Conclusies van de Advocaat-Generaal

K. ROEMER

2 maart 1962

Vertaald uit het Duits

INHOUDSOPGAVE

blz.

A. *Overzicht van de feiten en conclusies van verzoeksters* . . 236

B. *Juridische aspecten* 241

I. Artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) 242

1. Wat verstaat het Verdrag in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) onder „het bepalen van de prijzen" en „het beheersen van de afzet"? 243

a) Principiële opmerkingen met betrekking tot de interpretatie 244

b) Argumenten van verzoeksters 247

2. Heeft de Hoge Autoriteit in haar beschikking de begrippen „bepaling van de prijzen" en „beheersing van de afzet" op juiste wijze toegepast? . . 254

a) Bepaling van de prijzen 254

b) Beheersing van de afzet 256

3. De bepaling van het marktaandeel 257

a) De motivering van de toepassing van het begrip „belangrijk gedeelte" 258

b) De beperking van het onderzoek tot de markt van de Bondsrepubliek Duitsland 259

c) Het vraagstuk van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en de regionale afzet . 260

i) Prijsbepaling 260

ii) Beheersing van de afzet 270

iii) Beoordeling van het marktaandeel 274

d) Wat dient bij de beoordeling van het marktaandeel voorts nog in aanmerking te worden genomen? 275

II. Artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b) 279

III. Conclusie 281

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

In het onderhavige proces is het Hof geroepen zich uit te spreken over de interpretatie en toepassing van een van de belangrijkste bepalingen van het E.G.K.S.-Verdrag, de bepaling nl., die het kartelrecht van de Gemeenschap tot inhoud heeft. Het is niet de eerste maal, dat over deze bepaling een proces voor het Hof wordt gevoerd. Ook is het niet de eerste maal dat verzoeksters ten aanzien van de problemen, die deze verdragsregel opwerpt, hun opvatting stellen tegenover die van de Hoge Autoriteit. Wel echter is het voor de eerste maal, dat de probleemstelling, waarmede het Hof zich thans moet bezighouden, het voorwerp van een proces uitmaakt. Met recht kan men zeggen, dat alle betrokken partijen met meer dan gewone grondigheid getracht hebben het hunne bij te dragen tot opheldering van de punten van geschil. Daarvan getuigen niet alleen de omvangrijke processtukken, die een grote hoeveelheid feitenmateriaal, juridische beschouwingen en aanhalingen uit de literatuur bevatten, doch evenzeer de uitgebreide en diepgaande uiteenzettingen bij de mondelinge behandeling. Zo iemand de grote economische betekenis van dit proces nog in twijfel mocht trekken, dan moet niet alleen de enorme hoeveelheid materiaal, die aan het Hof is voorgelegd, doch ook de grote ernst en de onbetwistbare zakelijkheid, waarmede de betrokken partijen het proces hebben gevoerd, de laatste twijfel dienaangaande toch wel wegnemen.

De taak, die het Hof in de rechtsvinding is toebedeeld, mag niet worden onderschat. Men bedenke echter, dat deze taak bestaat uit het interpreteren en toepassen van bestaande rechtsregels en dat deze taak daar moet eindigen, waar de kritiek op de vigerende voorschriften begint. Onder dit voorbehoud verdient het in de pleidooien op het Hof gedane beroep om een moedige en op de toekomst gerichte interpretatie te geven, gehoor te vinden, zonder dat daarbij het gevaar bestaat, dat de rechtsorde van de Gemeenschap in een zeer belangrijk fundament wordt aangetast, een fundament, dat deze rechtsorde evenmin als iedere andere kan ontberen, nl. het beginsel van de rechtszekerheid.

A — Overzicht van de feiten en conclusies van verzoeksters

Wat de feiten betreft zullen wij kort zijn. Verzoeksters hebben zich concentratie en uniforme regeling van de afzet van vrijwel alle kolenmijnondernemingen van het Ruhrbekken ten doel gesteld. Hiertoe werd op 17 mei 1960 een Gesellschaft mit beschränkter Haftung in het leven geroepen, waarin wordt deelgenomen door: 38 kolenmijnondernemingen uit het Ruhrbekken, de — op grond van een overgangsregeling [1]) van de Hoge Autoriteit tot op de huidige dag werkzame — verkoopkantoren Präsident, Geitling en Mausetgatt en de Ruhrkohletreuhand G.m.b.H. Tegelijkertijd werden de akten van oprichting der verkoopkantoren Präsident, Mausegatt en Geitling dienovereenkomstig gewijzigd. Volgens de akte van oprichting is het doel van de vennootschap de verkoop van steenkolen, steenkoolcokes, steenkoolhalfcokes en steenkoolbriketten afkomstig uit de installaties van de deelnemende ondernemingen (paragraaf 2), waarbij de vennootschap het uitsluitende recht van verkoop heeft van de telkenjare door de betrokken ondernemingen opgegeven hoeveelheden brandstoffen. Dit blijkt uit paragraaf 6 van de akte van oprichting juncto paragraaf 6 van de gelijkluidende akten van oprichting van Präsident, Geitling en Mausegatt, waaruit wij de volgende passage mogen aanhalen:

> „Om te komen tot een gemeenschappelijke verkoop dragen de vennoten Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft m.b.H., Mausegatt Ruhrkohlen Verkaufsgesellschaft m.b.H. en Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft m.b.H. de uit hun statuten en de van kracht zijnde besluiten van voornoemde verkoopkantoren voor Ruhrkolen voortvloeiende taken, rechten en verplichtingen over aan de vennootschap. De in de verkoopkantoren voor Ruhrkolen verenigde ondernemingen hechten hun goedkeuring aan de overdracht. De vennootschap neemt de rechten en verplichtingen van de verkoopkantoren over."

Wanneer in dit proces sprake is van kartelafspraken betreffende de uniforme verkoop dienen derhalve steeds alle overeenkomsten in hun geheel te worden herzien. Aanvullende besluiten der deelnemende ondernemingen handelen over de verdeling van de orders,

---

[1]) Beschikking 17-60, Publikatieblad, blz. 1028.

de gelijkmatige verdeling van de bedrijvigheid en de afrekeningsprocedure. Voor nadere bijzonderheden mogen wij hier verwijzen naar de stukken zelf, die zich in het dossier bevinden. Als aanvangsdatum voor de gemeenschappelijke verkoop werd 1 juli 1960 overeengekomen. De afspraken zouden tot 31 maart 1963 van kracht zijn.

Op 20 mei 1960 werden alle overeenkomsten en besluiten, voorzien van een uitgebreide toelichting — die zich eveneens in het dossier bevindt — ter goedkeuring aan de Hoge Autoriteit voorgelegd.

Zoals men weet, heeft de Hoge Autoriteit niet tot goedkeuring kunnen besluiten, doch heeft zij bij beschikking van 22 juni 1960 geweigerd, ingevolge artikel 65 van het Verdrag ontheffing van de verbodsbepaling te verlenen (Publikatieblad van 23 juli 1960, blz. 1014 e.v.).

De motivering van deze beschikking kan als volgt worden samengevat:

— De overeenkomsten sluiten de normale concurrentie tussen de betrokken ondernemingen uit; derhalve is het verbod van artikel 65, lid 1, op deze overeenkomsten van toepassing.

— Voor de toepassing van artikel 65, lid 2, kan men er van uitgaan, dat een gemeenschappelijke verkoop door verschillende kolenmijnondernemingen tot een duidelijke verbetering van de verdeling van hun produkten bijdraagt.

— Wat de in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b), genoemde voorwaarde betreft, kan de beoordeling van de feiten, waarbij rekening wordt gehouden met de karakteristieke kenmerken der ondernemingen, de omstandigheden waaronder de winning plaatsvindt en de verkoopvoorwaarden voor de onderscheidene categorieën en soorten kolen, niet tot de conclusie voeren

— dat het voor de oplossing van de door verzoeksters genoemde vraagstukken absoluut noodzakelijk is over de be-

langrijke middelen te beschikken, welke de voorgestelde verkooporganisatie met zich mede brengt

en

— dat het technisch niet mogelijk is deze vraagstukken door andere overeenkomsten op te lossen.

Met betrekking tot artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), betoogt de Hoge Autoriteit het volgende:

— Onder de „betrokken produkten" in de zin van het bepaalde sub c) moeten slechts die produkten worden verstaan, welke op grond van de overeenkomst worden afgezet. Vergelijkt men enerzijds de totale hoeveelheden steenkolen, steenkoolbriketten en steenkoolcokes (met inbegrip van de invoer uit derde landen), welke in het jaar 1959 op de gemeenschappelijke markt werden afgezet en anderzijds de door de indieners van het verzoek afgezette hoeveelheden, dan blijkt dat het aandeel van laatstgenoemden een belangrijk gedeelte van de betrokken produkten op de gemeenschappelijke markt vormt. (Bij deze vergelijking zijn buiten beschouwing gelaten: het eigen verbruik van de mijnen, de aan eigen personeel verstrekte hoeveelheden en de gratis verstrekte hoeveelheden, de aan eigen cokes- en briketfabrieken geleverde hoeveelheden, de vrije verkopen en de buiten de gemeenschappelijke markt afgezette hoeveelheden; wel werd echter rekening gehouden met de regionale afzet en andere „gereserveerde hoeveelheden".)

— De bepaling der prijzen door het verkoopkantoor houdt in het opstellen van de prijsschalen en verkoopvoorwaarden, welke de betrokken ondernemingen gezamenlijk en uniform vaststellen voor de produkten, welke door het verkoopkantoor voor Ruhrkolen worden afgezet.

— De prijsbepaling strekt zich ook uit tot de regionale afzet. Ten gevolge van het discriminatieverbod en de omstandigheid, dat de niet door de geïntegreerde ondernemingen afgenomen hoeveelheden slechts in het kader van de gezamenlijke verkoop via de

regionale afzet mogen worden verkocht, strekt de prijsbepaling zich tevens uit tot de leveringen tussen geïntegreerde ondernemingen, die ieder eigen rechtspersoonlijkheid bezitten. Er is eveneens sprake van prijsbepaling, voor zover verkoop plaatsvindt tegen prijzen, die aan die der concurrenten zijn aangepast. Het bepalen van de prijzen door het gemeenschappelijk verkoopkantoor heeft derhalve betrekking op alle produkten van de betrokken kolenmijnondernemingen, welke op de gemeenschappelijke markt worden afgezet en daarmede op een belangrijk gedeelte van deze produkten op de gemeenschappelijke markt.

— Subsidiair onderzoekt de Hoge Autoriteit, welke invloed offertes uit derde landen en offertes van andere vormen van energie op de mededinging hebben.

— Zij geeft een overzicht van de afzet van steenkolen en cokes op de markt van de Bondsrepubliek Duitsland in 1959.

— De Hoge Autoriteit is van oordeel dat niet blijkt, dat de ondernemingen van het Ruhrbekken bij de bepaling van hun prijzen de prijsfluctuaties van andere ondernemingen in de Gemeenschap hebben gevolgd. Veeleer zouden de prijzen der Ruhrkolen de prijsvorming in de naburige bekkens hebben beïnvloed. De ondernemingen van het Ruhrbekken zouden slechts in beperkte mate gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid tot prijsaanpassing.

— Voor wat betreft de invloed van de import van kolen uit derde landen verschaft de Hoge Autoriteit gegevens over de in het jaar 1959 in de Bondsrepubliek Duitsland ingevoerde hoeveelheden. Zij wijst op de mogelijkheid van systematische prijsaanpassing en op het feit, dat de Bondsregering een invoerrecht voor kolen heeft ingevoerd. Zij merkt daarbij op, dat de Ruhr voordien de in zijn prijsschalen vermelde prijzen evenmin aan de prijzen voor ingevoerde kolen had aangepast.

— De mededinging van de stookolie raakt de kolencategorieën en -klassen niet alle op dezelfde wijze. De cokeskolen worden het

minst getroffen (de Hoge Autoriteit verstrekt gegevens betreffende het aandeel van deze kolen in de produktie). Ook bepaalde soorten antraciet zijn, evenals hoogovencokes en gieterijcokes, betrekkelijk ongevoelig voor de concurrentie van stookolie. Sterk is de positie van kolen o.a. bij de elektriciteitscentrales.

– De indieners van het verzoek hebben in geen geval bij hun prijsverlaging de stookolie zover gevolgd, dat hun prijzen geacht kunnen worden door de stookolie te zijn bepaald. Bovendien wordt in het voornaamste afzetgebied van de in het verkoopkantoor deelnemende ondernemingen, nl. in de Bondsrepubliek, een belasting op stookolie geheven.

– Dientengevolge zijn de betrokken ondernemingen in staat, de prijzen en verkoopvoorwaarden voor verreweg het grootste gedeelte van hun afzet zelfstandig te bepalen.

– Aangezien de indieners van het verzoek het uitsluitend recht van verkoop aan het gemeenschappelijke verkoopkantoor overdragen; aangezien t.a.v. de „gereserveerde hoeveelheden" de begripsbepaling, regels en voorwaarden door het verkoopkantoor worden vastgesteld; aangezien iedere andere overdracht aan derden is verboden, terwijl zowel de in groepsverband bevoorrade ondernemingen als de via de regionale afzet bevoorrade verbruikers zich moeten verbinden deze verbodsbepaling na te komen, is de afzet van de gehele produktie der deelnemende ondernemingen aan de controle van het gemeenschappelijke verkoopkantoor onderworpen. De controle strekt zich uit tot een belangrijk gedeelte van de produkten op de gemeenschappelijke markt.

– Derhalve zijn de overeenkomsten onverenigbaar met artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), zodat ten aanzien daarvan geen ontheffing van de verbodsbepaling kan worden verleend.

Deze beschikking, die – zoals de indieners van het verzoek zelve mededelen – op 1 juli 1960 aan hen werd betekend, is voorwerp van het onderhavige beroep. Dit beroep, dat door alle

aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen is ondertekend, werd ingesteld op 6 augustus 1960.

Verzoeksters concluderen tot nietigverklaring van de beschikking van de Hoge Autoriteit.

Deze conclusie wordt gesteund door het land Noordrijnland-Westfalen, dat bij beschikking van 3 mei 1961 door het Hof is ontvangen in zijn verzoek tot interventie.

Verzoeksters werpen alle vier de middelen van artikel 33 op en doen voorts een beroep op het middel klaarblijkelijke miskenning van de bepalingen van het Verdrag. In de conclusie van repliek hebben zij het middel misbruik van bevoegdheid niet gehandhaafd.

B – Juridische aspecten

Het onderzoek van de feiten geeft geen aanleiding tot opmerkingen met betrekking tot de ontvankelijkheid. De beroepstermijn is in acht genomen. De Hoge Autoriteit voert op dit punt trouwens geen verweer en ook ambtshalve rijzen geen bezwaren.

Wij kunnen dan ook terstond overgaan tot het onderzoek van de juridische aspecten der talrijke argumenten, die partijen over en weer ten principale hebben aangevoerd. De processtukken en de pleidooien laten er geen twijfel over bestaan, dat voor beide partijen het zwaartepunt van het debat gelegen is in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c). De Hoge Autoriteit heeft uitdrukkelijk toegegeven, dat zij lid 2, alinea 1, sub b), van dit artikel niet uitputtend heeft onderzocht, doch dat zij haar beschikking hoofdzakelijk heeft gegrond op het bepaalde sub c). Wij achten het dan ook niet noodzakelijk, in onze conclusie de volgorde aan te houden, waarin de criteria in de Verdragstekst zijn aangegeven (artikel 65, lid 2, alinea 1, sub a), b), c)), doch zullen ons onderzoek beginnen met het bepaalde sub c). Tegen deze werkwijze valt vooral daarom weinig bezwaar te maken, omdat de sub c) genoemde criteria juridisch zelfstandige betekenis hebben; zij vormen ieder voor zich voldoende rechtsgrond voor de

afwijzing van een verzoek tot goedkeuring van een kartelafspraak. Slechts wanneer zou blijken, dat de beschikking van de Hoge Autoriteit niet in stand kan blijven voor zover zij op artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), is gebaseerd, zal het nodig zijn de opmerkingen, die met betrekking tot het bepaalde sub b) zijn gemaakt, aan een onderzoek te onderwerpen.

I. *ARTIKEL 65, LID 2, ALINEA 1, SUB C)*

Alvorens met onze beschouwingen aan te vangen, lijkt het ons dienstig de tekst van de bepaling in herinnering te brengen. Deze luidt:

> „De Hoge Autoriteit verleent evenwel voor bepaalde producten ontheffing voor specialisatie-overeenkomsten en overeenkomsten tot gemeenschappelijke aankoop of verkoop, indien zij van oordeel is:
> .....
>
> c) dat de overeenkomst niet aan de belanghebbende ondernemingen de macht zou kunnen geven om voor een belangrijk gedeelte van de betrokken producten op de gemeenschappelijke markt de prijzen te bepalen, [1]) 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."

Wij willen reeds hier opmerken, dat in de laatste zinsnede [2]) van de Duitse vertaling een fout is gemaakt, zoals blijkt uit een vergelijking met de Franse – de enige verbindende – tekst. Terecht merkt de Hoge Autoriteit op, dat de vertaling niet zou moeten luiden „diese Erzeugnisse", doch „diese Unternehmen", ofwel „sie", aangezien „les" in de Franse zinsconstructie slechts betrekking kan hebben op „entreprises". Voor de rechtsstrijd moge deze rectifi-

---

[1]) De Nederlandse tekst van het Verdrag geeft hier eigenlijk: vast te stellen, hetgeen in verband met het in deze zaak gewezen arrest is veranderd in: te bepalen (noot vertaler).

---

[2]) De Duitse tekst luidt hier:
„...., noch diese Erzeugnisse dem tatsächlichen Wettbewerb anderer Unternehmen auf dem gemeinsamen Markt zu entziehen" (noot vertaler).

catie niet van beslissende betekenis zijn, zij is niettemin van belang voor het verkrijgen van een duidelijk uitgangspunt.

Bij lezing van het bepaalde sub c) blijkt terstond, dat de interpretatie en toepassing van deze bepaling in de onderhavige casuspositie het wenselijk maakt, dat het onderzoek wordt gesplitst. Twee grote groepen van problemen tekenen zich duidelijk af:

- enerzijds de vraag, welke betekenis toekomt aan de begrippen „prijsbepaling" en „beheersing van de afzet";

- anderzijds de begrenzing van het criterium „belangrijk gedeelte".

Waar beide partijen van oordeel zijn, dat aan de begrippen „prijsbepaling" en „beheersing van de afzet" in hoofdzaak dezelfde betekenis dient te worden toegekend, zullen wij allereerst een gemeenschappelijk hoofdstuk wijden aan de interpretatie van deze begrippen.

1. *Wat verstaat het Verdrag in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), onder „het bepalen van de prijzen" en „het beheersen van de afzet"?*

Zonder alle details te herhalen, kunnen wij het standpunt van verzoeksters ongeveer als volgt weergeven:

Het bepaalde sub c) beoogt het uitsluiten van marktbeheersing, van monopolistische machtsposities op de markt. Van macht tot bepaling van de prijzen is slechts sprake bij een marktsituatie, die een van de marktgegevens onafhankelijke prijsvorming, en vooral aanzienlijke prijsverhogingen, toelaat, zonder dat de betrokkene het gevaar loopt een belangrijk gedeelte van zijn afzet te verspelen. Dat wil dus zeggen, dat de macht tot bepaling van de prijzen zich voordoet, wanneer er geen sprake is van mededinging van enige betekenis.

Beheersing van de afzet komt in grote lijnen op hetzelfde neer: een machtspositie op de markt, die het mogelijk maakt de afzet te leiden, de grootte van de afzet te bepalen, de markten te verdelen, het aanbod te beperken en zodoende de doelstellingen van het Verdrag in gevaar te brengen.

Verzoeksters betogen, dat bij de toepassing van het bepaalde sub c) deze kwalitatieve elementen zwaarder moeten wegen dan het kwantitatieve element (belangrijk gedeelte van de markt).

a) *Principiële opmerkingen met betrekking tot de interpretatie*

Teneinde hun standpunt in het algemeen en op principiële gronden te rechtvaardigen betogen verzoeksters, dat lid 2, alinea 1, sub c), eng moet worden uitgelegd, aangezien deze bepaling een uitzondering zou vormen op de aan lid 2, alinea 1, sub a) en b), ten grondslag liggende principes, volgens welke voor nuttige kartels ontheffing van de verbodsbepaling dient te worden verleend. Het bepaalde sub c) zou slechts de vorming van die kartels willen tegengaan, die zich niet verdragen met de algemene doelstellingen van het Verdrag, doch niet van kartels, die noodzakelijk zijn voor het verwezenlijken van deze doelstellingen. Voorts onderstrepen verzoeksters de noodzaak, dat de rechtsontwikkeling zich aanpast aan belangrijke wijzigingen in de economische situatie.

Met soortgelijke argumenten betoogt de Regering van het land Noordrijnland-Westfalen, interveniënte in het geding, dat de bepalingen betreffende dispensatieverlening voor kartelafspraken niet strikt naar de letter moeten worden toegepast, doch ruim moeten worden geïnterpreteerd. Niet te voorziene wijzigingen in de concurrentieverhoudingen zouden het noodzakelijk maken dat de leemten in de wet worden aangevuld met algemene beginselen, waarvan volgens het Verdrag de instandhouding van het vermogen tot concurreren er één is. Bovendien zou het beginsel gelden, dat onder buitengewone omstandigheden van het geschreven recht afgeweken kan en moet worden.

Waar aldus een poging is gedaan om te bepalen, aan welke voorwaarden de toepassing van het kartelrecht van de Gemeenschap – voor zover het althans de kolen betreft – op het huidige tijdstip moet voldoen, en om aan te geven, welke beginselen tot economisch verantwoorde resultaten leiden, mogen deze pogingen naar onze mening niet bij voorbaat als niet-overtuigend en ongerechtvaardigd worden afgewezen. Weliswaar geldt dit niet voor het argument, dat artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), restrictief moet worden uitgelegd, omdat deze bepaling een uitzondering op de in lid 2, alinea 1, sub a) en b), vervatte regel zou vormen; het is immers duidelijk, dat de in lid 2, alinea 1, sub a) t/m c), genoemde criteria onderling van gelijke betekenis zijn voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van kartelafspraken. De overige argumenten, die verzoeksters hebben aangevoerd, mogen evenwel niet bij voorbaat worden afgewezen.

Niettemin moet men zich afvragen, of het door verzoeksters verdedigde standpunt zich wel laat voegen in het juridische systeem van het Verdrag, dan wel of het hierin een breuk veroorzaakt.

Onlangs heeft het Hof de gelegenheid gehad zich uit te spreken over het kartelrecht van het E.G.K.S.-Verdrag. Wij denken hierbij aan het advies inzake herziening van het Verdrag no. 1-61, waarnaar bij de mondelinge behandeling is verwezen en waarvan de tekst aan beide partijen bekend is. Dit advies kan in het onderhavige proces niet buiten beschouwing worden gelaten, ook al kan men de inhoud ervan wellicht niet geheel en al onderschrijven.

Door herziening van het Verdrag werd een uitbreiding van het kartelrecht beoogd, teneinde het sluiten van overeenkomsten, die betrekking hebben op één geheel kolenbekken, mogelijk te maken, wanneer zij kunnen bijdragen tot het herstel van de concurrentiepositie van kolen en tot het verhinderen van economische en sociale storingen (vgl. het verzoek om advies, blz. 11, 16 en 22). Het is geen geheim, dat de indieners van het verzoek in de herzieningsprocedure juist de problemen en de afmetingen van het Ruhrbekken op het oog hadden.

Vanuit dit gezichtspunt bezien, vertoont het advies van het Hof de volgende aspecten.

Het Hof is van oordeel, dat de voorgestelde bepalingen inzake overeenkomsten betreffende aanpassing te vaag zijn geformuleerd; gezien de nauwkeurigheid, waarmede het geldende recht toelaatbare kartelafspraken naar aard en doelstelling omschrijft, zijn de wijzigingsvoorstellen niet in overeenstemming met artikel 95 van het Verdrag. Dat wil dus zeggen, dat volgens het Verdrag in het kartelrecht nauwkeurig geformuleerde regels onontbeerlijk zijn en dat deze regels strikt moeten worden toegepast. Deze constatering is vooral van belang ten aanzien van het argument, dat de doelstellingen van het Verdrag essentieel zijn voor de begrenzing van toelaatbare kartelvormen.

Ten aanzien van het bepaalde sub c) bevat het advies van het Hof weliswaar zinsneden, die aan de stellingen van verzoeksters doen denken:

> „dat het belang van deze voorwaarde, gezien in het licht van de doeleinden en de organisatie van de gemeenschappelijke markt, te meer op de voorgrond treedt omdat daarmede wordt beoogd dat geen enkele overeenkomst, ongeacht de mate waarin deze toelaatbaar is en zelfs afgezien van haar intrinsieke verdiensten, de betrokkenen in staat mag stellen, door hun macht op een bepaald gebied, de markt van de betreffende producten te beheersen en wat deze producten betreft de doeleinden van de gemeenschappelijke markt zelf schipbreuk te doen lijden";

> „dat voorts dient te worden onderzocht of het voorstel verenigbaar is met artikel 4, sub d), van het Verdrag; dat hiertoe allereerst behoort te worden gelet op de strekking van genoemde verbodsbepaling; dat met dit verbod kennelijk wordt beoogd te beletten dat de ondernemingen door middel van beperkende praktijken een positie verwerven, waardoor zij in staat worden gesteld tot verdeling of uitbuiting der markten."

Enkele alinea's verder betoogt het Hof evenwel, dat de bepaling van alinea 1, sub c), „een objectief criterium stelt op grond waarvan de gevallen kunnen worden onderkend waarin een afspraak in ieder geval onverenigbaar is met het in artikel 4, sub d), neergelegde verbod: namelijk het feit dat de afspraak betrekking heeft op „een belangrijk gedeelte van de betrokken producten op de gemeenschappelijke markt" ".

In verband met het feit, dat in de toelichting op het verzoek om advies de mogelijkheid van het sluiten van kartelovereenkomsten, die betrekking hebben op één geheel kolenbekken, wordt bepleit, krijgt juist de nadruk, die het Hof in zijn advies op het kwantitatieve element legt, bijzondere betekenis. Het valt moeilijk in te zien, hoe in het licht van deze uitspraak een rechtvaardiging is te vinden voor de door verzoeksters voorgestelde wijze van interpreteren, die zeker reikt tot de grenzen van een zeer extensieve interpretatie, zo zij deze al niet overschrijdt. Indien het Hof deze interpretatie aanvaardbaar achtte, dan had het in zijn advies inzake de verdragsherziening in ieder geval ten aanzien van de uitbreiding van de toelaatbare omvang van kartels blijk moeten geven van de opvatting, dat wijziging van het Verdrag niet noodzakelijk was, gezien de mogelijkheden, die de interpretatie van het Verdrag thans reeds bood.

Het is veeleer zo, dat de in artikel 95, lid 1, 3 en 4, in het Verdrag zelve opgenomen mogelijkheden tot aanvulling en wijziging van het Verdrag juist een zekere terughoudendheid wenselijk maken bij het in toepassing brengen van de gebruikelijke principes aangaande het aanvullen van leemten in de wet en aangaande de wetsinterpretatie.

Het wil ons dan ook voorkomen, dat noch het systeem van het Verdrag, noch de voorgeschiedenis en de behandeling van de laatste „kleine" herziening van het Verdrag de mogelijkheid laten dat het Hof het standpunt, waarvan verzoeksters bij de interpretatie van artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), uitgaan, zal aanvaarden.

b) *Argumenten van verzoeksters*

Niettemin is het voor het onderzoek van de juridische aspecten van de zaak voorts nog noodzakelijk een beschouwing te wijden aan de verschillende argumenten, die verzoeksters naar voren hebben gebracht ter bepaling van de betekenis van de in lid 2, alinea 1, sub c), genoemde begrippen.

– Verzoeksters ontlenen een argument aan het gebruik van de woorden „pouvoir" en „déterminer" in de Franse tekst (Duits:

„Möglichkeit" en „bestimmen"; Nederlands: „macht" en „bepalen"). „Pouvoir" zou meer zijn dan „possibilité"; „pouvoir" zou macht betekenen. „Déterminer" zou men tegenover „fixer" (festsetzen, vastleggen) moeten stellen (artikel 65, lid 1); terwijl het woord „fixer" doelt op de juridische mogelijkheid om formeel de prijzen vast te leggen, zou „déterminer" het vrijelijk bepalen van de hoogte van de prijzen aanduiden.

Men is het er echter algemeen over eens, dat juist bij de interpretatie van het Verdrag aan dergelijke aan een bepaald woordgebruik ontleende argumenten weinig waarde moet worden toegekend, aangezien bij het opstellen van het Verdrag de tijd heeft ontbroken om te komen tot een tekst, die zich wat nauwkeurigheid van redactie betreft met de nationale wetten kan meten.

Overigens behoeft het begrip „pouvoir" onzes inziens niet noodzakelijkerwijs als macht over de markt te worden uitgelegd. Beschouwt men dit woord niet op zichzelf, doch zoals het Verdrag doet in verbinding met het werkwoord „déterminer", dan kan „pouvoir" taalkundig eveneens betekenen: een bevoegdheid in de zin van de mogelijkheid om in het feitelijke of in het juridische vlak invloed uit te oefenen. Terecht wijst de Hoge Autoriteit er op, dat in de corresponderende bepalingen van het E.E.G.-Verdrag het woord „possibilité" wordt gebruikt.

„Déterminer" heeft volgens Littré dezelfde betekenis als „préciser", „décider", „arrêter", „régler". Stelt men „déterminer" tegenover het begrip „fixer" (vgl. artikel 65, lid 1), dan ligt het voor de hand, dat onder „fixer" een rechtstreeks en nauwkeurig vaststellen wordt verstaan, terwijl „déterminer" eerder het uitoefenen van een indirecte invloed aanduidt (waarmede „déterminer' als het ruimste en niet als het meest intensieve begrip zou zijn gekenschetst). In ieder geval valt niet in te zien, waarom „déterminer" het element „onafhankelijkheid van de marktsituatie" zou moeten inhouden.

Anderzijds kan worden verwezen naar artikel 61, waar de term „fixer" wordt gebruikt om het vaststellen van maximum- of minimum-

prijzen door de Hoge Autoriteit aan te duiden en waar deze term – aldus gebruikt – stellig inhoudt, dat de Hoge Autoriteit enige speling wordt gelaten bij het opstellen van haar beschikking.

– De verwijzing van verzoeksters naar het Amerikaanse mededingingsrecht, waarin eveneens sprake is van „power to fix prices", is van geen betekenis, aangezien het Amerikaanse begrip wordt gebezigd om het beheersen van de markt door afzonderlijke ondernemingen aan te duiden, terwijl het Amerikaanse kartelrecht collectieve prijsvaststelling volstrekt uitsluit. Juist wanneer men er van uitgaat, dat het Amerikaanse recht invloed heeft gehad op de redactie van het E.G.K.S.-Verdrag, moet worden betwijfeld of „déterminer les prix" in het kartelrecht van de Gemeenschap dezelfde betekenis heeft als „power to fix prices".

– Verzoeksters zijn van oordeel, dat alinea 1, sub c), stellig anders geredigeerd zou zijn, indien de opstellers van het Verdrag niet de door haar voor juist gehouden doelstelling (het tegengaan van monopolistische machtsposities op de markt) voor ogen hadden gehad. De bepaling zou dan ongeveer als volgt hebben geluid: „dat de overeenkomst, voor zover zij over prijzen, produktie of afzet handelt, niet betrekking heeft op een belangrijk gedeelte van de betrokken produkten op de gemeenschappelijke markt" (conclusie van repliek, blz. 34) ofwel korter: „dat de overeenkomst niet betrekking heeft op een belangrijk gedeelte van de betrokken producten op de gemeenschappelijke markt".

Terecht voert de Hoge Autoriteit hier tegen aan, dat de verschillende wijzen van marktbeïnvloeding (bepaling van de prijzen, beheersing van afzet en produktie) niet zonder reden zijn vermeld. Met het bepaalde sub c) is beoogd, slechts die vormen van concurrentiebeperking tegen te gaan, die een bepaalde invloed en intensiteit eigen is en dit doel zou niet op dezelfde wijze zijn verwezenlijkt met de door verzoeksters voorgestelde formulering, die slechts rekening houdt met het marktaandeel. Doch niet ieder verkoopkartel houdt noodzakelijkerwijze tevens prijsvaststelling in.

— Ter ondersteuning van hun stellingen verwijzen verzoeksters voorts naar artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag, waar in lid 3, sub b), sprake is van de mogelijkheid, „voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen". Zij begaan evenwel de fout deze formulering op één lijn te stellen met die van artikel 65, lid 2, sub c): „les soustraire à une concurrence effective". Juist het feit, dat de bewoordingen van deze bepalingen niet gelijkluidend zijn, wettigt de veronderstelling, dat bij de redactie van artikel 85 niet aan de globale invloed van het kartel op de markt is gedacht, doch aan de uitschakeling van de mededinging tussen de deelnemers in het kartel onderling, dat wil dus zeggen aan datgene, wat verzoeksters de interne werking van het kartel noemen.

— Verzoeksters trachten met een lange reeks verwijzingen naar de literatuur en citaten uit de parlementaire debatten aan te tonen, dat artikel 65 het tegengaan van marktbeheersing ten doel heeft. Ook al wordt door aanvullingen, correcties en verduidelijkende opmerkingen van de Hoge Autoriteit afbreuk gedaan aan de waarde van enige van deze citaten, toch kan niet worden ontkend, dat er hier en daar inderdaad sprake is van begrippen als „omvang, die het mogelijk maakt de markt te beheersen", „situation monopolistique", „verbod van monopolie", „position dominante" en „dominerende positie op de markt". Doch waar gedetailleerde uiteenzettingen over de problemen, die het bepaalde sub c) in dit proces opwerpt, ontbreken, kan men zich terecht afvragen of de genoemde citaten meer willen geven dan een korte karakterisering van doel en strekking van artikel 65, waarbij geen uitspraak wordt gedaan over de juridisch-technische middelen en wegen, die het Verdrag heeft gekozen om deze doelstelling te verwezenlijken. Typerend is bijvoorbeeld het citaat van Ophüls. [1]) Deze spreekt weliswaar van een omvang, die het mogelijk maakt de markt te beheersen, doch hij merkt in hetzelfde artikel op, dat reeds in de verklaring van Schuman van 9 mei 1960 sterk de nadruk wordt gelegd op de tegenstelling tussen het nagestreefde stelsel en een stelsel van kartelafspraken; voorts betoogt hij, dat de kartelwet-

---

[1]) Neue Juristische Wochenschrift 51, blz. 382.

geving van het Verdrag in feite gebaseerd is op de Freiburgse School en de heersende opvatting in Amerika.

In ieder geval is het onzes inziens twijfelachtig of de argumenten, die aan de interpretatie van de verschillende criteria van het bepaalde sub c) zijn te ontlenen, door de genoemde citaten kunnen worden ontzenuwd en vooral moet men betwijfelen of deze citaten de wijze van interpreteren, die het Hof in zijn advies in grote lijnen heeft aangegeven, in belangrijke mate zullen kunnen beïnvloeden.

– Nu is het opmerkelijk, dat het Verdrag het begrip „overheersende positie op de markt" („position dominante") wel degelijk kent. Dit begrip wordt in artikel 66, lid 7, gebruikt bij de beoordeling van de positie, die afzonderlijke ondernemingen op de markt innemen. Men mag echter niet aannemen, dat de onvolkomenheid, die de redactie van het Verdrag hier en daar vertoont, zo ver gaat, dat één en hetzelfde begrip in twee direct op elkaar volgende bepalingen op zo opvallend verschillende wijze zou zijn omschreven. Het belangrijke verschil in redactie wettigt veeleer de conclusie, dat met het verschil in formulering tevens een verschil van inhoud moet zijn bedoeld.

– Ten slotte kleeft aan de uitleg, die verzoeksters aan artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), geven het gebrek, dat aan de afzonderlijke criteria van deze bepaling hun zelfstandige betekenis wordt ontnomen. In hun opvatting zouden de termen beheersing van de afzet, bepaling van de prijzen en onttrekking aan de mededinging (de zgn. „Entzugstatbestand") tezamen slechts het begrip marktbeheersing tot uitdrukking brengen. Tegenover dit begrip marktbeheersing zou – zoals verzoeksters betogen – ook het begrip „belangrijk gedeelte" aan betekenis inboeten, want het is inderdaad nauwelijks denkbaar, dat een kartel een dominerende positie op de markt inneemt, zonder tevens een belangrijk gedeelte van de markt te omvatten. Een dergelijke wijze van redigeren zou echter naar alle gebruikelijke maatstaven onbegrijpelijk zijn.

Wat het onttrekken aan de mededinging („les soustraire à une concurrence effective") betreft, wil het ons voorkomen, dat de pogingen van verzoeksters om dit begrip toch nog zelfstandige beteke-

nis toe te kennen niet zijn geslaagd. Deze pogingen zijn gebaseerd op de onjuiste Duitse tekst, waarin „les" door „Erzeugnisse" is vertaald, terwijl „les" – zoals wij zagen – in werkelijkheid op ondernemingen slaat. Verzoeksters zijn van oordeel, dat het de strekking van het begrip onttrekking aan de mededinging is, te verhinderen dat door marktafsluiting en boycot de werking van de mededinging ten aanzien van bepaalde produkten wordt uitgeschakeld (afsluiting van de markt voor buitenstaanders, boycot door middel van verticale afspraken).

In deze gedachtengang zou dit begrip echter een zo beperkte betekenis krijgen, dat het in artikel 66, lid 7, waar het eveneens voorkomt, geen afdoende waarborg zou bieden tegen misbruik van een machtspositie op de markt.

Bovendien zou niet duidelijk zijn, waarom de opstellers van het Verdrag binnen het raam van het bepaalde sub c) ten aanzien van dit begrip het bijkomende vereiste „belangrijk gedeelte" hebben laten vallen. Het standpunt van verzoeksters, dat het element „belangrijk gedeelte" tevens betrekking heeft op het begrip „onttrekking aan de mededinging", berust uitsluitend op de reeds genoemde onjuiste vertaling van „les".

Een duidelijker inzicht in de betekenis van het element „onttrekking aan de mededinging" wordt verkregen, wanneer – met de Hoge Autoriteit – wordt aangenomen, dat hier die gevallen zijn bedoeld, waarin een kartelovereenkomst niet betrekking heeft op een belangrijk gedeelte van de gemeenschappelijke markt, doch door middel van isolering van een gedeelte van de markt bereikt, dat de mededinging wordt uitgeschakeld.

Samenvattend kunnen wij dus het volgende opmerken:

– Volgens de gebruikelijke wijze van interpreteren, die ook bij het uitleggen van het Verdrag niet geheel en al kan worden verwaarloosd en die hierin bestaat, dat wordt uitgegaan van de bewoordingen, waarin de in de tekst voorkomende begrippen zijn uitgedrukt en dat de betreffende tekst met andere, aanverwante

teksten wordt vergeleken, is het niet mogelijk in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), de beheersing van de markt te beschouwen als het beslissende element om dispensatie voor kartelafspraken te weigeren.

– Ook de fundamentele wijziging van de economische situatie, die bij de oprichting van de Gemeenschap niet was te voorzien, kan volgens het systeem van het Verdrag (artikel 95) bezwaarlijk een wijze van rechtsvinding en van rechtsvorming rechtvaardigen, waarbij begrippen, die wellicht formeel schijnen, worden vervangen door een criterium, dat voor de jurist en de econoom ongetwijfeld bijzonder moeilijk te hanteren zou zijn. Het is op zijn minst genomen nauwelijks aan twijfel onderhevig, dat het Hof, gezien zijn meest recente uitspraak met betrekking tot het kartelrecht, een dergelijke extensieve interpretatie van de wetstekst niet zou goedkeuren.

– Mitsdien moet onder prijsbepaling en beheersing van de afzet datgene worden verstaan, dat het algemeen spraakgebruik (vooral in het Frans) reeds doet vermoeden:

– zelfstandige bepaling van prijzen en verkoopvoorwaarden;

– beslissende invloed op en regeling van de afzet in de zin van een zelfstandige afzetpolitiek.

Het is wel duidelijk, dat er geen sprake kan zijn van prijsbepaling en beheersing van de afzet in een marktsituatie, waarbij ook voor een kartel geen andere mogelijkheid overblijft dan zich volledig aan de bestaande toestand op de markt aan te passen, bij een marktsituatie dus, waarin elke mogelijkheid tot het nemen van zelfstandige economische beslissingen ontbreekt.

In zoverre is ook bij de door ons voorgestane uitleg van het bepaalde sub c) een beoordeling van de marktsituatie, waarbij met alle essentiële marktelementen rekening wordt gehouden, onontbeerlijk. Het zou in geen geval juist zijn indien de Hoge Autoriteit zou volstaan met de constatering, dat het marktaandeel een bepaalde omvang heeft, aangezien het bij een dergelijke methode

overbodig zou zijn, dat in lid 2, alinea 1, sub c), naast het criterium „belangrijk gedeelte" tevens de mogelijkheden tot marktbeïnvloeding zijn vermeld. Integendeel, het bepaalde sub c) moet steeds in zijn geheel worden bezien en daarbij mag aan het ene element niet merkbaar meer gewicht worden gehecht dan aan het andere.

2. *Heeft de Hoge Autoriteit in haar beschikking de begrippen „bepaling van de prijzen" en „beheersing van de afzet" op juiste wijze toegepast?*

a) *Bepaling van de prijzen*

In de considerans van haar beschikking merkt de Hoge Autoriteit onder punt 10 op, dat de prijsbepaling door de gemeenschappelijke verkooporganisatie inhoudt, dat de betrokken ondernemingen voor de produkten, welke door de „Ruhrkohlenverkaufsgesellschaft m.b.H." worden afgezet, gezamenlijke en uniforme prijsschalen en verkoopvoorwaarden vaststellen. Met deze opmerking wekt zij de indruk, dat zij uitgaat van een zuiver formeel begrip, dat geen rekening houdt met de marktsituatie en dat derhalve volgens de definitie, die wij zojuist hebben gegeven, te eng is.

In punt 11 zet de Hoge Autoriteit haar onderzoek evenwel voort en hier houdt zij zich wèl bezig met de marktinvloeden. Weliswaar laat zij in het midden, of dit onderzoek in het kader van artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c), noodzakelijk is, doch zij geeft niettemin te kennen, dat hier onder het bepalen der prijzen de macht wordt verstaan, voor een belangrijk gedeelte van de afzet het prijspeil zelfstandig te kiezen en overigens zelfstandig te bepalen in welke gebieden, met welke hoeveelheden en tegen welke prijzen de mededinging van andere ondernemingen en van andere produkten zal worden bestreden.

Hiermede heeft zij een juridisch uitgangspunt gekozen, dat naar onze mening in overeenstemming is met het Verdrag.

Wat de nadere uitwerking van het onderzoek der juridische en feitelijke aspecten van de zaak betreft, valt op te merken, dat de Hoge Autoriteit in de considerans van haar beschikking een groot

aantal zuiver kwantitatieve gegevens heeft verwerkt, bijvoorbeeld in de punten 12 a) (het gedeelte van de afzet, dat in de Bondsrepubliek blijft), 12 c) (in de Bondsrepubliek ingevoerde hoeveelheden, vergeleken met de produktie van verzoeksters) en 12 d) (het in percenten uitgedrukte aandeel van de vetkolen in de produktie van verzoeksters). Doch deze kwantitatieve gegevens dienen slechts als hulpmiddel bij de beoordeling van de positie, die verzoeksters op de markt innemen. Daarnaast komen in de beschikking ook andere overwegingen voor en onderzoekt de Hoge Autoriteit de ontwikkeling van de in de prijsschalen vermelde prijzen in vergelijking met de prijzen van andere bekkens, de mate van prijsaanpassing, de protectionistische maatregelen (invoerrechten op kolen, belasting op stookolie), de afzetmogelijkheden van stookolie, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin de verschillende soorten kolen (cokes, antraciet) gevoelig zijn voor de concurrentie van stookolie en de positie, die de kolen bij de grote afnemers innemen.

Verzoeksters leveren gedetailleerde kritiek op deze onderzoekingen, die zij als onvolledig of gedeeltelijk onjuist bestempelen. Men moet echter bedenken, dat verzoeksters uitgaan van een veel ruimere opvatting van het begrip „macht om de prijzen te bepalen"; met deze opvatting als maatstaf zou inderdaad blijken, dat het onderzoek van de Hoge Autoriteit ontoereikend is. Voor de bepaling van het begrip, waarvan wèl dient te worden uitgegaan, is van groot belang, dat verzoeksters zelf in hun toelichting op het verzoek om dispensatie (blz. 25) toegeven: „Vanzelfsprekend zou gemeenschappelijke verkoop de mogelijkheid met zich brengen om een beperkte invloed op de prijsvorming uit te oefenen". Deze verklaring – en de overwegingen van de beschikking – hebben tot gevolg, dat de Hoge Autoriteit niet kan worden verweten, dat zij niet tot in details zou hebben onderzocht of de vrijheid van prijsvorming voor het kartel volledig uitgesloten dan wel in zo belangrijke mate beperkt blijft, dat deze vrijheid economisch en marktechnisch van geen betekenis meer is.

Bij het onderzoek betreffende het begrip prijsbepaling menen wij dan ook geen fout van de Hoge Autoriteit te kunnen ontdekken.

b) *Beheersing van de afzet*

Wat de beheersing van de afzet betreft, volstaat de Hoge Autoriteit in punt 13 van de considerans van haar beschikking in de eerste plaats met de constatering, dat de deelnemende ondernemingen het uitsluitende recht om hun produkten af te zetten overdragen aan het gemeenschappelijke verkoopkantoor. (De daarop volgende opmerkingen hebben betrekking op de speciale problemen, die zich voordoen in verband met de „gereserveerde hoeveelheden"; deze problemen zullen wij later bespreken.)

De Hoge Autoriteit overweegt voorts:

„dat krachtens deze overeenkomsten het verkoopkantoor voor de hem ten verkoop overgedragen hoeveelheden de macht verkrijgt de maatregelen voor geleide mededinging welke reeds bij de bespreking van het bepalen der prijzen werden uiteengezet, door een overeenkomstige leiding van de afzet te versterken."

Ten slotte komt zij tot de conclusie:

„dat het verkoopkantoor, terwijl het dergelijke voor alle deelnemende ondernemingen bindende voorschriften voor de gehele afzet zelfstandig opstelt en de macht bezit de afzet op de hierboven omschreven wijze zelfstandig te richten, de afzet in de zin van artikel 65, sub 2 c), van het Verdrag controleert; dat deze controle zich uitstrekt tot de gehele afzet van de deelnemende ondernemingen en derhalve, overeenkomstig de hierboven geconstateerde feiten, tot een belangrijk gedeelte van de produkten op de gemeenschappelijke markt."

Gezien de inhoud van deze overwegingen dient te worden betwijfeld of de Hoge Autoriteit het criterium van de beheersing van de afzet wel op de juiste wijze heeft opgevat, want — ook al kan men de ruime opvatting van verzoeksters niet delen — toch mag de samenhang van de verdragstekst niet uit het oog worden verloren. Immers, de tekst verbindt enerzijds de begrippen produktie en afzet, anderzijds beheersing en beperking met elkaar, en dit voert tot de veronderstelling, dat er van meer invloed op de markt sprake moet zijn dan bij een simpele samenbundeling van de afzet het geval is, wil men van beheersing van de afzet kunnen spreken.

Twijfel blijft dan ook bestaan, wanneer men in de woorden „het zelfstandig richten van de afzet" voldoende aanduiding meent te kunnen zien voor een uitbreiding van het criterium. Het is wel duidelijk, dat de Hoge Autoriteit zich in haar beschikking niet de moeite getroost om op grond van bijzondere overwegingen van economische aard te bewijzen, dat verzoeksters inderdaad de afzet beheersen. Dat wil dus zeggen, dat de Hoge Autoriteit geen poging doet om althans een gedeelte van het kwalitatieve onderzoek te verrichten, dat verzoeksters in principe terecht verlangen, al hebben zij het te ruim omschreven. Het is twijfelachtig, of de Hoge Autoriteit dit onderzoek wel op bevredigende wijze heeft kunnen uitvoeren aan de hand van de in punt 11 vermelde subsidiaire overwegingen met betrekking tot het vraagstuk van de prijsbepaling. Immers, de criteria bepaling der prijzen en beheersing van de afzet dekken elkaar niet en de positie, die een kartel op de markt inneemt, heeft op deze beide functies niet dezelfde uitwerking.

Het wil ons dan ook voorkomen, dat – anders dan bij het vraagstuk van de prijsbepaling – de uiteenzettingen van de Hoge Autoriteit betreffende het vraagstuk van de beheersing van de afzet niet vrij zijn van onjuistheden in de juridische interpretatie en in de motivering.

3. *De bepaling van het marktaandeel*

Artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c, vindt slechts dan toepassing, wanneer de kartelovereenkomst aan de betrokken ondernemingen de macht zou geven om voor een belangrijk gedeelte van de betrokken produkten op de gemeenschappelijke markt de prijzen te bepalen enz..... Het is dus nu zaak om na te gaan, wat in het Verdrag wordt bedoeld met het criterium „belangrijk gedeelte".

Dienaangaande voeren verzoeksters de volgende grieven aan:

a) De Hoge Autoriteit heeft geen juridische definitie van het begrip „belangrijk gedeelte" gegeven.

b) Ten onrechte heeft de Hoge Autoriteit bij de berekening van het marktaandeel de regionale afzet en andere gereserveerde hoe-

veelheden mede in aanmerking genomen. Volgens verzoeksters dient hier onderscheid te worden gemaakt:

— Wat de prijsbepaling betreft, laat de Hoge Autoriteit slechts de leveringen aan eigen cokes- en briketfabrieken van de mijnen buiten beschouwing, doch wel worden andere leveringen binnen een en dezelfde onderneming in aanmerking genomen, hoewel in de considerans van de beschikking slechts behandeld wordt de prijsbepaling ten aanzien van leveringen aan geïntegreerde ondernemingen tussen verschillende rechtspersonen;

— het kartel kan weliswaar de prijzen bepalen voor zover het de regionale afzet betreft, doch het kan dit niet ten aanzien van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen; deze leveringen moeten dan ook buiten beschouwing blijven;

— de macht van het kartel om de afzet te beheersen strekt zich niet uit tot de regionale afzet en de leveringen aan geintegreerde ondernemingen.

c) Verzoeksters achten het niet juist, bij het maken van vergelijkingen de markt van de Bondsrepubliek als maatstaf te nemen. Naar hun mening dient uitsluitend te worden uitgegaan van de gemeenschappelijke markt en het aandeel in deze markt.

d) Ten slotte heeft interveniënte betoogd, dat bij het bepalen van het marktaandeel weliswaar slechts moet worden uitgegaan van de kolenafzet, doch dat het onbepaalde begrip „belangrijk" in het criterium „belangrijk aandeel in de markt" dient te worden aangevuld door rekening te houden met de invloed van de substitutiegoederen op de kolenmarkt.

Deze grieven dienen te worden onderzocht, doch wij zullen ons daarbij niet steeds aan de zojuist gekozen indeling houden.

a) *De motivering van de toepassing van het begrip „belangrijk gedeelte"*

Inderdaad geeft de beschikking geen motivering in abstract-theoretische vorm. Dat is wellicht ook niet mogelijk zonder dat het

in het Verdrag gebruikte begrip wordt vervangen door een ander algemeen begrip, dat geen wezenlijke verklaring geeft.

Welke gegevens en welke orden van grootte de Hoge Autoriteit in het onderhavige geval van belang acht, is echter duidelijk op te maken uit de considerans in zijn geheel, die een toepassing van de wet op de concrete situatie inhoudt. Op dit punt is de beschikking dus voldoende gemotiveerd.

b) *De beperking van het onderzoek tot de markt van de Bondsrepubliek Duitsland*

Het is onzes inziens aan geen twijfel onderhevig, dat volgens de tekst van artikel 65 bij de bepaling van het marktaandeel niet een door geografische of economische criteria bepaalde deelmarkt, doch de gemeenschappelijke markt in zijn geheel als maatstaf moet dienen. Wanneer zich de situatie voordoet, dat er binnen de Gemeenschap geïsoleerde markten voorkomen, voor welke om geografische, economische of technische redenen slechts leveringen uit bepaalde deelgebieden van de gemeenschappelijke markt in aanmerking komen, dan is in het kartelrecht het criterium „belangrijk gedeelte van de betrokken produkten op de gemeenschappelijke markt" (waarbij slechts de grootte van de deelmarkt als maatstaf voor de bepaling van het marktaandeel zou dienen) niet op dit verschijnsel van toepassing. In dit geval zou voor de afwijzing van een verzoek om dispensatie voor een kartelafspraak een beroep moeten worden gedaan op het laatste criterium van lid 2, alinea 1, sub c), dat wil zeggen op het element „onttrekken aan een daadwerkelijke mededinging".

In het onderhavige geval is deze overweging echter niet van belang, want in punt 9 van de considerans van de beschikking, die betrekking heeft op de bepaling van het marktaandeel, dient niet de afzet op de markt van de Bondsrepubliek, doch de totale afzet op de gemeenschappelijke markt als maatstaf. Eerst later en in ander verband, nl. bij het onderzoek naar de invloed van de marktsituatie op de macht van verzoeksters om de prijzen te bepalen, verwijst de Hoge Autoriteit o.a. naar de produktie en de afzet in de Bondsrepubliek.

Deze grief is dus niet gegrond.

c) *Het vraagstuk van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en de regionale afzet*

i) Prijsbepaling

Ook in de opvatting van verzoeksters kan geen bezwaar bestaan tegen het feit, dat de Hoge Autoriteit bij de behandeling van het vraagstuk van de prijsbepaling de regionale afzet mede in aanmerking heeft genomen bij de vaststelling van het marktaandeel. De kartelovereenkomst bepaalt in paragraaf 21, lid 3, nl. uitdrukkelijk, dat de leveringen in het kader van de regionale afzet geschieden „tegen dezelfde prijzen en voorwaarden, die gelden voor de via het verkoopkantoor geleverde hoeveelheden".

Het enige punt van geschil wordt gevormd door het lot van de andere gereserveerde hoeveelheden, nl. van de interne leveringen, die bestemd zijn voor het eigen verbruik van één en dezelfde onderneming alsmede van leveringen tussen geïntegreerde ondernemingen, dat wil zeggen leveringen van een controlerende onderneming aan een door haar gecontroleerde onderneming of omgekeerd.

Wat het eigen verbruik van de ondernemingen betreft, blijkt uit de tabel in punt 9 van de considerans van de beschikking, dat de Hoge Autoriteit bij de bepaling van de afzet van verzoeksters geen rekening heeft gehouden met de aan eigen cokes- en briketfabrieken geleverde hoeveelheden (om slechts de belangrijkste van de aldaar in noot 1, sub 1 t/m 6, genoemde hoeveelheden te noemen). Wel heeft zij bij haar berekeningen die hoeveelheden in aanmerking genomen, die in paragraaf 18 van de kartelovereenkomst onder de rubriek „eigen verbruik" zijn samengevat, dat wil zeggen de brandstoffen, die in andere afdelingen van het bedrijf van een der vennoten worden verbruikt. Dat dit laatste niet aan een vergissing is toe te schrijven, is ons gebleken tijdens de schriftelijke en de mondelinge procedure, waarbij de Hoge Autoriteit zelfs het feit trachtte te rechtvaardigen, dat zij het eigen verbruik van de mijnen heeft meegerekend bij de bepaling van de door het gemeenschappelijke verkoopkantoor afgezette hoeveelheden.

Verzoeksters hebben de aandacht gevestigd op het volgende punt, dat onzes inziens van groot belang is: slechts ten aanzien van het feit dat de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen — dat wil zeggen leveringen tussen verschillende rechtspersonen — bij de bepaling van het marktaandeel mede in aanmerking worden genomen geeft de considerans van de beschikking een uitdrukkelijke motivering, waarbij naar het discriminatieverbod wordt verwezen. Het is natuurlijk uitgesloten, dat deze motivering ook het wezenlijk verschillende geval van de leveringen voor het eigen verbruik der ondernemingen zou dekken. Anderzijds had men voor dit geval toch wel een motivering mogen verwachten, aangezien de Hoge Autoriteit de leveringen aan eigen cokes- en briketfabrieken van de mijnen expressis verbis niet tot de totale afzet van het kartel heeft gerekend, hoewel deze economisch nauw verwant zijn aan de leveringen voor het eigen verbruik van de ondernemingen.

Tijdens het proces hebben verzoeksters opgave gedaan van de omvang van de hoeveelheden die binnen de ondernemingen zelf worden afgezet. Volgens hun gegevens beliepen deze interne leveringen aan kolen en cokes in het dienstjaar 1960-1961 in totaal 7,2 miljoen ton. Het gaat hier dus om leveringen en hoeveelheden, die in het kader van het onderzoek geen ondergeschikte rol spelen. Als de Hoge Autoriteit hieraan in haar overwegingen stilzwijgend voorbij gaat, moet dit dan ook als een fout worden beschouwd, die de beschikking op een belangrijk punt aantast.

Hoe is de situatie ten aanzien van de leveringen tussen geïntegreerde ondernemingen? Het gaat hier dus om de in paragraaf 19, van de kartelovereenkomst bedoelde goederenstroom tussen ondernemingen, waarvan de ene de andere controleert, hetzij ten gevolge van het feit, dat een nauwkeurig bepaalde meerderheid van de aandelen in de gecontroleerde onderneming eigendom is van de controlerende onderneming, hetzij door middel van bepaalde afspraken.

Anders dan ten aanzien van de regionale afzet bevat de kartelovereenkomst ten aanzien van de leveringen aan geïntegreerde on-

dernemingen geen voorschriften betreffende de prijsbepaling, doch hier is paragraaf 6, sub 3, van toepassing:

> „Over de niet voor verkoop aan het verkoopkantoor overgedragen hoeveelheden (gereserveerde hoeveelheden) beschikken de deelnemende ondernemingen naar eigen goeddunken."

De Hoge Autoriteit is evenwel van mening, dat deze hoeveelheden niettemin in aanmerking genomen dienen te worden bij de berekening van het aandeel, waarover de macht tot prijsbepaling van het kartel zich uitstrekt en wel om de volgende twee redenen:

- zij zijn naar het oordeel van de Hoge Autoriteit te beschouwen als potentiële afzet van het kartel en dit zou een potentiële macht tot prijsbepaling impliceren;

- zij zouden op grond van het discriminatieverbod eveneens volgens de in de prijsschalen van het kartel genoemde voorwaarden moeten worden verkocht.

Hier komt dus in de eerste plaats de vraag aan de orde, of een potentiële macht tot prijsbepaling voldoende is om de toepassing van artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) te rechtvaardigen.

Volgens de kartelovereenkomst heeft het syndicaat, dat zijn dus alle ondernemingen gezamenlijk, slechts een beperkte invloed op de regeling van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen. Het verkoopkantoor kan niet zelfstandig beslissen, dat leveringen aan geïntegreerde ondernemingen geheel of gedeeltelijk via de gemeenschappelijke afzet moeten lopen. Slechts in geringe mate bestaat de mogelijkheid, dat het verkoopkantoor vrijelijk invloed uitoefent, nl. in die zin dat de „commissie voor de hoeveelheden" moet beoordelen, of de invloed van de integratie in een bepaald geval wellicht beperkt is (hetgeen tot uitsluiting van de levering aan de geïntegreerde onderneming zou leiden). Voorts moet de „commissie voor de hoeveelheden" beoordelen, of bepaalde overeenkomsten in economisch opzicht gelijk zijn te stellen met een definitieve fusie van de betrokken ondernemingen en bij gemeenschappelijke deelname in een kolenverbruikende onderneming beslist de alge-

mene vergadering met een meerderheid van 75% der uitgebrachte stemmen over de toelaatbaarheid van de leveringen aan de betrokken onderneming.

Waar het kartel in zoverre de bevoegdheid heeft om invloed uit te oefenen op de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen, moet er ook wel sprake zijn van een potentiële macht tot prijsbepaling. Het is echter duidelijk, dat op grond van deze overweging hoogstens een klein gedeelte van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen als eventuele gemeenschappelijke afzet tot de door het kartel afgezette kolen kan worden gerekend.

Overigens kunnen de afzonderlijke ondernemingen naar eigen goeddunken beslissen, of zij de hier bedoelde leveringen zullen voortzetten of staken. Hun beslissing is afhankelijk van juridische elementen (continuering van de betrekkingen met de geïntegreerde onderneming), van economische elementen (hoogte van de marktprijs), doch ook van technische redenen en van overwegingen, die behoren tot de categorie van de tradities en van de nauwe banden tussen ondernemingen onderling. Er is geen reden om aan te nemen, dat zich hierbij plotselinge en over korte perioden sterk variërende veranderingen zullen voordoen. Men moet vooral niet vergeten, dat de kartelovereenkomst zelve bepaalt, dat een wijziging in de jaarlijkse opgave in principe slechts voor het volgende dienstjaar mogelijk is en overigens slechts onder bepaalde voorwaarden, bijvoorbeeld bij het wegvallen van de grondslag waarop de integratie berust (paragraaf 10) of in gevallen, die tot al te grote onbillijkheid aanleiding zouden geven (paragraaf 13).

Met het oog op deze factoren en gezien de omstandigheid, dat de overeenkomst inzake de uniforme verkoop slechts voor een beperkte tijd van kracht is, is het voor het aannemen van de potentiële macht tot prijsbepaling niet voldoende, wanneer de Hoge Autoriteit overweegt, welke veranderingen zij gedurende een onbepaalde tijd in de ontwikkeling van de leveringen aan de geïntegreerde ondernemingen mogelijk acht. Een schatting van de te verwachten ontwikkeling van de omvang der leveringen aan de ge-

integreerde ondernemingen in vergelijking met de totale produktie en de afzet van het kartel moet worden gebaseerd op de ontwikkeling van deze verhouding in het verleden en dient rekening te houden met de huidige economische trend. Als men hiermede rekening houdt, is er, voor de periode waar het hier om gaat, geen aanleiding om te verwachten, dat de verhoudingen zich zullen wijzigen ten gunste van de afzet door het kartel. Noch de beschikking, noch de uiteenzettingen, die de Hoge Autoriteit in de loop van het proces heeft gegeven, bevatten enig argument voor het tegendeel.

Met behulp van het begrip „potentiële macht tot prijsbepaling" laat zich dus niet rechtvaardigen, dat bij de bepaling van het marktaandeel van het kartel alle leveringen aan geïntegreerde ondernemingen worden meegerekend.

Er dient evenwel nog te worden onderzocht of de Hoge Autoriteit het standpunt, dat zij in haar beschikking inneemt ten aanzien van de leveringen aan de geïntegreerde ondernemingen, op afdoende wijze heeft gerechtvaardigd met haar verwijzing naar het discriminatieverbod. De considerans van de beschikking bevat slechts deze zinsnede: „dat deze leveringen dienen plaats te vinden, overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag over het verbod van discriminerende praktijken, eveneens volgens de in de prijsschalen genoemde voorwaarden".

Bezien wij thans de volgende tegenwerpingen van verzoeksters:

- de Hoge Autoriteit heeft geen motivering gegeven voor de toepassing van het discriminatieverbod;
- het discriminatieverbod is niet van toepassing op leveringen aan geïntegreerde ondernemingen;
- indien het wèl van toepassing zou zijn, dan zou de rechtsgrond voor de toepassing van de kartelprijzen op de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen niet in het besluit van het kartel, doch in deze wettelijke bepaling moeten worden gezocht.

Ten slotte merken verzoeksters nog op, dat leveringen aan geïntegreerde ondernemingen ook daarom niet mede in aanmerking mogen worden genomen bij de bepaling van het marktaandeel, omdat zij – economisch bezien – buiten de markt blijven.

Wat de eerste tegenwerping betreft, kan moeilijk worden beweerd, dat de uitspraak van de Hoge Autoriteit, die wij zojuist hebben aangehaald, voldoende motivering vormt voor de toepassing van een rechtsregel, die wat zijn gevolgen voor het onderhavige geval betreft van zulk een essentieel belang is. Ook wanneer men zich op het standpunt stelt, dat de overwegingen met betrekking tot de potentiële macht tot prijsbepaling lange uiteenzettingen over het discriminatieverbod overbodig maken, is er op zijn minst genomen alle reden om ernstig te betwijfelen of de beschikking van de Hoge Autoriteit op dit punt wel regelmatig is.

Het is onzes inziens de vraag, of het discriminatieverbod wel van toepassing is op de leveringen aan de geïntegreerde ondernemingen. De Hoge Autoriteit stelt de juridische zelfstandigheid van de betrokken ondernemingen op de voorgrond. Beoordeelt men de zaak evenwel naar zijn economische aspecten – hetgeen in het mededingingsrecht de voorkeur verdient – dan is het zonder meer duidelijk, dat de juridische aard der rechtsbetrekkingen slechts denkbeeldige waarde heeft. In economisch opzicht geraken de betrokken ondernemingen ten gevolge van hun onderlinge betrekkingen in een positie, die gelijk is aan die der op zichzelf staande ondernemingen of daarmee grote overeenkomst vertoont. Wanneer men echter in feite te maken heeft met een op zichzelf staande onderneming, kan het discriminatieverbod theoretisch gezien niet van toepassing zijn, want discriminatie ten opzichte van de eigen onderneming is niet denkbaar. Bovendien moet er met nadruk op worden gewezen, dat in het kader van de onderlinge betrekkingen tussen de geïntegreerde ondernemingen de leveringen worden beheerst door rechten en verplichtingen, die voor lange tijd zijn vastgelegd en die wegens de feiten, waarop zij berusten, van zo uitzonderlijke aard zijn, dat zij zich niet in een prijslijst laten inpassen („Organschaft" met samenvoeging van de resultaten der verlies- en winstrekeningen). – Per

slot van rekening kan de vraag of het discriminatieverbod van toepassing is echter onbeantwoord blijven, aangezien andere overwegingen op de voorgrond staan.

Zelfs indien wordt aangenomen, dat het discriminatieverbod ook van toepassing is op de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen, is het de vraag of hiermede een macht tot prijsbepaling is gegeven als bedoeld in artikel 65. Weliswaar behoeft er geen twijfel over te bestaan, dat niet alleen met de door het kartel afgezette hoeveelheden en toegepaste prijzen rekening moet worden gehouden. Juist is de opvatting, dat bij de bepaling van het marktaandeel als bedoeld in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c, ook die hoeveelheden in aanmerking moeten worden genomen, die buiten het kader van de gemeenschappelijke verkoop vallen, doch die ten gevolge van de invloed, die het kartel op de markt heeft, tegen dezelfde prijzen worden aangeboden. Doch in ieder geval is er slechts dan sprake van prijsbepaling door het kartel, indien de prijsvorming en de toepassing van de prijzen op bepaalde hoeveelheden hetzij rechtstreeks op besluiten van het kartel berusten, hetzij een uitvloeisel zijn van de invloed, die het kartel op de markt heeft. Indien een wettelijk voorschrift bepaalt, dat de kartelprijzen moeten worden toegepast op goederen, die niet tot de afzet van het kartel behoren — zoals het geval is met de door de afzonderlijke leden afgezette hoeveelheden, op wie de gezamenlijk in het kartel deelnemende ondernemingen als zodanig geen invloed hebben —, indien de wet dus indirect, door een soort reflexwerking, een zekere uitbreiding geeft aan de prijsbepaling door het kartel, dan vormt — zoals verzoeksters terecht opmerken — niet het besluit van het kartel, doch het wettelijk voorschrift de rechtsgrond voor de prijsbepaling.

Het is onzes inziens dan ook onjuist, dat de Hoge Autoriteit bij de bepaling van het marktaandeel, waarover de macht van het kartel zich uitstrekt, de leveringen aan de geïntegreerde ondernemingen mede in aanmerking heeft genomen.

Rest ons nog het onderzoek van de vierde tegenwerping van verzoeksters, nl. dat slechts de afzet, die op de markt komt, van belang is.

Volgens de bewoordingen van artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) dient te worden beoordeeld of de prijsbepaling betrekking heeft op een belangrijk gedeelte van de produkten op de gemeenschappelijke markt. Het begrip „gemeenschappelijke markt" komt in tal van bepalingen van het Verdrag voor. Men mag aannemen, dat het begrip in enkele van deze bepalingen in zijn geografische betekenis wordt gebruikt ter omschrijving van het gebied, waarvoor de regels van het Verdrag van kracht zijn. Artikel 65 handelt over beperkingen van de mededinging, dat wil zeggen over feitelijke omstandigheden, die in economisch opzicht van belang zijn voor de markt. Het ligt dan ook voor de hand het begrip markt hier in economische zin op te vatten als de plaats, het gebied, waar vraag en aanbod elkaar in vrijheid ontmoeten en waar volgens de spelregels van de mededinging economische uitwisseling plaatsvindt. Vgl. het Commentaar van Müller-Henneberg-Schwartz op het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ad paragraaf 22, blz. 491):

„Das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage nennen die Wirtschaftswissenschaften den Markt. Die Personen, die sich mit Angeboten oder Nachfragen an der Bildung des Marktes beteiligen, nennen sie die beiden Marktseiten. ..... Die Verkäuferseite ist die Zusammenfassung konkurrierender Angebote".

Bij de pleidooien heeft de Hoge Autoriteit zich bij monde van haar vertegenwoordiger op overeenkomstige wijze uitgedrukt door te betogen, dat „het woord markt dient ter aanduiding van het gebied, waar een onderneming of een groep ondernemingen haar activiteiten ontplooit en met daadwerkelijke mededinging rekening heeft te houden".

Terecht merken verzoeksters op, dat leveringen tussen geïntegreerde ondernemingen onderling, dat wil zeggen leveringen van een controlerende onderneming aan een gecontroleerde onderneming of omgekeerd, gelijk zijn te stellen met goederenbewegingen binnen één en dezelfde onderneming. Anders dan op de markt bestaat hier geen mogelijkheid tot keuze, doch wordt tot een bepaalde levering opdracht gegeven. De leveringen blijven dus buiten de markt. Dat geldt zowel voor als na het sluiten van de kartelovereenkomst, dat wil dus zeggen, dat de kartelovereenkomst ten aanzien van de

leveringen aan geïntegreerde ondernemingen geen direkte invloed heeft op de concurrentieverhoudingen. Deze leveringen moeten dan ook bij de bepaling van het marktaandeel van het kartel buiten beschouwing blijven.

In dit verband zouden wij willen verwijzen naar de literatuur betreffende het recht van economische concentratievormen, waartoe de vertegenwoordiger van de Hoge Autoriteit zelf bijdragen (1) heeft geleverd, die grote bekendheid genieten en waarvan de waarde algemeen wordt erkend. Hieruit citeren wij het volgende:

> „Das Unternehmen der beherrschten Gesellschaft wird durch die „einheitliche Leitung" des Konzerns, verbunden mit der Eingliederung der Tochtergesellschaft in das Unternehmen der herrschenden Gesellschaft, vernichtet. Die Konzernierung beseitigt die Fähigkeit der beherrschten Gesellschaft, nach einem eigenen Wirtschaftsplan zu handeln. „Datum" ist für die eingegliederte Gesellschaft nicht der Markt, sondern die Weisung des Konzerns. (blz. 303)
>
> Die beherrschte Gesellschaft aber wird einem fremden Unternehmen dienstbar gemacht: sie gibt ihre unternehmerischen Funktionen an die Konzernspitze ab. Man kann sich die Auswirkung dieser Umwandlung nicht tiefgreifend und umfassend genug vorstellen. Die Konzernleitung entscheidet, was die Gesellschaft investiert, produziert und vertreibt; wie sie mit den notwendigen Vorprodukten, mit Rohstoffen, Halbzeug oder Fertigwaren versorgt wird. Der Konzern bestimmt, von wem, in welchen Mengen, in welcher Qualität und zu welchen Preisen die Gesellschaft einkauft, ob sie ihre eigene Rohstoffbasis erwirbt, langfristige Lieferverträge abschliesst, ob sie ihren Bedarf von Fall zu Fall am freien Markt deckt oder ob der Konzern selbst die Belieferung übernimmt. .... Die Marktbeziehungen des Unternehmens werden auf die Bedürfnisse des Konzerns ausgerichtet. Das bedeutet häufig Verzicht auf die eigene Stellung im Markt, insbesondere auf die Beziehungen zur Kundschaft, ohne die kein Unternehmen lebensfähig ist. (blz. 304) .... Auch Verrechnungspreise, die ziffernmässig den Marktpreisen angeglichen sind, bleiben Verrechnungspreise und werden nicht zu Marktpreisen. Schwankungen der Preise bewirken im Konzern keine Aenderung des wirtschaftlichen Verhaltens, sondern allein eine Veränderung der Verrechnungseinheit. Damit ist den Preisen ihre wichtigste Funktion, Wegweiser für wirtschaftliches Verhalten zu sein, entzogen. .... Bei sinkenden Preisen wird die Kon-

---

1) Vgl. Mestmäcker: Verwaltung, Konzerngewald und Rechte der Aktionäre, 1958.

zerngesellschaft nicht ihre Lieferungen einschränken, sodern sie deckt den Konzernbedarf im gleichen Umfang wie zuvor. (blz. 306)

Technisch sind Marktpreise als Verrechnungspreise im Konzern deshalb wenig geeignet, weil sie an den konjunkturellen Schwankungen des Marktes teilnehmen. Dadurch wird eine stetige Kostenrechnung und Kalkulation erschwert. Zwar lassen sich externe Effekte rechnerisch ausgleichen; aber dieses Verfahren fordert so hohen zusätzlichen Aufwand, dass es nicht überrascht, wenn die Konzernverwaltungen als Verrechnungspreise überwiegend Kostenpreise zugrunde legen." (blz. 309)

Aan RASCH, „Deutsches Konzernrecht", ontlenen wij de volgende opmerkingen:

„Die Interessen des Betriebs sind nun aber keineswegs immer identisch mit den Interessen jener höheren Einheit, in die der Betrieb eingeordnet ist, mit den Interessen des Konzerns und seiner sonstigen Glieder, deren Berücksichtigung von dem Vorstand einer Konzerngesellschaft ebenfalls erwartet wird. Man denke an die alltäglichen Fälle, dass der Vorstand veranlasst wird, an andere Konzerngesellschaften Waren unter Marktpreisen zu liefern. (blz. 99)

Jede „einheitliche Leitung" eines Konzerns (§ 15 Aktiengesetz) wäre unmöglich, wollte man den Vorständen der Konzernunternehmungen gestatten, etwa die von der Konzernspitze verfügte Einstellung der Produktion gewisser Erzeugnisse oder die Lieferung gewisser Waren zu Vorzugspreisen an andere Konzerngesellschaften abzulehnen, weil sie die Interessenlage anders beurteilen als der Konzernleiter. (blz. 101)

Eine Forderung gegen eine Konzerngesellschaft trägt einen anderen wirtschaftlichen Charakter als ein Anspruch gegen ein unabhängiges Unternehmen. Auf ihre Entstehung und ihre Höhe hat die herrschende Gesellschaft weitgehend Einfluss. Sie kann das abhängige Unternehmen zum Abschluss von Kaufgeschäften mit der Muttergesellschaft veranlassen, dabei auch die Preise bestimmen." (blz. 147)

Het door de Hoge Autoriteit uit de Amerikaanse jurisprudentie aangehaalde voorbeeld, de zgn. aluminium-zaak (zie dupliek blz. 73), is naar onze mening niet in tegenspraak met de opvatting, die uit de zojuist aangehaalde citaten spreekt. Het betreft in dit geval een op zichzelf staande onderneming, die in onderafdelingen van zijn eigen bedrijf ruw aluminium verwerkt en die dus tevens juridisch de mogelijkheid heeft om de voor verwerking bestemde hoeveelheden rechtstreeks op de markt te brengen. Er zou slechts dan een

parallel met het onderhavige geval kunnen worden getrokken, indien het kartel, dat zijn dus de in het verkoopkantoor deelnemende ondernemingen gezamenlijk, invloed zou kunnen uitoefenen op de regeling van de leveringen aan de geïntegreerde ondernemingen en dat zou het geval zijn als zij zelfstandig zouden kunnen beslissen, dat deze leveringen in het kader van de kartelafzet moeten plaatsvinden. Wat het merendeel van deze leveringen betreft, is dit echter niet het geval.

Het resultaat van ons onderzoek met betrekking tot de vraag, of de macht van het kartel tot prijsbepaling zich uitstrekt tot de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en de leveringen voor het eigen verbruik van de ondernemingen, kunnen wij derhalve als volgt samenvatten:

De beschikking van de Hoge Autoriteit is onwettig en wel om de volgende redenen:

- de beschikking geeft geen motivering voor het mede in aanmerking nemen van de leveringen voor het eigen verbruik van de ondernemingen;
- de beschikking geeft geen motivering voor de toepassing van het discriminatieverbod op leveringen aan geïntegreerde ondernemingen;
- ook wanneer het discriminatieverbod van toepassing zou zijn is aan te nemen, dat het kartel ten aanzien van een onbepaald, doch wellicht overgroot gedeelte van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen niet de macht tot prijsbepaling bezit.

ii) Beheersing van de afzet

Aangezien elk der in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) genoemde criteria afzonderlijk de beschikking kan dragen zullen wij het onderzoek voortzetten met de bespreking van de vraag of zich het geval voordoet dat de afzet voor een belangrijk gedeelte van de gemeenschappelijke markt wordt beheerst. Gezien onze in het begin geformuleerde kritiek op de wijze waarop de Hoge Autoriteit het begrip

beheersing van de afzet definieert en toepast, dient men echter wel te bedenken, dat dit onderzoek omtrent de bepaling van het in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) bedoelde gedeelte van de gemeenschappelijke markt slechts een subsidiair karakter kan hebben.

Naar de mening van de Hoge Autoriteit (men zie punt 13 van de considerans van de beschikking) is het voor het bestaan van afzetbeheersing voldoende, dat de kartelovereenkomst „regels en voorwaarden voor de gereserveerde hoeveelheden" vaststelt en voorts garanties bevat (o.m. door het opnemen van een kettingbeding), om te verhinderen dat deze hoeveelheden op enige andere wijze zullen worden geleverd.

Indien de beheersing van de afzet zo wordt opgevat als wij in het eerste deel van onze conclusie hebben gedaan, nl. als het in zo belangrijke mate beïnvloeden van de organisatie van de afzet, d.w.z. van de afzetpolitiek, dat hiervan een merkbare invloed uitgaat op de concurrentieverhoudingen op de gemeenschappelijke markt, dan komt men tot de volgende beoordeling:

Regionale afzet

Het is aan geen twijfel onderhevig, dat de in het kader van de regionale afzet geleverde hoeveelheden op de gemeenschappelijke markt – dit woord gebruikt in economische zin – komen. Paragraaf 6 van de kartelovereenkomst gewaagt van een „eigen goeddunken" van de vennoten ten aanzien van de verkoop van deze hoeveelheden, doch dit eigen goeddunken is krachtens de kartelovereenkomst aan bepaalde beperkingen onderhevig (definitie van de groepen van verbruikers, geografische begrenzing van de markt, regionale verkoop alleen op bepaalde plaatsen toegestaan – paragraaf 21 –). Binnen deze grenzen kunnen de vennoten vrijelijk beslissingen nemen ten aanzien van hoeveelheden, categorieën en soorten. Zij kunnen bepaalde afzetgebieden kiezen en hebben zelfs de vrijheid om te beslissen, of zij al dan niet zullen afzetten (dit laatste is in tijden, waarin men met overschotten heeft te maken, echter niet meer dan een theoretische mogelijkheid).

Ook al kan het kartel zijn invloed dan niet doen gelden ten aanzien van de verkoop aan iedere verbruiker afzonderlijk door de afzet te richten en de grootte van de te leveren hoeveelheden te bepalen, moet toch worden vastgesteld, dat de kartelovereenkomst zelve de mogelijkheden voor de regionale afzet beperkt en daaruit blijkt, dat het kartel grote invloed heeft op de afzet.

Ook wat de beheersing van de afzet betreft, mogen de in het kader van de regionale afzet geleverde hoeveelheden dus niet buiten beschouwing blijven bij de bepaling van het marktaandeel als bedoeld in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c).

Andere gereserveerde hoeveelheden: leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en leveringen binnen op zichzelf staande ondernemingen

Het staat vast, dat de mogelijkheden om ten aanzien van deze leveringen naar eigen goeddunken te handelen door de kartelovereenkomst zelve in belangrijke mate worden beperkt, zoals ook ten aanzien van de regionale afzet het geval is. Ook hier rijst echter de vraag, of er wel van afzet op de markt gesproken kan worden. Immers, deze hoeveelheden worden niet volgens de wet van vraag en aanbod op de markt afgezet, dat wil zeggen onder de druk van de concurrentie van andere produkten, doch de afzet vindt plaats buiten de markt op aanwijzing van de controlerende onderneming of — indien het op zichzelf staande ondernemingen betreft — op aanwijzing van de leiding van de onderneming. Het antwoord op deze vraag kan niet anders luiden dan bij de prijsbepaling: de afzet binnen één en dezelfde onderneming en de afzet tussen geïntegreerde ondernemingen onderling, die zo nauw verbonden zijn, dat zij in economisch opzicht overeenkomst vertonen met één enkele onderneming, behoort functioneel niet tot de gemeenschappelijke markt. De omvang van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen wordt — met inachtneming van de grenzen door de kartelovereenkomst gesteld — eenzijdig door één van de betrokken ondernemingen bepaald. Ook wanneer er geen kartelovereenkomst bestond, zouden deze hoeveelheden niet aan de concurrentie tussen de ondernemingen deelnemen, aangezien zij niet of in hoeveelheden die slechts geringe

fluctuaties vertonen op de markt verschijnen. Bovendien mag niet worden vergeten, dat krachtens de kartelovereenkomst het aantal stemmen, dat iedere vennoot kan uitbrengen, wordt bepaald door de door hem aangemelde hoeveelheden en dat ondernemingen met grote gereserveerde hoeveelheden hierdoor minder invloed hebben binnen het kartel, dus ook ten aanzien van de afzet van het kartel. Het kartel, dat zijn dus de in het verkoopkantoor deelnemende ondernemingen gezamenlijk, kan deze categorie gereserveerde hoeveelheden dus niet gebruiken als instrument om de markt te beïnvloeden. Zij moeten dan ook buiten beschouwing blijven bij de bepaling van het marktaandeel, waarover de beheersing van de afzet zich uitstrekt.

Wat de stelling van de Hoge Autoriteit betreft, dat de gehele produktie is te beschouwen als potentiële afzet van het kartel en potentieel onderworpen is aan de afzetbeheersing door het kartel: het is duidelijk, dat deze bewering onjuist is (vgl. bijvoorbeeld het eigen verbruik van de mijn, ten aanzien waarvan niet van afzet kan worden gesproken). Voor het overige is hetgeen wij ten aanzien van de macht tot prijsbepaling hebben betoogd ook hier van toepassing. Het gaat er om, in welke mate op grond van overwegingen van juridische, technische en economische aard in feite fluctuaties zijn te verwachten in de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en in het eigen verbruik der ondernemingen. Slechts in zoverre zijn de leveringen te beschouwen als potentiële gemeenschappelijke afzet.

Resumerende komen wij dus tot de volgende conclusie: Bij de berekening van het marktaandeel van de in het kartel deelnemende ondernemingen begaat de Hoge Autoriteit in zoverre een fout, dat zij leveringen binnen op zichzelf staande ondernemingen ten dele en leveringen aan geïntegreerde ondernemingen volledig mede in aanmerking neemt. Blijkens de door verzoeksters bij de mondelinge behandeling geproduceerde verkoopcijfers wordt de grootte van het marktaandeel, zoals de Hoge Autoriteit dit in punt 9 van de considerans van haar beschikking berekent, hierdoor in belangrijke mate beïnvloed.

iii) Beoordeling van het marktaandeel

Aangezien de Hoge Autoriteit in haar beschikking niet heeft verklaard, dat ook een dermate gereduceerd marktaandeel als „belangrijk" in de zin van artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) moet worden beschouwd, rijst de vraag, of het Hof zich hierover kan uitspreken.

Hiertegen kunnen twee argumenten worden aangevoerd:

— Het behoort tot de taak van de Hoge Autoriteit, de feitelijke elementen van een kartelovereenkomst te beoordelen. Terecht is opgemerkt, dat het hier een beoordeling van alle economische aspecten van de zaak betreft, waarbij rekening moet worden gehouden met marktdata, marktinvloeden en marktontwikkelingen. Waar het Hof deze beoordeling van de algehele economische situatie slechts in beperkte mate kan toetsen, is het zeker niet geoorloofd, dat het Hof deze beoordeling zelf verricht in plaats van de Hoge Autoriteit.

— Bovendien is het in het onderhavige geval niet zo, dat er mede kan worden volstaan in het gegeven cijfermateriaal bepaalde vaststaande getallen eenvoudig af te trekken. Wij hebben gezien, dat rekening moet worden gehouden met zekere fluctuaties in de omvang van de leveringen aan geïntegreerde ondernemingen. Bovendien moet niet alleen het marktaandeel van verzoeksters worden gerectificeerd, doch ook de vergelijkende cijfers, die betrekking hebben op de gemeenschappelijke markt, behoeven correctie. Immers, de Hoge Autoriteit heeft verklaard, dat in deze cijfers eveneens leveringen aan geïntegreerde ondernemingen en eigen verbruik van de ondernemingen zijn verdisconteerd, zonder dat de omvang van deze hoeveelheden nauwkeurig vaststaat.

Indien de beschikking van de Hoge Autoriteit op genoemde gronden vernietigd mocht worden, moet zij dus zelf aan de hand van de gewijzigde richtlijnen voor de interpretatie een nieuwe mathematische berekening maken en op

grond van de aldus verkregen cijfers de situatie opnieuw in zijn geheel beoordelen.

d) *Wat dient bij de beoordeling van het marktaandeel voorts nog in aanmerking te worden genomen?*

In het kader van onze uiteenzettingen betreffende het bepaalde sub c) moeten wij – nog steeds naar aanleiding van het criterium „belangrijk gedeelte" – ten slotte nog een door interveniënte opgeworpen grief onderzoeken. De vertegenwoordiger van het land Noordrijnland-Westfalen heeft opgemerkt, dat volgens de bewoordingen van het Verdrag onder „partie des produits en cause" in casu weliswaar slechts het „gedeelte van de produkten" op de kolenmarkt dient te worden verstaan, doch dat bij de bepaling van het begrip „belangrijk gedeelte" rekening moet worden gehouden met alle factoren, die de kolenmarkt beïnvloeden.

Ongetwijfeld mag het criterium „belangrijk gedeelte" als een onbepaald rechtsbegrip worden gequalificeerd, welks inhoud nadere aanvulling behoeft overeenkomstig betekenis en strekking van het voorschrift, waarin dit begrip wordt genoemd. Waar krachtens artikel 65 de uiterste grens, die aan de toelaatbaarheid van kartels mag worden gesteld, moet worden bepaald aan de hand van het marktaandeel van de in het kartel deelnemende ondernemingen, ligt hieraan het streven ten grondslag om beperkingen van de mededinging uit te sluiten, wanneer deze belangrijke afmetingen aannemen en daardoor de door het Verdrag ingestelde ordening van de mededinging in gevaar brengen.

Wat men dient te verstaan onder „belangrijke beperking van de mededinging" moet worden bepaald aan de hand van de normale situatie, dat wil zeggen aan de hand van de normale concurrentieverhoudingen, zoals die krachtens artikel 5 en artikel 65, lid 1, van het Verdrag voor de Gemeenschap moeten worden verwezenlijkt. Deze normale situatie dient als maatstaf bij de beoordeling van iedere kartelovereenkomst.

Het is wel duidelijk, welke concrete economische toestand de opstellers van het Verdrag voor ogen stond, toen zij in de verdrags-

tekst de uitdrukking „normale concurrentieverhoudingen" opnamen; hieromtrent bestaat dan ook geen verschil van mening. De toenmalige situatie werd gekenmerkt door het feit, dat de vraag naar kolen het aanbod overtrof, dat wil zeggen door een sterke positie van de kolen op de energiemarkt. Dit bracht met zich mede, dat, wilde men streven in de richting van normale concurrentieverhoudingen, strenge toepassing van de wettelijke voorschriften inzake de mededinging principieel was geboden.

Niet alleen in dit proces, doch eveneens in toonaangevende publikaties van de Hoge Autoriteit, in de vakliteratuur en in wetenschappelijke adviezen is aangetoond, dat de kolenpositie, waarvan men in 1952 is uitgegaan, zich grondig heeft gewijzigd. Het Hof zelf heeft het ingrijpende karakter van deze wijziging uitdrukkelijk erkend in de adviezen die het heeft uitgebracht in de procedures tot wijziging van artikel 56 en artikel 65.

Het marktaandeel van kolen loopt terug, terwijl andere primaire energiebronnen, zoals ingevoerde kolen, olie en aardgas in toenemende mate de plaats van kolen innemen. Het valt niet te ontkennen, dat de markten van kolen, olie en aardgas tot één geheel zijn geworden.

De voorschriften betreffende de mededinging van het E.G.K.S.-Verdrag (bijvoorbeeld publikatie van prijslijsten en gelijke behandeling van alle afnemers) zijn echter niet de voorschriften, die de verkopers van olie en gas ter beschikking staan.

Deze wijziging brengt noodzakelijkerwijze met zich mede, dat het begrip „normale concurrentie op de gemeenschappelijke markt" anders moet worden opgevat dan ten tijde van de oprichting van de Gemeenschap. Reeds bij de onderhandelingen, die aan het sluiten van het Verdrag vooraf gingen, werd er op gewezen, dat de mate van concurrentie slechts aan de hand van de omstandigheden van het ogenblik kan worden bepaald. Bij het onderzoek naar de verschillende elementen van artikel 65 mag de gewijzigde situatie op de markt dan ook niet buiten beschouwing worden gelaten.

De huidige situatie is hiermede echter nog niet volledig gekarakteriseerd. Terecht wijzen verzoeksters er op, dat de gemeenschappelijke markt niet uitsluitend van buiten af wordt beïnvloed door de concurrentie van substitutiegoederen; ook binnen de markt zelve doet zich een situatie voor, die op belangrijke punten afwijkt van de voorstelling, die men zich oorspronkelijk van „normale concurrentieverhoudingen" had gevormd.

Volgens het Verdrag heeft iedere kolenproducent binnen het gebied van de Gemeenschap recht op toegang tot alle verbruikers op de gemeenschappelijke markt. Beperking van de toegang tot gedeelten van de gemeenschappelijke markt heeft – ook wanneer die beperking het gevolg is van wettelijke maatregelen of van andere feitelijke oorzaken dan de concurrentie – als juridische consequentie, dat het begrip gemeenschappelijke markt in de zin van het Verdrag niet meer kan worden toegepast. Het valt echter niet te ontkennen, dat wij thans niet met één onverdeelde markt te maken hebben, doch met gescheiden markten, waarin produktie en verdeling niet onder dezelfde concurrentievoorwaarden plaatsvinden. Gedeeltelijk is de kolenmijnindustrie in de Gemeenschap gesocialiseerd en is de afzet van kolen dientengevolge gecentraliseerd, evenals de invoer van kolen en de organisatie van het vervoer; gedeeltelijk ook is de energiebranche in zijn geheel onderworpen aan een streng staatsdirigisme. In deze gevallen is er geen sprake van onderlinge concurrentie onder de produktie- en afzetbedrijven. Deze concurrentie wordt opgeheven door de centrale leiding, die er voor zorgt, dat de economische resultaten van de verschillende bedrijven worden genivelleerd.

Ook al acht men het niet juist, wegens de gebreken die de gemeenschappelijke markt op het huidige tijdstip aankleven zonder meer te besluiten, dat toepassing van de voorschriften inzake de mededinging is uitgesloten (zoals bijv. KRONSTEIN in zijn te Frankfort gehouden referaat [1]) heeft gedaan; verzoeksters zelf gaan

---

[1]) Vgl. „Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft", Internationale conferentie over kartelrecht, juni 1960.

minder ver), toch is het onzes inziens geboden bij de uitleg van onbepaalde rechtsbegrippen rekening te houden met alle elementen van de gegeven economische en juridische constellatie. Er moet dus worden aangedrongen op een toepassing van de verdragsregels, waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de afwijking van de normale concurrentieverhoudingen. In verband hiermede bestaat dus de mogelijkheid, rekening te houden met de wijziging in de feitelijke situatie, waarop verzoeksters met zulk een nadruk hebben gewezen, zonder dat het Verdrag geweld wordt aangedaan. Dit is echter ook noodzakelijk, daar men zich anders zou blootstellen aan het verwijt, een onbepaald begrip op eenzijdige en onvolledige wijze te hebben aangevuld.

Uit een en ander blijkt wel, dat de mate waarin een bepaald aandeel in de kolenmarkt afbreuk doet aan de mededinging verschillend moet worden beoordeeld al naar gelang er een geïsoleerde kolenmarkt bestaat of andere energiebronnen de kolenmarkt beïnvloeden. Bestaat er een sterke concurrentiedruk van buitenaf, dan kan slechts dan sprake zijn van een belangrijke beïnvloeding van de markt door een kolenkartel, wanneer de marktinvloed van dat kartel vergelijkbaar is met die van de substitutiegoederen. Met andere woorden: de druk, die van buitenaf op de gemeenschappelijke kolenmarkt wordt uitgeoefend, maakt het noodzakelijk, dat bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de omvang van een kartel andere maatstaven worden aangelegd.

Het is de vraag, of de Hoge Autoriteit in haar beschikking voldoet aan de eisen, die wij zojuist hebben omschreven. In punt II van de considerans overweegt zij:

> „dat de Hoge Autoriteit niet ontkent dat offertes uit derde landen en offertes van andere vormen van energie ten aanzien van bepaalde categorieën kolen van invloed zijn op de mededinging; dat zij derhalve deze invloed heeft onderzocht . . . ."

De Hoge Autoriteit kan echter worden tegengeworpen, dat zij dit onderzoek slechts heeft verricht om zich er van te overtuigen, of de in het kartel deelnemende ondernemingen de macht hebben om de prijzen te bepalen. Voor de vaststelling van het marktaandeel

als bedoeld in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub c) beperkt de Hoge Autoriteit zich tot een vergelijking met de afzet van kolen binnen de Gemeenschap (punt 9). De Hoge Autoriteit heeft zich in ieder geval niet uitgelaten over de invloed van de door ons gekenschetste bijzondere structuur van bepaalde delen van de gemeenschappelijke markt. Niettemin hebben verzoeksters terecht opgemerkt, dat een streng staatsdirigisme ten aanzien van de afzet van energie, ook al heeft het betrekking op een kleiner marktaandeel dan een particulier kartel, dit kartel toch in invloed op de markt kan overtreffen.

Hier vertoont de werkwijze van de Hoge Autoriteit naar onze mening een belangrijke fout, wellicht de ernstigste van alle tot nu toe genoemde fouten. En hier is het pleidooi van verzoeksters voor een dynamische interpretatie en ontwikkeling van het recht, die gelijke tred houdt met de economische ontwikkeling, naar onze mening het meest op zijn plaats.

Het is dan ook vooral met het oog op deze overwegingen, dat de beschikking van de Hoge Autoriteit als gebrekkig moet worden aangemerkt, aangezien het niet uitgesloten is, dat de Hoge Autoriteit tot een ander oordeel zou zijn gekomen, indien zij met alle vereiste elementen rekening had gehouden.

II. *ARTIKEL 65, LID 2, ALINEA 1, SUB B*

Ons onderzoek van de feiten zou onvolledig zijn, indien wij niet nog enige opmerkingen wijdden aan artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b). Weliswaar is gebleken, dat de afwijzende beschikking van de Hoge Autoriteit, voor zover zij steunt op het bepaalde sub c), ernstig in haar juridische fundamenten is aangetast, doch de beschikking zou in het zelfstandige criterium van het bepaalde sub b) alleen voldoende steun kunnen vinden.

Verzoeksters bestrijden de uiteenzettingen van de Hoge Autoriteit ten aanzien van het bepaalde sub b) in de eerste plaats met het middel gebrekkige motivering.

In de beschikking wordt het volgende gesteld: Krachtens artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b) dient te worden onderzocht of de aard van

de overeenkomst, de omvang van de toegepaste middelen en de wijze waarop zij worden ten uitvoer gelegd, met het oog op de daarmede gepaard gaande beperking van de concurrentie onontbeerlijk zijn om een verbetering van de verkoop te bereiken dan wel of andere overeenkomsten, die minder sterke beperkingen van de mededinging met zich brengen, dezelfde uitwerking hebben. Bij de beoordeling van de feiten kan niet worden vastgesteld dat het voor de oplossing van de door verzoeksters genoemde vraagstukken absoluut noodzakelijk is over de belangrijke middelen te beschikken, welke de verkooporganisatie noodzakelijk maakt en dat het technisch niet mogelijk is deze problemen door andere overeenkomsten op te lossen. Rekening houdende met de karakteristieke kenmerken der ondernemingen, de omstandigheden waaronder de winning plaatsvindt en de verkoopvoorwaarden voor de onderscheidene categorieën en soorten, is het technisch mogelijk andere regelingen voor de organisatie van de verkoop van Ruhrkolen in te voeren.

De Hoge Autoriteit kan derhalve niet van oordeel zijn, dat de voorgelegde overeenkomst aan de in artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b) genoemde voorwaarden voor het verlenen van ontheffing van de verbodsbepaling voldoet.

Het is de vraag, of deze enkele opmerkingen voldoen aan de eisen, die volgens de jurisprudentie van het Hof aan de motivering van een beschikking dienen te worden gesteld.

In wezen geeft de Hoge Autoriteit niet meer dan een buitengewoon summiere aanduiding van de wijze van onderzoek en van het object, waarop dit onderzoek betrekking heeft gehad. In aansluiting daarop vermeldt zij haar bezwaren met betrekking tot de omvang van het ontworpen kartel, zonder de afzonderlijke resultaten van haar onderzoek aan te geven met vermelding van de rechtsregels die zij daarbij heeft toegepast. Met name maakt de Hoge Autoriteit niet duidelijk, in hoeverre naar haar mening de structuur van het kartel, dat haar ter beoordeling is voorgelegd, niet onmisbaar is voor het bereiken van de beoogde doeleinden.

Het Hof beschikt niet over voldoende gegevens om zelfs maar in grote lijnen te kunnen nagaan, welke juridische overwegingen de Hoge Autoriteit er toe hebben gebracht, op grond van de feitelijke gegevens de onderhavige beschikking te geven.

Wij zijn dan ook van mening, dat de beschikking naar de maatstaven van het Verdrag onvoldoende is gemotiveerd.

Bovengenoemde gronden en het feit, dat de Hoge Autoriteit zelve toegeeft, dat zij het bepaalde sub b) niet uitputtend, dat wil zeggen niet in al zijn aspecten, heeft onderzocht (verweerschrift, blz. 6), maken een onderzoek van de verschillende bijkomende argumenten van verzoeksters overbodig.

Zo vormen ook de overwegingen met betrekking tot artikel 65, lid 2, alinea 1, sub b) onvoldoende rechtsgrond voor de beschikking van de Hoge Autoriteit, hetgeen ten slotte tot vernietiging van de beschikking moet leiden.

III. *CONCLUSIE*

Gezien de gebreken, welke de afwijzende beschikking van de Hoge Autoriteit aankleven, moge ik het Hof van Justitie derhalve voorstellen:

– de beschikking nietig te verklaren en de zaak ter verdere behandeling terug te wijzen naar de Hoge Autoriteit;

– de Hoge Autoriteit te veroordelen in de kosten van het proces.