CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 25 mei 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij beschikking van 16 december 1987 heeft het Hof besloten, de tien zaken waarin wordt verzocht om nietigverklaring van beschikking 85/202/EEG van de Commissie van 19 december 1984 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag [1], voor de mondelinge behandeling en voor het arrest te voegen. Vijf maanden eerder, op 8 juli 1987, had het Hof vastgesteld dat het zinvol was, de vraag of de Gemeenschap bevoegd is om de mededingingsregels van het Verdrag toe te passen ten aanzien van in derde landen gevestigde ondernemingen, alsmede de in een van de betrokken zaken naar voren gekomen vraag betreffende de verhouding tussen de Vrijhandelsovereenkomst met Finland en artikel 85 EEG-Verdrag, los te koppelen van de grond van de zaak, waarin het gaat om kartelvorming in de pulpindustrie, waaraan de adressaten van de beschikking — die alle buiten de Gemeenschap zijn gevestigd — zich schuldig zouden hebben gemaakt. [2]

2. Partijen en de regering van het Verenigd Koninkrijk, die bij beschikking van 9 oktober 1985 werd toegestaan te interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de zes zaken waarin de bevoegdheid van deze laatste van meet af aan was betwist, zijn op 12 januari 1988 over die vraag gehoord. Aan die bevoegdheidsvraag is de thans door mij te nemen conclusie gewijd.

3. De grondslag waarop de Commissie haar bevoegdheid in de bestreden beschikking baseert — de plaats waar de gevolgen [3] zich hebben voorgedaan — wordt door verzoeksters bestreden en door het Verenigd Koninkrijk gelaakt. Ik ben van mening dat, ongeacht de standpunten die de Commissie dienaangaande in ander verband heeft ingenomen en zelfs al had zij — zoals door sommigen met klem is betoogd — de neiging om in haar geschriften nu eens de lokalisering van de gevolgen en dan weer die van de met de mededinging strijdige gedraging in aanmerking te nemen, het vraagstuk van de communautaire bevoegdheid aan de hand van de „gevolgen-theorie" moet worden opgelost.

4. In dat opzicht ben ik een andere mening toegedaan dan de Britse regering. Deze heeft het Hof namelijk verzocht, de oplossing van het geschil te zoeken in het feit dat het hier zou gaan om een vorm van territoriale bevoegdheidsuitoefening, die zowel in het gemeenschapsrecht als in het internationale recht is aanvaard.

5. De tegenstanders van de gevolgen-theorie trachten die leer te bestrijden met argumenten ontleend aan zowel het gemeenschapsrecht als het internationale recht. Hun

* Vertaald uit het Frans.

1 — PB 1985, L 85, blz. 1.

2 — Naast het argument met betrekking tot de Vrijhandelsovereenkomst met Finland, dat uitsluitend in zaak 89/85 een rol speelt, betwisten de verzoeksters in die zaak, evenals de meeste andere verzoeksters, de bevoegdheid van de Commissie om de communautaire mededingingsregels enkel op grond van de zogenoemde „gevolgen-theorie" toe te passen. Ik wil er echter op wijzen, dat verzoekster in zaak 104/85 de bevoegdheid van de Commissie pas ter terechtzitting in geding heeft gebracht, en dat verzoekster in zaak 116/85, die aanvankelijk niets had gezegd over die bevoegdheid, in een brief van 29 oktober 1987 als reden voor dat stilzwijgen aanvoerde, dat het Hof die vraag ambtshalve diende te onderzoeken; zij stelde evenwel, dat zij zich ten aanzien van dat punt bij de argumenten van de andere verzoeksters aansloot. Ter terechtzitting heeft zij die stellingname bevestigd door zich dienaangaande aan het oordeel van het Hof te refereren. Verzoeksters in zaak 117/85 heeft het middel onbevoegdheid niet opgeworpen en heeft zich ter terechtzitting bij de stellingen van de overige verzoeksters aangesloten.

3 — Punt 79 van de bestreden beschikking.

gemeenschappelijke bezwaar tegen de beschikking van de Commissie berust op twee pijlers: noch het gemeenschapsrecht noch het internationale recht zou toestaan, dat de communautaire mededingingsregels worden toegepast ten aanzien van in derde landen gevestigde ondernemingen vanwege het enkele feit dat zich binnen de Gemeenschap gevolgen hebben voorgedaan.

6. Na een bespreking van die twee aspecten zal ik moeten ingaan op de lering die kan worden getrokken uit de Amerikaanse rechtspraak, die op dit gebied bijzonder omvangrijk is. Vervolgens zal ik het Hof de criteria aan de hand doen die moeten worden gehanteerd om de bevoegdheid van de Gemeenschap ten aanzien van elders gevestigde ondernemingen te funderen, om daarna, met name in het licht van die criteria, in te gaan op de bijzondere positie van KEA. Tot slot zal ik aandacht besteden aan het specifieke probleem van de verhouding tussen de Vrijhandelsovereenkomst met de Finse Republiek en artikel 85 EEG-Verdrag.

I — De gevolgen-theorie in het gemeenschapsrecht

7. De bijzonderheden van de verschillende zaken buiten beschouwing gelaten, kan men stellen dat de bevoegdheid van de Gemeenschap om haar mededingingsregels toe te passen ten aanzien van elders gevestigde ondernemingen, op twee gronden wordt bestreden. In de eerste plaats wordt aangevoerd, dat niets in de bewoordingen van artikel 85 EEG-Verdrag toestaat, dit artikel ook toe te passen ten aanzien van elders gevestigde ondernemingen vanwege het enkele feit dat zich op het communautaire grondgebied met de mededinging strijdige gevolgen hebben voorgedaan. In de tweede plaats zijn verzoeksters van mening, dat uit 's Hofs rechtspraak een verwerping van de gevolgen-theorie kan worden afgeleid. Laat ik nu reeds zeggen, dat ik het Hof in overweging zal geven, geen van beide bezwaren te aanvaarden.

1. *De bewoordingen van artikel 85*

8. De bewoordingen van artikel 85 EEG-Verdrag rechtvaardigen de algemene gevolgtrekking, dat het communautaire mededingingsrecht reeds uit zijn aard van toepassing is, zodra zich op het grondgebied van de Gemeenschap met de mededinging strijdige gevolgen hebben voorgedaan. De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten is het criterium om de communautaire en de nationale bevoegdheid ter zake ten opzichte van elkaar af te bakenen. Onverenigbaar met het Verdrag en verboden zijn de overeenkomsten, besluiten en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die „ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst".

9. Gelet op die bewoordingen is het merendeel van de schrijvers van mening, dat voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht niet de nationaliteit of de plaats van vestiging van de onderneming bepalend is, maar de plaats waar de met de mededinging strijdige gevolgen zich hebben voorgedaan. [4]

10. Het is in feite niet zeker of het „ten gevolge hebben", waarvan in artikel 85 EEG-Verdrag wordt gesproken, strikt genomen de bevoegdheidsgrondslag is. Zoveel is zeker dat dat begrip, evenals trouwens het „ertoe strekken" [5], het mogelijk maakt om

4 — G. Bernini: „De concurrentieregels" in: *Dertig jaar gemeenschapsrecht*, Bureau voor officiële publikaties der Europese Gemeenschappen, 1982, blz. 345, met name blz. 375; B. Goldman: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrente*, RCADI, 1969 (III), 635, met name blz. 676 en volgende, en *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, blz. 612, met name blz. 614 en 615; J. M. Bisschof en R. Kovar: *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'exterieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975, blz. 675, met name blz. 684; J. Schapira, G. le Tallec, J.-B. Blaise: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis 1984, blz. 245; J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Vol. 4: „Concurrence", éditions de l'Université de Bruxelles 1972, blz. 110 en 111; J. Soufflet; *La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet), 1971, blz. 487, met name blz. 491.

5 — L. Focsaneaunu: *Pour objet ou pour effet*, RMC, 1966, blz. 862.

een inbreuk op het materiële mededingingsrecht aan te nemen in het geval dat de communautaire bevoegdheid zelf buiten kijf staat. Het „ten gevolge hebben" kan daarentegen ook als bevoegdheidscriterium worden gebezigd, en die woorden dekken dan niet noodzakelijkerwijs dezelfde lading als in het materiële recht. Ik kom hierop later nog terug.

2. *De rechtspraak van het Hof*

11. Ook al heeft het Hof tot op heden de gevolgen-theorie voor de toepassing van het mededingingsrecht op elders gevestigde ondernemingen nog niet met zoveel woorden aanvaard, men kan daaruit niet afleiden dat het die theorie verwerpt.

12. De zaak die in dit debat het meest wordt aangehaald, is de zogenoemde „kleurstoffen-zaak".[6] In zijn arresten van 14 juli 1972 heeft het Hof, ofschoon advocaat-generaal Mayras had voorgesteld om de bevoegdheid van de Gemeenschap ten aanzien van elders gevestigde ondernemingen op de gevolgen-theorie te baseren, er de voorkeur aan gegeven om die bevoegdheid aan te nemen op grond van de eenheid van de onderneming. Maar dat wil zeker niet zeggen, dat de plaats waar de gevolgen zich hebben voorgedaan, geen bruikbaar bevoegdheidscriterium zou zijn.[7] Om met professor Goldman — juist naar aanleiding van de bedoelde zaak — te spreken: „no interferences may be drawn from the silences of the Court".[8]

13. Men kan aan de arresten van het Hof ter zake echter evenmin dwingende argumenten vóór de gevolgen-theorie ontlenen, zelfs al bevatten een aantal ervan wel aanwijzingen in die richting. Wanneer het Hof bij voorbeeld in het arrest Béguelin verklaart, „dat het feit dat één der aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen in een derde land is gevestigd, aan de toepassing van deze bepaling [artikel 85 EEG-Verdrag] niet afdoet, wanneer de overeenkomst op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert"[9], mag men er niet geheel aan voorbijgaan, dat het in die zaak ging om een alleenverkoopovereenkomst waarbij één der partijen in de Gemeenschap was gevestigd.

14. Ik wil dus maar zeggen, dat de rechtspraak van het Hof *inzake het mededingingsrecht* noch de conclusie rechtvaardigt, dat de lokalisering van de gevolgen wordt aanvaard als criterium voor de toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht op buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen, noch ook dat zij als bevoegdheidscriterium van de hand wordt gewezen.

15. Een argument vóór de toepassing van de gevolgen-theorie kan men echter wél ontlenen aan het arrest Walrave en Koch. In dat arrest, waar het ging om de verhouding tussen het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van dienstverrichting, verklaarde het Hof:

„dat de non-discriminatieregel wegens haar dwingende aard geldt bij de beoordeling van alle rechtsbetrekkingen, in de mate waarin deze hetzij wegens de plaats waar zij worden aangegaan, *hetzij wegens de plaats waar zij hun uitwerking hebben*, op het grondgebied van de Gemeenschap kunnen worden gelokaliseerd".[10]

6 — Zaken 48/69, ICI, 52/69, Geigy AG, en 53/69, Geigy AG, en 53/69, Sandoz AG, Jurispr. 1972, respectievelijk blz. 619, 787 en 845.

7 — Zie J. M. Bischoff en R. Kovar, supra, blz. 684.

8 — B. Goldman: „International Law Association", *Report of the 55th Conference*, New York, 1972, blz. 128.

9 — Arrest van 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949, r.o. 11.

10 — Arrest van 12 december 1974, zaak 36/74, Walrave en Koch, Jurispr. 1974, blz. 1405, r.o. 28, cursivering van mij.

16. In die zaak ging het om een reglementsbepaling van de Union cycliste internationale, die haar hoofdkantoor in Genève had. Die organisatie betoogde voor het Hof, dat aan de arresten Geigy [11] en Continental Can [12] een argument tegen de gevolgentheorie viel te ontlenen, omdat dat criterium in die arresten door het Hof niet was aanvaard.

17. Dat argument doet de betekenis van 's Hofs antwoord ten volle uitkomen. Sommigen hebben daaruit afgeleid, dat de lokalisering van de gevolgen als grondslag voor de communautaire bevoegdheid kan dienen en dat dat criterium, ook al was het aanvankelijk toegespitst op een ander rechtsgebied, ook in verband met het mededingingsrecht [13] kan worden toegepast. Zo het door het Hof in het arrest Walrave en Koch geformuleerde standpunt kan worden getransponeerd naar het mededingingsrecht — ik zie niet in wat daartegen zou zijn — kan men met recht stellen dat het Hof, verre van de gevolgen-theorie van de hand te wijzen, niet aarzelt haar te aanvaarden.

18. Met die vaststelling kan men echter geen genoegen nemen. In een materie als de onderhavige moet namelijk worden nagegaan, of een dergelijk criterium zich al dan niet verdraagt met de vereisten en de praktijk van het internationale recht.

II — De gevolgen-theorie in het internationale recht

19. In het internationale recht zijn twee gronden waarop een staat zijn rechtsmacht kan doen steunen onomstreden: de *territorialiteit* en de *nationaliteit.* [14] De eerste kent rechtsmacht toe aan een staat, wanneer de betrokken persoon of zaak zich op het grondgebied van die staat bevindt, of wanneer de betrokken gebeurtenis daar heeft plaatsgevonden. De tweede verleent een dergelijke rechtsmacht ten aanzien van de onderdanen van de betrokken staat.

20. Uit de territorialiteit zelf zijn twee verschillende bevoegdheidsgrondslagen voortgevloeid:

— de *subjectieve* territorialiteit, op grond waarvan een staat bevoegd is rechtsmacht uit te oefenen ten aanzien van handelingen die aan zijn grondgebied zijn ontsproten, ook al zijn zij in het buitenland voltooid,

— de *objectieve* territorialiteit die, omgekeerd, een staat toestaat om kennis te nemen van handelingen die, hoewel hun oorsprong in het buitenland ligt, ten minste gedeeltelijk op het grondgebied van die staat zijn voltooid.

21. Het objectieve territorialiteitsbeginsel heeft een beslissende rol gespeeld bij de uitbreiding van de nationale bevoegdheden in mededingingszaken. Uit dat beginsel is namelijk de gevolgen-theorie voortgevloeid, op grond waarvan een staat zijn rechtsmacht mag uitoefenen ten aanzien van bepaalde gevolgen, zelfs al heeft de gedraging die die gevolgen teweeg heeft gebracht, niet op zijn grondgebied plaatsgevonden.

22. Is die lokalisering van de gevolgen een bevoegdheidsgrond die strookt met de regels van internationaal recht ? Om die vraag te beantwoorden, moet men allereerst de eigen aard van het internationaal recht in ogenschouw nemen. Is het een recht dat bevoegdheden toekent, zodat een staat die zijn rechtsmacht wil uitoefenen, moet aantonen dat hij hiertoe op grond van een internationaalrechtelijke regel bevoegd is ? Of is het juist een recht dat de bevoegdheden van de staten — een uitvloeisel van hun soevereiniteit — volledig eerbiedigt en enkel

11 — Arrest van 14 juli 1972, zaak 52/69, Geigy AG, Jurispr. 1972, blz. 787, 826.

12 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215, 241.

13 — Ph. Delannay: *Observations sous l'arrêt 36/74, Walrave et Koch,* CDE, 1976, blz. 209, met name blz. 224.

14 — Zie bij voorbeeld R. Higgins: „The legal bases of jurisdiction", in C. J. Olmstead, (ed): *Extraterritorial application of laws and responses thereto,* Oxford, ILA en ECS, 1984, blz. 3.

bepaalde grenzen stelt aan de uitoefening van hun soevereiniteit, die, bij gebreke van verbodsbepalingen, onaangetast blijft.

23. De doctrine op dit punt is verdeeld. De discussie heeft zich met name toegespitst op de betekenis en strekking van het Lotus-arrest van het Permanente Hof van Internationale Justitie van 7 september 1927.[15] Dat arrest, gewezen dank zij de beslissende stem van de president, bevestigt met name dat het een staat ingevolge het internationale recht niet is verboden

„[to exercise] jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdicton of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principle which it regards as best and most suitable. This discretion left to States by international law explains the great variety of rules which they have been able to adopt without objections or complaints on the part of other States... All that can be required of a State is

15 — Permanent Court of International Justice, Judgments, Orders and Advisory Opinions, Series A-J 10.

that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty." [16]

De strekking van die overweging wordt volledig duidelijk, wanneer men haar leest in verband met de verklaring van het Permanente Hof, dat „het internationale recht de betrekkingen tussen onafhankelijke staten regelt" en dat „derhalve beperkingen op die onafhankelijkheid van de staten niet kunnen worden aangenomen".[17]

24. De internationaalrechtelijke stellingname ter zake is door Sir Gerald Fitzmaurice opnieuw weergegeven en verduidelijkt in zijn persoonlijke mening betreffende het arrest van het Internationaal Gerechtshof van 5 februari 1970 in de Barcelona Traction-zaak:

„It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others — for instance in the fields of shipping, ‚anti-trust' legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however a) postulate the *existence* of limits — though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State." [18]

16 — Ibid., blz. 19.

17 — Ibid., blz. 18.

18 — International Court of Justice: *Reports of Judgments*, „Advisory opinions and orders", 1970, blz. 65, met name blz. 105.

25. Een aantal schrijvers hebben zich op een andere passage van het Lotus-arrest beroepen, ten einde het belang ervan voor de erkenning van de gevolgen-theorie als basis voor rechtsmacht in te perken. In die passage verklaarde het Permanente Hof, dat zelfs de gerechten van de landen die inzake de strafwetgeving van een strikt territoriale opvatting uitgaan, die strafwet aldus plegen uit te leggen, dat daardoor ook de in het buitenland gepleegde strafbare feiten worden bestreken, wanneer „een der bestanddelen van het strafbaar feit en met name de gevolgen ervan" zich op het nationale grondgebied hebben voorgedaan.[19] Later in het arrest merkt het Permanente Hof op, dat de handeling en haar gevolgen in casu „juridisch absoluut niet van elkaar te scheiden zijn"[20], naar aanleiding waarvan sommige schrijvers het standpunt hebben verkondigd, dat een staat alleen in dergelijke omstandigheden bevoegd is, zijn rechtsmacht te doen steunen op het objectieve territorialiteitsbeginsel.

26. Maar zelfs al had het Permanente Hof met die woorden de op de objectieve territorialiteit gestoelde bevoegdheid van staten willen beperken tot de gevallen waarin de territoriale gevolgen één der bestanddelen van de inbreuk zijn, voor de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels ten aanzien van buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen zou dat niets uitmaken. Want nogmaals, artikel 85 EEG-Verdrag verbiedt alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ten gevolge hebben dat „de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst". Is een dergelijk gevolg niet per definitie een bestanddeel van de inbreuk ?[21] Van die opvatting geeft advocaat-generaal Mayras blijk, wanneer hij verkondigt dat „in het kartelrecht... (moet) worden erkend dat juist de gevolgen van de inbreuk één der bestanddelen en waarschijnlijk zelfs het belangrijkste bestanddeel vormen".[22]

27. Ook al heeft men zich om andere redenen kunnen afvragen: „vaart de Lotus nog steeds ?"[23], er lijkt dus geen twijfel over te bestaan dat het aldus geformuleerde beginsel — dat weliswaar in de doctrine is gekritiseerd, maar tot op heden door de internationale rechtspraak niet is weerlegd — de gevolgtrekking rechtvaardigt, dat het in overeenstemming is met het internationaal publiekrecht om de rechtsmacht van een staat te grondvesten op de plaats waar de gevolgen zich hebben voorgedaan.[24] En wat op deze manier aan de staten wordt toegestaan moet, daar waar de rechtsmacht van de Gemeenschap in de plaats is gekomen van die van de Lid-Staten, noodzakelijkerwijs ook aan de Gemeenschap als internationaal rechtssubject worden toegestaan.

28. De aldus toegekende rechtsmacht is een „jurisdiction to prescribe", dat wil zeggen de bevoegdheid van de staat om „door middel van zijn wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende organen algemene of bijzondere regels uit te vaardigen."[25] Die rechtsmacht kan niet worden opgevat als een „jurisdiction to enforce", „de bevoegdheid van een staat om door middel van materiële handelingen — in het uiterste geval de uitoefening van staatsdwang — uitvoering te geven aan een algemeen voorschrift of een individuele beschikking".[26] Deze opvatting

19 — Ibid., blz. 23.

20 — Ibid., blz. 30.

21 — M. Akehurst: *Jurisdiction in international law,* BYIL 1972-1973, blz. 145, met name 195 en 196; B. Goldman: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence,* RCADI, 1969 (III), blz. 635, met name blz. 701.

22 — Conclusie in de reeds aangehaalde zaken 48, 52 en 53/69, blz. 669, met name blz. 700.

23 — P. Julliard: „L'application extraterritoriale de la loi économique" *L'application extraterritoriale du droit économique* Cahiers du Cedin, supra, blz. 13, met name blz. 24.

24 — In dat verband schrijft P. Demaret: „Het Lotus-arrest werd met de kleinst mogelijke meerderheid gewezen. Maar het hierboven aangehaalde *dictum* past bij de internationale werkelijkheid in 1927 en ongetwijfeld ook nog bij die van vandaag." *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?* CDE, 1985, blz. 1, met name blz. 26.

25 — B. Stern: *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit,* AFDI, 1986, blz. 7, met name blz. 11.

26 — Ibid.

wordt gedeeld door een groot aantal van de schrijvers die aanvaarden, dat een staat zijn bevoegdheid kan doen steunen op de gevolgen-theorie. Het is overigens zo, dat de zogenoemde „blokkeringswetten" [27], die door een twintigtal landen zijn aangenomen, hoofdzakelijk gericht zijn tegen de maatregelen die worden genomen uit hoofde van de executie-jurisdictie. Men moet zich dan echter afvragen, of oplegging van een geldboete valt onder de legislatieve of de executie-jurisdictie.

29. Wanneer er naar aanleiding van een onrechtmatig verklaarde ondernemersafspraak een boete wordt opgelegd, is er, daarover is men het in het algemeen eens, sprake van uitoefening van legislatieve jurisdictie. Wat het internationale recht een staat verbiedt, is, zoals in het Lotus-arrest werd verklaard, „iedere vorm van machtsuitoefening op het grondgebied van een andere staat, behoudens het bestaan van een andersluidende ‚permissive rule'". [28]

30. Daarmee zijn dus concrete uitvoerings- en dwangmaatregelen uitgesloten. Maar, om met sommige schrijvers te spreken, „bevelen is nog geen dwingen". [29] Zelf onderschrijf ik de volgende uiteenzetting van professor Goldman:

„Zodra er een geldboete wordt opgelegd om feiten te bestraffen die, wegens de gevolgen die zich hebben voorgedaan op het grondgebied van het forum, onder de werkingssfeer van de lex fori vallen... is de veroordeling tot het betalen van die boete, evenals het ontstaan of de vaststelling van de nietigheid, onlosmakelijk verbonden met de toepassing van het toepasselijk geachte recht; wanneer men nu de rechter de mogelijkheid ontzegt om die veroordeling uit te spreken, komt aan die ‚wetgevende bevoegdheid' iedere betekenis te ontvallen." [30]

In zijn conclusie bij de „kleurstoffen"-arresten heeft advocaat-generaal Mayras zich ook in die zin uitgesproken:

„Oplegging van een geldelijke sanctie naar aanleiding van met de mededinging strijdig gedrag — alsook om voortzetting of herhaling van zodanig gedrag te voorkomen — moet worden onderscheiden van de invordering dier boete, waartoe gedwongen tenuitvoerlegging nodig is wanneer de veroordeelde onderneming niet wenst te betalen." [31]

31. Op grond van een en ander moet het er wel voor worden gehouden, dat wij in het Amerikaanse recht de meest vérgaande overdenkingen en pogingen kunnen aantreffen in verband met de vaststelling van de omstandigheden waarin een staat zijn wetgevende bevoegdheid mag uitoefenen in situaties met buitenlandse elementen. Dat is ook niet verwonderlijk. De Sherman Act dateert uit 1890. Deze wet heeft aanleiding gegeven tot een omvangrijke rechtspraak en doctrine, die uitdrukking geven aan het verlangen om de wettige nationale belangen te verzoenen met de dwingende eisen van het internationale recht en de internationale betrekkingen. Daarom ook wil ik thans ingaan op de meest in het oog springende Amerikaanse uitspraken.

III — Wat het Amerikaanse recht ons leert

32. Aanvankelijk hielden de Amerikaanse gerechten zich aan een strikte toepassing van het territorialiteitscriterium. Een van de

27 — Zie bij voorbeeld J. R. Atwood: „Blocking statutes and Sovereign Compulsion: Recent developments and the proposed restatement", in: B. E. Hawk, (ed): *Anti-trust and trade Policies in the United States and the European Community*, annual proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, New York, Matthew Bender, 1986, Hoofdstuk 16, blz. 327; L. Collins: „Blocking and clawback statutes: the United Kingdom approach", *Journal of business law*, 1986, blz. 372 en 452.

28 — Supra, blz. 18.

29 — B. Goldman en A. Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, Dalloz, 4e druk, 1983, blz. 886.

30 — B. Goldman: *Observations sous les arrêts „matières colorantes"*, JDI (Clunet), 1973, blz. 935.

31 — Jurispr. 1972, blz. 702 en 703.

beroemdste uitspraken in dit verband is die van rechter Oliver Wendell Holmes in de American Banana-zaak[32]: „All legislation is prima facie territorial." Daarop stelde hij vast dat, volgens een algemeen, ja zelfs universeel beginsel, het al dan niet rechtmatig zijn van een handeling uitsluitend wordt bepaald door het recht van de staat op welks grondgebied die handeling is voltrokken.

33. Pas in 1945, met de uitspraak van het Alcoa-arrest[33], werd de gevolgen-theorie in haar meest absolute vorm geformuleerd. Tot aan die uitspraak was het zo, dat in het buitenland gevestigde ondernemingen in de Verenigde Staten uitsluitend werden veroordeeld op grond van op het Amerikaanse grondgebied verrichte gedragingen. Het op andere rechtsgebieden gehanteerde objectieve territorialiteitsbeginsel werd in kartelrechtelijke geschillen niet toegepast.[34] De Alcoa-zaak, waarover door een speciaal ingesteld gerecht uitspraak werd gedaan, gaf rechter Learned Hand de gelegenheid om vast te stellen, dat bij de uitlegging van de nationale anti-trustwetgeving de beperkingen in aanmerking moesten worden genomen, die door de staten bij de uitoefening van hun bevoegdheden in het algemeen werden gerespecteerd. Vervolgens sprak Learned Hand de volgende woorden, woorden die, doordat zij uitdrukking geven aan de gevolgen-theorie in haar meest extreme vorm, ook nu nog steeds doorklinken:

„It is settled law... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states ordinarily recognize."

Volgens rechter Hand veronderstelt een dergelijke toepassing van het nationale mededingingsrecht ten aanzien van buitenslands gevestigde ondernemingen zowel een intentioneel als een materieel element. De buitenlandse handeling valt dus alleen onder die regels, wanneer zij met opzet is verricht en tot gevolgen heeft geleid, van welke omvang ook.

34. Dergelijke beslissingen komen niet vaak voor, en dat komt ongetwijfeld doordat de gevallen waarin het veroorzaakte gevolg het enige aanknopingspunt is, ook zelf uitzonderlijk zijn. Toch wil ik hier wijzen op de Horlogerie suisse-zaak.[35] Met een uitdrukkelijk beroep op de gevolgen-theorie achtte rechter Cashin de Amerikaanse autoriteiten bevoegd ten aanzien van die in het buitenland gevestigde verweerster, aangezien haar gedrag in de Verenigde Staten rechtstreekse en aanzienlijke gevolgen had. Wij zien reeds hier het streven, de gevolgen nader te kwalificeren.

35. Het kon niet anders of een dergelijke rechtspraak — vooral in haar meest verstrekkende vorm, zoals verwoord door rechter Learned Hand — moest wel reacties en kritiek oproepen. Ter vermijding van met name competentieconflicten en conflicten die zouden kunnen voortvloeien uit een ongenuanceerde toepassing van de gevolgentheorie, zijn in de loop der tijd in de Verenigde Staten verschillende voorstellen ge-

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2d 416 (1945).

34 — A. D. Neale and M. L. Stephens: *International business and national jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988, blz. 167.

35 — 1965, *Trade cases*, paragraaf 71352; 1963, *Trade cases*, paragraaf 70600.

daan. Zo bij voorbeeld de in 1965 door het American Law Institute gepubliceerde *Restatement of foreign relations law of the United States*, alsmede de *Anti-trust guide for international operations*, die in 1977 verscheen op initiatief van de Amerikaanse minister van Justitie. In laatstgenoemd stuk wordt gesproken van „wezenlijke" en „voorzienbare" gevolgen. Dat begrip „wezenlijke gevolgen" wordt ook weer gebezigd in de in 1985 gepubliceerde *Tentative draft of restatement (revised)*, waarin bovendien als vereiste wordt gesteld, dat het de bedoeling is of was van het buitenlandse gedrag, aanzienlijke gevolgen binnen het Amerikaanse grondgebied teweeg te brengen. Volgens sommigen komen het opzetvereiste en het voorzienbaarheidsvereiste op hetzelfde neer. [36]

36. In dat streven om de gevolgen-theorie in te perken, past ook de uitspraak van rechter Choy in de Timberlane Lumberzaak. [37] Ook al onderschrijft hij de in de arresten Alcoa en Horlogerie suisse gevormde rechtspraak, Choy is niettemin van mening, dat de tot dusverre gedane pogingen om de draagwijdte van de gevolgen-theorie in te dammen, weinig bevredigend zijn. In de eerste plaats is het begrip „wezenlijk gevolg" in een internationale context volgens hem moeilijk te definiëren. Bovendien acht hij het onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse gevolgen ongeschikt, waar dit immers niet toestaat, de belangen van andere landen in aanmerking te nemen.

37. Rechter Choy komt tot de conclusie, dat onder bepaalde omstandigheden de belangen van de Verenigde Staten te zwak zijn, terwijl tegelijkertijd de noodzaak voor de Verenigde Staten om zich met het oog op de instandhouding van harmonieuze internationale betrekkingen, terughoudend op te stellen, te sterk is, om de aanspraak op extraterritoriale bevoegdheid te kunnen rechtvaardigen. Om te bepalen of de uitoefening van extraterritoriale bevoegdheid op haar plaats is, heeft hij drie cumulatieve criteria opgesteld — de eerste twee hebben betrekking op de rechtmatigheid, het derde op de doelmatigheid —, waaraan hij in de vorm van de drie volgende vragen uitdrukking heeft gegeven:

1) Beïnvloedt de gestelde benadeling van de mededinging de buitenlandse handel van de Verenigde Staten of had zij die beïvloeding op het oog ?

2) Kan die concurrentiebenadeling wegens aard en omvang worden beschouwd als een schending van de *Sherman Act* ?

3) Is er, mede gelet op de in acht te nemen comitas en de „fairness", reden om de Verenigde Staten extraterritoriaal bevoegd te achten ten aanzien van het met de mededinging strijdige gedrag ?

38. Het derde criterium, dat te beschouwen is als een bevoegdheidsrechtelijke rule of reason, omvat zeven — niet limitatief opgesomde — factoren, waaronder met name:

— de mate waarin een buitenlandse rechtsregel is geschonden;

— de nationaliteit van de partijen en de plaats waar zich de hoofdvestiging van de betrokken ondernemingen bevindt;

— de omvang van de gevolgen in respectievelijk de Verenigde Staten en het buitenland;

— de mate waarin er expliciet werd beoogd, de handel van de Verenigde Staten te benadelen of te beïnvloeden, en de kans dat een dergelijk gevolg zou intreden.

39. Ik wil hier ook nog wijzen op het arrest Mannington Mills. [38] In dat arrest heeft rechter Weis, onder verwijzing naar de zaak

36 — Zie A. D. Neale en M. L. Stephens, supra, blz. 167.

37 — 549 F. 2d 597 (9 Cir. 1977).

38 — 595 F. 2d 1287 (3 Cir. 1979).

Timberlane en daaraan uitlegging gevend, aan die criteria nog een aantal andere factoren toegevoegd, waarvan enkele uitdrukkelijk verband houden met overwegingen van buitenlandse politiek. Kort gezegd heeft rechter Weis daarmee, zonder het beginsel van extraterritoriale bevoegdheid in twijfel te trekken, de voorwaarden ontwikkeld voor de doelmatigheid van de uitoefening ervan. Ik wil er echter op wijzen dat rechter Adams in dezelfde zaak een andere uitlegging heeft gegeven aan dezelfde criteria, die er volgens hem toe strekken, het feitelijke bestaan van een bevoegdheid aan te tonen en niet, de voorwaarden voor de uitoefening van die bevoegdheid te bepalen.

40. Het huidige Amerikaanse recht ter zake berust op twee beginselen. Volgens het eerste kunnen de Verenigde Staten bevoegdheid voor zich opeisen, wanneer de gevolgen voor de Amerikaanse handel rechtstreeks, van wezenlijke aard en voorzienbaar zijn. Volgens het tweede beginsel gaan de gerechten over tot een „balance of interests", ten einde te verzekeren dat de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid de redelijkheidstoets doorstaat. [39]

41. De regel van de „judicial interest balancing" op bevoegdheidsgebied is niet zonder kritiek gebleven. Een van de opmerkelijkste kritieken hierop is geformuleerd door rechter Wilkey in de Laker Airways-zaak. [40] Volgens hem is de „belangenafweging" door de rechters, ten einde te verzekeren dat de bevoegdheidsuitoefening in overeenstemming is met de rule of reason, een ongeschikte techniek. Daardoor worden de rechters immers gedwongen een keuze te maken tussen de binnenlandse wet, die de nationale belangen beoogt te beschermen, en een buitenlandse wet, die ertoe strekt de toepassing van de binnenlandse wet uit te sluiten, zodra buitenlandse belangen erdoor worden geschaad.

42. In een dergelijke context zou de belangenafweging door twee factoren worden belemmerd. In de eerste plaats zou het vermogen van de rechter om in dergelijke omstandigheden de met elkaar strijdige belangen objectief tegen elkaar af te wegen, aan aanzienlijke beperkingen onderhevig zijn. Rechter Wilkey laat zich in dit verband zeer sceptisch uit ten aanzien van de vraag, in hoeverre een rechter in staat is, de verschillende problemen en prioriteiten op gepaste wijze te beoordelen. [41] Ten tweede zou een dergelijke werkwijze er niet toe leiden, dat het beoogde doel — het verzekeren van de eerbiediging van het comitas-beginsel — wordt bereikt. Volgens Wilkey is trouwens helemaal niet aangetoond, dat die belangenafweging een effectief middel is om uit te vinden, hoe de wetgevende bevoegdheid zo redelijk mogelijk kan worden uitgeoefend. Die methode, zo stelde hij met name, is in het interne recht slechts tijdelijk in zwang geweest. [42]

43. Rechter Wilkey wees erop, dat de Amerikaanse rechters dikwijls onwillig waren tot belangenafweging over te gaan, en dat die methode in de doctrine meer en meer op verzet stuitte. Bovendien stelde hij, dat niet was aangetoond, dat de belangenafweging een regel van internationaal recht was. [43] Het internationale recht sluit concurrerende bevoegdheden niet uit. Wanneer twee bevoegdheidsclaims internationaalrechtelijk gerechtvaardigd zijn, is er geen regel van internationaal recht die toestaat, aan de ene claim de voorrang te geven boven de andere op grond dat die eerste „redelijker" zou zijn. [44]

44. Tot slot wil ik erop wijzen, dat de *Tentative draft of the Restatement* van 1985 acht criteria noemt aan de hand waarvan kan worden bepaald, onder welke omstandigheden de uitoefening van bevoegdheid redelijk

39 — A. D. Neal en M. L. Stephens, supra, blz. 177.

40 — 731 F. 2d 909 (DC. Cir. 1984). De „judicial balance of interests" is door rechter Wilkey eveneens gekritiseerd in zijn artikel: „American Anti-trust: Adjusting conflicts with other legal systems", *Private investors abroad*, New York, Matthew Bender, 1985, aangehaald door A. D. Neale en M. L. Stephens, supra, blz. 179, nr. 14.

41 — Ibid., blz. 78.

42 — Ibid., blz. 80.

43 — Ibid.

44 — Ibid., blz. 83 en 84.

moet worden geacht. Zo bij voorbeeld het wezenlijke, rechtstreekse en voorzienbare karakter van het gevolg, de verenigbaarheid van de regel met de tradities van het internationale systeem, het eventuele belang van andere staten en de kans dat de bevoegdheidsuitoefening tot conflicten leidt.

45. Naar het schijnt heeft de belangenafweging volgens de in de arresten Timberlane en Mannington Mills geformuleerde criteria in de praktijk dus geen bevoegdheidsrechtelijke rule of reason opgeleverd. Een Amerikaanse schrijver merkt op dat, één uitzondering daargelaten, het nooit is voorgekomen dat een gerecht heeft geweigerd zijn bevoegdheid uit te oefenen naar aanleiding van de in de genoemde arresten gepropageerde belangenafweging.[45] Professor Mann is van mening, dat de belangenafweging in het recht „een slecht en misleidend richtsnoer" („bad and misleading guide") is.[46] Volgens Mann mag een rechter niet zelf bepalen, of hij al dan niet zijn bevoegdheid uitoefent. Wanneer een bepaalde wet, uitgelegd in het licht van het internationale recht, van toepassing is, kan de rechter die wet niet buiten beschouwing laten. Wanneer omgekeerd de toepassing van een wet door regels van internationaal recht is uitgesloten, staat het de rechter niet vrij, die wet toch toe te passen. Als gevolg daarvan is het dus verkeerd en niet navolgenswaard, een onderscheid te maken tussen enerzijds het bestaan van bevoegdheid en anderzijds de uitoefening daarvan en de erkenning van een discretionaire bevoegdheid op grond waarvan men die uitoefening achterwege kan laten.[47]

46. Men ziet dus dat het Amerikaanse recht, hoe subtiel en vruchtbaar ook, de betrokken problematiek weliswaar enigszins verduidelijkt, maar geen bevoegdheidscriteria verschaft die voldoende nauwkeurig en beproefd zijn, om zonder meer te kunnen worden toegepast. Het staat dus aan het Hof om, met name aan de hand van hetgeen ter zake door de schrijvers naar voren is gebracht, de omstandigheden vast te stellen waarin de Gemeenschap de bevoegdheid voor zich kan opeisen om haar mededingingsregels toe te passen ten aanzien van buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen.

IV — De voorgestelde bevoegdheidscriteria

47. De tot dusverre door mij geschetste moeilijkheden laten duidelijk zien, dat met de territorialiteit als aanknopingsfactor niet alle problemen kunnen worden opgelost, die samenhangen met de omvang en de aard van de internationale handel. Een strikt territorialiteitsbeginsel is in de moderne wereld niet langer op zijn plaats, aldus professor Mann.[48] Dezelfde opvatting vinden wij terug in de volgende woorden van professor Prosper Weil:

„Wij hebben het beeld voor ons van een internationale maatschappij, bestaande uit naast elkaar liggende cellen, die door grenzen van elkaar zijn gescheiden; het begrip grondgebied, dat de essentie vormt van het territorialiteitsbeginsel, illustreert die opdeling in door physische en geografische grenzen van elkaar gescheiden eenheden. Het is echter duidelijk..., dat grenzen niet alleen barrières vormen, maar dat zij ook overschreden worden, en dat het economisch leven dat soort barrières niet serieus neemt."[49]

48. Die vaststelling heeft een aantal schrijvers ertoe aangezet, verschillende criteria op te stellen voor de extraterritoriale toepassing van wetten. Zo is bij voorbeeld Sir Robert Jennings van mening, dat een staat die zich

45 — J. P. Griffin: „Possible resolutions of international disputes over enforcement of US anti-trust laws", 18, *Stanford journal of international law*, Issue 2, 1982, aangehaald door A. D. Neale en M. L. Stephens, supra, blz. 76, nr. 14.

46 — F. A. Mann: *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, RCADI, 1984 (III), blz. 12, m.n. blz. 30 en 31.

47 — F. A. Mann, ibid., blz. 87 en 88.

48 — Supra, RCADI 1964, blz. 126.

49 — P. Weil: *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers de Cedin, Montchrestien, 1987, blz. 11.

in zijn gerechtvaardigde belangen bedreigd ziet, naar internationaal recht weliswaar het recht heeft, zijn bevoegdheid extraterritoriaal uit te oefenen, maar dat hij van dat recht geen misbruik mag maken. Van misbruik is sprake, wanneer de uitoefening van de extraterritoriale bevoegdheid die van de plaatselijke territoriale bevoegdheid doorkruist.[50] Het werkelijke probleem zit hem volgens Professor Mann in het vaststellen van de wat door hem de „legally relevant facts" worden genoemd[51], en in de aanwijzing van de staat die bij die feiten dusdanig is betrokken, dat de toekenning van bevoegdheid juist en redelijk moet worden geacht.[52] Professor Mann stelt voor, de bevoegdheid te doen steunen op de „nauwe band" („closeness of connection") die er bestaat tussen een staat en bepaalde feiten, en stelt

„that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)".[53]

Meteen daarop verduidelijkt hij, dat een louter politiek, economisch, commercieel of sociaal belang niet voldoende is om een dergelijke „closeness of connection" aan te nemen. Waar het meer in het bijzonder het mededingingsrecht betreft, kan volgens hem een gewild, voorzienbaar of, a fortiori, onvoorzien gevolg, niet wijzen op het bestaan van een dergelijke nauwe band.[54]

49. Andere schrijvers stellen voor, de bevoegdheid te erkennen van die staat, waarin zich het primaire gevolg („the primary effect") van de handeling doet gevoelen.[55] Om te bepalen of het gevolg primair dan wel secundair is, moet een tweeledige factor in aanmerking worden genomen: nagegaan moet worden of het in de betrokken staat veroorzaakte gevolg rechtstreekser en van wezenlijker aard is dan dat in andere staten. Door deze methode zou de uitoefening van bevoegdheid worden voorbehouden aan de staten die daarbij een gerechtvaardigd belang hebben.[56] Ten slotte wordt algemeen erkend, dat het internationale recht concurrerende bevoegdheden niet verbiedt. Ik wil er echter op wijzen, dat volgens sommigen de ontwikkeling van het internationale gewoonterecht bepaalde specifieke grenzen aan de extraterritoriale uitoefening van de bevoegdheden van staten aan de dag doet treden. Zo zou het internationale recht de extraterritoriale toepassing van interne wetgeving verbieden, wanneer daaruit tegenstrijdige verplichtingen kunnen voortvloeien[57] of daardoor competentieconflicten kunnen ontstaan.[58]

50. Bij de vaststelling van het criterium van het gekwalificeerde gevolg, is met die verschillende bedenkingen toch wel in grote lijnen rekening gehouden. Dat criterium, dat met geen internationaalrechtelijke verbodsbepaling in strijd is, is in de praktijk der staten op grote schaal aanvaard.[59] Bovendien is het, om objectieve redenen, een criterium dat is toegesneden op de specifieke kenmerken van het mededingingsrecht.[60] Het betreft hier immers een recht waarmee wordt beoogd de marktverhoudingen te regelen, ten einde de economische openbare orde te beschermen.[61] Wanneer men nu wil vaststellen van wat voor soort gevolgen er sprake moet zijn, wil de staat op welks grondgebied die gevolgen zich voordoen, met recht

50 — R. Y. Jennings: *Extraterritorial jurisdiction and the United States Anti-trust laws,* BYIL, 1957, blz. 146, m.n. blz. 153.

51 — F. A. Mann; *The doctrine of jurisdiction in international law,* RCADI, 1964, blz. 7, m.n. blz. 45.

52 — Ibid., blz. 44.

53 — Ibid., blz. 49.

54 — Ibid., blz. 104.

55 — Met name M. Akehurst, supra, blz. 198.

56 — Ibid., blz. 201.

57 — P. Julliard: „Application extraterritoriale de la loi économique", in: *L'application extraterritoriale du droit économique,* supra, blz. 13, m.n. blz. 31.

58 — B. Stern, supra, blz. 15.

59 — L. Idot: *Le contrôle des pratiques retrictives de concurrence dans les échanges internationaux,* université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), thèse, 1981, ronéo, m.n. blz. 89 en volgende.

60 — J. M. Bischoff en R. Kovar, supra, blz. 700.

61 — P. Eeckman: *L'application de l'article 85 du traité Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causant des retrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun,* RCDIP, 1965, blz. 499, m.n. blz. 519.

aanspraak kunnen maken op de uitoefening van zijn wetgevende bevoegdheid ten aanzien van buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen, dan moet men uitgaan van de voorgaande overwegingen en van de algemene beginselen van internationaal recht.

51. Volgens sommigen moeten die gevolgen overeenkomen met die welke in aanmerking worden genomen wanneer de mededingingsdistorsie wordt veroorzaakt door een gedraging binnen het grondgebied van de staat die bevoegdheid claimt.[62] Zoals ik echter al aangaf, is het niet zeker of het begrip „ten gevolge hebben", dat in artikel 85 EEG-Verdrag wordt gebezigd ten einde het *bestaan* van een inbreuk op de mededingingsregels aan te tonen, hetzelfde is als het door het gemeenschapsrecht vereiste en internationaalrechtelijk aanvaarde „gevolgenbegrip", dat wordt gebruikt voor de *vaststelling van de bevoegdheid* jegens buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen.

52. In het materiële gemeenschapsrecht moet de mededingingsbeperking „merkbaar"[63] of „voelbaar"[64] zijn. De nadelige invloed op de mededinging kan rechtstreeks zijn, of onrechtstreeks en objectief of redelijk voorzienbaar.[65] Dit zijn de kenmerken van het gevolg, wanneer het wordt beschouwd als een bestanddeel van de inbreuk op de communautaire mededingingsvrijheid.

53. Volgens mij moeten echter niet al deze kenmerken worden overgenomen, wanneer het gevolg als criterium voor extraterritoriale bevoegdheid wordt gebezigd. Het belangrijkste voorbehoud in dit verband betreft het onrechtstreekse gevolg.[66] Laat ik eraan herinneren, dat advocaat-generaal Mayras in zijn conclusie bij de „kleurstoffen"-zaken heeft voorgesteld, als criterium aan te nemen, dat het moet gaan om gevolgen die rechtstreeks en onmiddellijk, redelijkerwijze voorzienbaar en van wezenlijke aard zijn.[67] Ik sluit mij bij die oplossing aan en kan mij om de door hem gegeven redenen volledig vinden in de door hem gebezigde woorden:

„Zou de Commissie niet machteloos worden gemaakt indien zij tegen een onderling afgestemde feitelijke gedraging waartoe het initiatief alleen is genomen door — en de verantwoordelijkheid uitsluitend berust bij — buiten de gemeenschappelijke markt gevestigde ondernemingen, op geen enkele wijze zou kunnen optreden ? Daarmee zou tevens afstand worden gedaan van een bescherming welke de gemeenschappelijke markt behoeft ter verwezenlijking van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Economische Gemeenschap."[68]

54. De gekwalificeerde gevolgen worden in de regel als bevoegdheidscriterium aanvaard. In de *Restatement* wordt gesproken van wezenlijke en voorzienbare gevolgen. De International Law Association heeft tijdens haar in augustus 1972 in New York gehouden 55e vergadering een resolutie aangenomen betreffende de internationaalrechtelijke beginselen inzake beperkende praktijken.[69] Volgens artikel 5 van die resolutie moet aan drie voorwaarden zijn voldaan, wil een staat bevoegd zijn om regels uit te vaardigen met betrekking tot gedragingen die, hoewel buiten zijn grondgebied verricht, daarbinnen tot gevolgen leiden: a) de gedraging en het gevolg daarvan zijn bestanddelen van een ondernemersafspraak; b) het gevolg is van wezenlijke aard en c) het is het rechtstreekse en primair beoogde resultaat („direct and primarily intended result") van het betrokken buitenlandse gedrag. Het is vermeldenswaard dat aan die

62 — P. Demaret, supra, blz. 33.

63 — J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck: *Le droit de la Communauté économique européenne*, Éditions de l'université de Bruxelles, 1972, Band 4, „Concurrence", blz. 20.

64 — Ibid., blz. 21.

65 — B. Goldman en A. Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, Dalloz, 4e druk, blz. 551.

66 — J. M. Bischoff en R. Kovar, supra, m.n. blz. 706 en volgende.

67 — Jurispr. 1972, blz. 701.

68 — Ibid., blz. 703.

69 — The International Law Association: *Report of the 55th Conference held in New York*, August 21 to August 26, 1972, blz. 138.

resolutie de voorkeur werd gegeven boven het voorstel van het Committee on the extraterritorial application of restrictive trade practices. Volgens dat voorstel is het internationaalrechtelijk niet geoorloofd, dat een staat extraterritoriale wetgevende bevoegdheid opeist of uitoefent alleen omdat de buitenlandse gedraging gevolgen of repercussies binnen zijn grondgebied teweeg heeft gebracht.[70] Zo heeft het voorstel waarbij de gevolgen-theorie werd verworpen, in dat academisch forum plaats moeten maken voor een resolutie waarin de vaststelling van het criterium van de gekwalificeerde gevolgen werd voorgestaan.

55. De Britse regering heeft, onder verwijzing naar de door haar op 20 oktober 1969 aan de Commissie overgelegde Aide-mémoire met betrekking tot de „kleurstoffen"-zaak, in haar opmerkingen betoogd, dat de bevoegdheid van de Gemeenschap in de onderhavige zaken reeds kan worden gegrondvest op het territorialiteitsbeginsel alleen. Daarom ook moet de „kleurstoffen"-rechtspraak niet alleen ten aanzien van dochterondernemingen worden toegepast, maar ook ten aanzien van andere in de Gemeenschap gevestigde tussenondernemingen, die door hun op het communautaire grondgebied verrichte gedragingen, binnen de Gemeenschap mededingingsdistorsies teweeg hebben gebracht. Volgens de Britse regering gaat het in casu dus enkel om de uitoefening van territoriale bevoegdheid.

56. Op grond van alle hiervoor uiteengezette overwegingen, geloof ik niet dat ik het Hof kan voorstellen, de redenering van de Britse regering te volgen. Daar komt nog bij, dat verzoeksters ontkennen dat er sprake is van een territoriale binding met de Gemeenschap, op grond waarvan deze zich te hunnen aanzien bevoegd zou mogen achten. Zij beweren dat alle gedragingen die hun zouden kunnen worden aangerekend, buiten de Gemeenschap hebben plaatsgevonden. Bovendien, zo stellen zij, hebben hun verschillende vertegenwoordigers onafhankelijk gehandeld en kan geen van de gedragingen van die vertegenwoordigers hun worden aangerekend. Wat hiervan ook zij, het lijkt mij niet nuttig om in te gaan op de aard van de rechtsbetrekkingen tussen de verzoekende ondernemingen en hun vestigingen in de Gemeenschap.

57. Zoals wij zagen, is er geen regel van internationaal recht die kan worden aangevoerd tegen het criterium van het rechtstreekse, wezenlijke en voorzienbare gevolg. Hetzelfde geldt voor het nogal vage comitas-begrip.[71]

58. Bij gebreke van een dergelijk verbod en gelet op de zo wijdverbreide statenpraktijk, geef ik het Hof in overweging om genoemd criterium, geschikt als het is om op mededingingsgebied te worden toegepast, te aanvaarden als communautair bevoegdheidscriterium.

59. Rest mij nog de behandeling van twee specifieke problemen, betrekking hebbend op de situatie van KEA respectievelijk de rol die de Vrijhandelsovereenkomst tussen Finland en de Gemeenschap ten aanzien van de Finse verzoeksters speelt.

V — De situatie van KEA

60. KEA is de vereniging van Amerikaanse ondernemingen, die door de Commissie hoofdzakelijk wordt verweten prijsaanbevelingen te hebben gedaan, die door haar leden zouden zijn gevolgd en zouden hebben bijgedragen tot het doorzichtig maken van de markt, waardoor de afstemming met andere, niet bij KEA aangesloten producenten

70 — Ibid., blz. 175.

71 — Zie over het comitas-begrip: L. Oppenheim: *International law*, 8e druk, door H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co., deel 1, blz. 33 en volgende E. Nys: *Le droit international*, 2e druk, 1904, deel 1, blz. 201 en volgende; H. E. Yntema, The comity doctrine", *Michigan law review*, 1966-67, deel 65, blz. 1.

werd vergemakkelijkt. Meer in het algemeen zou deze vereniging het kader hebben gevormd voor de afstemming tussen de betrokken producenten.

61. Indien aan de gestelde voorwaarden is voldaan, rechtvaardigt het door mij aan het Hof voorgestelde criterium in beginsel de bevoegdheid van de Gemeenschap, ook al beschikt KEA daar niet over filialen, dochterondernemingen of agentschappen; met andere woorden, ook al beschikt zij daar niet over een of ander territoriaal aanknopingspunt, dat, volgens het Verenigd Koninkrijk, op zich reeds volstaat om de uitoefening van de communautaire bevoegdheid te kunnen funderen.

62. Ook het soort activiteiten verricht door KEA, die niet zelf in de Gemeenschap handel heeft bedreven, lijkt mij niet aan de toepasselijkheid van het gemeenschapsrecht in de weg te staan. Dat een ondernemersvereniging als zodanig niet deelneemt aan het economisch leven, betekent nog niet dat zij ontsnapt aan de toepassing van de mededingingsregels. In dit verband wil ik herinneren aan de algemene bewoordingen van het arrest Van Landewyck, waarin het Hof, naar aanleiding van de bezwaren die waren opgeworpen tegen de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, ten aanzien van een aanbeveling die van een vereniging zonder winstoogmerk was uitgegaan, verklaarde:

„Enerzijds blijkt uit artikel 8 van de statuten van de Fedetab dat de door haar genomen besluiten verbindend zijn voor haar leden. Anderzijds is artikel 85, lid 1, ook van toepassing op verenigingen, voor zover *haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen* ertoe strekken *de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan.* Daar verscheidene fabrikanten uitdrukkelijk hebben verklaard, de bepalingen van de Aanbeveling te zullen opvolgen, kan deze niet aan toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag ontkomen op de enkele grond dat zij is uitgegaan van een vereniging zonder winstoogmerk." [72]

63. In casu bepalen de statuten van KEA, dat het haar leden in beginsel vrijstaat om van de aanbevolen prijs af te wijken. De Commissie betoogt echter, dat het bestaan van een procedure die binnen de vereniging in gang moet worden gezet, wanneer de leden de aldus vastgestelde prijzen niet daadwerkelijk in rekening brengen, zich moeilijk verdraagt met dit facultatieve karakter. Bovendien stelt zij, dat de aanbevolen prijzen in 1975 en 1976 zijn nageleefd. Hier moet worden opgemerkt, dat het Hof de toepassing van artikel 85 ten aanzien van een als onverbindend bestempelde aanbeveling van een ondernemersvereniging aanvaardt, voor zover uit de omstandigheden van het geval blijkt, dat de aanbeveling, „ongeacht hoe zij juridisch precies moet worden gekwalificeerd, een getrouwe weergave... (is) van verzoekers wil om het gedrag van zijn leden... te coördineren". [73] Het spreekt vanzelf dat hiervoor op de grond van de zaak moet worden ingegaan; dit neemt echter niet weg, dat het Hof zal moeten erkennen, dat artikel 85 *in beginsel* ten aanzien van de betrokken vereniging van toepassing is.

64. Tot slot wil ik er nog op wijzen, dat het mij nogal prematuur lijkt om nu reeds in te gaan op de grief, dat de bestreden beschikking nietig moet worden geacht omdat daarin staat vermeld, dat alle adressaten rechtstreeks naar de Gemeenschap exporteren of daar werkzaam zijn, terwijl dit voor KEA helemaal niet opgaat. Dat is immers strikt genomen geen bevoegdheidsprobleem, maar een probleem betreffende de motivering, dat pas in een later stadium van de procedure moet worden beoordeeld.

65. KEA werd opgericht op grond van de Webb Pomerene Act. Zoals wij weten is in-

72 — Arrest van 29 oktober 1980, zaak 209/78, Jurispr. 1980, blz. 3125, cursivering door mij. In soortgelijke zin: arrest van 8 november 1983, zaak 96/82, NVIAZ, Jurispr. 1983, blz. 3369.

73 — Arrest van 27 januari 1987, zaak 45/85, VDS, Jurispr. 1987, blz. 405, r.o. 32.

gevolge die wet, in afwijking van de Amerikaanse anti-trustwetgeving, het oprichten van exportverenigingen toegestaan. Ik geloof echter niet, dat door die wet de wetgevende bevoegdheid van de Commissie weer in geding wordt gebracht, waar zij de betrokken ondernemingen geenszins verplicht, exportbeperkende kartels te vormen.

66. Dienaangaande herinnert professor Turner eraan — in het stuk dat verzoeksters tijdens de mondelinge behandeling zelf hebben overgelegd[74] —, dat, overeenkomstig de in het internationaal recht algemeen aanvaarde regels, een onderscheid moet worden gemaakt tussen toestemming en verplichting: „Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission."

67. Ook al stelt professor Turner, dat een specifieke en officiële toestemming voor een exportkartel een beslissende voorwaarde is om het kartel te doen ontsnappen aan de greep van de buitenlandse anti-trustwetgeving, ik wil er toch op wijzen, dat hij in zijn slotbeschouwing verklaart:

„it seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from anti-trust attack by countries whose interests are substantially affected."

74 — „Application of compitition laws to foreign conduct: appropriate resolution of jurisdictional issues", Conferentie gehouden aan het Fordham Corporate Law Institute op 3 en 4 oktober 1985.

VI — De Vrijhandelsovereenkomst en de toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag

68. De Finse verzoeksters leggen bij hun bestrijding van de bevoegdheid van de Commissie om artikel 85 EEG-Verdrag toe te passen, vooral de nadruk op de bepalingen van de Vrijhandelsovereenkomst tussen Finland en de Gemeenschap.[75] Deze Overeenkomst, die bijzondere voorschriften bevat voor de concurrentiebeperkingen waardoor de handel tussen de partijen bij de overeenkomst ongunstig wordt beïnvloed, zou „voorrang" hebben boven het communautaire mededingingsrecht. De Commissie had volgens de Finse verzoeksters dan ook uitsluitend de in artikel 27 van de Overeenkomst aangegeven weg mogen bewandelen, wat betekent dat zij zich had moeten wenden tot het Gemengd Comité.

69. Naar mijn weten is het de eerste keer, dat het Hof zich dient uit te spreken over de eventuele voorrang van een vrijhandelsovereenkomst. In de twee eerdere zaken waarin door ondernemingen uit landen die met de Gemeenschap vrijhandelsovereenkomsten hadden gesloten, beroep werd ingesteld tegen beschikkingen waarbij hun krachtens het communautaire mededingingsrecht sancties waren opgelegd, werd namelijk de bevoegdheid van de Gemeenschap dienaangaande niet bestreden.[76] Bovendien hebben de talrijke gevallen waarin de Commissie de artikelen 85 en 86 ten aanzien van dergelijke ondernemingen had toegepast, nooit aanleiding gegeven tot procedures waarin de toepasselijkheid van die bepalingen in geding werd gebracht.

70. Ik wil om te beginnen beklemtonen, dat artikel 23 betrekking heeft op concurrentie-

75 — Overeenkomst van 5 oktober 1973, PB 1973, L 328, blz. 2.

76 — Arresten van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, en 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869.

beperkende praktijken, voor zover daardoor het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Finland kan worden beïnvloed. Die beperking verschilt inhoudelijk dus van de anti-trustbepalingen van de partijen bij de Overeenkomst zelf, zoals — voor wat de Gemeenschap betreft — artikel 85 EEG-Verdrag, dat betrekking heeft op overeenkomsten die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beïnvloeden.

71. Kan het er nu voor worden gehouden dat, wanneer concurrentiebeperkende praktijken gelijktijdig inbreuk maken op de bepalingen van de Overeenkomst en op de voorschriften van de partijen zelf, de toepasselijkheid van laatstgenoemde regels wordt uitgesloten en enkel nog maar de weg kan worden bewandeld van artikel 27 van de Overeenkomst ? Door de schrijvers die zich met dit vraagstuk hebben ingelaten, wordt — expliciet[77] of impliciet[78] — de toepasselijkheid van artikel 85 ten aanzien van ondernemingen uit landen die met de Gemeenschap vrijhandelsovereenkomsten hebben gesloten, voor zover de intracommunautaire handel wordt beïnvloed, niet in twijfel getrokken.

72. Aanvaarding van verzoeksters' stelling zou betekenen, dat de prerogatieven van de partijen bij de Overeenkomst in niet geringe mate worden beperkt. Een dergelijke vergaande beperking nu kan uitsluitend gestoeld zijn op een volstrekt ondubbelzinnige bepaling, of moet op zijn minst kunnen worden afgeleid uit de duidelijke bedoeling van de partijen bij de Overeenkomst. De bewoordingen van de Overeenkomst geven echter geen enkele aanwijzing in die richting. Het valt trouwens ook moeilijk te verdedigen, dat een dergelijke uitlegging zou stroken met de in de preambule genoemde „handhaving van de autonome beslissingsbevoegdheid" van de partijen bij de Overeenkomst.

73. Tot slot betogen verzoeksters, dat het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Finland, dat ertoe strekt het toepassingsgebied van de Overeenkomst af te bakenen ten opzichte van dat van het EEG-Verdrag, dezelfde rol speelt als de tussenstatelijke clausule van artikel 85 waar het gaat om de scheidslijn tussen het gemeenschapsrecht en het recht van de Lid-Staten. Het trekken van die parallel lijkt mij aanvechtbaar, voor zover daarbij de betrekkingen die voortspruiten uit het EEG-Verdrag respectievelijk de Overeenkomst over één kam worden geschoren. Een verwijzing naar het arrest Polydor[79] is hier op zijn plaats, waarin het Hof ten aanzien van de Vrijhandelsovereenkomst met Portugal overwoog, dat deze

„niet hetzelfde doel [heeft] als het EEG-Verdrag, in zoverre dit laatste... beoogt één enkele markt tot stand te brengen die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert".

74. Ofschoon verzoeksters' redenering op het eerste gezicht logisch lijkt, gaat zij voorbij aan dat verschil in doelstelling. Het specifieke karakter van de verhouding tussen het EEG-Verdrag en het nationale recht van de Lid-Staten, kan niet worden getransponeerd naar de verhouding tussen de bepalingen van de Vrijhandelsovereenkomst en die van het EEG-Verdrag. Bovendien miskennen verzoeksters met hun stelling hoe dan ook, dat de gelijktijdige en cumulatieve toepassing van gemeenschapsrecht en nationaal recht ten aanzien van een zelfde ondernemersafspraak, geenszins is uitgesloten. In het arrest Walt Wilhelm[80] heeft het Hof die oplossing in bijzonder duidelijke bewoordingen geformuleerd:

77 — Zie met name Roth: „Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelszonen der EWG", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, blz. 423; John Temple Lange: „European Community anti-dumping and competition laws, their actual and potential application to EFTA countries", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 3/87, blz. 590.

78 — H. Schröter (in: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Groeben, von Boeckl, Thiesing, Ehlermann, deel 1, blz. 919) is van mening dat, zo de mededingingsregels uit de vrijhandelsovereenkomsten tot dusverre niet aan de orde is geweest, dit is toe te schrijven „aan het feit dat een groot aantal ondernemersafpraken die onverenigbaar zijn met de goede werking van de vrijhandelsovereenkomsten, eveneens onder de werkingssfeer van artikel 85 EEG-Verdrag vallen." Zie ook Hirsch (in: *L'accord entre la Suisse et le CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE, 1974, blz. 194), die van precies dezelfde opvatting blijk geeft vanuit het gezichtspunt van de Zwitserse anti-kartelbepalingen.

79 — Arrest van 9 februari 1982, zaak 270/80, Jurispr. 1982, blz. 329.

80 — Arrest van 13 februari 1969, zaak 14/68, Jurispr. 1969, blz. 1.

„... dat ondernemersafspraken in de desbetreffende bepalingen van het gemeenschapsrecht en van het nationale recht vanuit verschillende gezichtshoeken worden bezien; ... terwijl het in artikel 85 voor wat deze afspraken betreft alleen gaat om de belemmeringen welke zij voor de handel tussen Lid-Staten kunnen opleveren, zij ingevolge de nationale wettelijke regelingen op grond van de overwegingen waardoor de wetgever zich in het kader der staten liet leiden, ook alleen in het kader van het binnenlands recht worden bezien".

Verder betoogde het Hof:

„dat weliswaar... een onderscheiding tussen gemeenschapsrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten ter afbakening der... competenties niet in alle gevallen een bruikbare maatstaf kan opleveren; dat zij echter impliceert, dat eenzelfde ondernemersafspraak in beginsel aanleiding kan geven tot twee parallel lopende procedures, onderscheidenlijk aanhangig bij de communautaire gezagsorganen — krachtens artikel 85 van het EEG-Verdrag — en bij de nationale autoriteiten — krachtens het nationale recht."

De door verzoeksters voorgestelde analogie is daarom dan ook niet alleen al uit principiële overwegingen aanvechtbaar, maar zij is bovendien zelfs in tegenspraak met de door hen verdedigde stelling. De exclusieve toepassing van de Vrijhandelsovereenkomst kan dan ook niet worden aanvaard.

75. Kan men daarentegen staande houden dat, wanneer er sprake is van ondernemersafspraken die zowel het intracommunautaire handelsverkeer als de handel tussen Finland en de Gemeenschap beïnvloeden, er een verplichting bestaat om, alvorens — op welke wijze ook — tot toepassing van artikel 85 over te gaan, het Gemengd Comité in te schakelen ? Ik betwijfel ten zeerste, of men uit de bewoordingen van artikel 27, lid 3, sub a, een dergelijke verplichting voor de partijen bij de Overeenkomst kan afleiden. De zinsnede „*kan* elke Partij bij de Overeenkomst zich wenden tot het Gemengd Comité", lijkt er op te wijzen, dat het hier een facultatieve procedure betreft.[81] Vergelijk die bewoordingen maar met die van artikel 27, lid 3, sub b: „wat betreft artikel 24 *worden* de moeilijkheden die worden veroorzaakt door de in dat artikel bedoelde situatie voor onderzoek ter kennis gebracht van het Gemengd Comité,,, en vooral met die van artikel 27, lid 3, sub c: „wat betreft artikel 25 *vindt* raadpleging in het Gemengd Comité plaats *alvorens* de betrokken Partij bij de Overeenkomst de passende maatregelen neemt". Aan die duidelijke verschillen in terminologie móet men wel een bepaalde betekenis toekennen.

76. Maar kunnen verzoeksters de Commissie dan toch in elk geval verwijten, dat zij heeft nagelaten zich tot het Gemengd Comité te wenden, ten einde door middel van onderhandeling tot een oplossing te geraken, zulks op grond van het feit dat een dergelijke handelwijze zowel in strijd zou zijn met de artikelen 23 en 27 van de Vrijhandelsovereenkomst alsook met het bijzondere karakter van de betrekkingen tussen Finland en de Gemeenschap, zoals beklemtoond in de bij de Overeenkomst gevoegde verklaring ?

77. Om dit argument te weerleggen kan worden volstaan met een verwijzing naar het arrest Adams[82], waarin het Hof overwoog:

„... de beslissing om een zaak al dan niet aan het Gemengd Comité voor te leggen, (kan) slechts worden genomen met betrekking tot aangelegenheden die uitsluitend algemene belangen van de Gemeenschap raken, zulks na een beoordeling die in wezen een politiek karakter heeft en die niet door een particulier voor het Hof kan worden betwist."

78. Bovendien wordt niet betwist, dat de Finse Republiek is geraadpleegd in het ka-

81 — March Hunnings: „A mere permissive provision" *Enforceability of the EEC-EFTA free trade agreements*, 2 EL Rev., 1977, blz. 63.

82 — Arrest van 7 november 1985, zaak 53/84, Jurispr. 1985, blz. 3595.

der van de aanbeveling van de OESO van 1979 inzake concurrentiebeperkende praktijken, ofschoon verzoeksters betogen dat die raadpleging louter de inhoud van de reeds vastgestelde beschikking betrof. Men zal opmerken dat de partij bij de Overeenkomst het niet opportuun heeft geacht een bijeenkomst van het Gemengd Comité te beleggen, waartoe zij overeenkomstig artikel 31, lid 2, tweede alinea, bevoegd was geweest.

79. Verzoeksters betogen ten slotte, dat het enkel gaat om gevolgen „van een afstemming van hun prijzen met die van andere partijen in de procedure", een afstemming waardoor „hoogstens het goederenverkeer tussen de Gemeenschap en Finland had kunnen worden beïnvloed" en waarvan de „eventuele onrechtstreekse gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer" niet volstaan om de toepassing van de communautaire verbodsbepalingen te kunnen rechtvaardigen. De Commissie daarentegen stelt, dat haar beschikking gericht was tegen een wereldwijde, de intracommunautaire handel benadelende onderlinge afstemming, die niet alleen tussen de Finse verzoeksters onderling had plaatsgevonden, maar waarbij ook andere producenten betrokken waren geweest.

80. Om het bestaan en de ernst van de benadeling van het intracommunautaire handelsverkeer te onderzoeken, moet op de zaak zelf worden ingegaan. Daartoe zal het Hof in een later stadium overgaan.

81. Op grond van een en ander ben ik van mening, dat de Commissie in de bestreden beschikking terecht heeft vastgesteld, dat in de Vrijhandelsovereenkomst geen bepaling voorkomt, waardoor de Commissie wordt belet onmiddellijk artikel 85 toe te passen, indien de handel tussen de Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed.

82. Concluderend geef ik het Hof dan ook in overweging:

— in de eerste plaats de door verzoeksters tegen de bestreden beschikking gerichte grief te verwerpen, voor zover daarmee het gevolgen-criterium als grondslag voor die beschikking wordt aangevochten; het Hof zal in een later stadium hebben na te gaan, of de gevolgen van de door de Commissie gestelde gedraging van wezenlijke aard, rechtstreeks en voorzienbaar waren, ten einde te kunnen bepalen of de Commissie haar bevoegdheid jegens verzoeksters terecht heeft uitgeoefend,

— in de tweede plaats het middel te verwerpen, volgens hetwelk de Vrijhandelsovereenkomst tussen de Gemeenschap en Finland in de weg zou staan aan de toepassing van artikel 85 ten aanzien van de Finse verzoeksters.