomen.

Daardoor zou hun het recht zijn ontnomen te worden gehoord, zulks in strijd met de artikelen 19 van verordening nr. 17 en 2 en 4 van verordening nr. 99/63.

Wij willen er — met de Commissie — alleen maar op wijzen dat de mededeling van de punten van bezwaar op zichzelf geen dwang impliceert; zij beoogt alleen de betrokken ondernemingen in staat te stellen kennis te nemen van de essentiële feiten welke hun worden verweten en hun zienswijze tot uitdrukking te brengen — zulks in het kader van een administratieve procedure welke tot oplegging van een geldboete kan leiden —.

Het lijkt ons in deze omstandigheden op zijn minst twijfelachtig dat ten deze de beginselen van het volkenrecht zouden kunnen worden ingeroepen; de Commissie heeft die beginselen niet geschonden door de uiteenzetting van de punten van bezwaar rechtstreeks aan het hoofdkantoor der Zwitserse vennootschappen te doen toekomen. Doch wat hiervan zij, vaststaat dat zij in werkelijkheid kennis hebben gedragen van de tegen hen ingebrachte bezwaren en in staat zijn gesteld alle opmerkingen te maken welke hun met het oog op hun belangen nuttig voorkwamen.

Het middel moet derhalve worden verworpen.

Afdeling III

Verhoor van de vertegenwoordigers der betrokken ondernemingen

Bij het verhoor van hun vertegenwoordigers is namens sommige verzoeksters (Bayer en Hoechst) betoogd, dat zij te laat zijn geconvoceerd. De oproeping is

echter geschied op 20 november 1968, of wel ongeveer drie weken voor de dag van verhoor. Ook deze termijn achten wij voldoende, vooral omdat de vennootschappen toen al ruim elf maanden op de hoogte waren van de tegen hen ingebrachte feiten.

Met betrekking tot dit verhoor beklaagt BASF zich erover, dat de daarmede belaste ambtenaren van de Commissie afwijzend hebben beschikt op hun verzoek zich daarbij te mogen doen vertegenwoordigen door hun mandataris *ad litem,* omdat volgens artikel 9, lid 2, van verordening nr. 99/63 de opgeroepen ondernemingen slechts in persoon mogen verschijnen bij personen die daartoe krachtens wettelijk voorschrift of statuten bevoegd zijn. Deze bepaling is noch met het Verdrag noch met 's Raads verordening nr. 17 in strijd; de Commissie ontleent aan artikel 24 van laatstgenoemde verordening de bevoegdheid uitvoeringsbepalingen met betrekking tot het verhoor vast te stellen. Artikel 9 vindt voorts zijn rechtvaardiging in de omstandigheid dat de wettelijke of statutaire vertegenwoordigers der ondernemingen in beginsel het best geïnformeerd zijn en het best in staat de punten van bezwaar te bespreken. En al heeft BASF zich ook niet door een gemachtigde *ad litem* doen *vertegenwoordigen,* het stond haar geheel vrij haar raadsman te verzoeken de wettelijke vertegenwoordigers *bij te staan.*

Afdeling IV

Het procesverbaal van verhoor

Ten slotte betogen sommige verzoeksters, dat zij niet in staat zijn geweest het procesverbaal van verhoor te tekenen, hetgeen de procedure ongeldig zou maken.

Volgens artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 moet het procesverbaal van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is na lezing door betrokkene worden getekend. Deze formaliteit is bedoeld om het Adviescomité en de Commissie volledig te informeren inzake de wezenlijke inhoud van de verklaringen die bij het verhoor zijn afgelegd (zaak 44-69, arrest van 15 juli 1970, Jurisprudentie 1970, blz. 756). Wordt deze formaliteit niet in acht genomen, doch blijkt uit anderen hoofde dat de verklaringen van betrokkenen niet onjuist zijn weergegeven of niet tegen hen zijn gebruikt, dan is niet in te zien hoe zij door deze omissie kunnen worden benadeeld.

Als onbetwist staat vast dat ten verhore van 10 december 1968 is overeengekomen dat het procesverbaal van dit verhoor pas later zou worden opgemaakt en aan de gehoorde personen ter tekening voorgelegd, alsook dat het ontwerp van het procesverbaal bij brief van 27 juni 1969 aan de vertegenwoordigde ondernemingen is toegezonden met verzoek zich daarmede „zo spoedig mogelijk" akkoord te verklaren. Weliswaar heeft men abusievelijk aan de vertegenwoordiger van Bayer een niet-getekend afschrift toegezonden met mededeling dat Bayer tot uiterlijk 15 september 1969 de tijd had het procesverbaal te tekenen; zij heeft echter nog dezelfde dag een getekend origineel van het procesverbaal ontvangen, waarin ook aan haar werd gevraagd het ontwerp van het procesverbaal zo spoedig mogelijk goed te keuren. Indien zij enige diligentie had betracht, had zij dus — eventueel met opmerkingen — het procesverbaal tijdig kunnen tekenen. Bayer heeft nimmer de geringste poging ondernomen gebruik te maken van haar recht om wijziging te vragen — ten einde eventuele onjuistheden in de weergave van de verklaring van haar vertegenwoordiger weg te nemen —, en zij had ook goede redenen dit niet te doen. De Commissie heeft de volledige bandopname van de verklaringen van Bayers vertegenwoordigers overgelegd. Daaruit blijkt dat zij nauwelijks op de zaak zelf zijn ingegaan en zich in hoofdzaak hebben beperkt tot de stelling dat de uiteenzetting van de punten van bezwaar zo onbepaald was dat zij daaruit niet konden lezen op welke punten zij zich hadden te verklaren. Doch deze stelling is niet nieuw; Bayer heeft van de aanvang af dit standpunt ingenomen (vgl. haar brief aan de Commissie van 9

december 1968) en het is volledig opgenomen op de bladzijden 16 en 24 van het procesverbaal, dat dus niet „op zodanige wijze is geredigeerd dat dwaling op een punt van wezenlijk belang kon ontstaan" (arrest van 15 juli 1970 in de zaak 44-69, Buchler, Jurisprudentie 1970, blz. 755).

Afdeling V

De vraag of de bestreden beschikking naar de vorm behoorlijk met redenen omkleed is

Ten slotte wordt de Commissie door sommige verzoeksters (BASF, Sandoz, Cassella en Hoechst) verweten dat zij haar beschikking met betrekking tot het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging naar de vorm niet voldoende met redenen zou hebben omkleed.

Krachtens artikel 190 van het Verdrag is de Commissie inderdaad gehouden haar beschikkingen te motiveren, doch volgens Uw Hof is aan deze eis voldaan wanneer de redengeving ten aanzien van de wezenlijke elementen — feitelijk en rechtens — waarop zij berust, duidelijk is en voldoende samenhang vertoont; de Commissie is met name niet gehouden in te gaan op alle punten die tijdens de administratieve procedure het onderwerp van bespreking hebben uitgemaakt.

Zoals wij reeds zeiden, komt er in de redengeving van de bestreden beschikking geen enkel punt van wezenlijk belang voor dat door middel van de uiteenzetting van de punten van bezwaar niet reeds ter kennis van verzoeksters was gebracht. De beschikking geeft een duidelijke en volledige uiteenzetting van alle feiten waarmede de Commissie het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft willen aantonen. Bovendien heeft zij de zorgvuldigheid betracht haar beschikking rechtens zodanig te motiveren, dat voldaan is aan alle voorwaarden die in artikel 85, lid 1, worden gesteld, wil er van een onderling afgestemde feitelijke gedraging sprake zijn, met name wat betreft de gevolgen waartoe zodanige gedraging voor de mededeling moeten leiden en de nadelige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten. De Commissie was onzes inziens niet verplicht aan ieder der betrokken ondernemingen de hun verweten feiten te last te leggen, met name omdat tegen hen allen een en hetzelfde hoofdbezwaar werd ingebracht, namelijk dat zij aan deze afstemming hadden deelgenomen; bovendien heeft de Commissie in haar redengeving ten aanzien van bepaalde ondernemingen nadere mededelingen gedaan, welke in het kader van een procedure die tegen verschillende ondernemingen te zamen wegens dezelfde onder soortgelijke omstandigheden begane overtredingen aanhanging was gemaakt, stellig niet strikt noodzakelijk waren.

Ten slotte betogen deze verzoeksters dat de Commissie in haar beschikking had moeten ingaan op de argumenten welke zij tijdens de administratieve procedure schriftelijk of mondeling hadden voorgedragen. Zij werpen hiermede vragen op die nu juist het onderwerp van het geding voor het Hof uitmaken en ten nauwste met de hun verweten inbreuk samenhangen, zodat het alleen zin heeft ze in rechte te bespreken.

Afdeling VI

De bekendmaking van de bestreden beschikking

Verzoekster Francolor verwijt de Commissie dat zij de bestreden beschikking heeft geplaatst in het Publikatieblad van de Gemeenschappen, ofschoon beschikkingen genomen ingevolge artikel 15 van verordening nr. 17 — tot oplegging van geldboete — niet behoren tot die welke ingevolge artikel 21 dier verordening moeten worden bekendgemaakt.

De Commissie antwoordt hierop echter terecht dat de bekendmaking van de bestreden beschikking na kennisgeving aan de betrokkene plaatsvindt, zodat zij als zodanig niet tot nietigheid der beschikking kan leiden. Het komt hier alleen op de kennisgeving der beschikking aan; de datum dier kennisgeving wordt in aanmerking genomen voor de berekening van de beroepstermijn en alleen de aan

betrokkenen medegedeelde tekst der beschikking is authentiek.

In Uw arrest-Chemiefarma van 15 juli 1970 hebt U trouwens uitgesproken, dat „noch de tekst, noch de geest van... artikel 21 [de Commissie] beletten tot deze publikatie over te gaan zolang deze geen openbaarmaking van het zakengeheim der ondernemingen opleverde" en dat „de aldus aan de beschikking gegeven publiciteit zelfs bevorderlijk kan zijn voor de eerbiediging der mededingingsregels van het Verdrag".

Titel IV

De geldboete

Hiermee zijn wij dan ten slotte toegekomen aan de vragen betreffende de opgelegde geldboeten.

Zoals de Advocaat-Generaal Gand in zijn conclusie in de zaken betreffende het internationaal kininekartel heeft uiteengezet, vinden beschikkingen tot oplegging van een geldboete hun grondslag in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, volgens hetwelk de Commissie geldboeten mag opleggen wanneer ondernemingen opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85 van het Verdrag, met dien verstande dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete met de zwaarte en met de duur van de inbreuk rekening moet worden gehouden.

Uw Hof heeft in deze zaken uitgesproken, dat de ter vaststelling van de hoogte der geldboeten noodzakelijke waardering van de ernst der overtreding dient te geschieden onder afweging in het bijzonder van de aard der aan de mededinging gestelde beperkingen, van het aantal en het gewicht der betrokken ondernemingen, van het deel van de markt dat ieder hunner binnen de Gemeenschap controleert, alsmede van de marktsituatie ten tijde waarop de overtreding werd begaan, en voorts dat de positie en het individuele gedrag van de onderscheiden ondernemingen en de rol welke zij in het kartel hebben gespeeld bij de individuele vaststelling van het boetebedrag in aanmerking kunnen worden genomen.

Wij zouden U willen voorstellen deze richtlijnen ook hier aan te houden. Wij zullen dan echter eerst nog een middel moeten bespreken dat ook reeds in de zaak betreffende het internationaal kininekartel werd ingeroepen, namelijk dat de inbreuken zouden zijn verjaard.

Afdeling I

De verjaring

Verzoeksters betogen dat waar het communautaire kartelrecht het instituut der verjaring niet kent, moet worden gewerkt met het beginsel waarvan in de wettelijke regelingen der Lid-Staten wordt uitgegaan. Zij betogen dat de inbreuken begaan door de prijsverhoging van 1964 en zelfs door die van 1965 zo geruime tijd voor de inleiding van de administratieve procedure der Commissie — op 31 mei 1967 — hebben plaatsgehad, dat ze zijn verjaard.

Doch zo gesteld, lijkt ons deze vraag geheel dezelfde als die waarop U in Uw arresten van 15 juli 1970, Chemiefarma en anderen, Jurisprudentie 1970, blz. 661, uitspraak hebt gedaan: na te hebben vastgesteld dat in de voorschriften ter regeling van de bevoegdheid der Commissie tot het opleggen van boeten bij overtreding der mededingingsregelen geen verjaring is voorzien, hebt U eraan herinnerd dat „een verjaringstermijn om aan zijn doel, de bevordering van de rechtszekerheid, te beantwoorden, vooraf moet zijn vastgesteld" en dat „de vaststelling van zijn duur en van de voorwaarden voor zijn toepasselijkheid behoort tot de bevoegdheid van de Gemeenschapswetgever". Daarmee hebt U stilzwijgend, doch onmiskenbaar het betoog verworpen dat er in het Gemeenschapsrecht een aan het recht der Lid-Staten gemeenschappelijk beginsel zou moeten worden toegepast; zodanig beginsel kan volgens Uw Hof niet buiten de regelingen der Gemeenschap om tot gelding komen.

Wij willen bij deze jurisprudentie niet nader stilstaan, te minder omdat er, indien wij goed zijn ingelicht, mogelijk binnenkort door de Commissie bij de Raad een voorstel tot regeling van het

verjaringsprobleem zal worden ingediend.
Het betoog van verzoeksters doet bij ons echter de vraag rijzen of de Commissie niet, althans voor de verhoging van 1964, stilzwijgend afstand heeft gedaan van het recht tot vervolging over te gaan. De advocaat van de vennootschap ACNA heeft erop gewezen dat het Hof in het kader van zijn volledige rechtsmacht inzake beroepen tegen geldelijke sancties heeft te beoordelen of tussen de feiten en de eerste maatregel waardoor de Commissie van haar vervolgingsrecht gebruik gemaakt heeft niet zoveel tijd is verlopen dat de Commissie geacht moet worden van dit recht afstand te hebben gedaan.
Ofschoon zulk een waarderingsoordeel onder Uw volledige rechtsmacht kan worden gebracht, achten wij deze stelling niet gegrond. Vaststaat dat het de Commissie naar de tegenwoordige stand van de Gemeenschapsregelingen vrijstaat al dan niet een vervolging wegens ondernemersafspraken in te stellen; ook kan zij, wanneer zij eenmaal tot vervolging besluit, daartoe te allen tijde overgaan; dit volgt uit het hier stellig geldende algemene opportuniteitsbeginsel.
Enerzijds moeten wij ons echter afvragen:

— door welke handeling heeft de Commissie in concreto doen blijken van haar voornemen tot vervolging over te gaan?

anderzijds:

— na ommekomst van welke termijn moet het recht daartoe — bij gebreke van een nieuwe handeling — geacht worden te zijn prijsgegeven?

Deze beide vragen brengen ons onontkoombaar op het terrein der verjaring.
De eerste vraag houdt in feite in dat men zoekt vast te stellen welke handeling voor het eerst een verjaring heeft gestuit die nu juist in het Gemeenschapsrecht niet bestaat. Doch wanneer wij er een ogenblik van uitgaan dat deze vraag wel aan de orde is, willen wij erop wijzen dat onzes inziens de verificaties die in juni/juli 1965 ingevolge schriftelijke lastgeving door functionarissen der Commissie krachtens verordening nr. 17 en overeenkomstig artikel 14 dier verordening zijn verricht, zijn gelijk te stellen met handelingen van instructie die de verjaring hebben gestuit. De stelling van verzoeksters volgens welke het besluit tot inleiding van de procedure (31 mei 1967) de eerste daad van vervolging zou zijn, ware reeds in zoverre zeer aanvechtbaar.
Op de tweede vraag, betreffende afstand van het recht tot vervolging, moet worden geantwoord dat ieder gezagsorgaan dat tot het vervolgen van — en optreden tegen — inbreuken is geroepen, slechts op twee manieren een eenmaal aangevangen vervolging kan staken:

— door uitdrukkelijke buitenvervolgingstelling (daarvan is hier kennelijk geen sprake);
— door „stil te zitten" en totdat de verjaring is voltooid generlei maatregel te nemen welke haar kan stuiten. Doch daarmede zijn wij terug bij de — theoretische — veronderstelling dat het Gemeenschapsrecht geen verjaring kent — quod non —.

Bovendien zou in casu het tijdverloop tussen de eerste verificaties van juni 1965 en het besluit tot inleiding van de administratieve procedure van 31 mei 1967 in ieder geval zo kort zijn, dat niet aan een impliciete buitenvervolgingstelling kan worden gedacht. Voorts mag, naar wij zagen, het verband tussen de litigieuze prijsverhogingen, die een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, niet uit het oog worden verloren; in de terminologie van het strafrecht zou deze als een voortgezette handeling kunnen worden gekwalificeerd.
Deze grief moet dus, hoe men haar ook moge opvatten, in ieder geval worden verworpen.

Afdeling II

Het in aanmerking nemen van de boete die door de nationale gezagsorganen is opgelegd

Drie Duitse ondernemingen, Bayer, Cassella en Hoechst, dragen de grief voor

dat in de bestreden beschikking geen rekening is gehouden met de boete welke hun ter zake van de prijsverhoging van 1967 bij beschikking van het Bundeskartellamt van 28 november 1967 is opgelegd, hoewel Uw Hof in het arrest-Walt Wilhelm van 13 februari 1969 de opvatting heeft gehuldigd dat cumulatie van strafmaatregelen verboden is.
Zonder in het kader van de onderhavige gedingen in te gaan op de uitlegging welke verzoeksters aan Uw arrest menen te moeten geven, willen wij ermede volstaan — met de Commissie — te antwoorden dat de bestreden administratieve beschikking nimmer is ten uitvoer gelegd omdat de daartegen ingestelde beroepen schorsende werking hebben, terwijl zij bovendien later door de Duitse rechter zijn vernietigd.

Afdeling III

Het bedrag van de geldboete

Wanneer U dit alles met ons eens bent, zult U ten slotte aanleiding vinden het bedrag der door de Commissie opgelegde geldboeten volledig te handhaven.
De herhaalde verhogingen der kleurstoffenprijzen berusten op een alomvattend plan, waarbij weloverwogen blijkt te zijn te werk gegaan. Ook de ernst van de inbreuk staat volgens ons vast. Weliswaar zijn zij door „afknabbeling der prijzen" van betrekkelijk korte duur geweest, doch het komt ons voor dat hiermede naar behoren rekening is gehouden, toen de boeten voor de hierbedoelde grote ondernemingen op zulk een alleszins redelijk bedrag zijn gesteld.
In het bijzonder lijkt ons het zeer geringe bedrag van de aan ACNA opgelegde boete voor de bijzondere gedragslijn dezer onderneming de juiste strafmaat: ofschoon zij de prijsverhoging van 1967 op de Italiaanse markt heeft verhinderd door niet met de prijsbeweging mede te gaan, heeft zij zich bij de prijsverhoging van 1964 aangesloten en in ieder geval op de Benelux-markten aan de prijsverhoging voor pigmenten — met 10 % —, zoals die in 1965 heeft plaatsgehad, deelgenomen.

Op grond van een en ander concluderen wij:

— tot verwerping van de beroepen nrs. 48, 49, 51 tot en met 57-69,

— tot verwijzing van verzoeksters in de kosten van het geding.