CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 17 maart 1987 *

Mijnheer de President,
Mijne heren Rechters,

1. In twee beroepen, ingesteld in juni 1984, vorderen de British-American Tobacco Company Ltd (hierna: BAT) en Reynolds Industries Incorporated (hierna: Reynolds) nietigverklaring van de handeling van 22 maart 1984 waarmee de Commissie van de Europese Gemeenschappen de klachten afwees die zij op grond van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) hadden ingediend tegen de overeenkomsten tussen Philip Morris Incorporated (hierna: Philip Morris) en de Rembrandt Group Ltd (hierna: Rembrandt). Volgens de Commissie waren die overeenkomsten niet in strijd met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

Deze zaak speelt tegen de achtergrond van de sigarettenmarkt van de Gemeenschap waarop de zojuist genoemde ondernemingen in een oligopoliesituatie opereren. De feiten gaan terug tot april 1981: na de offertes van BAT en Reynolds te hebben afgewezen, droeg Rembrandt de helft van het aandelenkapitaal van een van haar vennootschappen, Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (hierna: Tobacco Holding), die op haar beurt een meerderheidsbelang had in Rothmans International (hierna: Rothmans), voor 350 miljoen USD over aan Philip Morris. De overeenkomst bepaalde verder, dat het beheer van laatstgenoemde vennootschap — een „leader" op een belangrijk deel van de Europese markt — gezamenlijk zou worden gevoerd.

Maar de tevredenheid van de contractanten duurde niet lang. Op 4 mei 1981 diende Reynolds bij de ambtenaren van het directoraat Mededinging een klacht in over hun overeenkomst: dank zij haar deelneming van 50% in Tobacco Holding was Philip Morris nu in staat het optreden van haar directe en weerbare concurrente, Rothmans, merkbaar te beïnvloeden, aldus Reynolds. Bijgevolg waren de artikelen 85, lid 1, inzake ondernemersafspraken, en 86, inzake misbruik van machtspositie, geschonden.

Zo ontstond de „affaire des cigarettes", die zich enkele maanden later zou uitbreiden met de parallelle klacht van BAT (op 20 januari 1982). De Commissie pakte de zaak energiek aan en zond Rembrandt en Philip Morris — die de overeenkomst hadden aangemeld in de hoop hiervoor een ontheffing te krijgen als bedoeld in artikel 85, lid 3 — op 19 mei een formele mededeling van punten van bezwaar, waarin zij hen overtreding verweet van de verbodsbepalingen van het Verdrag. De twee vennootschappen zetten in grote lijnen een verdediging op, maar het werd hun al snel duidelijk dat zij de structuur van hun *„partnership" ingrijpend zouden moeten wijzigen om aan een veroordeling te ontkomen.*

Er volgden uitgebreide onderhandelingen die in 1983 eindigden. Philip Morris verklaarde zich, zij het onder sterke pressie, bereid om haar deelneming in Tobacco

* Vertaald uit het Italiaans.

Holding te retrocederen in ruil voor de positie van directe aandeelhoudster van Rothmans, evenwel met een deelneming die overeenkwam met 24,9% van de stemmen. Rembrandt werd weer enig eigenares van de houdstermaatschappij en kreeg daardoor weer een zeggenschap over Rothmans waarop Philip Morris geen invloed had. De vroegere samenwerkingsplicht werd geschrapt en enkele bepalingen over de toegang van derden tot het kapitaal van Rothmans, die reeds in de overeenkomsten van 1981 voorkwamen, werden versterkt. Bovendien verbonden partijen zich jegens de onderzoekende instantie om elkaar concurrentie aan te doen en om haar tijdig op de hoogte te stellen van elk initiatief, dat wijziging zou kunnen brengen in de *status quo*. Kortom, van de drie jaar voordien gesloten overeenkomst bleef enkel de prijs ongewijzigd.

De Commissie achtte deze regeling goed controleerbaar en hoe dan ook verenigbaar met de gemeenschapsbepalingen. Daarom stelde zij BAT en Reynolds op 16 december 1983 op de hoogte van de belangrijkste onderdelen van de nieuwe overeenkomsten en van de redenen die haar ertoe hadden gebracht, de klachten als afgehandeld te beschouwen en gaf zij hun, overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99 van 25 juli 1963 (PB 1963, blz. 2268), een termijn om desgewenst opmerkingen te maken.

Beide ondernemingen reageerden tijdig: de regeling, zo stelden zij, was van gewaad veranderd, maar niet van inhoud, en moest dus worden veroordeeld. De Commissie hield echter voet bij stuk en op 22 maart 1984 — dat wil zeggen de dag na de ondertekening van de nieuwe overeenkomst tussen Rembrandt en Philip Morris — deelde zij BAT en Reynolds mee, dat zij hun klachten had afgewezen. Dit leidde tot de beroepen waarover het Hof zich moet uitspreken.

2. Bij beschikkingen van 26 september en van 28 november 1984 heeft het Hof besloten, beide zaken (142/84, BAT, 156/84, Reynolds) wegens verknochtheid te voegen en om Philip Morris en Rembrandt toe te staan om ter ondersteuning van de Commissie te interveniëren.

Rembrandt heeft *in limine litis* een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, met een beroep op de rechtspraak van het Hof betreffende subjectieve en objectieve voorwaarden voor de ontvankelijkheid van een beroep. Volgens deze heeft degene die de Commissie verzoekt om een inbreuk op de mededingingsbepalingen vast te stellen, met name geen „recht op een definitieve beschikking inzake de procedure die op [zijn] verzoek [is] ingeleid" (arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3137, r. o. 18). Hiermee is nog niet gezegd, dat de afsluitende brief die op grond van artikel 6 van verordening nr. 99/63 aan de klagers wordt gestuurd, immuun is voor beroepen ex artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag; wil een dergelijke handeling vatbaar zijn voor beroep, dan moet zij „bindende rechtsgevolgen in het leven roepen welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen" (arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, r. o. 9).

Zeker, zo vervolgt Rembrandt, dit is niet de enige regel die het Hof ter zake heeft gegeven. Zo heeft het in een uitspraak over een ontheffingsbeschikking verklaard, „dat degenen die een klacht hebben ingediend, zowel in het belang van een goede rechtsbede-

ling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86", geheel of gedeeltelijk „over een beroepsmogelijkheid [moeten] kunnen beschikken ter bescherming van hun wettige belangen"; en wel omdat zij, ondanks het feit dat zij met betrekking tot de handeling derden zijn, voldoen aan de voorwaarden van artikel 173, tweede alinea, laatste zinsnede (arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 13). Men zou kunnen menen, zo vervolgt de onderneming, dat deze twee uitspraken tegenstrijdig zijn. De hierin geponeerde beginselen vullen elkaar echter aan. Om in beroep te kunnen komen tegen de afsluiting van een zaak, moet de klager aantonen, dat deze maatregel weliswaar geen beschikking is, maar hem toch „rechtstreeks en individueel" raakt (arrest Metro) in die zin, dat hij zijn bijzondere belangen schaadt (arrest IBM).

BAT en Reynolds hebben niet concreet aangetoond, dat zij aldus zijn gelaedeerd, terwijl duidelijk is, dat de brief van 22 maart 1984 „l'affaire des cigarettes" beoogde af te sluiten door een overeenkomst wettig te verklaren die enkel Rembrandt en Philip Morris raakte. Verzoeksters zijn dus niet tot procederen bevoegd; deze conclusie wordt bevestigd door het arrest van 10 juni 1982 (zaak 246/81, Lord Bethell, Jurispr. 1982, blz. 2277) waarin een beroep niet-ontvankelijk werd verklaard in een casuspositie die in vele opzichten gelijkenis vertoont met de onderhavige.

Voordat ik overga tot de behandeling van deze argumenten, één opmerking vooraf, die wellicht wat bruusk is, maar niettemin geboden en, zoals de Engelsen zeggen, „sobering". Het Hof en de doctrine hebben over het onderwerp beroepen ex artikel 173, tweede alinea, de nodige inkt laten vloeien; zij zijn er echter niet in geslaagd om ondubbelzinnige, systematisch opgebouwde en makkelijk te begrijpen regels te formuleren. Met betrekking tot een zeer delicaat gemeenschapsrechtelijk probleem ontbreekt het dus aan de nodige duidelijkheid; tot welke moeilijkheden die situatie kan leiden, blijkt duidelijk uit het onderhavige geval.

De bepaling onderscheidt, zoals bekend, twee categorieën subjecten die beroep kunnen instellen: de adressaten van een maatregel afkomstig van een gemeenschapsinstelling en degenen die dat niet zijn en die moeten aantonen, dat de maatregel hun „rechtstreeks en individueel" kan raken. BAT en Reynolds — wier beroepen zijn gericht tegen een „brief/beschikking" waarin de Commissie hun meedeelde, dat zij hun klachten had afgehandeld — behoren kennelijk tot de eerste categorie. Hier wordt echter tegen aangevoerd, dat de brief de erkenning van de wettigheid van de overeenkomsten tussen Rembrandt en Philip Morris inhoudt of weergeeft en dat hij in dat licht bezien, verzoeksters niet rechtstreeks raakt. Wij komen dan van de eerste categorie bij de tweede, waarvoor veel gecompliceerdere en in elk geval andere beginselen gelden.

Hoe te kiezen? Het dilemma is mijns inziens onoplosbaar zolang men per se dwingende aanwijzingen uit de rechtspraak van het Hof wil putten. Wat moet worden vastgesteld, is de exacte positie van verzoeksters ten opzichte van de gewraakte handeling en van de bepalingen die daaraan ten grondslag liggen. Het doel van laatstgenoemde, en in het bijzonder van de artikelen 85 en 86 is bekend: zij beogen te verzekeren, dat binnen de gemeenschappelijke markt de handel tussen ondernemingen en ten opzichte van

consumenten op eerlijke wijze verloopt. In verband hiermee geeft de eerste toepassingsverordening hiervan (verordening nr. 17) „personen die aantonen hierbij een... belang te hebben" (let wel: dit belang overschrijdt de strikte belangen van de klager en valt samen met dat van de regeling), het recht om de Commissie aan het werk te zetten om vast te stellen of de anti-trustbepalingen zijn geschonden en aldus de verwezenlijking van voornoemd doel te verzekeren.

De uitvoering van een dergelijke taak impliceert echter: a) dat de Commissie een zekere technische beoordelingsvrijheid heeft met betrekking tot de opportuniteit van de inleiding van een onderzoek en de vaststelling of de voorwaarden zich voordoen waaronder de verboden van het Verdrag gelden; b) dat zij van deze vrijheid op geoorloofde wijze gebruik maakt, dat wil zeggen met inachtneming van de doeleinden waarvoor zij is gegeven en van de regels waaraan zij is onderworpen. Vandaar de noodzaak om particulieren een instrument in handen te geven — het beroep —, dat de rechter verplicht om na te gaan of het toezichthoudend orgaan waartoe zij zich hebben gericht, de hem voorgelegde situatie heeft beoordeeld in het licht van de doelstellingen en met inachtneming van de de criteria die de wet voorziet.

In dit opzicht verschilt de positie van degene die de afhandeling van een door hem ingediende klacht aanvecht, mijns inziens niet van de positie van degene die opkomt tegen een negatieve verklaring of een ontheffing, of tegen maatregelen die hem formeel niet raken, maar — en daar gaat het om — niettemin een materiële afwijzing van hun verzoek bevatten. Het verdient echter opmerking, dat het Hof in eerstgenoemde situatie uitsluitend spreekt in termen als „beroepsrecht" of „procesbelang" (zie bij voorbeeld de arresten van 4 oktober 1983, zaak 191/82, Fediol, Jurispr. 1983, blz. 2913, r.o. 28-31 en, minder expliciet, van 11 oktober 1983, zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, Jurispr. 1983, blz. 3045, r.o. 12 en van 28 maart 1985, zaak 298/83, CICCE, Jurispr. 1985, blz. 1105, r.o. 18). In de tweede situatie hebben de rechters zich daarentegen altijd afgevraagd, of de gewraakte handeling de klager rechtstreeks en individueel raakte (zie arresten van 28 januari 1986, zaak 169/84, Cofaz en anderen, Jurispr. 1986, blz. 391, r.o. 22 e. v. en van 22 oktober 1986, zaak 75/84, Metro, Jurispr. 1986, blz. 3021, r.o. 19 e. v.).

Past men deze rechtspraak toe op het onderhavige geval, dan moet men concluderen, dat verzoeksters, door het enkele feit dat zij een klacht hebben ingediend in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, ook het recht hebben om de afwijzing daarvan aan te vechten. Was daarentegen aan Rembrandt en Philip Morris een negatieve verklaring of een ontheffing gegeven, dan hadden BAT en Reynolds, ook al hadden zij soortgelijke bezwaren ingediend, die handelingen enkel kunnen aanvechten voor zover zij voldeden aan de voorwaarden van artikel 173, tweede alinea, laatste zinssnede. Een dergelijk verschil valt mijns inziens onmogelijk te rechtvaardigen. Ik zie niet in waarom het bestaan van een klacht op zichzelf al het recht zou geven om in beroep te komen tegen de afwijzing door de administratie; en mijns inziens kan aan de vraag of de onderneming in de loop van de precontentieuze procedure een meer of minder actieve rol heeft gespeeld, geen beslissend gewicht toekomen (*anders*:

arrest van 20 maart 1985, zaak 264/82, Timex, Jurispr. 1985, blz. 849, r. o. 14 en 15).

Maar er is meer. Ik merk op, dat de situatie die de particulier ertoe brengt om een klacht in te dienen (redelijk belang) en die welke tot de afhandeling van de zaak leidt (procesbelang) niet altijd zo geheel samenvallen als in het eerste arrest Metro wordt gesteld. Een voorbeeld: de sigarenhandelaar van Dijk wendt zich tot de Commissie met een klacht over een verhoging van de sigarettenprijzen die hij wijt aan monopolistische manoeuvres van een aantal producenten. Zonder een onderzoek in te leiden, stelt de Commissie vast, dat de verhoging het gevolg is van de invoering van nieuwe belastingen en weigert zij daarom de ondernemingen te beschuldigen van een optreden dat onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Kan van Dijk opkomen tegen dit antwoord? Ik zou zeggen van niet; tenzij — maar dat is praktisch onmogelijk — het hem lukt *in limine litis* te stellen, dat grote belangen van hem zijn geschaad doordat er geen „anti-trust"-maatregel is vastgesteld.

Kortom, wat men ook zegt, een procesbelang is *altijd* vereist. Dit betekent echter niet — en hier maakt Rembrandt de fout — dat de omstandigheden die aan de afhandeling ten grondslag liggen de verzoeker rechtstreeks en individueel moeten raken: de indiening van de klacht volstaat immers om hem tot een volwaardige adressaat van de maatregel te maken. Voor het bestaan van een procesbelang moet hij daarentegen wijzen op de *mogelijke* repercussies (en dus niet op de *concrete* invloed, zoals in het arrest IBM wordt gesteld) van de gevolgen van de maatregel op zijn rechtssfeer. Met andere woorden, hij die een klacht heeft ingediend in de zin van artikel 3, is enkel gerechtigd om tegen de expliciete of impliciete afwijzing daarvan in beroep te komen wanneer hij stelt dat die maatregel voor zover redelijkerwijze valt te voorzien, hem schade zal berokkenen.

Zo ligt het onderhavige geval precies. Het is immers zonneklaar dat de nieuwe overeenkomsten tussen Rembrandt en Philip Morris op zijn minst enige invloed hebben gehad op de sigarettenmarkt van de Gemeenschap. Op die markt bekleden BAT en Reynolds belangrijke posities; bovendien zijn zij de grootste concurrenten van Philip Morris en van Rothmans (over wie Rembrandt indirect zeggenschap heeft). Op grond van deze factoren hebben beide vennootschappen in hun respectieve beroepschriften verklaard, dat zij door de toegeeflijkheid van de Commissie zijn geschaad; en dat volstaat voor de conclusie dat hun vorderingen ontvankelijk zijn.

3. De exceptie van Rembrandt is dus ongegrond, maar heeft de verdienste, dat zij een probleem heeft belicht dat onvoldoende is onderzocht en dat van groot belang is voor de oplossing van de onderhavige zaak: welke rechten hebben klagers en wat zijn de verplichtingen van de Commissie bij afwijzing van de klacht.

Ik wijs erop, dat de gemeenschapswetgever met de vaststelling van verordening nr. 17 beoogde: a) „derden, wier belangen bij een beschikking in het geding kunnen komen, de gelegenheid [te geven] *vooraf* opmerkingen te maken"; b) „een ruime openbaarheid van de gegeven beschikkingen [te waarborgen]"; c) „*alle* beschikkingen die op grond van de verordening zijn vastgesteld, aan het toezicht van het Hof van Justitie te onderwerpen" (overwegingen 11 en 12, cursivering van mij). In de daaropvolgende verordening nr. 99/63 werd de eerste van deze twee doelstellingen

herhaald en nader uitgewerkt. In overweging 5 wordt verklaard, dat degenen die een klacht hebben ingediend „de gelegenheid [moeten hebben] ... kennis te geven van hun zienswijze als de Commissie van mening is, dat de resultaten van het door haar ingestelde onderzoek het niet rechtvaardigen aan het verzoek gevolg te geven"; en artikel 6 bepaalt, dat de instelling „de verzoekers de redenen [die haar tot die overtuiging hebben gebracht] mede[deelt] en hun een termijn geeft, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden".

De eerste keer dat het Hof deze bepaling uitlegde (in het reeds genoemde arrest GEMA), verklaarde het, dat de hierin bedoelde mededeling uitsluitend een informatief doel heeft. De handeling „onderstelt dat de procedure is beëindigd, doch belet de Commissie niet deze te heropenen wanneer zij dit nodig acht, met name wanneer verzoeker binnen de hem... toegekende termijn nieuwe feitelijke of juridische gegevens aanvoert. (De) stelling dat het indienen van een verzoek overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 recht geeft op een [definitieve] beschikking... waarbij een inbreuk wordt vastgesteld, kan derhalve niet worden aanvaard" (r. o. 17).

Laat ik onmiddellijk opmerken, dat ik ook hiervan versteld sta. Zoals wij hebben gezien, heeft de Raad de betrokkene de mogelijkheid willen geven om hun oordeel te geven *voordat* de Commissie het onderzoek afsluit. De mededeling van artikel 6 kan dus niet enkel bedoeld zijn om de klager de redenen mee te delen waarom *reeds* tot afhandeling van de zaak is besloten; integendeel, zij moet hem in staat stellen om „kennis te geven van [zijn] zienswijze" over de redenen voor het *voornemen* van de Commissie om het verzoek af te wijzen. De vaststelling van een *termijn* voor antwoord heeft trouwens ook alleen zin in een dergelijk perspectief. Termijnen worden gesteld, wanneer een bepaald resultaat snel moet worden bereikt, en de ervaring leert, dat de heropening van een pas gesloten onderzoek niet dringend kan zijn of dat althans zelden is.

Dit is nog niet alles. In gevallen als dit wordt met de verplichting om de redenen mee te delen een dubbel belang gediend: voor de adressaat dient het om vast te stellen of de feiten waarover hij heeft geklaagd, juist zijn beoordeeld en voor de Commissie dient het om aan de hand van de haar voorgelegde opmerkingen uit te maken of „de resultaten van haar onderzoek" volstaan om tot afsluiting van de zaak te besluiten. In het arrest GEMA wordt de strekking van deze doelstellingen belangrijk beperkt en verliest artikel 6 een groot deel van zijn nuttige werking. Ten slotte sluit de door mij voorgestane stelling aan bij hetgeen artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 bepaalt met betrekking tot de andere gevallen waarin het toezichthoudend orgaan van oordeel is dat het de verbodsbepalingen van artikel 85 en 86 niet behoeft toe te passen.

Maar nu ter zake. In haar elfde verslag inzake het mededingingsbeleid (1981) verklaarde de Commissie, dat de betrokken mededeling „geen beschikking is in de zin van het Verdrag en daarom niet voor beroep vatbaar is". Inderdaad hadden zich gevallen voorgedaan — onder andere de procedure Demo-Studio Schmidt — waarin de klacht formeel was afgewezen; die gevallen waren echter van algemeen belang omdat hierin nieuwe juridische vraagstukken aan de orde werden gesteld, en dit betekende niet dat de Commissie aan particulieren „een recht (had toegekend) om haar tot op-

treden te verplichten". Tijdens de procedure heeft verweerster deze beginselen met kracht herhaald en op grond hiervan gesteld, dat de beroepen niet-ontvankelijk zijn voor zover hierin aan het Hof wordt gevraagd om haar met een rechterlijk bevel te dwingen om een maatregel te nemen die strookt met de belangen van verzoeksters.

Zo geformuleerd is de exceptie zeker gegrond. Het Hof kan immers bij de wettigheidstoetsing van gemeenschapshandelingen niets gelasten. De instelling die de vernietigde handeling heeft verricht, is veeleer verplicht op grond van artikel 176 „de maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest" (arrest van 24 juni 1986, zaak 53/85, Akzo, Jurispr. 1986, blz. 1965, r. o. 23). Hieraan moet echter direct worden toegevoegd, dat de praktijk die de Commissie opeist, zonder enige twijfel incorrect is wegens strijd met de doelstellingen van de mededingingsregeling en met de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze kenmerken komen duidelijk naar voren bij een vluchtig onderzoek van de procedure volgens het model „Demo", die het toezichthoudend orgaan in deze zaak heeft gevolgd.

De Commissie verklaart allereerst, dat zij de brief/beschikking van 22 maart 1984 enkel heeft verstuurd omdat BAT en Reynolds haar hierom hadden verzocht. Hieruit mag worden afgeleid, dat de Commissie zich, zonder een dergelijk verzoek van de twee ondernemingen, tot een mededeling ex artikel 6 had beperkt: zoals we hierna nog duidelijker zullen zien, valt echter niet te ontkennen dat de ontstaansgeschiedenis van de overeenkomsten tussen Rembrandt en Philip Morris nieuwe problemen aan de orde stelde die zeker van algemeen belang waren. De instelling is het hiermee niet eens: in haar memorie van antwoord (punt XIV, blz. 25) stelt zij, dat de inhoud van de gewraakte brief in de lijn ligt van de vroegere praktijk. Maar — zo zou men kunnen antwoorden — indien dit zo was, waarom heeft men dan bij BAT en Reynolds de lijn gevolgd van de zaak „Demo"?

Een hele reeks tegenstrijdigheden dus; en tegen de achtergrond hiervan rijst een uiterst verontrustend beeld. De belangrijkste trekken hiervan zijn gemakkelijk te beschrijven: de wijze van afhandeling van onderzoeken naar „anti-trust"-praktijken en de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van de juistheid daarvan worden geheel en al aan het oordeel van het toezichthoudend orgaan overgelaten. Simpel gezegd: of de maatregel voor beroep vatbaar is, hangt af van de vraag hoe de Commissie hem doopt. Hij is voor beroep vatbaar indien zij het magische woord „beschikking" gebruikt, maar anders niet. Kortom wij zijn hier heel ver verwijderd van het oogmerk van derdenbescherming en van „ruime openbaarheid" die de wetgever in de overwegingen van de aangehaalde verordeningen noemt.

Laat ons thans bezien welke regels als inspiratiebron zouden moeten dienen opdat deze bedoelingen niet worden gedwarsboomd. Het eerste beginsel is, dat het recht op beroep voortspruit uit de doelstellingen van de mededingingsbepalingen en daarom niet afhankelijk kan worden gesteld van de vorm waarin de klacht wordt afgewezen. Het tweede is, dat de Commissie weliswaar niet verplicht is om een definitieve beschikking te geven over het al dan niet bestaan van de inbreuk, maar anderzijds ook niet een ingeleid onderzoek *ad libitum* kan aanhouden. Integendeel, zij is blijkens de genoemde verordeningen (en in het bijzonder de artikelen 9, lid 3, en 19 van de eerste en 6 van de tweede) gehouden om, wanneer zij van plan is een onderzoek af te sluiten: a) de redenen hiervoor aan de klager mee te delen;

b) hem een redelijke termijn te geven om opmerkingen te maken; c) een definitieve maatregel te nemen niet met betrekking tot de inbreuk, maar met betrekking tot de klacht.

Het derde beginsel: net zoals bij een negatieve verklaring bindt de beslissing om de zaak als afgehandeld te beschouwen de instelling enkel voor zover er geen wijziging optreedt in de omstandigheden waarop zij is gebaseerd: daar de handeling gericht is tot de klager, heeft zij anderzijds geen derdenwerking, behalve in zoverre dat zij de Lid-Staten opnieuw de bevoegdheid geeft om de artikelen 85 en 86 toe te passen (artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17). De conclusie uit deze opmerkingen is duidelijk: aangezien een definitieve beschikking op de klacht de rechtszekerheid garandeert in de betrekkingen tussen partijen, zal de klager zijn beroepsrecht kunnen uitoefenen wanneer hij het antwoord van de Commissie op zijn opmerkingen kent en zal het Hof in staat zijn de ten aanzien van klager genomen maatregel aan een volledige en effectieve wettigheidstoetsing te onderwerpen (zie in dit verband het arrest CICCE, reeds geciteerd).

Op grond van de uitkomsten waartoe ik onder de punten 2 en 3 ben gekomen, concludeer ik dat de Commissie verplicht was de klachten van BAT en Reynolds bij een definitieve maatregel af te wijzen en dat de beroepen tegen de beschikking van 22 maart 1984 enkel ontvankelijk zijn voor zover hierin nietigverklaring van die beschikking wordt verzocht.

4. Tot schraging van hun vorderingen voeren BAT en Reynolds een eindeloos aantal argumenten aan. Met een kleine inspanning kunnen deze echter worden geconcentreerd rond vier hoofdgrieven. De weren van de Commissie en de opmerkingen van de interveniënten vallen grotendeels samen: ik kan deze dus bijna altijd als eenheid behandelen.

Verzoeksters voeren de volgende middelen aan:

1) schending van de artikelen 85, lid 1, en 86 EEG-Verdrag in de vorm van een kennelijke dwaling, doordat de Commissie van oordeel is dat de overeenkomsten van 1984 verenigbaar zijn met die bepalingen en dat de verplichtingen die de contractspartijen zijn aangegaan, voldoende garantie bieden tegen huidige of toekomstige schendingen van het gemeenschapsrecht;

2) schending van artikel 190 EEG-Verdrag doordat de redengeving van de beschikking gebrekkig is;

3) schending van het beginsel van de goede trouw en van wezenlijke vormvoorschriften, doordat het onderzoek van de Commissie niet de mogelijkheid bood voor een objectief en eerlijk onderzoek van de klachten;

4) schending van fundamentele rechten doordat de beschikking is vastgesteld op grond van overwegingen waarover verzoeksters zich niet hebben kunnen uitlaten.

5. Vanwege hun verwantschap met de argumenten die ik hierboven onder punt 3 heb behandeld, zal ik allereerst de twee laatste grieven behandelen. In verband met de vierde merken BAT en Reynolds op, dat „de adressaten van overheidsbeslissingen, die aanmerkelijk in hun belangen worden getroffen, in staat moeten worden gesteld hun standpunt genoegzaam kenbaar te maken" (arrest van 23 oktober 1974, zaak 17/74, Transocean Marine Paint Association, Jurispr. 1974, blz. 1063, r.o. 15). De Commissie had echter bepaalde gegevens die in de mededeling van de punten van bezwaar en in de overeenkomsten van 1981 voorkwamen en die van bijzonder belang waren, niet aan de twee ondernemin-

gen meegedeeld, en had zich hiervoor beroepen op de noodzaak om het door Philip Morris en Rembrandt geclaimde zakengeheim te beschermen. Bovendien kwamen in de beschikking motiveringen voor waarvan de brief van 16 december 1983 geen gewag maakte; hierover hebben de adressaten zich dus niet kunnen uitspreken.

Ik kom thans bij de goede trouw en de wezenlijke vormvoorschriften. De Commissie zou hiermee in strijd hebben gehandeld door tot afhandeling van het dossier te hebben besloten onder invloed van factoren die niets met de procedure te maken hadden en na besprekingen met vertegenwoordigers van Philip Morris, waarvan geen schriftelijk verslag bestaat. Dit zou onder meer haar verrassende ommezwaai van strengheid in 1981 naar inschikkelijkheid in 1983 verklaren. In dit verband zij eraan herinnerd, dat verzoeksters het Hof hebben verzocht om verweerster overlegging te gelasten van: a) de tekst van de overeenkomsten van 1981, de mededeling van de punten van bezwaar en de stukken waarvan zij ten onrechte had aangenomen dat zij onder de bescherming van het zakengeheim vielen; b) alle documenten waaruit de werkelijke redenen blijken voor haar plotselinge ommezwaai.

Beide middelen zijn niet gegrond. Het laatste wordt weerlegd in de beschikking van 18 juni 1986 waarin het Hof de zojuist genoemde vorderingen afwees. De toewijzing daarvan is volgens het Hof een uitzonderlijke instructiemaatregel die daarom enkel kan worden genomen indien omtrent de motieven van de Commissie dergelijke twijfels en verdenkingen bestaan, dat aan misbruik van bevoegdheid moet worden gedacht. Dat is hier evenwel niet het geval. De zogenaamde ommezwaai van 1983 was volstrekt rechtmatig in het licht van de rechtspraak, die de mededeling van de punten van bezwaar beschouwt als een voorbereidend document dat beoordelingen bevat die de Commissie moet wijzigen indien de verklaringen van de ondernemingen tot wie de mededeling is gericht of de door hen in de gewraakte overeenkomsten aangebrachte wijzigingen hiertoe aanleiding geven. Ook de omstandigheid dat de Commissie afzonderlijke bijeenkomsten met Philip Morris heeft gehouden valt volgens het Hof niet te laken. Ook met de klagende ondernemingen hebben soortgelijke bijeenkomsten plaatsgevonden, en afgezien daarvan is er geen grond voor de verdenking dat deze werden ingegeven door duistere motieven of motieven die aan het gemeenschapsrecht vreemd waren (r. o. 11-17).

Deze overwegingen zijn onberispelijk en behoeven geen commentaar. Het probleem waardoor zij werden ingegeven, biedt mij echter de mogelijkheid om een wellicht niet nutteloze opmerking toe te voegen aan het betoog dat ik hierboven sub 3 heb ontwikkeld over de rechten van partijen in de precontentieuze procedure. De vorderingen van BAT en Reynolds berusten op de overtuiging, dat klagers op dezelfde inlichtingen en dezelfde garanties moeten kunnen rekenen als waarop enerzijds de Commissie en anderzijds de gewraakte ondernemingen aanspraak kunnen maken. Deze veronderstelling is volstrekt ongegrond. Al in verordening nr. 17 maakt de wetgever onderscheid tussen degenen op wie het onderzoek betrekking heeft, die „recht" hebben om te worden gehoord, en derden belanghebbenden aan wie slechts „de gelegenheid" moet worden geboden om desgewenst opmerkingen te maken (overweging 11). Dit verschil in rechtspositie wordt vervolgens bevestigd in artikel 19 en in de procedurele bepalingen van de daarop volgende verordening nr. 99/63.

Bovendien, indien de stelling van verzoeksters zou worden aanvaard, zou dit het onderzoek transformeren tot een soort directe

confrontatie tussen beschuldigende en zich verdedigende particulieren. Maar artikel 89 EEG-Verdrag wil juist, dat enkel de Commissie onderzoek verricht in gevallen van vermoedelijke schending van de mededingingsrechtelijke beginselen. De Commissie is dus heer en meester van de procedure en de klagers kunnen alleen met haar samenwerken. De regeling geeft hun weliswaar recht op de mededeling van de redenen waarom hun klachten zijn afgewezen, maar dit voorrecht — dat zij hebben omdat zij een belang hebben dat samenvalt met dat van de regeling en dat hen onderscheidt van derden die de Commissie hoort — is tevens de uiterste grens van hun deelneming aan het onderzoek.

Een korte opmerking over het argument inzake de schending van wezenlijke vormvoorschriften. Dat de gewraakte maatregel elementen bevat die niet in de mededeling ex artikel 6 zijn genoemd, is irrelevant, want deze punten hebben betrekking op de kritiek die BAT in haar antwoord heeft geuit en vormen een herhaling van de redenen die de Commissie reeds had doen gelden. Hieruit blijkt dat de Commissie de belangrijkste redenen heeft meegedeeld voor haar besluit om de zaak als afgehandeld te beschouwen, en dat de adressaat in de gelegenheid is gesteld om haar van zijn eigen standpunt op de hoogte te stellen. Ten slotte hoeft enkel nog te worden opgemerkt, dat de aangehaalde passage uit het arrest Transocean expliciet betrekking heeft op maatregelen ten aanzien van ondernemingen tegen wie een onderzoek loopt. Zij staaft de stelling van BAT en Reynolds dus helemaal niet, maar bevestigt dat dergelijke ondernemingen recht hebben op een bijzondere bescherming die niet tot derden kan worden uitgestrekt.

6. Nu de problemen met betrekking tot de procedure, de inachtneming van vormvoorschriften en fundamentele rechten zijn opgelost, is het tijd om tot het belangrijkste punt van de zaak over te gaan. Hiertoe moet ik echter eerst de belangrijkste kenmerken van de betrokken ondernemingen en van hun markt (A), de overeenkomsten van 1981 (B) en 1984 (C) en de verschillende etappes in de lange en kommerrijke procedure die tot dit beroep heeft geleid (D), uitgebreider de revue laten passeren dan ik aan het begin heb kunnen doen.

(A) Alle hoofdrolspelers in deze gebeurtenissen zijn in hoofdzaak werkzaam in de sigarettenindustrie en in de handel in sigaretten. BAT is de grootste tabakproducent van het hele westen en is in Groot-Brittannië gevestigd. Reynolds is een Amerikaanse vennootschap die ook belangen in de voedselindustrie heeft. Rembrandt heeft de Zuidafrikaanse nationaliteit en investeert in verscheidene commerciële activiteiten. Philip Morris is de grootste Amerikaanse sigarettenexporteur en misschien zelfs de leidende multinational van de branche. De twee vennootschappen ten slotte op wie de overeenkomst betrekking heeft, zijn Brits: Tobacco Holding, een houdstermaatschappij die voor 100% wordt gecontroleerd door Rembrandt, en haar dochtermaatschappij Rothmans, die zich bijna uitsluitend wijdt aan de produktie en verkoop van sigaretten, waarvan 50% voor Europese consumptie bestemd is.

Met betrekking tot de markt lijkt het mij nuttig allereerst een rapport te citeren dat de Commissie in februari 1982 aan het Parlement heeft aangeboden [COM(82) 61 def., blz. 7]. Hierin staat, dat er „ondanks de afschaffing van de douanerechten... en het feit dat reeds twee etappes op de weg naar de harmonisatie van accijnzen zijn afgelegd, [nog] geen echte communautaire si-

garettenmarkt... [bestaat]. Deze situatie is naar algemene opvatting het gevolg van een groot aantal factoren, [waaronder] in het bijzonder... het feit dat de produktie in handen is van staatsbedrijven en particuliere bedrijven en dat het beleid op het punt van de reclame en de bescherming van de volksgezondheid uiteenloopt". Hiervan uitgaande rijst de vraag, wat ten tijde van de feiten het marktaandeel van de verschillende ondernemingen was binnen de Gemeenschap als geheel en binnen de Benelux: dit laatste omdat de markten van de Benelux een hoge graad van homogeniteit vertonen en vanwege de machtspositie die Rothmans daar heeft. De volgende tabellen geven het antwoord:

a) Sigarettenmarkt van de Gemeenschap: 1976-1982 (in %)

	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Philip Morris	*6,0*	6,7	8,0	9,9	11,8	10,9	*13,1*
Rothmans International	*13,5*	13,7	14,6	15,3	15,4	14,8	15,0
R. J. Reynolds	*2,2*	2,5	2,8	3,3	3,3	3,5	3,6
BAT	*9,8*	9,8	10,7	10,5	10,7	11,1	*10,4*

b) Belgisch-Luxemburgse en Nederlands markt: 1980-1982 (in %)

	B/L			NL		
	1980	1981	1982	1980	1981	1982
Philip Morris	8,7	10,3	*	7,0	8,8	10,0
Rothmans International	47,8	47,4	*	49,0	48,9	47,2
R. J. Reynolds				10,0	10,0	10,2
BAT	10,2	10,1	*	23,0	24,1	24,5

Uit deze gegevens blijkt, aldus de Commissie, dat de gemeenschapsmarkt zo „stagneert en oligopolistisch" is, dat „bij gebreke van echte prijsconcurrentie en researchdoorbraken, *reclame en de overname van (andere) ondernemingen... de belangrijkste manieren (zijn) om het marktaandeel te vergroten*" (mededeling van de punten van bezwaar, punt 8, blz. 14, cursivering van mij). Aan het eind van de onderzochte periode kon eigenlijk alleen Philip Morris bogen op een briljante „performance", terwijl de andere ondernemingen min of meer in de startblokken waren blijven steken. Voor de markten van de Benelux geldt in grote lijnen hetzelfde.

(B) Wij komen thans bij de overeenkomst van 1981. Tegen betaling van 350 miljoen USD droeg Rembrandt de helft van

het kapitaal van Tobacco Holding aan Philip Morris over en daarmee indirect een aandeel van 21,9% in de winst van haar concurrente Rothmans. Van de nevenbedingen is in het bijzonder punt 3 van belang. Hierbij verleenden partijen elkaar een voorkooprecht in geval van aandelenverkoop door de ander en verbonden zij zich om ervoor te zorgen dat eventuele derde kopers ook na repressief optreden van de anti-trust instanties, aan deze voorwaarde werden gebonden.

Dat dit soort overeenkomsten, en in het bijzonder de daarin voorziene overdracht van aandelen, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, lijkt mij duidelijk. De verwerving door onderneming X van een belangrijke deelneming in de houdstermaatschappij die zeggenschap heeft over een concurrerende onderneming Y is, gelijk de Commissie vrij duidelijk opmerkte in haar mededeling van de punten van bezwaar aan de contractanten, „likely to restrict competition". Het is immers duidelijk dat, indien beide ondernemingen op de markt actief blijven, „they will no longer compete in so thoroughgoing a manner as deliberately to harm each other's interests" (blz. 16). Dergelijke ondernemingen zullen juist — en dit geldt in het bijzonder voor Philip Morris en Rothmans waarvan de eerste Tobacco Holding voor 50% in handen heeft en laatstgenoemde door Tobacco Holding wordt gecontroleerd — „gedwongen zijn, [hun respectieve] activiteiten op de... markt... te coördineren".

De hier omschreven gevolgen worden nog indringender door de bepalingen die naast de hoofverplichtingen staan. Dit geldt vooral voor de verbintenissen die onder punt 3 zijn aangegaan; en het is duidelijk waarom. Voor zover zij verlangen, dat derde-verkrijgers ook worden gebonden aan het voorkoopbeding dat partijen bindt, zijn zij immers zelf „restrictive of competition since they support and consolidate other restrictive provisions and are open-ended in nature, taking no account of the size, market strength or competitive intentions of the acquiring party" (blz. 18).

Op grond van deze gegevens en gelet op het feit dat de markt oligopolistisch is, kwam de Commissie ten slotte tot het voorlopige oordeel, dat de overeenkomsten in strijd waren met het verbod van artikel 85, lid 1. Artikel 86 was echter ook geschonden: de overeenkomst droeg immers bij tot verzwakking van de concurrentie door Philip Morris, doordat zij de machtsposities die Rembrandt via de Rothmans' dochters op de belangrijke Benelux-sector van de gemeenschapsmarkt bekleedde, ten onrechte versterkte.

(C) De overeenkomsten van 1984 brachten, zoals bekend, belangrijke wijzigingen in de verhouding tussen Rembrandt en Philip Morris. Laatstgenoemde deed afstand van haar aandeel van 50% in het kapitaal van Tobacco Holding en kreeg als compensatie hiervoor een directe deelneming in Rothmans, die overeenkwam met 24,9% van de stemmen. Rembrandt herkreeg 43,6% van die stemmen en de rest van de aandelen van die vennootschap bleef in handen van de kleine aandeelhouders die ze reeds bezaten. Van hetgeen partijen zijn overeengekomen, is dit het belangrijkste:

1) De deelneming van Philip Morris in het kapitaal van Rothmans mag in geen geval 25% van de stemmen overschrijden;

2) Rembrandt kan haar aandelen Rothmans enkel overdragen door verkoop van haar gehele portefeuille, „for cash payable on closing", aan één koper of aan ten minste tien onderling en van Rembrandt onafhankelijke kopers, mits geen van deze meer dan 10% van de stemmen in Rothmans bezit. Alvorens tot verkoop over te gaan moet Rembrandt aan Philip Morris of aan een door haar aangewezen derde eerst een koopoptie geven en haar de voorwaarden hiervan meedelen;

3) Voor Philip Morris gelden dezelfde regels;

4) a) Indien Rembrandt van plan is haar aandelen Rothmans aan een enkele koper te verkopen, moet zij ervoor zorgen dat deze een bod doet op de gehele Rothmans portefeuille van Philip Morris „at te same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's sale";

b) indien Rembrandt geen gebruik maakt van haar koopoptie, kan Philip Morris een derde aanwijzen om een aantal aandelen Rothmans met enkelvoudig stemrecht (gewone B-aandelen) te kopen, dat ten minste overeenkomt met de helft van de aandelen met viervoudig stemrecht (gewone A-aandelen), waardoor deze driekwart van de stemrechten verbonden aan de gewone A-aandelen kan uitoefenen, behalve met betrekking tot de benoeming of het ontslag van de bestuurders van Rothmans.

Ten slotte verbond Philip Morris zich jegens de Commissie:

a) om haar van elk amendement of elke wijziging van de overeenkomsten op de hoogte te stellen en haar een afschrift hiervan te doen toekomen zodra deze in werking treedt;

b) haar binnen 48 uur in kennis te stellen van elke uitbreiding van haar Rothmans' portefeuille of van enige andere stemmenverwerving waardoor zij de drempel van 25% zou overschrijden. Naar aanleiding van deze mededeling beziet de Commissie de mededingingssituatie op de tabaksmarkt van de Gemeenschap opnieuw en treft zij de maatregelen die haar dienstig voorkomen. Op verzoek van de Commissie past Philip Morris gedurende drie maanden, te rekenen vanaf de datum van de uitbreiding of de verwerving, een regeling toe (hold separate arrangement) waardoor haar eigen belangen gescheiden worden gehouden van die van Rothmans en de handhaving van de status quo op de markt wordt gewaarborgd;

c) om geen vertegenwoordigers in de raad van bestuur of in enig ander bestuursorgaan van Rothmans te hebben;

d) om van Rothmans of Rembrandt geen gegevens te vragen of te aanvaarden, die het gedrag van een van de vennootschappen van het eigen concern zouden kunnen beïnvloeden.

(D) In mei 1983 deed de Commissie verzoeksters de nieuwe overeenkomsten toekomen en op 16 december daaraanvolgend deelde zij hun mee, dat er voor de inwilli-

ging van hun verzoek niet meer voldoende gronden aanwezig waren, en nodigde zij hen uit om desgewenst opmerkingen te maken. Na in deze brief te hebben uiteengezet, welke wijzigingen partijen hadden aangebracht, verklaarde de Commissie, dat de overeenkomsten „bepalingen bevatten over de overdracht en verwerving van Rothmans-aandelen. De toepassing van die bepalingen is naar de huidige opvatting van de Commissie onverenigbaar met de mededingingsbepalingen. Door de verbintenissen jegens de Commissie is echter verzekerd, dat zij ogenblikkelijk passende maatregelen kan nemen indien er wijzigingen optreden in de eigendomsstructuur van Rothmans..." (blz. 2, onderaan).

BAT en Reynolds antwoordden, dat deze opmerkingen in tegenspraak waren met de grote lijnen van de mededeling van de punten van bezwaar, omdat bijna alle elementen van de oude overeenkomsten die de Commissie destijds in strijd had geacht met het Verdrag, in de nieuwe overeenkomsten waren blijven staan. Zo waren praktisch ongewijzigd gebleven, de bepalingen inzake de voorkooprechten en de overdracht van aandelen Rothmans. BAT merkte onder meer op, dat de in deze bepalingen voorziene beperkingen elke werkelijk onafhankelijke derde van de verwerving van een deel van deze aandelen zouden weerhouden. Zij waren uitgedacht om één bepaald doel te bereiken, namelijk om de potentiële koper aan de preventieve controle van Philip Morris te onderwerpen. „In fact, Philip Morris can ensure... that any purchaser of part or all of the Rothmans shares is harmless to or, more importantly, prepared to cooperate with Philip Morris". Tegen dit soort bepalingen zou men weinig kunnen aanvangen met de zwakke en onvolledige verbintenissen die de Commissie had gekregen.

De administratieve procedure werd afgesloten met de brief/beschikking van 22 maart 1984 waarin de Commissie BAT en Reynolds meedeelde, dat hun verzoeken niet konden worden ingewilligd en dat zij de zaak als afgesloten beschouwde. In deze brief komen onder meer de volgende verklaringen voor:

1) Niet kon worden vastgesteld, dat de overeenkomsten in hun juridische en economische context beschouwd ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt vervalst (punt 21);

2) terwijl de overeenkomsten van 1981 Philip Morris door middel van haar deelneming in Tobacco Holding een vetorecht gaven tegenover een daadwerkelijke meerderheid van aandelen in Rothmans, is Philip Morris in de nieuwe overeenkomsten nog slechts een minderheidsaandeelhoudster (punt 22);

3) de nieuwe overeenkomsten bevatten verscheidene bepalingen die Philip Morris in staat stellen om: a) zeggenschap over Rothmans te krijgen; b) weer op voet van gelijkheid te komen met Rembrandt in geval van een aandelenverkoop door Rembrandt; c) aan een aangewezen derde aandelen te verkopen die 34,5% van de stemmen in Rothmans vertegenwoordigen (punt 23);

4) deze bepalingen bieden Philip Morris ongetwijfeld de mogelijkheid om haar status van minderheidsaandeelhoudster te wijzigen en de zeggenschap over Rothmans te verkrijgen; maar als

eenvoudige bepalingen hebben zij geen negatieve gevolgen voor de mededinging als bedoeld in artikel 85 (punt 24);

5) op grond van de nieuwe overeenkomsten zal Rembrandt binnen Rothmans haar eigen stemrecht kunnen uitoefenen zonder rekening te houden met het beleid van Philip Morris. Er is dus geen reden om aan te nemen, dat het niet in Rembrandts belang is om te trachten Rothmans als onderneming zo succesvol en winstgevend mogelijk te maken (punt 25);

6) hoewel Philip Morris de waarde van haar investering in Rothmans ongetwijfeld niet in gevaar zal willen brengen, heeft zij er niettemin vrij veel belang bij om door haar industriële en commerciële inzet te beletten, dat Rothmans haar marktaandeel in de gemeenschappelijke markt uitbreidt. Enkel door een dergelijke inzet zal zij haar voorkooprecht op de aandelen Rothmans op de gunstigste voorwaarden kunnen uitoefenen, indien de Commissie zich niet tegen de uitoefening van dit voorrecht verzet (punt 26);

7) van misbruik van machtspositie (artikel 86) kan geen sprake zijn, nu de nieuwe overeenkomsten om de zojuist genoemde redenen Philip Morris niet in een positie brengen waarin zij zeggenschap heeft over de commerciële gang van zaken bij Rothmans (punt 29).

7. Laat ons terugkeren tot de beroepen van BAT en Reynolds. Bij de behandeling van de eerste twee middelen — schending van de artikelen 85 en 86 door kennelijke beoordelingsfouten en van artikel 190 door onvoldoende motivering — zal ik alleen rekening houden met de grieven die betrekking hebben op het voorwerp van de gewraakte maatregel, dat wil zeggen de overeenkomsten van 1984 en de daarin voorkomende bepalingen. Ik acht het ook overbodig om de argumenten weer te geven die verzoeksters ontlenen aan de mogelijkheid die Philip Morris heeft om haar positie binnen Rothmans te wijzigen, en om mij af te vragen welke gevolgen een dergelijke wijziging op de mededingingsverhouding tussen beide ondernemingen zou hebben. In dit verband behoeft men zich slechts voor ogen te houden, dat Philip Morris de Commissie op de hoogte moet stellen van alle initiatieven die de *status quo* zouden kunnen wijzigen en dat de Commissie ook kan optreden tegen omstandigheden die niet door partijen zijn gewild, maar die wel van invloed kunnen zijn op hun commerciële rivaliteit.

Uiteraard betekent dat niet, dat ik niet op de hoogte zou zijn van de jarenlange discussie over de toepasselijkheid van artikel 85 op *overeenkomsten* inzake concentratie van ondernemingen en dus van de gunstige wijze waarop een aantal schrijvers hierover oordelen, de twijfels die de Commissie ter zake heeft en het bijna algemene gevoelen, dat voor dit onderwerp specifieke regels moeten worden vastgesteld en de hieruit voortvloeiende algemene wrok jegens de Raad die de voorstellen van de Commissie hardnekkig achter slot en grendel houdt. Ik neem overigens aan, dat het Hof tot een bevestigend antwoord zou neigen indien de vraag hem werd voorgelegd. Een aanwijzing hiervoor geeft het arrest van 13 juli 1966 (zaak 32/65, Italië/Raad en Commissie, Jurispr. 1966, blz. 579), volgens hetwelk blijkens „de bewoordingen van artikel 85 het verbod — bij gebreke van

een uitzonderingsregeling en mits aan de overige voorwaarden is voldaan — [geldt voor *alle*] [1] tussen meerdere ondernemingen aangegane overeenkomsten" (cursivering van mij).

Het is echter zonneklaar, dat dit probleem zich hier niet voordoet. De Commissie betwist immers in beginsel niet, dat dit artikel van toepassing is op de overeenkomsten van 1984; zij stelt niet meer dan dat de overeenkomsten geen elementen bevatten die schending van de bepaling opleveren en dat hoewel de overeenkomsten kunnen leiden tot allerlei vormen van fusie, de toezeggingen die partijen haar hebben gegeven haar middelen verschaffen om manoeuvres die hierop zijn gericht te controleren en een halt toe te roepen. Met betrekking tot dit laatste punt — dat wil zeggen de verwachtingen van de Commissie of de doeltreffendheid van de instrumenten waarmee zij zich heeft uitgerust — kan het Hof niet veel zeggen. Voor het Hof is vooral de eerste stelling van belang, die geen betrekking heeft op de toekomst, maar op het heden: dat wil zeggen op de overeenkomsten zoals ze hier en nu werken.

Na deze verduidelijking kom ik tot de behandeling van de twee middelen. Met betrekking tot de schending van de bepaling inzake mededingingsregelingen merken verzoeksters dat er, ondanks het oligopolistische karakter van de sigarettenmarkt van de Gemeenschap, op deze markt concurrentie is blijven bestaan dank zij een aantal factoren: de omvang van de daarop werkzame ondernemingen, hun respectieve marktaandelen, de methodes die worden gebruikt voor de afzet van het produkt, etc. De overeenkomsten van 1984 verstoren dit wankelijke evenwicht, doordat zij Philip Morris en Rothmans — dat wil zeggen twee van de grootste ondernemingen in de branche — toestaan om hun werkzaamheden te coördineren. Juist de Commissie heeft in haar kritiek op de overeenkomsten van 1981 erkend, dat indien een onderneming op grote schaal investeert in aandelen van een concurrent, de partijen bij de koopovereenkomst „elkaars belangen niet meer bewust [zullen] schaden". De situatie is sindsdien niet gewijzigd. Op zichzelf is het bezit van 25% van de stemmen in een kapitaalvennootschap inderdaad niet in strijd met de „anti-trust"-bepalingen, maar dit is stellig wel het geval indien de betrokken vennootschap een rivaal is en bovendien een „leader" in een oligopolisituatie.

Dit is nog niet alles. Ten gevolge van de bepalingen inzake de overdracht van Rothmans-aandelen geniet Philip Morris een bevoorrechte positie in de strijd om de zeggenschap over Rothmans; zij is in staat om te beletten dat anderen met enige kans van slagen in Rothmans deelnemen en heeft terzelfder tijd, indien Rembrandt geen gebruik maakt van haar voorkooprecht, zelfs het recht om de toekomstige verkrijger uit te kiezen. Het is duidelijk, dat ook deze beperkingen zijn bedoeld om Philip Morris en Rembrandt aan te zetten om samen te werken of om elkaar ten minste niet te dwarsbomen; en indien dit zo is, dan lijdt het geen twijfel dat de Commissie de overeenkomst onjuist heeft beoordeeld, doordat zij het vermogen van de overeenkomst om conflicten tussen partijen uit te sluiten, heeft miskend.

Met betrekking tot de niet-toepassing van artikel 86 merken BAT en Reynolds op, dat „de... term misbruik in objectieve zin [is] te verstaan [hetgeen impliceert dat] de gedragingen van de dominerende onderneming...

1 — Noot van de vertaler: Het woord „alle" komt in de Nederlandse tekst niet voor, maar wel in de Italiaanse.

invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde" (arrest van 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r.o. 91). Voor de erkenning van de aanwezigheid van misbruik telt de mate van zeggenschap van een onderneming dus niet; waar het om gaat is dat deze zodanig opereert dat daardoor een concurrentie die door de door haar verworven positie al negatief was beïnvloed, wordt verzwakt. Ook behoeft het niet per se een wezenlijke verzwakking te zijn; beslissend is veeleer, dat het optreden van de onderneming een merkbare invloed heeft op de handel tussen de Lid-Staten.

De Commissie vergist zich dus wanneer zij stelt, dat indien de investerende vennootschap geen beslissende invloed kan uitoefenen op de onderneming waarin zij een deelneming heeft, er van misbruik geen sprake is. Zelfs degene die deze opvatting in abstracto deelt, zal echter niet kunnen ontkennen dat er in casu wel beïnvloeding is. Hiertoe zal hij slechts een stap verder moeten gaan dan de constatering dat de deelneming van Philip Morris 25% bedraagt en zal hij het vervalsende vermogen ervan moeten beoordelen in het licht van de gehele overeenkomst; dat wil zeggen, ook rekening houdend met het voorkooprecht en, meer in het algemeen, met de bepalingen die de overdracht van de aandelen Rothmans beheersen.

Ter ondersteuning van hun tweede middel verwijzen verzoeksters ten slotte naar de rechtsoverwegingen 30 en 31 van het arrest van 26 november 1975 (zaak 73/74, Papiers peints, Jurispr. 1975, blz. 1491). In de eerstgenoemde rechtsoverweging staat „dat de Commissie krachtens artikel 190... gehouden is haar beschikkingen te motiveren door [zowel] de feitelijke elementen te vermelden waaruit de wettigheid van de genomen maatregel blijkt, [alsook] de overwegingen die haar tot het nemen der beschikking hebben geleid"; rechtsoverweging 31 voegt hieraan toe, dat de motivering summier kan zijn, maar dat een uitputtende motivering moet worden gegeven wanneer de maatregel „veel verder gaat dan in eerdere beslissingen het geval was".

In casu was de Commissie voor de afwijzing van de klachten van BAT en Reynolds gedwongen te verklaren, dat de zeggenschap over 25% van de stemmen in de algemene vergadering van een concurrerende vennootschap met een machtspositie op een oligopolistische markt, niet in strijd was met de verboden van de artikelen 85 en 86. Of dit beginsel gewettigd is, is op zijn minst dubieus; dat het van buitengewoon belang is voor de economische wereld en dat alle aspecten ervan bijgevolg op grond van voornoemd arrest omstandig en indringend moeten worden toegelicht, staat echter wel vast. De beschikking is echter juist zo summier dat het aan achterhouding grenst. Daar komt bij dat de Commissie wel erkent, dat de bepalingen inzake de overdracht van aandelen Rothmans Philip Morris grote mogelijkheden bieden om te manoeuvreren, maar nalaat uit te leggen waarom deze bepalingen niet daadwerkelijk tot gevolg hebben dat de mededinging wordt vervalst.

8. Wat te zeggen over de aldus voorgedragen middelen? De argumenten die ter ondersteuning van het eerste worden aangevoerd, schieten mijns inziens hun doel voorbij; van het Hof wordt meer gevraagd dan het kan geven. Beide beroepen strekken tot nietigverklaring van een maatregel waarbij klachten werden afgewezen die op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 waren ingediend. Ik geloof niet, dat

het Hof in dergelijke gevallen bevoegd is om vast te stellen of *alle* voorwaarden voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 zich voordoen, en wel omdat de negatieve inhoud van de besluiten tot afsluiting van de zaak en de zuiver technische aard van de beoordeling die het administratieve orgaan moet verrichten, zich tegen een dergelijke controle verzetten. Binnen de grenzen die dit voor het Hof stelt, moet het onderzoek van het Hof noodzakelijkerwijze leiden tot de conclusie dat de beschikking van 22 maart 1984 rekening houdt met alle betwiste feiten en daarom vrij is van klaarblijkelijke vergissingen.

Het tweede middel vraagt daarentegen om een uitgebreidere bespreking. Laat mij het in één zin samenvatten: verzoeksters verwijten verweerster, niet te hebben aangetoond waarom de deelneming in het kapitaal van een rechtstreekse concurrent en „leader" op een aanzienlijk deel van een oligopolistische markt geen negatieve invloed op de mededinging tussen partijen kan hebben, ook al vertegenwoordigt deze deelneming maar een vierde van de stemmen.

Zo geformuleerd moet de grief worden verworpen. In de punten 25, 26 en 29 van de brief heeft de Commissie immers de redenen, waarom Philip Morris er thans belang bij heeft om Rothmans te beconcurreren en dus geen misbruik te maken van de machtspositie van laatstgenoemde, aangeduid en voldoende toegelicht. De uitleg had zeker wat uitgebreider kunnen zijn, maar we moeten niet vergeten dat verzoeksters actief bij de administratieve procedure betrokken zijn geweest en in de loop daarvan de gelegenheid hebben gehad om alle aspecten van het probleeem te ontleden. Aan de andere kant verlangt artikel 190 niet, „dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld". Per slot van rekening heeft de motivering van een bezwarend besluit maar één doel: het moet „de betrokkene de noodzakelijke aanwijzingen bieden om te weten of de beslissing al dan niet gegrond is" (arrest van 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 26).

In dit licht bezien lijkt de beschikking tot afwijzing van de klachten van BAT en Reynolds dus naar behoren gemotiveerd. Het is echter duidelijk, dat dit nog niet betekent dat hiermee de onschadelijkheid van de gewraakte deelneming is aangetoond; evenmin is in dit verband een opmerking als die van Philip Morris van belang, dat in de wettelijke regeling van een bepaalde Lid-Staat (Duitsland) 25% de drempel is waaronder in beginsel „anti-trust"-praktijken onmogelijk worden geacht. Het is immers algemeen bekend, dat de verdragsbepalingen, in tegenstelling tot de nationale bepalingen, het oog hebben op de gehele gemeenschappelijke markt en bovenal beogen te voorkomen dat de mededingingsbeperkingen de handel tussen de twaalf ongunstig beïnvloeden door afscherming van de respectieve markten.

En dus? Wat ik wil zeggen is simpel: de onderhavige deelneming kan niet in een vacuüm worden bestudeerd alsof het een preparaat was dat kon worden geïsoleerd van het organisme waarvan het deel uitmaakt. De mate van verenigbaarheid met de gemeenschapsbepalingen moet juist worden beoordeeld in het licht van de invloed op de Europese markt van de *gehele* overeenkomst waarin die deelneming is voorzien. Zoals bekend bevat deze overeenkomst bepalingen — bij voorbeeld die betreffende het voorkooprecht of die betreffende de bevoegd-

heid van Philip Morris om een koper aan te wijzen voor de aandelen Rothmans — waarvan ogenblikkelijk duidelijk is dat hun economisch belang enorm groot is. Voor de afwijzing van de klachten van BAT en Reynolds had de Commissie dus moeten aantonen, dat die bepalingen niet in staat waren om schadelijke gevolgen in het leven te roepen, in het bijzonder voor de contractsvrijheid van alle andere ondernemingen die op de sigarettenmarkt werkzaam waren. Maar dat heeft zij niet gedaan, en het lijdt geen twijfel dat de maatregel in dit opzicht aan een ernstig motiveringsgebrek lijdt.

9. Deze conclusie wordt overigens zeer stevig geschraagd door het arrest van 13 juli 1966 (gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten-Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449). Het Hof overwoog daarin, dat „de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden vervalst, niet alleen door overeenkomsten die haar tussen partijen beperken, doch evenzeer door overeenkomsten welke de concurrentie tussen een der partijen en derden verhinderen of beperken" voor zover „partijen [hierdoor] een niet gerechtvaardigd voordeel trachten te verkrijgen of te handhaven". Dit beginsel geldt volgens mij ook buiten het door het Hof behandelde geval, en dus ook voor bepalingen als de onderhavige, die deel uitmaken van een overeenkomst over de verwerving van een aandelenparticipatie. Ook die kunnen immers degene die ze bedingt, een „ongerechtvaardigd voordeel" verschaffen, en gelijk in het reeds genoemde arrest Remia in rechtsoverweging 17 wordt opgemerkt, vrijwaart het feit dat het doel van de overeenkomst waar zij deel van uitmaken op zich rechtmatig is, ze nog niet voor een onderzoek naar hun verenigbaarheid met de verboden van artikel 85.

Dit onderzoek heeft zoals bekend niet plaats gehad; maar het onderhavige dossier volstaat om de bepalingen in een ongunstig licht te plaatsen. Zo blijkt zonneklaar, dat zij niet onontbeerlijk of zelfs functioneel waren voor de sluiting van de overeenkomst en dat zij, wat de interveniënten ook mogen zeggen, niet de investering van Philip Morris beogen te beschermen. De eerste stelling wordt bewezen door hun inhoud, die enkel het oog heeft op de wijze waarop een eventuele overdracht van Rothmans-aandelen aan derden moet plaatsvinden, en de tweede wordt door de Commissie zelf bewezen. In punt 24 van de beschikking stelt zij immers, dat Philip Morris dank zij deze bedingen in staat is om zeggenschap uit te oefenen over Rothmans hetzij rechtstreeks hetzij via een koper die haar vertrouwen heeft. En het is wederom de Commissie die naar voren brengt, dat de verbintenissen die de vennootschappen jegens haar zijn aangegaan juist bedoeld zijn om haar in staat te stellen, een dergelijke ontwikkeling in de kiem te smoren.

Maar het wordt nog erger. In de mededeling van de punten van bezwaar noemde de Commissie de nevenbedingen in de oude overeenkomsten „themselves restrictive of competition" en „open-ended in nature" omdat zij geen rekening hielden met de „size, market strength or competitive intentions of the acquiring party". Welnu, ik heb de indruk dat de beperkingen voor de toegang van derden tot het kapitaal van Rothmans tussen 1981 en 1984 nog stringenter zijn geworden. In haar antwoord op de brief van 16 december 1983 verklaart BAT, dat de nieuwe overeenkomsten be-

ogen te verzekeren „that any eventual purchaser of the [Rothmans] shares... is subject to prior control by Philip Morris". Deze opmerking brengt de werkelijkheid getrouw in beeld en verschaft, gelet op het feit dat de verwerving van deelnemingen op de sigarettenmarkt wellicht wel het meest doeltreffende middel is in de strijd tegen de andere oligopolisten (zie boven, sub 6), een beslissende sleutel om het onderhavige fenomeen te begrijpen.

Uiteraard is de Commissie het hier niet mee eens. In dupliek had zij wel erkend dat indien Philip Morris geen gebruik maakt van haar voorkooprecht, de verwerving van aandelen Rothmans in de ogen van de concurrenten „singularly unattractive" wordt, maar deze waardevolle erkenning is ter terechtzitting gecorrigeerd. Dit recht — zo hebben wij daar kunnen horen — „is *simply* a right to be notified that Rembrandt is prepared to sell his shares, and a right to bid, so Philip Morris may bid"; Rembrandt blijft vrij om aan de beste bieder te verkopen en er is geen enkele aanleiding voor twijfel, dat de aandelen uiteindelijk worden verworven door „whoever offers the most money" (procesverbaal van de terechtzitting, blz. 72).

Zo staan de zaken er echter niet voor. Denkt u eens aan bepaling 4 a): indien Rembrandt haar aandelen aan één enkele koper wil verkopen, moet zij bewerkstelligen dat deze Philip Morris ook aanbiedt om haar portefeuille aandelen Rothmans te verwerven „at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's shares". Hier komen de kaarten werkelijk op tafel: het besef blootgesteld te zijn aan voortdurende „hogere biedingen" van Philip Morris, de enorme omvang van de deelneming die men verplicht is te verwerven (bijna 70% van de stemmen in Rothmans !), de omstandigheid dat de betaling contant moet zijn, het zijn allemaal factoren die zelfs de meest gemotiveerde derde ervan moeten weerhouden om onderhandelingen te beginnen of om deze tot een goed einde te brengen.

Ik zou dit thema nog verder kunnen uitwerken en in het bijzonder kunnen stilstaan bij de niet minder perverse gevolgen van het recht van Philip Morris om een koper aan te wijzen, maar een dergelijk onderzoek zou geheel buiten dit bestek vallen. Het was aan de Commissie om vast te stellen of de onderhavige bedingen in strijd waren met artikel 85, lid 1, of dat zij integendeel de mededinging ten aanzien van de andere oligopolisten niet beperkten. En men kan niet zeggen dat zij dit niet heeft gedaan, want de verbintenissen die zij van de partijen heeft gekregen, moesten de ongevaarlijkheid van deze bepalingen waarborgen; de Commissie zelf heeft trouwens toegegeven, dat deze verbintenissen — die bovendien waren gedaan *nadat* de overeenkomst was gesloten — geen invloed hadden op haar opvattingen over de wettigheid van de overeenkomst.

Kortom, over het feit dat verweerster haar verplichting ex artikel 190 niet is nagekomen, kunnen geen twijfels bestaan. De gewraakte handeling moet dus nietig worden verklaard omdat zij onvoldoende met redenen is omkleed wat betreft het bestaan van een van de voorwaarden waaronder een overeenkomst tussen ondernemingen niet in strijd is met het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

10. Op grond van het vorenstaande geef ik het Hof in overweging om de beroepen van British American Tobacco Company Ltd en Reynolds Industries Incorporated tegen de Commissie van de Europese Gemeenschappen gegrond te verklaren en de beschikking van 22 maart 1984 betreffende de procedures nrs. IV/30.342 en IV/30.926 nietig te verklaren. Op grond van artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering dient de Commissie, die in het ongelijk is gesteld, de kosten te dragen. Beide interveniënten dienen elk hun eigen kosten te dragen.