Conclusies van de Advocaat-Generaal

M. LAGRANGE

24 mei 1960

Vertaald uit het Frans

INHOUD

blz.

I. *Feiten en conclusies* 936

II. *Ontvankelijkheid* 937

III. *Subsidiaire conclusies in de zaak 40-59* 939

IV. *Primaire conclusies van de beroepen* 941

1. Algemene opmerkingen 941

2. Onderzoek van de drie criteria 946

A. Afschaffing van de voorwaarde omtrent de afzet van 60.000 ton steenkool van de Gemeenschap 947

B. Tweede voorwaarde: verkoop van een minimum hoeveelheid kolen van de Gemeenschap in het verkoopgebied 950

C. Derde voorwaarde: verkoop van een minimum hoeveelheid van 6.000 ton kolen van het verkoopkantoor 961

V. *Eindconclusie* 962

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Heden hebben wij ons bezig te houden, enerzijds met de beroepen die de verkoopkantoren voor Ruhrkolen Präsident, Geitling en Mausegatt en de daarin verenigde kolenmijnondernemingen hebben ingesteld tegen enkele bepalingen van beschikking 36-59 van de Hoge Autoriteit van 17 juni 1959 betreffende de handelsregeling van de verkoopkantoren (gevoegde zaken 36, 37 en 38-59) en anderzijds met het beroep, dat door de onderneming Nold, groothandel in kolen en bouwmaterialen te Darmstadt, tegen dezelfde beschikking is ingesteld (zaak 40-59)

Hoewel het Hof niet tot voeging van deze beroepen is overgegaan, zelfs niet voor de mondelinge behandeling, mogen wij U verzoeken goed te vinden, dat wij deze zaken te zamen behandelen, zulks uitsluitend ter meerdere duidelijkheid. Immers, zowel de verkoopkantoren als Nold bestrijden dezelfde bepalingen van de bestreden beschikking, namelijk die welke betrekking hebben op de kwantitatieve criteria die van de groothandelaren worden verlangd teneinde gerechtigd te zijn om rechtstreeks door de verkoopkantoren te worden bevoorraad. Hoewel deze criteria aanzienlijk zijn verlaagd, worden zij door Nold nog te streng geacht; daarentegen klagen de verkoopkantoren over de weigering van de Hoge Autoriteit, de handhaving van de vroegere criteria goed te keuren. Wat voorts het kernpunt van de zaak aangaat, handelen beide gedingen over de wettigheid van de bestreden beschikking in verband met dezelfde bepalingen van het Verdrag, met name artikel 65, lid 2.

I. FEITEN EN CONCLUSIES

Een overzicht van de feiten kunnen wij achterwege laten, daar deze U voldoende bekend zijn uit vroegere procedures en, zo nodig, uit de uitvoerige rapporten van de Rechters-Rapporteur.

Wij brengen slechts in herinnering, dat de bestreden beschikking voornamelijk de volgende inhoud heeft (artikel 6 nieuw):

1) Het eerste criterium, dat vroeger was vereist, namelijk de afzet gedurende het voorafgaande kolenjaar van 60.000 ton kolen

van de Gemeenschap, is afgeschaft (en wordt derhalve in het dispositief van de beschikking niet meer genoemd, hetgeen betekent dat de verkoopkantoren het recht hebben verloren deze voorwaarde te stellen);

2) Het tweede en derde criterium (afzet van een minimum hoeveelheid steenkool van de Gemeenschap in het verkoopgebied waar de handelaar zal worden toegelaten; afzet, eveneens in het verkoopgebied, van een minimum hoeveelheid steenkool van het verkoopkantoor waaraan de handelaar is verbonden) zijn gehandhaafd, doch de minimum hoeveelheden zijn verlaagd, onderscheidenlijk van 30.000 tot 20.000 ton in het eerste geval en van 9.000 tot 6.000 ton in het tweede geval (artikel 6, sub 1 en 2).

Artikel 11 nieuw verwerpt:

„de verder strekkende verzoeken van de betrokken kolenmijnondernemingen met betrekking tot de handelsregeling",

hetgeen betekent, dat de eisen, die in de door de verkoopkantoren opgestelde handelsregeling werden gesteld niet zijn goedgekeurd, voorzover zij strenger zijn dan die welke in de beschikking worden genoemd. Deze gedeeltelijke weigering wordt door de verkoopkantoren in hun beroep tot nietigverklaring bestreden.

Nold concludeert primair tot vernietiging van artikel 6, sub 1 en 2, waarbij het tweede en het derde kwantitatieve criterium, hoewel met verlaging van de hoeveelheid, worden gehandhaafd.

Subsidiair verzoekt zij het Hof vast te stellen, dat dezelfde bepalingen van artikel 6,

„nietig of niet van toepassing zijn voorzover daardoor diegenen, die voor het tijdstip, waarop de beschikking werd genomen, als groothandelaren in de eerste hand werden bevoorraad, van de verdere bevoorrading als groothandelaar in de eerste hand worden uitgesloten".

II. ONTVANKELIJKHEID

De vraag van de ontvankelijkheid geeft voor de beroepen der verkoopkantoren geen aanleiding tot opmerkingen en leidt slechts tot een enkel woord omtrent het beroep Nold.

Uit de jurisprudentie (arrest Nold, 20 maart 1959) volgt, dat de dispensatiebeschikkingen ex artikel 65, lid 2, van individuele aard zijn, niet alleen ten opzichte van degenen die dispensatie verlangen, doch ook ten opzichte van derden, en wel voorzover zij betrekking hebben op een regeling van privaatrechtelijke aard. Het is voldoende, dat de derde die een vordering instelt een rechtstreeks *belang* heeft bij de vernietiging; zonder het woord te noemen doelt het arrest kennelijk op dit begrip. Dat zulks het geval is met de onderneming Nold valt niet te ontkennen en wordt ook niet ontkend.

In de conclusie van dupliek echter werpt de Hoge Autoriteit een weer van niet-ontvankelijkheid op tegen de susidiaire vordering van Nold, zoals deze in de conclusie van repliek op enigszins andere wijze opnieuw is geformuleerd. Naar haar mening heeft Nold haar conclusies omgedraaid en primair gevorderd, dat het Hof vaststelt, ofwel dat

> „de leden 1 en 2 van artikel 6 van de bestreden beschikking nietig zijn, voorzover daardoor bepaalde groothandelaren van de directe bevoorrading worden uitgesloten",

ofwel dat

> „deze bepaling op sommige handelaren niet van toepassing is".

In eerstgenoemde vorm zouden volgens verweerster dergelijke conclusies in feite het karakter hebben van een beroep wegens nalaten, waarvoor niet de procedure van artikel 35 is gevolgd, en in de tweede formulering zouden zij buiten het terrein van het beroep tot nietigverklaring vallen.

In werkelijkheid heeft verzoekster bij repliek geen nieuwe conclusies ingediend; noch zelfs haar aanvankelijke conclusies gewijzigd; zij heeft zich beperkt tot de (vanzelfsprekende) opmerking, dat, indien haar subsidiaire conclusies werden toegewezen, de in artikel 6 gestelde vereisten, die dan slechts voor de toekomst van belang zouden zijn, zonder enig nadeel voor haar gehandhaafd konden blijven.

Wij zijn van mening, dat de subsidiaire conclusies ontvankelijk zijn. Immers, zij komen in wezen hierop neer, dat de Hoge Autoriteit

rechtens haar goedkeuring niet mag hechten aan een handelsregeling, waarbij bepaalde kwantitatieve beperkingen worden ingevoerd (namelijk die welke in de leden 1 en 2 van artikel 6 zijn vastgesteld), indien daardoor de handhaving in de categorie van groothandelaren in de eerste hand van die handelaren, die vroeger deze hoedanigheid hadden, wordt verhinderd. Met andere woorden, een handelsregeling, die beperkter is dan de regeling die tevoren van kracht was, kan rechtens alleen worden goedgekeurd, indien daarbij de rechten van degenen die vroeger aan de voorwaarden voldeden gewaarborgd blijven. Hier is geen sprake van een beroep wegens nalaten: de positief verleende dispensatie wordt bestreden, en wel omdat daarin niet een bepaling is opgenomen, die volgens verzoekster voor de geldigheid noodzakelijk is.

III. SUBSIDIAIRE CONCLUSIES IN DE ZAAK 40-59

Hoewel deze conclusies derhalve naar onze mening ontvankelijk zijn, zijn zij ongetwijfeld niet gegrond. Aan het begin van onze uiteenzettingen omtrent de zaak ten principale zullen wij eerst dit punt afdoen, zonder ons om een logische volgorde al te zeer te bekommeren.

In de eerste plaats kan worden opgemerkt, dat de kwantitatieve criteria die volgens de vroeger van kracht zijnde beschikkingen waren vereist in de bestreden beschikking aanzienlijk zijn verlaagd. Het maken van overgangsbepalingen ligt voor de hand, wanneer een nieuwe regeling, die beperkter is dan degene waarvoor zij in de plaats treedt, bepalingen bevat welke minder gunstig zijn dan tevoren, doch niet wanneer deze regeling voor betrokkenen gunstiger is. Dat verzoekster nog de hoedanigheid heeft van groothandelaar in de eerste hand, is eigenlijk uitsluitend te danken aan het uitstel dat het Hof haar heeft verleend bij haar eerste beroep tegen beschikkingen 16 tot 18-57, en vervolgens aan de vernietiging van deze beschikkingen die daarop gevolgd is. Vroeger had zij geprofiteerd van de overgangsregeling, waarvoor bij de beschikkingen 5 tot 7-56 dispensatie was verleend voor het kolenjaar 1956-1957: ten opzichte van deze regeling waren overgangsbepalingen gerechtvaardigd, zo niet noodzakelijk, omdat daardoor de voorwaarden voor de directe

bevoorrading der groothandelaren aanzienlijk werden verzwaard. Heel anders staat het met de bestreden beschikking. Verzoekster kan dus niet staande houden, dat dispensatie rechtens alleen kon worden verleend, indien daarbij een overgangsregeling werd getroffen; bovendien is een overgangsbepaling als zodanig noodzakelijkerwijs van beperkte duur.

In feite beroept verzoekster zich op „verkregen aanspraken" voortvloeiende uit haar vroegere positie van handelaar in de eerste hand. In dit verband wijst zij op de regels van Duits recht omtrent de bescherming van het recht van eigendom — uitgebreid tot het recht van beroepsuitoefening — dat door artikel 14 van de Grondwet wordt gewaarborgd.

Hierop kan worden geantwoord, dat verzoekster voor de rechtbanken van haar eigen land tegen een handelsregeling van privaatrechtelijke aard elke actie kan instellen die haar goeddunkt. Doch het Hof, dat oordeelt over de wettigheid der dispensaties, mag niet, althans niet rechtstreeks, binnenlandse rechtsregels toepassen, die in een der Lid-Staten gelden, zelfs niet indien deze van constitutionele aard zijn (arrest Stork, 4 februari 1959). Het kan er ten hoogste gebruik van maken om daarin de uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel te zien, dat bij de toepassing van het Verdrag in aanmerking kan worden genomen.

Hoewel kan worden erkend, dat de bescherming van het eigendomsrecht, alsmede de waarborgen waarmede elke inbreuk op dit recht, zoals onteigening, moet worden omringd, een rechtsregel is die in alle zes de landen geldt, is het wel zeker dat een dergelijk geval zich hier niet voordoet. Er is geen sprake van enige inbreuk op eigendomsrechten, zelfs indien deze in een ruime zin worden opgevat, waartegen de Hoge Autoriteit zou zijn ingegaan.

Voorts is er geen sprake van discriminatie, daar de voorwaarden voor de directe bevoorrading objectief zijn vastgesteld. Discriminatie zou zich integendeel voordoen, indien, buiten een overgangsperiode van beperkte duur, een permanent verschil van criteria zou bestaan, dat uitsluitend zou zijn gegrond op de bestaansduur van het bedrijf van de handelaar.

IV. PRIMAIRE CONCLUSIES VAN DE BEROEPEN

Wij komen thans tot de primaire conclusies van Nold en tot de conclusies van de verkoopkantoren betreffende de vaststelling der kwantitatieve criteria. Elk der verzoeksters draagt drie middelen voor: schending van wezenlijke vormvoorschriften ten gevolge van ontbrekende of onvoldoende motivering, schending van het Verdrag en détournement de pouvoir.

1. Algemene opmerkingen

Allereerst mogen wij enige algemene beschouwingen wijden aan het vraagstuk van een ontbrekende of onvoldoende motivering, in het bijzonder ten aanzien van de dispensatiebeschikkingen die de Hoge Autoriteit uit hoofde van het tweede lid van artikel 65 kan uitvaardigen.

De verplichting van de Hoge Autoriteit om haar beschikkingen, aanbevelingen en adviezen met redenen te omkleden, zoals artikel 15 van het Verdrag voorschrijft, beantwoordt aan een tweeledig doel. Zij bevat in de eerste plaats een waarborg tegen willekeur, door het de openbare mening mogelijk te maken, het handelen van een met belangrijke bevoegdheden toegerust uitvoerend lichaam te volgen en te controleren. Zulks is in het bijzonder nodig voor het Parlement. Dit verklaart en rechtvaardigt het feit, dat alle beschikkingen van de Hoge Autoriteit aan de motiveringsplicht zijn onderworpen, zelfs die welke het gevolg zijn van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid.

Doch de motiveringsplicht is eveneens noodzakelijk in het belang van de rechterlijke controle op de beschikkingen, indien deze voor het Hof worden bestreden. Daar het hier een controle op de wettigheid betreft, die gewoonlijk plaatsvindt in een beroep tot nietigverklaring, waarbij de bevoegdheden van de rechter beperkt zijn en zowel compententie als verantwoordelijkheid tussen deze rechter en het uitvoerend lichaam zijn verdeeld volgens grenzen die dikwijls moeilijk te trekken zijn, is het volstrekt noodzakelijk dat de beschikking alle feitelijke elementen bevat, die de rechter in staat moeten stellen na te gaan of zij op behoorlijke wijze is tot stand gekomen.

Ook het Hof heeft deze mening weergegeven in het arrest Nold van 20 maart 1959 met de woorden:

„Overwegende..... dat de motiveringsplicht welke volgens artikel 15 van het Verdrag E.G.K.S. op de Hoge Autoriteit rust, niet slechts dient voor de bescherming der aan de rechtsmacht van het Hof onderworpen personen, doch bovendien ten doel heeft, mogelijk te maken dat het Hof de haar door het Verdrag opgelegde taak, de beschikkingen te toetsen, volledig kan vervullen".

Het arrest trekt daaruit zelfs de conclusie:

„dat het Hof ambtshalve moet ingaan op een eventueel gebrek in de motivering dat deze toetsing zou bemoeilijken".

Daarvoor is het uiteraard noodzakelijk, dat bepaalde rechtsmiddelen zijn opgeworpen, zonder welke het beroep niet gemotiveerd zou zijn, doch indien dat het geval is, is het niet vereist dat de verzoekende partij het middel schending van wezenlijke vormvoorschriften expressis verbis heeft opgeworpen: zodra het Hof, gezien de in de beschikking vervatte motivering, niet in de gelegenheid is zich uit te spreken over de vraag of de beschikking uit het oogpunt van het Verdrag al dan niet wettig is, „kan en moet" het deze wegens onvoldoende motivering vernietigen.

Aldus blijkt dat de aan de motivering te stellen eisen verschillen naar gelang van aard en onderwerp van de beschikking: zij zijn noodzakelijkerwijs beperkt, indien de beschikking het gevolg is van de uitoefening van een in meerdere of mindere mate discretionaire bevoegdheid: het is dan voldoende, indien aan de hand van de motivering, althans op het eerste gezicht (behoudens tegenbewijs, waardoor bijvoorbeeld een détournement de pouvoir wordt aangetoond), kan worden vastgesteld, dat de beschikking is genomen binnen het kader van een bepaalde bevoegdheid, overeenkomstig het algemeen belang en zonder willekeur. Doch indien de uitoefening van de betrokken bevoegdheid bij de wet (in casu het Verdrag) aan bepaalde voorwaarden is onderworpen, moet uit de motivering duidelijk blijken, dat al deze voorwaarden waren vervuld en om welke redenen van juridische en feitelijke aard de Hoge Autoriteit heeft gemeend dat zij dit waren.

Men behoeft artikel 65 slechts op te slaan om tot de overtuiging te komen, dat de aan de motivering te stellen eisen bijzonder streng moeten zijn ten aanzien van de dispensatiebeschikkingen die op grond van het tweede lid worden genomen. Door het gewicht dat in het Verdrag in het belang van de gemeenschappelijke markt wordt gehecht aan de naleving van de in de aanvang van het artikel genoemde regel van het kartelverbod, door het uitzonderlijke karakter van de dispensatie (uitzonderlijk in de juridische betekenis van het woord, dat wil zeggen dat de toepassing niet noodzakelijkerwijs „zeldzaam" behoeft te zijn, doch dat wordt afgeweken van een grondregel), ten slotte door de formulering van het tweede lid, in zijn opsomming van de drie voorwaarden waaraan moet zijn voldaan, wil de dispensatie (welke in dat geval overigens verleend moet worden) wettig zijn, door dat alles is de Hoge Autoriteit in haar bewegingsvrijheid uitzonderlijk beperkt en is zij gedwongen haar standpunt op zeer duidelijke en concrete wijze te verdedigen.

De motivering van een dispensatie, welke berust op het tweede lid van artikel 65, moet dus in het bijzonder handelen over de aanwezigheid van de in dit lid sub a, b en c genoemde voorwaarden en eventueel vooraf over de vraag, of er sprake is van een kartel als bedoeld in het eerste lid. Deze eis geldt ook, indien de beschikking slechts dient tot wijziging van een vroegere beschikking, voorzover het gaat om de motivering van de wijzigingen; zelfs indien de in de wijzigingen vervatte bepalingen minder streng zijn dan de oorspronkelijke, kan motivering nog noodzakelijk zijn, indien de motivering van de vroegere beschikkingen als onvoldoende zou worden beschouwd: zeer terecht heeft de Hoge Autoriteit dit aangevoerd bij haar verweer tegen de beroepen van de verkoopkantoren.

Doch het spreekt vanzelf, dat zelfs minder strenge beschikkingen – daaronder verstaan wij beschikkingen waarbij aan overeenkomsten of gedeelten van overeenkomsten, waarvoor vroeger dispensatie was verleend, thans goedkeuring wordt geweigerd, omdat zij te eng zijn – in dit opzicht eveneens behoren te worden gemotiveerd, op straffe van zich schuldig maken aan willekeur; aldus onze conclusie in de zaken 16 tot 18-59, waar wij hebben gesteld dat de zeer algemene „overwegingen" van de toentertijd bestreden beschik-

kingen onvoldoende zouden zijn geweest, indien zij geacht moesten worden een beschikking te bevatten (hetgeen niet het geval was); met andere woorden: indien de Hoge Autoriteit van mening verandert, zelfs in voor belanghebbenden gunstige zin, moet zij zeggen waarom.

Ten slotte een laatste opmerking van algemene aard, die ons van wezenlijk belang schijnt.

Bij lezing van het tweede lid van artikel 65 blijkt, dat in feite de beide eerste voorwaarden (sub a en sub b) tegengesteld zijn aan de derde voorwaarde (sub c). De Hoge Autoriteit moet er zich in de eerste plaats van overtuigen, dat de overeenkomst die haar wordt voorgelegd, en die een specialisatie-overeenkomst moet zijn of een overeenkomst tot gemeenschappelijke aankoop of verkoop, „tot een duidelijke verbetering van de produktie of de verdeling van bedoelde produkten zal bijdragen", dat zij onmisbaar is voor het bereiken van deze doeleinden en niet van een meer beperkende aard dan voor het doel van de overeenkomst noodzakelijk is (in feite zijn dit zelfs drie voorwaarden). Doch ook bij een bevestigende beantwoording van deze drie punten moet nog vaststaan (voorwaarde sub c), dat de overeenkomst in kwestie

> „niet aan de belanghebbende ondernemingen de macht zou kunnen geven om voor een belangrijk gedeelte van de betrokken produkten op de gemeenschappelijke markt de prijzen vast te stellen, de productie of de afzet te beheersen of te beperken, noch deze ondernemingen zou kunnen onttrekken aan een daadwerkelijke mededinging van andere ondernemingen op de gemeenschappelijke markt."

Gelijk mr. von Simson aan het einde van de zitting terecht heeft opgemerkt, weegt het Verdrag enerzijds het zuiver economische doel dat op wettige wijze met een overeenkomst mag worden nagestreefd, bijvoorbeeld door verbetering van de distributie, en anderzijds de concurrentievrijheid tegen elkander af. Zolang het er om gaat na te gaan, of de voorwaarden sub a en b vervuld zijn, kan de overeenkomst in haar geheel en in haar verschillende onderdelen worden onderzocht en kan worden nagegaan of zij bijvoorbeeld tot verbetering van de distributie zal bijdragen, zonder van een meer beperken-

de aard te zijn dan voor dit doel noodzakelijk is, zelfs indien daarbij bepaalde belangen zouden worden geschonden. Doch er bestaat een grens, namelijk de aantasting van de concurrentie op de markt die kan ontstaan doordat de overeenkomst, ook al zouden daardoor bij de produktie of de verdeling optimale resultaten worden bereikt, de betrokken ondernemingen een dominerende positie verschaft; in dat geval behoort de bescherming van de concurrentie voorop te staan.

Wij raken hier het kernprobleem dat zich voordoet bij de toepassing van elke kartelwetgeving, zij het dat deze is gegrond op het „misbruik"-begrip of op de theorie van „goede" en „slechte" kartels en onverschillig welk rechtsstelsel wordt toegepast: nietigheid van rechtswege behoudens goedkeuring, vrijheid behoudens tussenkomst van de administratie of behoudens gerechterlijke vervolging enz. Altijd komt er een tijdstip waarop het bevoegde gezag, hetzij administratie of rechter, indien het de zaken grondig wil beoordelen, gedoemd is de balans van de voor- en nadelen van het kartel op te maken en vast te stellen, onder welke omstandigheden de voordelen overheersen.

Bij de schriftelijke en mondelinge behandeling is gewezen op interessante beslissingen van het Bundeskartellamt in Duitsland. Op onze beurt mogen wij een van de gepubliceerde adviezen citeren van de kartelcommissie, die in Frankrijk de spil is waar de toepassing van de kartelwetgeving om draait, hoewel zij slechts een raadgevende taak heeft. Het betrof hier een kartel op het gebied van de produktie van en de handel in gist voor broodbereiding. Uit dit advies[1]) citeren wij het volgende:

> „Overwegende, dat samen met deze bepalingen (betreffende met name de vaststelling van prijzen en verkoopcontingenten) een verkoopregeling is ingevoerd die niet een bijzonder kartel vormt, doch logisch voortvloeit uit de op het vlak van de produktie getroffen maatregelen en die in wezen neerkomt op een zodanige beperking van het aantal handelaren, dat ieder, behoudens zekere uitzonderingen, in een bepaalde sector het alleenverkooprecht van gist bezit.....".

---

[1]) Journal Officiel de la République française, édition des documents administratifs, 1960, blz. 9.

Na dit kartel wegens zijn invloed op de verkoopprijzen te hebben veroordeeld, vervolgt de Commissie:

„Overwegende met betrekking tot de distributie, dat ook al is door de huidige organisatie de regelmatige voorziening der bakkers verzekerd en ook al zal de beperking van het aantal handelaren die tot de verkoop van gist gerechtigd zijn een zekere bezuiniging in het vervoer en het goederenverkeer bevorderen, de nadelige gevolgen van deze organisatie niettemin de voordelen overtreffen; dat in het bijzonder de monopolistische positie, die de enige verkoper in elke sector ten gevolge van het kartel zal innemen, de afnemers afhankelijk maakt van een enkele handelaar en het hun onmogelijk maakt, met enige kans op succes op de prijzen of de kwaliteit van de verleende diensten invloed te oefenen.....".

Het advies vervolgt met talrijke overwegingen van feitelijke aard om ten slotte te eindigen met een reeks aanbevelingen omtrent de voorwaarden, waaraan volgens de Commissie het kartel zou moeten voldoen om in overeenstemming te zijn met de wet.

Het spreekt vanzelf dat er slechts een verwijderd verband bestaat tussen de handel in gist voor de broodbereiding in Frankrijk en die in Ruhrkolen, gelijk ook de bepalingen van de overeenkomsten in beide gevallen zeer verschillend zijn, doch wij meenden dit advies te moeten aanhalen om aan te tonen op welke wijze ons inziens het onderzoek van een verzoek om dispensatie volgens de anti-kartelbepalingen van het Verdrag dient te geschieden: een zo uitgebreid mogelijk vergelijkend onderzoek, zoveel mogelijk gebaseerd op de concrete feiten, enerzijds van de voordelen die uit de overeenkomst voortvloeien, indien haar doel, in casu de verbetering van de verdeling, wordt bereikt, anderzijds van de nadelen van dezelfde overeenkomst in de vorm van de concurrentiebeperkingen die er het gevolg van zijn. In geval van twijfel bevat het Verdrag zelf het antwoord sub c): de overeenkomst mag niet worden goedgekeurd, indien zij de belanghebbende ondernemingen een dominerende positie zou kunnen doen innemen.

2. Onderzoek van de drie criteria

Wij komen thans tot het onderzoek van de drie criteria die voorwerp zijn van de rechtsgedingen. Zowel uit het oogpunt van onvol-

doende motivering als uit dat van schending van het Verdrag zullen wij de bestreden beschikking op elk van deze drie punten onderzoeken.

A. *AFSCHAFFING VAN DE VOORWAARDE OMTRENT DE AFZET VAN 60.000 TON STEENKOOL VAN DE GEMEENSCHAP*

Uiteraard wordt de beschikking op dit punt alleen bestreden door de verkoopkantoren.

De desbetreffende motivering is in de beschikking te vinden in twee overwegingen op blz. 738-59 van het Publikatieblad, eerste kolom, tweede en derde alinea; de eerste overweging handelt in het algemeen over de verlaging van de criteria, de tweede meer in het bijzonder over de afschaffing van het criterium van 60.000 ton.

Beziet men deze overwegingen, dan blijken deze in de eerste plaats twee opmerkingen van feitelijke aard te bevatten:

1) De gestelde voorwaarde had tot gevolg dat een betrekkelijk groot aantal onafhankelijke middelgrote groothandelaren van de directe toegang tot de verkoopkantoren werd uitgesloten. Immers, weliswaar bestaan er onafhankelijke handelaren die een „belangrijke" omvang hebben en afhankelijke handelaren (dat zijn diegenen die met de mijnen zijn verbonden) die slechts „middelgroot" zijn, doch dit geldt slechts bij wijze van uitzondering en het staat vast dat bij verhoging van de kwantitatieve criteria de afhankelijke handelaren naar verhouding worden begunstigd. Dat blijkt uit de overgelegde stukken en wordt niet betwist.

2) De voorwaarde van 60.000 ton heeft praktisch tot gevolg, dat het merendeel der handelaren, die tot de handel in de eerste hand wensen te worden toegelaten, gedwongen is zich bij de drie verkoopkantoren te laten inschrijven, hetgeen een gevolg is van het feit dat in een groot aantal gevallen, in het bijzonder in bepaalde verkoopgebieden, alleen Ruhrkolen worden verbruikt. Op deze wijze wordt de derde voorwaarde (verkoop van 9.000 ton steenkool van het kantoor waarbij de handelaar zich wil laten inschrijven) praktisch zinloos.

Wat zijn de gevolgen van deze beide opmerkingen?

a) Met betrekking tot de eerste opmerking (te grote achteruitgang van het aantal onafhankelijke handelaren) zegt de Hoge Autoriteit:

> „dat de verkooporganisaties van het Ruhrbekken voor de instelling van de gemeenschappelijke markt een aanmerkelijk (sensiblement) lagere hoeveelheidsgrens hadden toegepast"

(het woord „sensiblement" in de Franse tekst is te bescheiden: de grens lag bij slechts 6.000 ton) en zij trekt daaruit de conclusie, dat

> „de rechtstreekse toelating tot de verkoopkantoren door dit criterium (van 60.000 ton) in aanzienlijke mate (wordt) bemoeilijkt, zonder dat zulks door het gestelde doel, verbetering van de distributie, wordt gerechtvaardigd".

Deze gedachtengang is naar onze mening onvolledig: de Hoge Autoriteit beweert niet (hetgeen zij wellicht had kunnen doen) dat het nieuwe criterium geen merkbare invloed heeft op de verbetering van de distributie, dat het niet tot een dergelijke verbetering bijdraagt; zij stelt alleen, dat ter bereiking van de verlangde verbetering niet een zo aanzienlijke beperking in de rechtstreekse toelating tot de verkoopkantoren was vereist, waarbij een groot aantal onafhankelijke handelaren werd uitgesloten, doch zij zegt niet waarom. In feite heeft de Hoge Autoriteit zich gehouden aan het bepaalde sub a en b van het tweede lid van artikel 65, terwijl zij de vraag had behoren te onderzoeken in verband met de bepaling sub c; dat wil zeggen, dat zij de voordelen, voortvloeiende uit de — door haar niet betwiste — verbetering van de distributie behoorde te vergelijken met de nadelen die het nieuwe criterium met zich bracht uit het oogpunt van de concurrentie. Een vermindering van het aantal onafhankelijke handelaren is op zichzelf niet in strijd met een verbetering van de verdeling; het tegendeel is wellicht waar. Daarentegen staat vast, dat daardoor op commercieel gebied de concurrentie wordt beperkt en de dominerende positie van de ondernemingen wordt bevorderd.

Wel komt deze gedachte zeer in het algemeen tot uitdrukking aan het einde van de eerste overweging op blz. 738, waar wordt gezegd dat de opgedane ervaring heeft

„aangetoond, dat de door de verkoopkantoren tot dusver toegepaste kwantitatieve criteria op handelsgebied meer omvangrijke beperkingen tot gevolg hebben gehad dan voor een betere distributie noodzakelijk is".

Doch deze stelling, die van essentieel belang is, behoorde voor het criterium van 60.000 ton te worden herhaald en gemotiveerd.

b) De tweede opmerking daarentegen (verplichting voor het merendeel der handelaren in de eerste hand, zich aan te sluiten bij de drie kantoren) leidt tot een gevolgtrekking, die behoorlijk is gemotiveerd en die de afschaffing van het criterium op beslissende wijze rechtvaardigt: door het criterium, zegt de Hoge Autoriteit,

„wordt aan de onafhankelijkheid van de verkoopkantoren afbreuk gedaan".

De onafhankelijkheid der verkoopkantoren, die in het bijzonder „een onafhankelijk verkoopbeleid moesten voeren", is een van de belangrijkste voorwaarden geweest die de Hoge Autoriteit heeft gesteld aan de dispensatie voor het verkoopkartel van de mijnen van het Ruhrgebied. Het Hof heeft dit vereiste vermeld in het arrest Geitling, zaak 2-56, Jurisprudentie III, blz. 44 voorlaatste alinea, en onze Ambtgenoot Roemer heeft er in zijn conclusie sterk de nadruk op gelegd (id. blz. 79). Het spreekt vanzelf dat een stelsel, waarbij het merendeel van de handelaren in de eerste hand bij de drie verkoopkantoren is en zelfs moet zijn aangesloten, bij voorbaat elke mogelijkheid torpedeert, dat de kantoren een van elkander onafhankelijk beleid zullen voeren: in elk gebied worden zij door dezelfde agenten vertegenwoordigd. Waarom zouden deze er belang bij hebben de afzet van de produkten van het ene verkoopkantoor boven die van het andere te bevoordelen?

Het is waar, en verzoeksters verzuimen niet er op te wijzen, dat er hier geen sprake is van een verandering in de economische situatie, ontstaan sedert de uitvaardiging van de eerste beschikking waarbij dit criterium – en zelfs een nog strenger criterium, daar de minimum hoeveelheid 75.000 ton bedroeg – was goedgekeurd. Ook is het waar, dat er geen „ervaring" van verscheidene jaren voor nodig was om een gevolg vast te stellen, dat met behulp van een eenvoudige vermenigvuldiging (drie maal negen is immers nooit meer dan 27) met

zekerheid had kunnen worden voorspeld; de Hoge Autoriteit moest uiteraard op de hoogte zijn van de vrijwel monopolistische positie die de Ruhrkolen in een groot deel van de Gemeenschap, met name in Duitsland, ten gevolge van de natuurlijke omstandigheden innemen. Doch nu deze vergissing, trouwens door de Hoge Autoriteit formeel erkend, eenmaal was begaan, was het te meer noodzakelijk deze bij een latere dispensatie te herstellen. Op grond van artikel 65, lid 2, sub 4, had zij de dispensatie zelfs voortijdig kunnen intrekken, zodra zij had ingezien dat

> „de werkelijke gevolgen van deze overeenkomst of van haar toepassing strijdig (waren) met de voorwaarden, welke voor de verlening van de ontheffing vereist (waren)".

De afschaffing van de eerste voorwaarde is dus niet alleen voldoende gemotiveerd, doch ook in het kader van de dispensatie voor gemeenschappelijke verkoop uit het oogpunt van artikel 65 rechtens gegrond.

B. TWEEDE VOORWAARDE: VERKOOP VAN EEN MINIMUM HOEVEELHEID KOLEN VAN DE GEMEENSCHAP IN HET VERKOOPGEBIED

Deze voorwaarde is gehandhaafd, doch de minimum hoeveelheid is teruggebracht van 30.000 tot 20.000 ton.

Ten aanzien van de vraag of de motivering voldoende is, zijn wij van mening dat aan de rechtvaardiging van het criterium zelf meer eisen kunnen worden gesteld dan, indien daarvoor eenmaal gronden zijn aangevoerd, aan de vaststelling van het cijfer dat als minimum hoeveelheid wordt gekozen; dit laatste behoort in wezen tot de beoordelingsbevoegdheid van de Hoge Autoriteit, die, gelijk wij zeiden, uiteraard slechts in geringe mate aan de controle van het Hof is onderworpen.

De belangrijkste vraag is dus deze, of dit criterium in beginsel gerechtvaardigd is, in aanmerking genomen dat de noodzaak van het derde criterium (behoudens het beloop daarvan) niet wordt betwist.

a) *Toetsing aan artikel 65, lid 2, sub a en b*

Het onderhavige criterium, aldus de bestreden beschikking (blz. 738, rechter kolom, tweede alinea), dient om

> de omvang van de handelsbedrijvigheid van een groothandelaar in de eerste hand te bepalen. De verkoopkantoren hebben het recht, van een groothandelaar in de eerste hand te verlangen, dat zijn afzet kolen van vele verschillende soorten en grootten omvat. Daartoe is vereist, dat de totale door de groothandelaar afgezette hoeveelheid kolen een bepaalde omvang bereikt. Dit criterium kan bovendien worden toegepast om een onderscheid te maken tussen de groothandelaren in de eerste hand en de kleinhandelaren van een zekere importantie, die bij de distributie een andere functie vervullen.

Er worden dus twee redenen opgenoemd: 1) de onderneming van een handelaar in de eerste hand moet een voldoende „omvang" hebben en „vele verschillende soorten en grootten" omvatten; 2) de groothandelaar dient van de kleinhandelaar te worden onderscheiden.

Aan het eerste punt heeft de Hoge Autoriteit veel aandacht besteedt, zowel in de processtukken als in haar antwoord op de vragen van het Hof in de zaak Nold, en ook de verkoopkantoren hebben er een uitvoerig betoog aan gewijd. Het vereiste van een ruim assortiment van soorten en grootten werd aangevuld met de eisen van kredietwaardigheid, het aanhouden van voldoende voorraad, een brede kring van afnemers, alles voorwaarden waaraan de groothandelaar in de eerste hand zou moeten voldoen om de rol te kunnen spelen die op het gebied van de afzet van hem wordt verwacht. Voorts voeren de verkoopkantoren aan, dat het voor een goede afzetorganisatie nodig is, dat zij slechts een betrekkelijk gering aantal handelaren rechtstreeks behoeven te bevoorraden, daar anders het distributieapparaat onnodig wordt verzwaard.

Tot onze spijt moeten wij in alle oprechtheid erkennen, dat al deze uiteenzettingen, hoezeer ook duidelijk voorgedragen en uitvoerig geargumenteerd, ons niet hebben kunnen overtuigen.

Wij begrijpen zeer wel, dat de kolenmijnondernemingen de zorg voor de afzet afwentelen op een gemeenschappelijk orgaan, omdat

zij anders één voor één gedwongen zouden zijn een commerciële organisatie op te richten en in stand te houden: rationalisatie is op dit gebied geboden. Dit rechtvaardigt ook het beginsel van de instelling van gemeenschappelijke verkooporganisaties, die bovendien vanouds in het Ruhrgebied bestonden en waarvan de rechtmatigheid niet wordt betwist. Wij begrijpen ook, dat dit vereiste van meer belang is geacht dan de nadelen, bestaande in beperking van de concurrentie, die het gevolg zijn van een dergelijke organisatie.

Wij begrijpen ook, althans in beginsel, de voorwaarden die gesteld worden, opdat sommige verbruikers (zij die een groot verbruik hebben, de zogenaamde „regionale" afzet, enz.) rechtstreeks toegang tot de mijnen hebben, ook al mag niet worden vergeten dat daardoor het grootste gedeelte van de in het Ruhrgebied gewonnen steenkool aan de handel wordt onttrokken.

Ten slotte begrijpen wij het onderscheid dat wordt gemaakt tussen groothandel en kleinhandel, welk onderscheid in de aard der dingen ligt.

Doch wij begrijpen minder goed, dat het noodzakelijk zou zijn, binnen de groothandel een soort van onderverdeling te maken tussen de zogenaamde groothandel „in de eerste hand" en die „in de tweede hand"; een dergelijk onderscheid toch heeft op zichzelf geen zin: de Hoge Autoriteit verklaart zelf in haar antwoord op de vijfde vraag van het Hof dat

> „binnen de groothandel — namelijk de groothandel in de eerste en in de tweede hand — tussen de afnemers van beide groepen geen verschil bestaat".

Derhalve heeft de onderscheiding uitsluitend ten doel, het aantal groothandelaren die toegang hebben tot de verkoopkantoren te beperken. De Hoge Autoriteit erkent dit zelf.

De redenen die voor een dergelijke beperking worden aangevoerd (noodzaak van een ruime schakering in soorten en grootten, kredietwaardigheid enz.) hebben juist betrekking op die criteria, die

gewoonlijk worden gebruikt om het onderscheid aan te geven tussen groothandelaren en kleinhandelaren; om zich hiervan te overtuigen is het voldoende artikel 6, sub 3, van de bestreden beschikking op te slaan, waarvan de rechtmatigheid noch door de verkoopkantoren, noch door Nold wordt bestreden en dat trouwens uit vroegere beschikkingen is overgenomen. Deze tekst luidt als volgt:

> „De handelaar (bedoeld is de handelaar die een verzoek indient om rechtstreeks te worden bevoorraad) moet voldoen aan de voorwaarden welke gewoonlijk aan een groothandelaar worden gesteld (bijvoorbeeld kredietwaardigheid, voldoende zekerheidstelling, gevestigd zijn in het verkoopgebied, het aanhouden van voldoende voorraad, markt- en warenkennis, brede kring van afnemers, verkoop van een ruime schakering in soorten en grootten)".

Vervolgens wordt in de tekst gesproken over de betekenis van de voorwaarde betreffende het aanhouden van voldoende voorraad. Op dit punt bestaat ons inziens overeenstemming met de beperkte eisen waarvan in de mondelinge zitting sprake is geweest, daar de kolen in beginsel rechtstreeks aan de verbruiker of de kleinhandelaar worden geleverd.

Wat wil men nog meer?

Onder deze omstandigheden schijnen de eisen van de „rationalisatie" zich te beperken tot het voordeel dat de verkoopkantoren slechts met een zo gering mogelijk aantal groothandelaren behoeven te onderhandelen: dit voordeel is niet groot in vergelijking met de opgelegde beperking. Immers, de verkoopkantoren zijn in het leven geroepen om de mijnen van de last van een handelsorganisatie te ontheffen en hun eigenlijke taak bestaat juist daarin, dat zij aan de groothandel leveren.

Bovendien schijnt de vrees, dat het aantal groothandelaren in de eerste hand te zeer zal stijgen, in feite niet gegrond. Recente ervaringen hebben namelijk aangetoond, dat sedert de afschaffing der criteria slechts een deel van de groothandelaren, die te voren niet doch thans wel aan de gestelde voorwaarden voldeden, inschrijving hebben verzocht als groothandelaar in de eerste hand. Deze

omstandigheid bewijst volgens de Hoge Autoriteit, dat de limiet van 20.000 ton redelijk is en zoveel mogelijk in overeenstemming met het feitelijke onderscheid tussen groothandelaar in de eerste en in de tweede hand. Doch waarom van overheidswege een minimum grens te stellen die, zoals wij zagen, niet door handelsbelangen wordt gemotiveerd? Het door de Hoge Autoriteit gesignaleerde verschijnsel bewijst integendeel, dat vrijheid in het onderhavige geval ongetwijfeld de beste ordenende factor is, daar, waar de verkoopkantoren gerechtigd zijn te verlangen dat de handelaren die rechtstreeks worden bevoorraad de normale hoedanigheden van een groothandelaar bezitten (wij zagen dat in dit opzicht aan hun verzoek is voldaan), geen enkele groothandelaar gehouden is inschrijving te verlangen. Hij kan er de voorkeur aan geven zich er toe te beperken aan de behoeften van zijn afnemers te voldoen, waarbij zijn winst, gelijk men ons heeft verklaard, bestaat in een gedeelte van de commissie die de groothandelaar in de eerste hand voor hem overlaat.

Nog minder begrijpen wij de beweerde noodzaak, dat een limiet wordt vastgesteld voor de maximum hoeveelheid die de kleinhandel kan bereiken; immers, de kleinhandelaar kan, hoe groot ook zijn omzet is of het totaal van zijn jaarlijkse afzet, nimmer aanspraak maken op directe bevoorrading.

Voorts moge er op worden gewezen dat vóór de instelling van de gemeenschappelijke markt (behoudens in Zuid-Duitsland, waar een bijzondere regeling bestond) werd volstaan met het criterium van een afzet van 6.000 ton Ruhrkolen; hiervoor in de plaats geldt thans het criterium 6.000 ton kolen van het verkoopkantoor in het verkoopgebied.

Resumerend achten wij niet bewezen, dat de vaststelling van een lagere limiet voor de kolen van de Gemeenschap die jaarlijks in het verkoopgebied behoren te worden afgezet, gevoegd bij de voorwaarden die gewoonlijk aan een groothandelaar gesteld worden, de verdeling „duidelijk verbeteren" kunnen. Reeds in dit opzicht achten wij de bestreden beschikking niet gegrond.

b) *Toetsing aan artikel 65, lid 2, sub c*

Doch wij menen, dat de beschikking in twee andere opzichten evenmin gegrond is. Het betreft hier overigens punten van ongelijk belang.

1) Het *eerste* punt betreft de beperkende invloed die het criterium kan hebben op de onafhankelijkheid der verkoopkantoren, dat „onafhankelijke beleid" dat deze moesten voeren, waarop wij reeds wezen bij de bespreking van het eerste criterium. Immers, hoewel het eerste criterium (60.000 ton) is afgeschaft, is het derde verminderd van 9.000 tot 6.000 ton, zodat het tweede, dat thans aan de orde is, hoewel eveneens verlaagd (van 30.000 tot 20.000 ton), nog iets meer dan het drievoud van het derde criterium bedraagt. Met andere woorden, indien de handelaar uitsluitend steenkool betrekt van de mijnen die bij de verkoopkantoren zijn aangesloten, moet hij zich praktisch nog bij elk van die kantoren inschrijven om aan de voorwaarden te voldoen (drie maal zes = 18; verlangd wordt 20.000 ton). In feite is dit weliswaar niet steeds het geval, omdat in de hoeveelheid van 20.000 ton andere produkten kunnen zijn begrepen dan steenkool, in het bijzonder bruinkool en gascokes; uit het overzicht dat de Hoge Autoriteit als bijlage II heeft overgelegd in antwoord op een van de gestelde vragen blijkt, dat een aanzienlijk aantal van de onlangs ingeschreven handelaren in de eerste hand slechts bij één kantoor inschrijving heeft verzocht, hoewel hun afzet van kolen van dit kantoor dikwijls veel lager lag dan 20.000 ton: toch bereikten zij de hoeveelheid van 20.000 ton dank zij de afzet van bruinkool of gascokes.

Niettemin vertoont het criterium van 20.000 ton, hoewel minder beperkend dan het vroegere criterium, het genoemde nadeel, zij het in mindere mate; de Hoge Autoriteit geeft dit ook zelf toe (conclusie van dupliek in de zaak Nold, sub 25): het staat vast dat een zeker aantal handelaren nog steeds verplicht is kolen af te zetten van twee of zelfs van drie der verkoopkantoren om bij één daarvan te kunnen worden ingeschreven. Overigens is niet wel in te zien, op welke wijze de verkoop van bruinkool en gascokes, dat wil zeggen van produkten die niet van de verkoopkantoren afkomstig zijn, kan bijdragen tot de verbetering van de afzet van de produkten van dit kantoor.

Dit argument blijft dus van kracht, daar in het kader van het systeem waaraan de Hoge Autoriteit voor de eerste maal haar goedkeuring heeft gehecht (beschikkingen 5 tot 7-56) – in welk kader ook de bestreden beschikking moet worden geplaatst – de onafhankelijkheid der verkoopkantoren een wezenlijke voorwaarde was voor de goedkeuring van die gemeenschappelijke verkoop zelf. Elke beperking, waardoor aan de onafhankelijkheid afbreuk kan worden gedaan, behoort mitsdien te worden verboden. Om deze reden achtten wij ook de afschaffing van het criterium van 60.000 ton rechtens gegrond.

2) Echter kan men zich niet ontveinzen dat deze overwegingen in feite elke actualiteit hebben verloren, daar het op het huidige tijdstip een voldongen feit is, dat het „onafhankelijke verkoopbeleid" der kantoren nooit heeft bestaan – gelijk de Hoge Autoriteit in de motivering van de beschikking 17-59 uitdrukkelijk heeft erkend – en dat het zeer te betwijfelen valt of de toetreding van enkele nieuwe handelaren in de eerste hand de plotselinge ontwikkeling van een dergelijk beleid tot gevolg zal hebben.

Daarom lijkt het ons juist, een andere vraag aan te snijden die de kern van het probleem raakt. In het beroep Nold is het betreffende middel overigens uitdrukkelijk opgeworpen (verzoekschrift, paragraaf 3, sub c, uit het oogpunt van gebrekkige motivering en paragraaf f in fine uit het oogpunt van schending van het Verdrag). Het middel is uitgewerkt in de conclusie van repliek sub 9. Het gaat hierbij om de vraag, of de bestreden beschikking gegrond is uit het oogpunt van het tweede lid van artikel 65, sub c; deze vraag is, gelijk wij zagen, van het uiterste belang voor een behoorlijke uitoefening van de bevoegdheid tot het verlenen van dispensatie. Zelfs indien de overeenkomst voldoet aan de sub a en b gestelde vereisten mag zij niet van dien aard zijn, dat de belanghebbende ondernemingen een dominerende positie innemen, waardoor deze met name de produktie of de afzet van de onderhavige produkten kunnen beheersen of beperken. De Hoge Autoriteit heeft de noodzaak hiervan in de bestreden beschikking ook erkend (blz. 739, eerste kolom boven).

Het bestaan van een juiste handelsregeling is de noodzakelijke tegenhanger van de dispensatie voor het verkoopkartel der producenten. Onze Ambtgenoot Roemer heeft reeds in zijn conclusie in de zaak Nold 18-57 hierop gewezen, en wel in de volgende woorden:

> „Aanvaardt men nu het rechtmatig karakter van de gemeenschappelijke verkoop van Ruhrkolen door drie verkoopkantoren – er bestaat voor mij geen aanleiding om deze vraag in de onderhavige procedure nader te onderzoeken – dan dringt zich de onafwijsbare noodzaak op om de verkoop zodanig te regelen, dat willekeur zijdens de verkopers wordt uitgesloten. Anders gezegd: met de invoering van de handelsregeling beoogde men niet slechts een voortzetting van de bestaande gang van zaken bij de kolenafzet, maar zij was onmisbaar voor een behoorlijke ordening van de kolenmarkt, omdat zonder deze regeling het de verkoopkantoren hadde vrijgestaan naar believen m.b.t. de afzet voorwaarden vast te stellen c.q. te wijzigen."

Om dit te bereiken is het volstrekt noodzakelijk dat de handel in handen is van handelaren, die onafhankelijk zijn van de verkoopkantoren, althans in ruime mate: anders zouden de ondernemingen, die reeds door het bestaan van het verkoopkartel in staat zijn de produktie te organiseren en de prijzen te beïnvloeden (zo niet „vast te stellen", hetgeen verboden is), bovendien de afzet controleren door middel van de handelaren die met hen zijn verbonden.

De Hoge Autoriteit is zich trouwens van dit gevaar volkomen bewust. Wij lezen bijvoorbeeld in paragraaf 26 van het verweerschrift in de door de verkoopkantoren aanhangig gemaakte zaken de volgende, bijzonder veelzeggende passage:

> „Verzoeksters achten het noodzakelijk de grote handelsondernemingen, die op grond van hun belangrijke omzetten en financiële macht reeds een sterke positie op de kolenmarkt innemen, te beschermen tegen de ondernemingen van de middelgrote groothandel, doordat zij laatstgenoemden van de directe bevoorrading uitsluiten. Indien men bedenkt, dat de grote handelsondernemingen voor het merendeel met de mijnen zijn verbonden, dan wordt het duidelijk dat hier in feite wordt gepleit ten gunste van de belangen der kolenmijnondernemingen. De in drie verkoopkantoren verenigde kolenmijnondernemingen van het Ruhrbekken zouden de afzet die via de handel plaatsvindt op de grote handelsondernemingen, die hun het naast zijn, willen concentreren, en daarmede hun toch reeds sterke invloed op de markt ook in het eerste stadium van de distributie onbeperkt willen vestigen."

Onder deze omstandigheden rijst de vraag, wat te denken van het gestelde in de overweging van de bestreden beschikking, waarop wij zo juist hebben gewezen (blz. 739 boven):

> „Gezien het aantal tot de rechtstreekse bevoorrading toegelaten groothandelaren zijn noch de kolenmijnondernemingen noch individuele groothandelaren op deze wijze in staat de afzet van een belangrijk gedeelte van de brandstoffen te beheersen of te beperken".

In de eerste plaats wordt hier slechts gesproken over het aantal groothandelaren, hetgeen onvoldoende is; immers, het is van veel meer belang te weten hoe groot het aantal onafhankelijke handelaren is. Bovendien is het aantal alleen niet voldoende: het komt veel meer aan op de onderlinge verhouding tussen de hoeveelheden die in de vrije handel en die in de met de mijnen verbonden handel worden afgezet: omtrent deze twee belangrijke punten bevat de beschikking geen enkele mededeling. Uit het oogpunt van artikel 65, lid 2, sub c, is de beschikking derhalve kennelijk onvoldoende gemotiveerd.

Wij zijn echter ook hier van mening dat er niet alleen sprake is van een onvoldoende motivering in formele zin, doch dat op grond van de ondervindingen van de Hoge Autoriteit zelf en van het door het Hof bijeengebrachte schriftelijke bewijsmateriaal, moet worden vastgesteld, dat de bestreden beschikking uit het oogpunt van artikel 65 rechtens niet gegrond is.

Hieronder volgen de voornaamste gegevens waarover wij beschikken; zij betreffen de stand van zaken sedert de toepassing van de bestreden beschikking en met inachtneming van de rectificatie die is aangebracht naar aanleiding van de door de Hoge Autoriteit — op ruiterlijke wijze — toegegeven vergissing bij de indeling van een zeer belangrijke niet-Duitse handelaar.

1) Het aantal onafhankelijke handelaren bedraagt volgens de Hoge Autoriteit 205 tegenover 181 met de mijnen verbonden handelaren, ofwel een verhouding van 53% ten gunste van eerstgenoemden. Bij de mondelinge zitting zijn deze getallen enigszins gewijzigd: 204 onafhankelijken naast 175 die met de mijnen verbonden zijn. Het totaal van de getallen stemt derhalve niet geheel overeen. Op te

merken valt dat deze getallen noodzakelijkerwijs slechts bij benadering zijn gegeven. Doch in haar verweerschrift in de door de verkoopkantoren aanhangig gemaakte zaken (sub 14) verklaart de Hoge Autoriteit:

> „Hierbij is alleen gelet op die ondernemingen, waarbij onweerlegbaar is bewezen dat zij met de mijnen zijn verbonden".

2) Wat betreft de hoeveelheid die door beide categorieën onderscheidenlijk wordt afgezet, bedraagt het percentage van de leveringen aan onafhankelijke handelaren 43% tegen 57% aan „afhankelijken". (Onder het systeem van de vroegere beschikkingen waren deze getallen respectievelijk 39% en 61%.) Bij de pleidooien heeft de vertegenwoordiger van de Hoge Autoriteit zelf verklaard:

> „Tweederde van de afzet geschiedt door middel van de met de mijnen verbonden handelsondernemingen".

3) De onafhankelijke niet-Duitse handelaren zetten 375.000 ton Ruhrkolen af, de niet-Duitse met de mijnen verbonden handelaren omstreeks 1.160.000 ton.

Deze cijfers spreken, om een veelgebruikte zegswijze te volgen, voor zichzelf. Er volgt niet alleen uit, dat het grootste gedeelte wordt afgezet via de met de mijnen verbonden handel, doch ook dat de met de mijnen verbonden handelaren in doorsnede „groter" zijn dan de anderen. Er volgt ook uit, dat de rechtstreekse toegang tot de verkoopkantoren, voorzover deze – slechts in geringe mate – plaatsvindt via de niet-Duitse handelaren, voor meer dan drievierden in handen is van de met de mijnen verbonden handelaren, waarvan er één bovendien nog van bijzonder veel gewicht is, daar hij alleen reeds 1.102.800 ton afzet.

Indien voorts in aanmerking wordt genomen dat, gelijk wij reeds opmerkten, het gedeelte van de Ruhrkolenproduktie, dat via de handel wordt afgezet, aanzienlijk geringer is dan het gedeelte dat buiten de handel omgaat, en waarbij nog buiten beschouwing blijft dat de kolenmijnindustrie voor een groot gedeelte wordt gecontroleerd door de staalindustrie, terwijl ook tussen de kolenmijnonder-

nemingen zelf nauwe betrekkingen bestaan, dan blijkt zonder enige twijfel dat, anders dan in de bestreden beschikking wordt gesteld, de kolenmijnondernemingen in staat zijn voor een aanzienlijk gedeelte van hun produktie aan brandstof de afzet te beheersen en te beperken: derhalve is de beschikking uit het oogpunt van het tweede lid, sub c, van artikel 65 niet gegrond. Zij is dit evenmin uit het oogpunt van artikel 3, sub b, van het Verdrag, volgens hetwelk de instellingen van de Gemeenschap aan allen, die in het gemeenschappelijk marktgebied als verbruiker optreden en in vergelijkbare omstandigheden verkeren, op voet van gelijkheid de toegang tot de produktiebronnen moeten waarborgen.

De Hoge Autoriteit is weliswaar van mening, dat zij niet de bevoegdheid heeft de vennootschappen voor te schrijven, dat zij de structuur hunner ondernemingen moeten wijzigen. Dit is evenzeer juist als de uitspraak van het Hof in het arrest 2-56 (Jur. III, blz. 45):

> „De Hoge Autoriteit was niet gehouden een haar ter goedkeuring voorgelegde overeenkomst zodanig te wijzigen, dat zij voor dispensatie in aanmerking zou komen".

Doch de Hoge Autoriteit heeft het recht, een dispensatie aan bepaalde voorwaarden te onderwerpen (artikel 65, lid 2, alinea 3); zij heeft trouwens herhaaldelijk van dit recht gebruik gemaakt. Indien blijkt, dat de onafhankelijkheid van de handel een noodzakelijke vereiste is voor elke dispensatie, dan behoort zij dit ook als eis te stellen; het is haar daarbij alleen ontzegd, in details vast te leggen, op welke wijze aan dit vereiste kan worden voldaan met inachtneming van het daarmede beoogde doel, namelijk: te verhinderen dat het kartel, waarvoor de dispensatie is verleend, via een met de producenten nauw verbonden handel een zodanige positie inneemt, dat het in staat is de afzet te beheersen. Indien de betrokkenen met deze voorwaarde instemmen, dienen zij deze aan hun afnemers op te leggen; in dat geval ontstaat een toestand welke sterk doet denken aan die van artikel 63. Indien zij er niet mede instemmen, blijft de Hoge Autoriteit geen andere mogelijkheid over dan de dispensatie te weigeren.

Ten slotte worde nog opgemerkt, dat wij aan het punt van de onafhankelijkheid van de handel veel aandacht hebben gewijd, omdat het ons een van de belangrijkste vereisten voor elke dispensatie toeschijnt, vooral indien (hetgeen heden niet ter discussie staat) op grond van de crisis-toestand de rechtmatigheid van één enkel kartel zou worden erkend: de onafhankelijkheid van de handel is een even dwingend gebod in geval van een crisis als in tijden van schaarste.

C. DERDE VOORWAARDE: VERKOOP VAN EEN MINIMUM HOEVEELHEID VAN 6.000 TON KOLEN VAN HET VERKOOPKANTOOR

Hierover valt slechts weinig te zeggen. Het beginsel van deze voorwaarde wordt niet betwist. De hoogte van het criterium komt ons redelijk voor, daar destijds, vóór de instelling van de gemeenschappelijke markt, ook een hoeveelheid van 6.000 ton werd verlangd. Verzoekster Nold meent, dat de hoeveelheid zou moeten worden teruggebracht tot 4.000 of 5.000 ton, zulks wegens de huidige crisis en de moeilijkheden bij de afzet van steenkool. Dit argument is echter niet doorslaggevend, daar de intrekking van de beide andere criteria in het belang van een betere verdeling tot op zekere hoogte een verhoging van de minimum hoeveelheid kan rechtvaardigen, zodat per slot van rekening de handhaving van de huidige hoeveelheid gerechtvaardigd voorkomt. Het betreft hier een beleidskwestie, die in beginsel aan de controle van het Hof is onttrokken.

Indien Gij U evenwel met betrekking tot de andere punten bij onze zienswijze aansluit, in het bijzonder met betrekking tot de noodzaak dat het accent in de eerste plaats op de onafhankelijkheid van de handel behoort te vallen, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid, dat de kwestie van aspect verandert. Immers, indien, gelijk wij geloven, de verwerkelijking van de onafhankelijkheid van de handel de essentiële voorwaarde is voor elke dispensatie, dan zal het wellicht mogelijk zijn, indien aan deze voorwaarde is voldaan, ruimere maatregelen te treffen bij de rationalisering die de verbetering van de verdeling ten doel heeft. Indien bijvoorbeeld zou worden aangenomen, dat geen van de groothandelaren welke rechtstreeks toegang hebben tot de verkoopkantoren enige band heeft

met de kolenmijnondernemingen (een ongetwijfeld extreme veronderstelling), dan zou de vermindering van het aantal van deze handelaren, uiteraard binnen de grenzen van het redelijke en met inachtneming van artikel 65, sub a en b, slechts voordelen opleveren.

Wij zijn daarom van mening, dat de beschikking ook op dit punt behoort te worden nietigverklaard.

V. EINDCONCLUSIE

Bij het nemen van onze eindconclusie bevinden wij ons enigszins in verlegenheid. Immers, daar het Hof voeging niet heeft bevolen en het weinig waarschijnlijk is dat het in een enkel arrest uitspraak zal doen, hangt alles af van de volgorde waarin de beide arresten worden gewezen.

Wij kunnen evenwel vermoeden, dat de arresten zullen worden gewezen in de volgorde waarin de beroepen zijn ingesteld, dat wil zeggen dat eerst in de beroepen van de verkoopkantoren uitspraak wordt gedaan. In dit geval behoren deze beroepen te worden verworpen; immers, de middelen en argumenten, op grond waarvan wij tot het inzicht zijn gekomen dat de bestreden beschikking behoort te worden nietigverklaard, zijn lijnrecht in tegenspraak met het betoog van de verkoopkantoren, zijn door deze niet opgeworpen, en kunnen ongetwijfeld niet ambtshalve worden aangevoerd. Alleen dient te worden opgemerkt — doch zonder dat deze opmerking het dispositief van het arrest kan beïnvloeden — dat nietigverklaring in de zaak Nold op één punt eventueel ten voordele van de verkoopkantoren kan strekken, namelijk indien de minimum hoeveelheid van 6.000 ton, welke in beginsel gegrond is, op grond van de door ons noodzakelijk geachte voorwaarden zou worden verhoogd.

Wij concluderen:

1) in de beroepen 36, 37 en 38-59, ingesteld door de verkoopkantoren en de daarin verenigde vennootschappen:

— tot verwerping van de beroepen,

— en tot veroordeling van verzoeksters in de proceskosten.

2) in het beroep 40-59, ingesteld door de onderneming Nold:

— tot nietigverklaring van artikel 6, lid 1 en 2, van de beschikking 17-59, zoals herzien in de bestreden beschikking,

— en tot veroordeling van de Hoge Autoriteit in de proceskosten.