CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 16 EN 17 JUNI 1975 [1]

Inhoud

Algemene inleiding 2062

I — Kenmerken van de suikermarkt 2063

II — De gemeenschappelijke ordening der markten in de suikersector 2065

III — De afstemming der Europese fabrikanten 2071

IV — Toepasselijkheid der mededingingsvoorschriften op de landbouw 2076

V — Formele middelen van algemene aard 2079

VI — Bescherming van de Italiaanse markt — het probleem van de suikerimporten 2082

VII — Bescherming van de Nederlandse markt 2090

VIII — Bescherming van de markt der Bondsrepubliek Duitsland 2106

IX — Afstemming ten aanzien van de openbare inschrijvingen voor de restituties bij de uitvoer van suiker uit de Gemeenschap naar derde landen 2120

X — De opgelegde geldboeten 2130

Conclusie 2134

1 — Vertaald uit het Frans.

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Algemene inleiding

Aan het einde van het eerste verkoopseizoen dat op de inwerkingtreding van 's Raads basisverordening nr. 1009/67 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector suiker is gevolgd, vernam de Commissie van bepaalde belemmeringen die aan de vrijheid van de suikerhandel in de Gemeenschap in de weg zouden worden gelegd.

Afgezien van verkoopweigeringen waarover door bepaalde suikerverwerkende bedrijven werd geklaagd, werd de aandacht der Commissie ook bij na te noemen, onderling samenhangende feiten bepaald:

— een per 1 juli 1968 aangevangen aaneensluiting der Duitse fabrikanten tot verkoopkantoren met strikt afgebakende verkoopzones en stappen, door het Bundeskartellamt te Berlijn ondernomen bij een dezer organisaties, de Südzucker-Verkauf, waarvan bepaalde inlichtingen werden verlangd over de contracten die dit kantoor met zijn handelsvertegenwoordigers had afgesloten en over de getrouwheidskortingen welke het in uitzicht stelde;

— een onder de schutse der Association de défense des intérêts économiques, agricoles et sucriers door de Franse suikerfabrikanten voor het seizoen 1968/1969 gesloten overeenkomst die op 31 oktober 1968 bij de Commissie is aangemeld, doch ten aanzien waarvan zij geen bepaald standpunt heeft kenbaar gemaakt;

— samenwerkingsovereenkomsten van de Nederlandse fabrikanten, welker toetsing aan artikel 85 van het Verdrag de inzet vormt van een door de Commissie aangespannen — en nog hangende — procedure;

— tenslotte een in maart 1969 in Nederland uitgebroken „suikerprijzenoorlog".

Een en ander gaf de Commissie aanleiding tot het vermoeden dat er sprake zou zijn van op beperking der mededinging op de communautaire markt gerichte gedragingen, zodat zij in 1969 overeenkomstig 's Raads verordening nr. 17/62 een onderzoek instelde en bij een groot aantal suikerfabrikanten, -handelaren en -verbruikers inlichtingen inwon.

Aan het einde van haar nasporingen gekomen, leidde zij op 31 mei 1972 ambtshalve de in artikel 3, lid 1, dier verordening bedoelde procedure in tegen twee en twintig fabrikanten en verkooporganisaties — en hun leden —, die tezamen goed waren voor ongeveer 9/10 van de produktie in de Gemeenschap.

De tegen deze ondernemingen ingebrachte „punten van bezwaar" werden hun vervolgens op 24 en 29 juli 1972 medegedeeld, waarbij hun een termijn van twee maanden werd gelaten om zich schriftelijk te verweren.

Nadat zij van de gelegenheid daartoe gebruik hadden gemaakt, werden hun vertegenwoordigers — in voege als voorzien in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 — gehoord door ambtenaren van de directoraten-generaal Concurrentie en Landbouw, welk verhoor door ambtenaren van de betrokken Lid-Staten werd bijgewoond.

Na nog — op 5 december 1972 — het advies van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te hebben ingewonnen, nam de Commissie op 2 januari 1973 op grond van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag haar beschikking „Europese suikerindustrie", die aan twee en twintig ondernemingen werd betekend. Hun werd enerzijds gelast aan de vastgestelde inbreuken onmiddellijk een einde te maken, terwijl anderzijds aan zestien hunner geldboeten tot een totaal van negen miljoen rekeneenheden werden opgelegd.

Alleen deze laatste ondernemingen zijn voor uw Hof tegen de beschikking opgekomen; zij wensen haar te zien nietigverklaard, althans — wat de bedragen der opgelegde boeten betreft — gewijzigd.

Afgezien van de onlangs gediend hebbende zaak Frubo is het thans bij mijn weten de eerste maal dat U zo rechtstreeks wordt geconfronteerd met de problematiek van de toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag op de produktie van — en de handel in — een landbouwprodukt (artikel 42 van het Verdrag) dat onder een gemeenschappelijke marktverordening (artikel 40) valt.

Daarbij komt een ander vraagstuk: vermogen enerzijds de middelen en voorzieningen van een verordening waarbij een gemeenschappelijke ordening der markten in het leven wordt geroepen en van de communautaire uitvoeringsvoorschriften, anderzijds de regelingen die door de nationale overheden in deze zelfde sector worden gehandhaafd of geschapen, het vrije verkeer van het betrokken produkt en de vrije mededinging tussen producenten te waarborgen of mogelijk te maken — mits het niet tot een kartel of tot misbruik van een machtspositie komt — ?

Dit probleem, waarvoor de gezagsorganen van de Gemeenschap zich wel eens meer en meer gesteld zouden kunnen zien, is voor de kartel-autoriteiten der Lid-Staten niet nieuw. Met name valt hierbij te denken aan de ondernemersafspraken die — zoals artikel 59 van de Franse verordening van 30 juni 1945 het zegt — „résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire", alsook aan afspraken van „Erzeugerbetriebe und Vereinigungen von Erzeugerbetrieben", bedoeld in het „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" (Par. 100, Abs. 1, GWB).

Op communautair niveau kunnen het mededingingsrecht en het bestaan van gemeenschappelijke ordeningen der markten voor landbouwprodukten, in onderlinge samenhang bezien, niet zonder gevolgen blijven voor de uitvoering van 's Raads verordening nr. 26/62, die in haar artikel 2 artikel 85 — 1 van het Verdrag niet van toepassing verklaart op overeenkomsten, besluiten en gedragingen die een wezenlijk bestanddeel uitmaken van een nationale marktorganisatie of die vereist zijn voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen.

Een en ander moge verklaren dat het ons nuttig voorkwam om, alvorens nader op de beroepen in te gaan, de hoofdtrekken van de suikermarkt te schetsen en het gedrag van verzoeksters in het kader der desbetreffende verordeningen te plaatsen.

I — Kenmerken van de suikermarkt

Sinds jaar en dag worden er ten aanzien van suiker — en de grondstoffen van suiker: suikerriet en suikerbieten — op nationaal niveau overheidsmaatregelen genomen en ondernemersovereenkomsten afgesloten.

Ook thans nog is er geen land te vinden waar de economie geheel wordt overgelaten aan de krachten die zich op de markt doen gelden.

De ontwikkeling van de suikerbieten- en suikerrietcultuur en de concurrentie tussen biet- en rietsuiker zijn in beslissende mate beïnvloed door de subsidies die men aan de suikerbietenfabrikanten heeft toegekend.

Laten wij de maatregelen buiten beschouwing die Napoleon I tijdens het continentaal stelsel ten behoeve van de suikerproduktie heeft genomen, dan kan worden gezegd dat de overheidsbemoeiing in Europa ten deze vooral sinds de tweede helft van de 19e eeuw tot ontwikkeling is gekomen. Zij behelsde een groot aantal hulp- en steunmaatregelen der nationale regeringen ten behoeve van de bietentelers en suikerfabrikanten. Bij alle verschil in uitwerking kwam het er steeds op neer dat de verbruiker of de belastingbetaler er voor moest opkomen; en in 1843 kon Lamartine, dichter, maar ook staatsman, in de nationale vergadering verklaren:

„Ik verbied U de suikerindustrie een nationale industrie te noemen. Het enig nationale aan die industrie zijn de lasten die zij het land te dragen geeft".

Dit beleid bracht op grote schaal dumping — en koersval op de wereldmarkt — teweeg, waardoor de suikerrietproducerende landen in hun ontwikkeling werden geschaad.

Internationaal werd op deze overheidsbemoeiing — en op bedoelde ondernemersovereenkomsten — gereageerd met pogingen om voor produktie en handel tot een min of meer liberale opzet te komen, doch tevens voor een zekere stabiliteit op de markt te zorgen en zonder te veel schokken de omvang van de produktie op die van het verbruik af te stemmen. In dit verband zij bijvoorbeeld gewezen op de conventie van Brussel van 5 maart 1962 en op het nadien gesloten „International Sugar Agreement", dat de grondslag heeft gevormd voor de vaststelling van exportquota voor landen met een exportoverschot.

De wereldmarkt voor suiker is eigenlijk een erg krappe overschottenmarkt waar nauwelijks meer dan 15 % van de wereldproduktie omgaat. Reeds in 1960 werd de internationaal verhandelde suiker voor 2/3 verkocht tegen speciale, gegarandeerde en bij overeenkomst vastgestelde prijzen; de wereldprijs zoals die in het International Sugar Agreement werd omschreven, gold slechts voor ongeveer 1/3 van de internationale handel in dit produkt.

Deze wanverhouding spitste zich nog toe: van de wereldproduktie over 1974, 80 miljoen ton, werden 55 miljoen ton verbruikt in de producentenlanden zelf. De resterende 25 miljoen, ofwel nauwelijks 1/3, werd internationaal verhandeld. Maar 13 miljoen werd omgezet in het kader van bilaterale overeenkomsten als de Amerikaanse „Sugar Act", de „Commonwealth Agreement" of de overeenkomst tussen Cuba en de Sovjetunie. Dit zijn preferentiële markten. De werkelijk op de wereldmarkt verhandelde suiker zou dus op slechts 12 miljoen ton moeten worden begroot. Zeer gevoelig voor politieke of economische crisissituaties, ziet deze markt zich ook steeds aan speculatie blootgesteld. Er bestaat dan ook een nauw verband tussen de ontwikkeling der voorraadposities en het koersverloop, ondanks het feit dat de moderne afzet- en transportmethoden het aanleggen van te grote voorraden eigenlijk overbodig maken.

Hoewel de korte duur van het eigenlijke verkoopseizoen en de behoeften die met de „overloop" tussen de verkoopseizoenen verband houden enige voorraadvorming wel noodzakelijk maken, blijven de voorraden een bij uitstek speculatief element. Men behoeft maar enkele honderdduizenden tonnen tekort te komen en de prijzen springen terstond boven de hoogste produktiekosten uit, terwijl omgekeerd een aan de dag getreden — of latent — overschot van één of twee miljoen ton voor een zo flauwe stemming zorgt dat de kostprijs er in geen geval meer uitkomt.

Deze schommelingen worden nog verhevigd door de speculatie op de termijnmarkten te New York, Londen en Parijs. Men zou mogen veronderstellen dat de — steeds betrekkelijke — schaarsteperiodes slechts voorbijgaande oneffenheden zijn op de ontwikkelingsweg van een produktie die voortdurend stijgt en het verbruik ver achter zich laat. Maar in ontwikkelde industrielanden houdt de stijging van het verbruik praktisch gelijke tred met de demografische groei, terwijl in de landen van de derde wereld met hun snelle bevolkingsaanwas het verbruik voortdurend door de lage levensstandaard wordt afgeremd.

Evenals de toenmalige wereldmarkt, tendeerde ook de markt van de Gemeenschap duidelijk naar overproduktie.

In de vier voor de onderhavige zaken relevante seizoenen 1968/69 tot en met 1971/1972 liep de totale produktie van witte suiker in de Gemeenschap op van 6 800 000 ton tot omstreeks 8 100 000.

In hetzelfde tijdvak steeg het verbruik slechts van 5 900 000 ton tot 6 500 000 ton, ofwel jaarlijks met 120 000 à 150 000 ton.

De produktie overtrof het verbruik in de Gemeenschap dus met 11 à 24 %.

Slaat men deze cijfers om over de vijf Lid-Staten — België en Luxemburg teza-

men genomen —, dan bljikt dat twee staten, Frankrijk en België, voortdurend een produktieoverschot hebben gekend, terwijl de markt elders in evenwicht was of een tekort vertoonde. In Italië is het tekort van structurele aard.

In deze periode is het communautaire handelsverkeer, afgezien van de import in Italië, niet belangrijk toegenomen.

De uitvoer van witte suiker uit de Gemeenschap naar de wereldmarkt is opgelopen van 1 100 000 ton in 1968/69 tot 1 600 000 ton in 1971/72.

II — De gemeenschappelijke ordening der markten in de suikersector

Bij de ordening van deze zo typische sector, die der suikerproduktie, heeft men in verordening 1009/67 gestreefd naar een verzoening tussen zo onderling tegenstrijdige doelstellingen als: handhaving van de levensstandaard van suikerbietentelers, stabilisering der markten, verzekering der bevoorrading, uitbreiding van de produktiviteit volgens rationele criteria, alsook een redelijk niveau der consumentenprijzen.

Eigenlijk behoorde alleen het agrarisch aspect van de suikerproduktie, dat wil zeggen vooral de suikerbietenteelt, onder de landbouwbepalingen van het Verdrag te zijn gebracht; met de andere takken van industrie in de Gemeenschap zou ook de suikerfabricage onder de algemene regeling, met name onder de mededingingsvoorschriften, moeten vallen. Door de prijs van het te beschermen produkt — de suikerbiet, eventueel ook het suikerriet — van die van een later produkt, de suiker, te laten afhangen, lijkt men echter juist de omgekeerde weg te hebben bewandeld. In haar eerste voorstellen tot ordening van deze markt heeft de Commissie echter al betoogd dat „wegens de bijzonderheden die aan de handel in suikerbieten eigen zijn, ... het inkomen der suikerbietentelers slechts via de suikerprijs [kan] worden gewaarborgd".

Het was trouwens niet mogelijk in alle Lid-Staten tot vergelijkbare suikerbietenprijzen te komen; dit hangt vooral samen met de zo verschillende wijze waarop de verhouding tussen suikerbietentelers en suikerfabrikanten in de onderscheiden landen is geregeld. De wereldsuikermarkt berust derhalve op de prijs van witte suiker.

Met het voorbeeld van de vroegere Nederlandse ordening voor ogen, heeft men dus ook in verordening 1009/67 getracht uit de moeilijkheden te komen door van het stadium ter veredeling uit te gaan. Slechts door de suikerbietenprijs te correleren aan de interventieprijs voor het betrokken gebied heeft men de teler een behoorlijke prijsgarantie kunnen verschaffen.

De bepalingen van verordening 1009/67 die meer rechtstreeks op de onderhavige zaken betrekking hebben, zijn die betreffende de regeling der prijzen, de nationale contingenten en de steunregeling; zij omvatten de markt zowel in het stadium der produktie als op het niveau der prijzen.

De witte suiker in onze industriële bedrijven is een homogeen en goeddeels gestandaardiseerd produkt. De prijs en niet zozeer het merk geeft bij de koper de doorslag.

Nochtans word in de regeling der Gemeenschap van vier kwaliteiten suiker uitgegaan: het gaat daarbij vooral om de aankoop van suiker door de interventiebureaus.

Van die vier kwaliteiten is kategorie 3 („standaardkwaliteit", basiskwaliteit van witte suiker op de beurs van Parijs) theoretisch van het meeste belang; voor deze kwaliteit worden volgens de artikelen 2 en 3 der basisverordening jaarlijks de richtprijs en de interventieprijs vastgesteld.

Theoretisch: in werkelijkheid werd deze kwaliteit door de fabrikanten in bepaalde landen (waar alleen de duurste soorten, de categorieën 1 en 2, werden aangeboden) niet vervaardigd.

Daarentegen neemt de verwerkende industrie voor haar produktie met deze kwaliteit genoegen. Met name de vraag

der Duitse banketbakkerijen naar deze suiker is, kort nadat het tot een gemeenschappelijke ordening kwam, op een categorische weigering der suikerindustrie afgestuit. Met het aankopen van deze kwaliteit in de andere Lid-Staten waren zij niet geholpen, immers de transportkosten zouden dan nagenoeg met de meerprijs van de naasthogere categorie overeenkomen. Het Bundeskartellamt vond hierin — in 1969 — aanleiding een onderzoek in te stellen, dat naar het schijnt niets heeft opgeleverd.

De produktie van de duurste suikersoorten werd ook door het communautair interventiesysteem in de hand gewerkt: voor ter interventie aangeboden suiker van categorie 1 krijgt een fabrikant een belangrijk hogere prijs dan voor suiker van categorie 2, een prijs die ook de feitelijke kosten van verwerking te boven gaat.

Naderhand wisten de fabrikanten gedaan te krijgen dat de duurdere kwaliteit 2 in plaats van de beweerdelijk niet gevraagde categorie 3 als standaardkwaliteit werd erkend, hetgeen ertoe leidde dat de in 1971/1972 reeds met 0,88 rekeneenheid verhoogde winstmarge der raffinaderijen nogmaals 0,50 rekeneenheden hoger kwam te liggen.

Bezien wij thans de prijsvoorschriften.

Aanvankelijk had de Commissie aan de Raad voorgesteld om overeenkomstig de in andere marktordeningen gevolgde werkwijze ten aanzien van de suikerproduktie en de suikermarkt alleen gebruik te maken van het prijsmechanisme, in dier voege dat contingentering der produktie slechts — in geval van ernstige verstoring van het evenwicht — als laatste middel tot stabilisering van de markt zou worden overwogen.

Evenwel heeft men, onder druk van de Duitse en Italiaanse delegaties — die zich bij de zienswijze der suikerbietentelers en suikerfabrikanten in hun landen hadden aangesloten — en met steun van het Europees Parlement (resolutie van 26 januari 1965), naast — en in samenhang met — de regeling der prijzen een plaats heeft ingeruimd voor een stelsel van nationale basishoeveelheden.

Ofschoon de ordening van de suikermarkt der Gemeenschap niet rechtstreeks ook de groot- en kleinhandel bestrijkt, wordt zij, vergeleken met de overige marktordeningen, daardor gekenmerkt dat het prijsverloop vanaf het verst „stroomopwaarts" gelegen punt, anders gezegd eerst voor het eindprodukt en pas daarna voor het onbewerkte produkt, wordt gereguleerd. De richtprijs wordt hier vastgesteld voor witte suiker, een produkt in de eerste graad van verwerking of zelfs een eindprodukt, zulks in afwijking van de methode van andere ordeningen waar de richtprijs juist het agrarisch basisprodukt betreft. Zoals gezegd: suikerbieten zijn als zodanig in de regel niet geschikt voor verhandeling en uitvoer.

Wij weten dat er volgens verordening 1009/67 althans voor binnen de gemeenschappelijke markt gefabriceerde suiker door de Raad jaarlijks enerzijds een richtprijs en anderzijds een interventieprijs wordt vastgesteld en ik meen er goed aan te doen aan de functie van beide prijzen in de gemeenschappelijke marktordening te herinneren.

De richtprijs vervult een economische functie; het is de prijs die men bij transacties op de binnenmarkt der Gemeenschap ten naaste bij zou willen zien aangehouden.

De interventieprijs is die waartegen de door de Lid-Staten aangewezen interventiebureaus verplicht zijn de hun door de fabrikanten aangeboden suiker te kopen. Hij wordt even beneden de richtprijs gesteld en is bedoeld om het verkeer in het betrokken produkt mogelijk te maken; het is echter ook een gewaarborgde prijs, een „vloer": normaliter moet de interventie er toe leiden dat de ondernemersprijs, behoudens in naar tijd en ruimte begrensde uitzonderlijke situaties, in beginsel niet beneden de interventieprijs daalt.

In zoverre zijn de doelstellingen van verordening 1009 geen andere dan die van

de meeste voorschriften betreffende de gemeenschappelijke marktordeningen voor landbouwprodukten. De Commissie, die in tal van voor uw Hof gevoerde gedingen betreffende de invoering van zulke ordeningen de gelegenheid heeft gehad zin en strekking van de termen „richtprijs" en „interventieprijs" uiteen te zetten, behoort zich dan ook in de onderhavige zaken niet van het telkens ingenomen standpunt te verwijderen.

Maar wat de wijze van vaststelling der prijzen betreft, verschilt de regeling voor suiker van het in andere sectoren gebruikelijke schema.

Zo worden in de sector granen de basisrichtprijs en de interventieprijs vastgesteld voor het produktiegebied met het grootste tekort (Duisburg), dat toevalligerwijze tegelijkertijd een gebied is met een groot verbruik; de daarvan afgeleide prijzen worden lager naarmate de afstand tot dit gebied toeneemt.

De prijzen zijn dus in feite geregionaliseerd.

Voor suiker heeft men de omgekeerde weg bewandeld.

De gemeenschappelijke richtprijs en de interventieprijs worden vastgesteld voor het produktiegebied van de Gemeenschap met het grootste overschot, namelijk de streek die de acht suikerfabricerende departementen van Noord-Frankrijk omvat. Die prijs geldt oor voor de drie Beneluxlanden en Duitsland.

Echte regionalisatie, zoals in de sector granen, is niet voorzien.

Nu is het zo dat de produktiegebieden waar tevens veel suiker wordt verbruikt vrij dicht bij elkaar gelegen zijn en dat de Lid-Staten, met Italië als grote uitzondering en ook met uitzondering van Luxemburg, practisch in staat zijn uit eigen produktie in al hun behoeften aan consumptiesuiker te voorzien.

Deze — door natuurlijke en klimatologische factoren bepaalde — situatie leidt er in de eerste plaats toe dat de handel zich vrijwel steeds regionaal blijft afspelen.

Afgeleide richt- en interventieprijzen zijn slechts vastgesteld voor Italië en de Franse overzeese departementen.

De regionale prijzen voor het verste gebied met een tekort (Palermo) verkrijgt men door de transportkosten van Noord-Frankrijk tot in Italië bij de niet-afgeleide prijzen op te tellen. Voorzover de afgeleide prijzen verschillen van die voor het voornaamste produktiegebied, profiteren de marginale fabrikanten ervan.

Zo wordt de concurrentiepositie der fabrikanten door de ligging hunner bedrijven ten opzichte van het voornaamste produktiegebied nauwelijks aangetast; veeleer komt het hier aan op de mate waarin de verbruiksgebieden in hun eigen behoeften kunnen voorzien.

De gemeenschappelijke ordening heeft dus, om zo te zeggen, de nationale voorschriften inzake verevening der transportkosten afgelost. De grotere of kleinere afstand ten opzichte van het voornaamste produktiegebied heeft, althans wat Italië betreft, maar een geringe invloed op het inkomen van fabrikanten dat tussen richtprijs en interventieprijs blijft liggen.

Waar de in het land zelf gelegen fabrieken ten opzichte van de nationale verbruiksgebieden bijna steeds gunstiger gelegen zijn dan de suikerfabrieken der andere Lid-Staten, was het te voorzien dat de intercommunautaire handel, zelfs bij een optimale spreiding der suikerproduktie en een maximale beperking der transportkosten, van beperkte omvang zou blijven.

Tenslotte: de — gewaarborgde — interventieprijs moet worden komen te liggen tussen de prijs die de teler ontvangt en de in beginsel naar de richtprijs tenderende marktprijs.

Hiertussen het midden houdend, moest de Raad er voor zorgen dat de koopkracht der landbouwers — en daarmede de suikerbietenteelt — op peil bleef. Maar waar het verschil tussen richtprijs en interventieprijs bij granen 8 % bedraagt, heeft men het in deze verorde-

ning voor suiker op 5 % gesteld. Men achtte dit voldoende, omdat aan de handel in suiker, een goed houdbaar produkt, anders dan met de handel in de meeste andere landbouwprodukten het geval is, maar beperkte risico's verbonden zijn.

Een en ander verklaart dat de interventieprijs is gesteld op een betrekkelijk hoog niveau, althans op een niveau dat voor de fabrikanten met de meest efficiënte bedrijfsvoering en de gunstigste ligging alleszins rendabel mocht worden genoemd.

Men zou zo zeggen dat het voor deze fabrikanten dan ook aantrekkelijk moest zijn hun overschotten aan te bieden aan de interventiebureaus die — binnen de nationale quota — verplicht zijn alle hun aangeboden suiker te kopen. Zij mogen deze suiker op de binnenmarkt alleen afzetten tegen een boven de interventieprijs gelegen prijs; alleen met het oog op denaturering mogen zij daar onder gaan en op grondslag van de wereldmarktprijs mogen zij deze suiker slechts afzetten wanneer zij, al dan niet verwerkt, naar derde landen wordt uitgevoerd.

Maar het interventiestelsel heeft in de periode die ons thans interesseert, kennelijk nauwelijks en bovendien nog slecht en met verlies gewerkt, want de bureaus hebben vrijwel alleen voor denaturering of uitvoer buiten de Gemeenschap bestemde suiker verkocht — tegen ongunstiger condities dan de interventieprijs —.

Het heeft er de schijn van dat de Commissie, wanneer er veel interventiesuiker werd overgenomen, de marktkoersen op een vrij dicht bij de interventieprijs gelegen niveau had kunnen handhaven zolang de produktie duidelijk overschotten vertoonde. En dat geval deed zich ten deze voor; de produktie overtrof het intra-communautair verbruik in de hierbedoelde periode met gemiddeld 16 %.

Van hun kant zouden de fabrikanten er in beginsel belang bij gehad hebben hun overschotten aan de interventiebureaus — dus tegen de gewaarborgde minimumprijs — aan te bieden wanneer de suikerprijs op de vrije markt door de overschotten onder druk zou zijn geraakt.

Echter moet worden vastgesteld dat hiervan zelfs in landen met grote overschotten als Frankrijk en België nauwelijks sprake is geweest. Integendeel, op een enkele uitzondering na hebben de fabrikanten in die landen en vooral de Tiense suikerraffinaderij een duidelijke, niet steeds op dezelfde wijze verklaarde, afkeer van aanbieding aan de interventiebureaus aan de dag gelegd.

De ware reden was ongetwijfeld dat deze bureaus voor de fabrikanten gevaarlijke potentiële concurrenten waren die op de markt geen geringe invloed hadden kunnen uitoefenen wanneer zij zich daar maar breed genoeg hadden kunnen maken.

Wij zien hierdoor in de tweede plaats bevestigd dat de garantieprijs veel hoger is gesteld dan door het risico van teruggang der suikerbietenteelt werd gerechtvaardigd, ofschoon een betere spreiding der suikerbietenteelt in de Gemeenschap wenselijk zou zijn geweest.

Tenslotte komt het ons voor dat er ondanks de overschottendruk door de restituties bij uitvoer en denatureringspremies in zekere mate een — voor de suikerindustrie ontegenzeggelijk voordelige — toestand van kunstmatige schaarste is gecreëerd.

De meest kenmerkende bijzonderheid van de gemeenschappelijke ordening van de suikermarkt, die haar onderscheidt van alle andere marktordeningen van de Europese Economische Gemeenschap, is gelegen in de vaststelling der produktiequota.

Deze regeling is in artikel 23, lid 1, van verordening nr. 1009/67 als een tot 1 juli 1975 geldende overgangsregeling ingevoerd, maar wij weten dat zij onlangs — behoudens wijziging der quota — is verlengd.

In afwijking van hetgeen de Commissie aanvankelijk voor ogen stond, brengt de-

ze marktorganisatie dus geen werkelijk vrije produktie. Zij behelst in feite een produktiecontingentering.

Op grondslag van een streefgetal van 6 480 000 ton per seizoen in de Gemeenschap te produceren suiker zijn er voor de onderscheiden Lid-Staten nationale basishoeveelheden, berekend voor witte suiker, vastgesteld. Zij beliepen in het onderhavige tijdvak 1 750 000 ton voor de Bondsrepubliek Duitsland, 2 400 000 ton voor Frankrijk, 1 230 000 ton voor Italië, 550 000 ton voor Nederland alsook voor België en het nagenoeg geen suiker producerende Luxemburg tezamen.

Deze van het streefgetal afgeleide basishoeveelheden worden door de nationale gezagsorganen in iedere Staat over de binnen hun grondgebied gelegen fabrieken en ondernemingen verdeeld volgens een sleutel die enerzijds van hun gemiddelde jaarlijkse produktie gedurende een referentieperiode en anderzijds van de basishoeveelheid afhankelijk is.

In samenhang met de regeling der prijzen strekt dit systeem tot beperking van de produktie en bevordert het een regionale specialisatie, met instandhouding van de garantie voor een minimumproduktieniveau — zelfs in de gebieden die zich het minst voor de suikerbietenteelt lenen —. De regionale specialisatie zou dus — naar wij nog zullen zien — betrekking moeten hebben op hetgeen er boven de basisquota wordt geproduceerd.

In feite is ook de contingentering van de produktie op verwezenlijking van de prijsgarantie gericht. Op het niveau van de interventieprijs werd zij aanvankelijk niet voor 100 % van de geschatte menselijke consumptie in de Gemeenschap verleend, maar voor 105 % van die consumptie.

Was het verbruik van suiker voor voedingsdoeleinden in de jaren voor het seizoen 1964/1965 sterk gestegen — zowel als gevolg van een toeneming van het verbruik per hoofd als door de bevolkingstoename —, nadien nam het langzamer en in meer beperkte mate toe; in Duitsland, België en Nederland trad per hoofd van de bevolking zelfs een partiële daling in.

Bij vaststelling van de basisquota blijkt de Raad dus van een optimistische veronderstelling te zijn uitgegaan; tijdens het eerste seizoen overtrof de som deze quota het menselijk verbruik met 500 000 ton of bijna 10 % in de gehele Gemeenschap.

Voorts wordt er, waar de produktie dit contingent van 105 % overschrijdt, gewerkt met de term „maximumquotum". Dit maximumquotum is gesteld op 135 % van het basisquotum; tot deze grens kunnen de suikerfabrikanten nog van de afzetgarantie profiteren, mits er een produktieheffing wordt betaald die voor 60 % ten laste van de telers kan worden gebracht, zodat de fabrikanten zelf slechts 40 % hebben op te brengen.

Die heffing beperkt dus niet alleen de winstmarge van de suikerfabrikant, doch verlaagt ook in belangrijke mate de prijs die aan de telers wordt betaald. Men zou kunnen spreken van een resorptieheffing.

Maar aangezien de produktieheffing aan een maximum gebonden was en anders hoger zou zijn uitgevallen, zijn de kosten die aan het wegwerken der overschotten verbonden waren niet slechts ten laste van de fabrikanten, doch mede ten laste van de gehele Gemeenschap gekomen.

De boven het maximum geproduceerde hoeveelheden suiker kunnen niet op de binnenmarkt worden afgezet; zij moeten als zodanig buiten de Gemeenschap worden geëxporteerd zonder dat de fabrikanten deswege voor exportrestituties in aanmerking komen.

De toename van de produktie in de hierbedoelde periode wijst er op dat de fabrikanten, behalve in Italië, hun produktie niet tot de hun toegewezen basisquota hebben beperkt. Zij hebben van hun maximumquota een ruim gebruik gemaakt, ondanks het feit dat de produktieheffing hun inkomsten gevoelig deed achteruitgaan. Daarmede staat vast dat zij er belang bij hadden meer dan hun

basisquota te produceren. In Frankrijk, België en Nederland zijn ook de maximumquota overschreden.

Deze analyse geeft ons aanleiding tot twee opmerkingen inzake de bij verordening 1009/67 ingevoerde regeling, onderscheidenlijk betreffende de prijzen en de produktiequota:

1. Erkend dient te worden dat de wijze van vaststelling der prijzen en met name die van de basisinterventieprijzen en de afgeleide interventieprijzen nauwelijks een suikerhandel op zeer grote schaal tussen Lid-Staten heeft kunnen bevorderen.

2. Het is niet voor tegenspraak vatbaar dat het stelsel van basishoeveelheden strekt tot beperking van de hoeveelheden suiker die de producenten op de gemeenschappelijke markt kunnen afzetten; mét de hoge transportkosten van een produkt met geringe soortelijke waarde is het onmiskenbaar van invloed op omvang en structuur van de intracommunautaire handel. Het werkt op zichzelf de afscherming der nationale markten in de hand, zoals de Commissie onlangs, in haar mededeling aan de Raad en Parlement van februari jongstleden, zelf heeft erkend.

Maar wil dat zeggen dat de gemeenschappelijke ordening van de suikermarkt alle echte mededinging onmogelijk heeft gemaakt, zodat van de onderling afgestemde feitelijke gedragingen die aan de voornaamste Europese fabrikanten worden verweten, tóch geen effect op de handel tussen Lid-Staten had kunnen uitgaan?

Het wil er bij ons niet in.

Allereerst heeft de regeling van verordening nr. 1009 geen enkele wijziging gebracht in de ongelijke verdeling van de communautaire produktie over de Lid-Staten — in verhouding tot de consumptie —. Het heeft niets veranderd aan het feit dat er in sommige landen, vooral in Frankrijk en België, grote structureel bepaalde overschotten bestaan, terwijl andere landen tekorten kennen, en wel vooral Italië, in mindere mate Nederland en, althans voor bepaalde gebieden en seizoenen, de Bondsrepubliek Duitsland, waar de suikerbalans pas sinds 1971 in evenwicht is gekomen.

Deze feitelijke situatie bracht mede dat het, althans voorzover de tekorten van Staten die niet voor hun eigen bevoorrading konden zorgen moesten worden aangevuld, tot intracommunautair handelsverkeer kwam.

Zulk handelsverkeer werd ten overvloede mogelijk gemaakt door artikel 35 der verordening dat binnen de Gemeenschap de toepassing van enig douanerecht of enige heffing van gelijke werking dan wel van een stelsel van minimumprijzen als bedoeld in artikel 44 van het Verdrag verbiedt.

Weliswaar kon dit handelsverkeer slechts een markt ontsluiten waar niet meer dan een fractie van de totale produktie werd verhandeld, een overschottenmarkt; maar dat wil niet zeggen dat de mededinging er was uitgeschakeld. Integendeel, de concurrentie moest te heviger zijn, juist omdat het, vergeleken met de totale overschotten der gunstigst gelegen gebieden, slechts om geringe hoeveelheden ging.

Tenslotte liet het stelsel der communautaire prijzen — wel te onderscheiden van de prijzen waartegen aan verbruikers of consumenten wordt verkocht — de producenten voldoende ruimte hun prijzen te bepalen met inaanmerkingneming van hun meer of minder gunstige marktpositie, het rendement hunner installaties en hun werkelijke kostprijs.

Door hoge interventieprijzen werd het de meest gespecialiseerde fabrikanten mogelijk gemaakt bijzonder scherp te concurreren; zij hadden dus alle aanleiding hun verkoopaktiviteiten uit te breiden tot de markten van hun concurrenten in de meest nabijgelegen Lid-Staten, voorzover de transportkosten daartoe althans geen onoverkomenlijke hinderpaal opleverden.

Voorts zij er op gewezen dat suiker een homogeen en goeddeels gestandaardiseerd produkt is, zodat de mededinging, sommige verbruiksgewoonten buiten beschouwing gelaten, zich niet alleen met betrekking tot de prijzen, doch ook ten aanzien van de andere verkoopcondities kon doen gevoelen.

Wij concluderen dan ook dat de gemeenschappelijke ordening van de suikermarkt de mededinging wel zoveel ruimte heeft gelaten dat van onderling afgestemde gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag een belemmerend effect kon uitgaan.

III — De afstemming der Europese fabrikanten

De door de Commissie ingeleide procedure gaf haar aanleiding aan de voornaamste Europese fabrikanten onderling afgestemde gedragingen te verwijten die bij voortduring en in de eerste plaats gericht waren op bescherming van de nationale markten — en in Duitsland van de regionale markten — alwaar deze fabrikanten er, met miskenning van de werkelijke mededingingsmogelijkheden die hun in de gemeenschappelijke marktordening werden geboden, op uit waren hun posities te handhaven met behulp van de stelregel „chacun chez soi".

Tegen deze achtergrond, de afscherming der markten, moeten dus de verschillende grieven der Commissie worden bezien.

Wij dienen nu ons standpunt te bepalen met betrekking tot de vraag of wij hier met een alomvattend kartel dan wel met beperkte, op zichzelf staande praktijken te maken hebben.

Al te formeel behoren wij daarbij niet te werk te gaan. Zouden wij de verschillende inbreuken „opsplitsen", de grieven in moten hakken en de punten van bezwaar kunstmatig uiteenhouden — met voorbijzien aan de algemene strekking van het fabrikantenkartel en onze ogen sluitend voor de frappante gelijkenis der gebezigde technieken —, dan zouden wij maar gedeeltelijk zicht krijgen op de werkelijke toedracht.

Omgekeerd behoeft uit het feit dat de Commissie één enkele beschikking heeft genomen en uit de omstandigheid dat het Hof de voeging der zaken met het oog op de mondelinge behandeling heeft gelast, niet zonder meer te worden geconcludeerd dat alles op één hoop is gegooid.

Onmiskenbaar heeft de Commissie aanvankelijk aan één alomvattend kartel gedacht. Tot een meer genuanceerde opvatting kwam zij tijdens de procedure, en wel juist omdat de afscherming der nationale markten logischerwijze vroeg om een afzonderlijke bespreking van de situaties die de afgestemde gedragingen op deze onderscheiden markten hadden geschapen en voorts omdat uiteindelijk aan de verschillende betrokken ondernemingen alleen de gedragingen konden worden telastgelegd waaraan zij zich — volgens de Commissie — zelf hadden schuldig gemaakt.

Wat mij betreft: ik acht het niet mogelijk iedere gedachte aan een algemene gedragsafstemming zonder meer te laten varen; wij zullen nog zien dat de banden die de grote Europese fabrikanten reeds voor 1968 hadden aangeknoopt, het doel dat zij gezamenlijk nastreefden en het feit dat zij daartoe van soortgelijke middelen gebruik hebben gemaakt, een duidelijk licht werpen op de wijze waarop zij zich sedert de inwerkingtreding der gemeenschappelijke ordening hebben gedragen.

Naar men weet hebben de betrokken fabrikanten 9/10 van de suikerproduktie der Gemeenschap in handen. In ieder der suikerproducerende landen heeft de zich reeds voor 1968 sterk aftekenende concentratie nadien voortgezet.

In Frankrijk, het belangrijkste suikerproducerende land — met grote overschotten — is de nationale produktie voor drie kwart in handen van vijf ondernemingen: Béghin en Say, die per 1 januari 1973 een fusie zijn aangegaan, Lebaudy Suc en Générale Sucrière — die sedert 1972 in Lebaudy Suc over de meerder-

heid van de aandelen beschikt —, alsook Sucre Union. In de suikerhandel neemt Sucres et Denrées een overheersende positie in.

In België, waar eveneens meer wordt geproduceerd dan verbruikt, neemt alleen al de Tiense Suikerraffinaderij rechtstreeks meer dan de helft van de nationale produktie voor haar rekening. Via meerderheidsdeelnemingen controleert zij voorts de produktie in de fabrieken Warneton, Oreye en Moerbeke-Waas en via afzetovereenkomsten die van de bedrijven te Liers, Embressin en Naveau; zij heeft daardoor een beslissende invloed — dan wel is in staat een beslissende invloed uit te oefenen — op ongeveer 85 % van de Belgische produktie.

In Nederland is de nationale produktie geheel in handen van de door coöperatiecontracten gebonden bedrijven Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie" (SU) en Centrale Suiker Maatschappij (CSM) die, wanneer men ook de invoer in aanmerking neemt, meer dan 4/5 van de markt in handen hebben.

In Duitsland hebben de fabrikanten zich aaneengesloten tot verkoopkantoren met duidelijk afgebakende verkoopgebieden:

— de Norddeutsche Zucker voor Schleswig-Holstein en een deel van Niedersachsen;

— de Westdeutsche Zucker-Vertriebsgesellschaft voor het westelijk deel van Duitsland; haar belangrijkste lid is de onderneming Pfeifer & Langen die alleen ongeveer de helft van de in dit gebied geproduceerde suiker fabriceert;

— en voorts, in het zuiden van de Bondsrepubliek, de Südzucker-Verkaufsgesellschaft, in welk kantoor de Süddeutsche Zucker AG met 70 % van de produktie de sterkste positie inneemt.

Ook in Italië kwam de concentratie verder op gang. Drie hoofdgroepen hebben er tezamen de markt in handen:

— de eerste groep kwam tot stand rondom Eridania en fabriceert meer dan een derde van de in Italië geproduceerde suiker;

— de tweede groep, Padano, heeft door overneming en verwerving van meerderheidsposities, met name in de Societa Italiana Per l'Industria Degli Zuccheri, vrijwel eenzelfde niveau bereikt als eerstgenoemde groep;

— een derde groep kwam door concentratie tot stand rondom de vennootschap „Agricola Industriale Emiliana".

Dan zijn er nog enkele kleine fabrieken, maar een onafhankelijke organisatie voor de afzet van suiker ontbreekt; de suikerafzet is in handen van de gtote fabrikanten.

Voor de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke ordening der markten onderhielden deze Europese ondernemingen contacten die waren begunstigd, zoal niet geïnstitutionaliseerd, door de organisaties, verenigingen en syndicaten die in de onderscheiden landen in het leven waren geroepen.

Het waren: in België de Confédération Professionnelle de Sucre et de ses dérivés, in Duitsland de Verein der Zuckerindustrie en die Wirtschaftliche Vereinigung Zucker, in Frankrijk het Syndicat National des Fabricants de Sucre en de Chambre Syndicale des Raffineurs en in Italië de Associazione Nazionale degli Industriali dello Zucchero (Assozucchero). In Nederland kwam het, zoals gezegd, tot een sterk gecoördineerd beleid van de beide ondernemingen die de nationale produktie volledig in handen hebben.

Deze nationale fabrikanten hebben op communautair niveau een Europees comité van suikerfabrikanten opgericht. In dat comité, nauwkeuriger gezegd: in zijn commissie voor de gemeenschappelijke markt, kwam het vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 1009 tot een gedachtenwisseling over de voorzienbare gevolgen van de gemeenschappelijke marktordening en men nam er de maatregelen in studie die de Europese suikerindustrie diende te nemen teneinde, on-

der meer, „het gebrek aan evenwicht tussen de hoeveelheid tegen de garantieprijs gefabriceerde suiker en de behoeften van de binnenmarkt te verhelpen".

Tijdens een in mei 1968 te München gehouden vergadering, waaraan door de vertegenwoordigers der nationale fabrikantenbonden en de rechtstreekse vertegenwoordigers van enige fabrikanten werd deelgenomen, werd uitdrukking gegeven aan de gezamenlijke wens dat „de ontworpen oplossingen het de suikerfabrikanten mogelijk zouden maken zowel op de binnenmarkt als met het oog op de export zelf volledig voor de afzet van hun produktie te zorgen".

Centraal stond de bedoeling — die men op de verschillende nationale markten met dezelfde middelen zou verwezenlijken — om tussen twee markten te onderscheiden:

— enerzijds de markt voor suiker bestemd voor menselijke consumptie, alwaar de fabrikanten alle mededinging binnen de eigen verkoopzones wilden beletten en door afstemming hunner gedragingen zoveel mogelijk de status quo ante wensten te handhaven;
— anderzijds de markt voor overschotten, bestemd voor denaturering of export naar derde landen; betrokkenen zouden overleg plegen teneinde — volgens de formule van de overeenkomst die de Franse suikerfabrikanten op 1 juli 1968 hadden afgesloten — aan ieder hunner wat de afzet betreft „dezelfde kansen" te waarborgen.

Interessant is een inleidende nota die de Franse fabrikantenorganisatie heeft gewijd aan deze — ook bij de Commissie aangemelde — overeenkomst, alsook aan het voorontwerp ener overeenkomst betreffende een coöperatie van Belgische suikerfabrikanten.

Deze stukken geven ons inzicht in de opstelling der betrokkenen ten aanzien van deze beide onderscheiden markten en maken de conclusie begrijpelijk dat „de fabrikanten van de Gemeenschap ten opzichte van deze beide markten volkomen op voet van gelijkheid moeten worden gebracht, hetgeen er op neerkomt dat zij allemaal in staat moeten worden gesteld de gemiddelde opbrengst te behalen die met de voor beide bedoelde markten opgenomen hoeveelheden in overeenstemming is" [„les producteurs de la Communauté doivent être mis dans une position de stricte équité à l'égard de ces deux marchés, ce qui revient à dire qu'ils doivent être mis en mesure de réaliser tous la recette moyenne correspondant aux tonnages absorbés par chacun des deux marchés en question"].

Om het daarheen te leiden werden in die nota bijzondere organisatorische maatregelen voor de export- en denatureringsmarkt in overweging gegeven.

Een dergelijke oplossing werd echter niet voorgesteld met betrekking tot de markt voor consumptiesuiker: dank zij de afstemming der fabrikanten kon het probleem aldaar reeds worden opgelost met middelen die de ondernemingen zelf zouden moeten kunnen toepassen, volgens een beleid dat de vertegenwoordigers van de Tiense Suikerraffinaderij uitdrukkelijk als volgt heeft geformuleerd: „Geen goederenbeweging van land tot land tenzij bij overeenstemming tussen de fabrikanten".

Zo kwam het op het terrein van het intracommunautaire verkeer tot een handel die men wel „commerce de rationalisation" genoemd heeft, die een nauwe samenwerking tussen de nationale groepen van fabrikanten-raffinadeurs impliceerde en hun een preferentiële marktpositie heeft bezorgd.

Dit beleid vormde de gemeenschappelijke grondslag van de verschillende afgestemde gedragingen waartegen de onderscheiden punten van bezwaar zijn gericht alsook het voornaamste middel om met het oog op de bescherming der nationale markten de suikerleveringen tussen de Lid-Staten te controleren en om het tot een goed einde te voeren is ook van soortgelijke middelen gebruik gemaakt.

Het eerste middel bestond in rechtstreekse leveranties van ruwe en witte

suiker van land tot land — en van fabrikant aan fabrikant, dat wil zeggen tussen concurrerende ondernemingen —.

De witte suiker is vaak geleverd in verpakkingsmateriaal dat door de kopers ter beschikking was gesteld en waarop hun merk was aangebracht. Die suiker werd tegen dezelfde prijs als door hen zelf gefabriceerde suiker doorverkocht. De fabrikanten-leveranciers wilden op biedingen van handelaren dan wel van suikerverwerkende industrieën niet ingaan omdat de beschikbare hoeveelheden voor hun nationale markt bewaard zouden moeten blijven.

Deze — gebruikelijke — praktijken vinden onvoldoende rechtvaardiging in de situatie op de communautaire suikermarkt en in het commercieel belang der fabrikanten alleen.

Zij zijn alleen te verklaren vanuit een gecoördineerd beleid, berustend op door de voornaamste fabrikanten opgestelde beginselen die er toe strekten de afscherming der nationale markten in stand te houden.

Afgezien van de Italiaanse markt met zijn bijzonder dirigistische nationale regeling — die er ook helemaal op gericht is het grootste gedeelte van de importen aan de eigen suikerfabrikanten toe te spelen —, behelzen de leveringen van fabrikant aan fabrikant op zijn minst een eerste ernstige aanwijzing voor een afstemming van gedragingen, bedoeld om de mededinging in de geprivilegieerde verkoopszones lam te leggen.

Die aanwijzing vindt verdere steun in het feit dat wanneer het in de beschermde verkoopgebieden nochtans — in kleine omvang — tot levering aan industriële afnemers of handelaren kwam, zulke leveranties in de regel slechts met goedvinden van de aldaar gevestigde fabrikanten mogelijk waren. Ook werden zulke leveringen soms uitsluitend bestemd voor de bevoorrading van de melkindustrie; zo bijvoorbeeld in Nederland. Voor zover het suiker voor menselijke consumptie betrof, vormden zulke leveringen een uitzondering.

Ook ging men wel op een andere manier te werk: het werd handelaren en verbruikers onaantrekkelijk gemaakt rechtstreeks suiker te kopen die niet in het land zelf was geproduceerd, en wel door op de prijzen die de fabrikanten voor hun eigen verkoopgebied hadden vastgesteld een extra bedrag te leggen; de kopers vonden hierin tenslotte aanleiding alleen suiker te betrekken bij in hun eigen land gevestigde ondernemingen.

Tenslotte hebben de fabrikanten de handelaren door pressiemiddelen gedwongen zich bij hun politiek aan te sluiten, en wel door te eisen dat zij zich in de aangrenzende landen zouden gedragen naar de voor waarden door de aldaar gevestigde ondernemingen gesteld, of ook wel door bestemmingsclausules. Zo hebben zij hun kopers verboden de voor denaturering, voor de industrie of voor export naar derde landen verkochte hoeveelheden op de markt voor menselijke consumptie te brengen.

Al deze verschillende middelen zijn, zoals bij bespreking der verschillende punten van bezwaar nog zal blijken, naar gelang van de situatie op de onderscheiden nationale markten, tezamen of afzonderlijk toegepast.

Dat wil onzes inziens zeggen dat er weliswaar van een algemene ondernemersovereenkomst in de enge zin des woords geen sprake is geweest, doch dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van bepaalde fabrikanten of groepen van fabrikanten pasten in hetzelfde concept, op een gezamenlijk wilsbesluit berustten en niet alleen maar als parallelle — doch zelfstandige en alleen door overwegingen van handelsbelang ingegeven — handelingen zijn te beschouwen.

Daarom zijn wij, ondanks het feit dat de afgestemde gedragingen in concreto, in het kader der afzonderlijke in de bestreden beschikking opgesomde grieven en met inaanmerkingneming van het individueel gedrag van ieder der ondernemingen moeten worden beoordeeld, geneigd te geloven dat deze gedragingen naar hun aard vallen onder de definitie van een onderling afgestemde gedraging die

U voor het eerst in de kleurstoffenzaken hebt opgesteld.

„Zo artikel 85 het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" van die der „overeenkomsten tussen ondernemingen" en „besluiten van ondernemersverenigingen" onderscheidt, zit daarbij, naar U met zoveel woorden hebt overwogen in het arrest van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries (zaak 48-69, Jurispr. 1972, blz. 619 e.v.), „de bedoeling" voor „onder de verboden van dit artikel een vorm van *coördinatie* tussen ondernemingen te begrijpen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking".

„Naar haar aard" omvat de onderling afgestemde feitelijke gedraging derhalve „niet alle bestanddelen van een overeenkomst; zij kan onder andere het resultaat zijn van een coördinatie welke in het gedrag der deelnemers tot uitdrukking komt".

Stelt men deze eis van een aan de deelnemende ondernemingen gemeenschappelijk feitelijk gedrag, dan wordt het mogelijk te onderscheiden tussen een onderling afgestemde gedraging en een overeenkomst; volgens Uw jurisprudentie valt een overeenkomst, waarvan het bestaan eenmaal is vastgesteld en die ten *doel* heeft de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tegen te gaan, onder het verbod van artikel 85, lid 1; of zij werkelijk *gevolgen* voor de mededinging heeft gehad behoeft niet meer te worden onderzocht.

Maar een onderling afgestemde gedraging kan reeds begripsmatig niet geheel van haar gevolgen voor de mededingingsverhoudingen worden losgemaakt; zij moet in het feitelijk gedrag der betrokken ondernemingen tot uitdrukking komen.

Dit standpunt, dat wij reeds in de kleurstoffenzaak hebben voorgestaan, ligt in de lijn van de opvatting die de advocaat-generaal J. Gand met betrekking tot het internationaal kininekartel heeft verdedigd.

Zijns inziens verlangt de heersende leer bij een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging, anders dan bij een overeenkomst, dat de afstemming in concreto tot uitdrukking is gekomen, zodat zowel moet blijken van een feitelijk gedrag der belanghebbenden als van een bepaalde samenhang tussen dat gedrag en een tevoren opgesteld plan.

Gemeenschappelijke of parallelle gedragingen zijn nog geen onderling afgestemde gedragingen. Zij moeten bovendien niet het gevolg zijn van de marktstructuur of van de economische marktonditie. In Uw arresten van 14 juli 1972 hebt U dienaangaande overwogen: „dat ofschoon een parellellie in de gedragingen op zichzelf niet met een onderling afgestemde feitelijke gedraging mag worden gelijkgesteld, zij nochtans een *ernstige aanwijziging* voor zodanige gedragingen kan opleveren wanneer zij leidt tot mededingingsvoorwaarden die, gelet op de aard der produkten, op de grootte en het aantal der ondernemingen en op de omvang van de markt, niet met de normaal te achten marktvoorwaarden overeenkomen; dat dit inzonderheid het geval is wanneer het parallel gedrag geëigend is belanghebbenden in staat te stellen om . . . eenmaal ingenomen posities te bevriezen ten detrimente van een daadwerkelijk vrij verkeer der produkten binnen de gemeenschappelijke markt en van de vrijheid der verbruikers in de keuze van hun leveranciers"; wat de suiker betreft mogen wij hier ook wijzen op de vrijheid der industriële afnemers in de keuze van die leveranciers.

Via deze jurisprudentie komen wij ook te spreken over de levering van het bewijs ener onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Dat de bewijslast op de Commissie rust lijdt onzes inziens geen twijfel, maar wij zijn het niet eens met de opvatting van sommige verzoeksters dat de bevoegdheid tot boeteoplegging die op dit quasi-strafrechtelijk gebied aan de Commissie toegekend, een bewijslevering door vermoedens zou uitsluiten en dat hier de

regel „in dubio pro reo" bij voorrang zou moeten worden toegepast.

Zij vergeten dat het communautaire mededingingsrecht niet door de beginselen van het strafprocesrecht wordt geregeerd; de Commissie vervult geen rechtsprekende functie; de procedure van verordening 17 blijft, hoezeer op tegenspraak gevoerd, een zuiver administratief karakter dragen.

Anderzijds kan het bewijs van een onderling afgestemde gedraging meestal slechts berusten op bij het onderzoek der Commissie boven water gehaalde aanwijzingen of vermoedens.

Alleen deze gezamenlijke vermoedens — die echter „ernstig, welbepaald en onderling overeenstemmend" moeten zijn — leveren in de regel mét het feitelijk gedrag van belanghebbenden het bewijs ener afstemming op, en het staat alleen aan de rechter van de Gemeenschap uiteindelijk te beslissen of het door de Commissie aangedragen bewijsmateriaal deugdelijk is.

Zo hebt U in de kleurstoffenzaak uitgesproken dat „een juiste beoordeling van de vraag of er in casu van afstemming sprake is, alleen mogelijk is wanneer de in de bestreden beschikking genoemde aanwijzingen niet afzonderlijk, doch gezamenlijk worden bezien, en wordt gelet op de kenmerken van de markt der betrokken produkten".

IV — Toepasselijkheid der mededingingsvoorschriften op de landbouw

Alvorens ons te zetten tot een behandeling van de afzonderlijke punten van bezwaar die in de bestreden beschikking tegen de verzoekers zijn ingebracht, zullen wij ons hebben uit te spreken over een vraag van algemene strekking.

Ik bedoel de vraag naar de toepasselijkheid van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag op de produktie van — en de handel in — landbouwprodukten.

Volgens artikel 42 van het Verdrag zijn de bepalingen betreffende ondernemersafspraken en misbruik van een machtspositie ten deze slechts van toepassing voor zover zulks door de Raad met inachtneming van de in artikel 39 vermelde doeleinden van het gemeenschappelijk landbouwbeleid zal worden bepaald.

Wij dienen deze bepaling aldus te verstaan dat de auteurs van het Verdrag de voortbrenging van en de handel in die produkten niet eens vooral aan de verboden van de artikelen 85 en 86 hebben willen onttrekken, doch hebben gemeend daarvoor bijzondere voorschriften te moeten geven, rekening houdende met de structuren van de landbouweconomie en de inwerkingtreding der gemeenschappelijke marktordeningen.

Zij hebben daartoe de Raad gemachtigd vast te stellen binnen welke grenzen — en behoudens welke uitzonderingen — de artikelen 85 en 86 op de landbouw kunnen worden toegepast.

Volgens artikel 1 van verordening 26 van 4 april 1962 gelden de artikelen 85 tot en met 90 van het Verdrag en de voor hun toepassing uitgevaardigde bepalingen voor de voortbrenging van en de handel in landbouwprodukten.

In artikel 2, lid 1, eerste volzin, worden op dit beginsel echter twee uitzonderingen gemaakt: „overeenkomsten, besluiten en gedragingen die een wezenlijk bestanddeel uitmaken van een nationale marktorganisatie of die vereist zijn voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen" zijn (alleen) van artikel 85, lid 1, uitgezonderd.

Voorts wordt er in de tweede volzin van lid 1 een bijzonder preferentieel stelsel voorzien voor overeenkomsten van landbouwondernemingen en verenigingen van landbouwondernemers binnen één Lid-Staat, voor zover die overeenkomsten, zonder de verplichting in te houden een bepaalde prijs toe te passen, betrekking hebben op de voortbrenging of de verkoop van landbouwprodukten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwprodukten — tenzij de Commissie vaststelt dat de mede-

dinging zodoende wordt uitgesloten of dat de doeleinden van artikel 39 van het Verdrag in gevaar worden gebracht —.

Deze bijzondere bepaling was in het ontwerp-verordening der Commissie niet te vinden. Zij werd op verzoek van het Europees Parlement en de meeste nationale delegaties opgenomen om de coöperaties en landbouwbonden, zoals die in alle Lid-Staten bestonden en in de nationale wetgevingen welwillend werden behandeld, te legaliseren.

In lid 2 wordt de Commissie uitsluitend bevoegd verklaard om ambtshalve dan wel op verzoek van belanghebbenden — en na de Lid-Staten te hebben geraadpleegd en de belanghebbende ondernemingen of ondernemersverenigingen te hebben gehoord — in een te publiceren beschikking vast te stellen welke overeenkomsten en gedragingen aan de in lid 1 bedoelde voorwaarden voldoen.

De uitlegging van verordening 26 stelt ons aanstonds voor een aantal problemen die in de eerste plaats het toepassingsgebied dier verordening betreffen en voorts betrekking hebben op de procedure die moet worden gevolgd teneinde haar in werking te doen treden — en op aard en reikwijdte van haar uitzonderingsbepalingen —.

Het lijdt geen twijfel dat artikel 2 voornamelijk ten doel heeft een aaneensluiting der landbouwondernemers — en daarmede de modernisering en rationalisering alsook de teelt en verhandeling van landbouwprodukten — te bevorderen; deze bedoeling treedt met name aan de dag de voorkeursbehandeling die voor de coöperaties en verenigingen van landbouwondernemers is weggelegd voorzover deze met name op de voortbrenging of de verkoop van landbouwprodukten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties betrekking hebben.

Men kan zich dan ook afvragen of de op artikel 85, lid 1, gemaakte uitzonderingen ook gelden voor industriële ondernemingen ter verwerking van landbouwprodukten, zoals suikerfabrieken en raffinaderijen.

Dat de vraag bevestigend moet worden beantwoord, lijdt voor ons echter geen twijfel:

— enerzijds omvat de lijst van landbouwprodukten, vastgesteld in bijlage II van het Verdrag, niet alleen maar veldgewassen, doch ook produkten in eerste graad van bewerking, zoals suiker;

— anderzijds heeft men door de uitzonderingen die in artikel 2 van verordening 26 op de mededingingsvoorschriften worden gemaakt, de daargenoemde overeenkomsten, besluiten en gedragingen niet slechts willen ontzien voorzover zij de voortbrenging en verkoop van landbouwprodukten „stricto sensu" betreffen, doch ook voorzover het om de verwerking dier produkten gaat.

Ook is de opsomming die in de tweede volzin van lid 1 wordt gegeven, niet limitatief.

En ofschoon suikerfabrieken geen landbouwbedrijven zijn, vestigt de gemeenschappelijke marktordening tussen deze verwerkende industrieën en de bietenteelt een innige samenhang, of wij hier nu willen denken aan de quota — die weliswaar op het niveau der suikerfabricage worden vastgesteld maar rechtstreeks op die teelt van invloed zijn —, aan de produktieheffing die in geval van overschrijding der basisquota wordt opgelegd en ten dele op de telers kan worden afgewenteld, aan de regeling van de suikerprijzen in de Gemeenschap die bepalend is voor de prijs die voor het basisprodukt wordt betaald, dan wel aan de tussen de verschillende branches afgesloten overeenkomsten betreffende de teelt en de aankoop van suikerbieten.

Dan rijst in de tweede plaats de vraag of de Commissie gerechtigd was de bevoegdheden welke haar in artikel 85, lid 1, en in verordening 17 worden toegekend, te gebruiken toen zij met beweerdelijk onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de hierbedoelde ondernemingen te maken kreeg, ook zonder eerst tot een vaststelling te zijn gekomen

als bedoeld in artikel 2, lid 2, van verordening 26. Had zij niet eerst de aldaar voorgeschreven procedure dienen te volgen?

Bevestigende beantwoording zou betekenen dat de Commissie na raadpleging van de Lid-Staten en gehoord de betrokken ondernemingen, een beschikking had moeten nemen houdende vaststelling dat de in lid 1 van genoemd artikel gestelde voorwaarden al dan niet waren vervuld.

Een aantal verzoeksters heeft zich terstond op schending dezer procedurevoorschriften beroepen, stellende dat de hun verweten gedragingen „een wezenlijk bestanddeel van een nationale marktorganisatie" — in casu de Italiaanse ordening van de suikermarkt — uitmaakten dan wel „vereist" waren „voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen"; zij leidden daaruit af dat de Commissie te hunnen aanzien een positieve beschikking had moeten nemen, waarin artikel 85, lid 1, niet toepasselijk werd verklaard.

Wij stellen U voor dit middel te verwerpen. De procedure van verordening nr. 26 en vooral de voorafgaande raadpleging der Lid-Staten zijn onzes inziens alleen voorgeschreven wanneer de Commissie wil vaststellen dat de uitzonderingsvoorwaarden zijn vervuld en dus een positieve beschikking neemt, waarin de verbodsbepalingen van artikel 85, lid 1, op de betrokken overeenkomsten, besluiten en gedragingen niet-toepasselijk worden verklaard.

Wij menen evenwel dat de Commissie die procedure niet behoeft te volgen wanneer zich haars inziens geen van beide uitzonderingsgevallen voordoet.

Verordening 26 geeft ook geen enkele indicatie ten aanzien van de procedure die moet worden gevolgd wanneer men artikel 85 wil toepassen op overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen die niet onder bedoelde uitzonderingsbepalingen kunnen worden gebracht.

Het beginsel van artikel 1 der verordening — toepasselijkheid van artikel 85 én van de uitvoeringsverordeningen — brengt dan mede dat de procedure van het commune mededingingsrecht, zoals in verordening 17 geregeld, moet worden gevolgd.

In Uw arrest van 15 mei jl. (FRUBO, zaak 71-74) hebt U voor deze oplossing geopteerd en overwogen dat „men de Commissie tot overdreven formalisme en onnodige vertraging bij het onderzoek van de betrokken zaken zou dwingen indien zij de Lid-Staten ook in die gevallen zou moeten raadplegen, waarin die niet-toepasselijkheid van de in verordening nr. 26 bedoelde uitzonderingen voor haar boven elke twijfel is verheven".

Ten aanzien van de eigenlijke vraag, namelijk of de afgestemde gedragingen — of sommige dier gedragingen — onder bedoelde uitzonderingen moesten worden gebracht, zullen wij ons tot de volgende opmerkingen beperken.

Wat betreft de eerste uitzondering: drie der Franse verzoeksters, te weten Générale Sucrière, Béghin en Say enerzijds en twee Italiaanse bedrijven, Eridania en Industria degli Zuccheri anderzijds betogen in verband met de grief betreffende de bescherming van de Italiaanse markt, dat de regeling van de Italiaanse overheid zou zijn te beschouwen als een nationale marktorganisatie in de zin van verordening 26, althans als een binnenlandse regeling van gelijke werking in de zin van artikel 46 van het Verdrag.

Bezien in samenhang met de gemeenschappelijke ordening van verordening 1009 zou deze regeling zijn gericht op stabilisatie en regularisatie van de Italiaanse suikermarkt — waardoor de suikerbietenteelt en de levensstandaard der telers moesten worden gewaarborgd —; volgens verzoeksters behelsde zij maatregelen van gelijke werking als douanerechten — steunmaatregelen ten behoeve van suikerfabrikanten en bietentelers —, en voorts maximumprijzen en bepalingen tot contingentering of verdeling van de suikerimporten in Italië.

De aan verzoeksters telastgelegde onderling afgestemde en op bescherming van

de Italiaanse markt gerichte gedragingen zouden onlosmakelijk met deze nationale organisatie verbonden zijn geweest en daarvan een wezenlijk bestanddeel hebben uitgemaakt.

Hierop kan tweëerlei antwoord worden gegeven.

Men zou aanvankelijk kunnen menen dat de uitzonderingsbepaling is bedoeld om de nationale marktorganisaties uit de tijd voor de oprichting der gemeenschappelijke ordeningen intact te laten zolang er nog geen gemeenschappelijke ordeningen bestonden. De van 1962 daterende verordening 26 is inderdaad aan de ontwikkeling en voltooing van het gemeenschappelijk landbouwbeleid voorafgegaan. Zij zou dus slechts een overgangsregeling behelzen; overigens moesten bedoelde nationale organisaties, tenzij het tegendeel door de instellingen van de Gemeenschap uitdrukkelijk was bepaald, geleidelijk door de ordeningen van de Gemeenschap worden vervangen.

U hebt uitgesproken dat sedert de inwerkingtreding dier ordeningen alleen de gemeenschapsautoriteit kon beslissen over de voorlopige „handhaving van enige nationale regeling voor de ordening ... inzake de betrokken produkten":

— arrest van 21 maart 1972, SAIL, zaak 82-71, Jurispr. 1972, blz. 139.

En in het arrest van 10 december 1974 (zaak 48-74, Charmasson)hebt U overwogen dat, „al heeft het Verdrag de mogelijkheid voorzien dat de nationale organisatie in afwachting van de totstandbrenging van een gemeenschappelijke ordening zou worden gehandhaafd, daarbij slechts is gedacht aan handhaving tot het einde van de overgangsperiode, op welk tijdstip het gemeenschappelijk landbouwbeleid definitief moet zijn vastgesteld".

De vingerwijzingen welke Uw jurisprudentie hier geeft impliceren dat een nationale marktordening na de inwerkingtreding van verordening 1009 niet rechtsgeldig in stand kan worden gelaten. Ofschoon zij bepaalde steunmaatregelen ten behoeve van de Italiaanse suikerfabrikanten behelst, wordt handhaving van een Italiaanse marktordening of van een binnenlandse regeling van gelijke werking in deze verordening nergens beloofd of goedgekeurd.

Het heeft onzes inziens echter geen zin de oplossing van het probleem dat de Italiaanse marktorganisatie doet rijzen, hier te zoeken. Zoals bij de bespreking van de eerste grief — inzake de bescherming van de Italiaanse markt — zal blijken, zullen wij in deze conclusie allereerst te rade gaan met de gevolgen welke aan deze regeling, zoals zij in feite bestond, voor de mededinging verbonden zijn geweest.

De tweede exceptie — betreffende overeenkomsten die vereist zijn voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen — impliceert dat in concreto wordt onderzocht of er van een aldus „vereiste" overeenkomst sprake is. Zij zal daarom bij de bespreking der verschillende punten van bezwaar, voorzover aldaar opgeworpen, op haar waarde moeten worden getoetst.

V — Formele middelen van algemene aard

Afgezien van de middelen die geen of onvoldoende motivering dan wel innerlijke tegenstrijdigheid der beschikking behelzen en die wij bij de behandeling der zaak ten principale zullen behandelen, zouden wij thans de formele middelen van algemene aard willen rangschikken en bespreken, om het even of zij door een of meer verzoeksters worden opgeworpen. Het gaat steeds weer om niet-eerbiediging van recht op verweer. De beoordeling dezer middelen hangt goeddeels af van de opvattingen nopens de procedure die ter toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag moet worden gevolgd en het rechtskarakter der geldboeten die wegens inbreuk op die artikelen kunnen worden opgelegd.

U zult zich in zoverre enkele in vroegere arresten gedane principiële uitspraken willen herinneren: de procedure voor de Commissie is een administratieve en geen

rechtelijke procedure; en — zoals wij in overeenstemming met de opvattingen van de advocaten-generaal Roemer en Gand mochten betogen — de geldboeten dragen geen strafrechtelijk karakter.

Het gaat bij deze formele middelen om de volgende gezichtspunten:

1. Verzoeksters maken bezwaar tegen het naar zij menen tendentieuze voorlichtingsbeleid van de Commissie, die er op uit zou zijn geweest hen publiekelijk in staat van beschuldiging te stellen zonder hen eerst te hebben gehoord en zij betogen dat de Commissie, juister gezegd: het inzonderheid voor mededingingsaangelegenheden verantwoordelijk lid der Commissie, nog voordat hun mededeling was gedaan van de nadien tegen hen ingebrachte „punten van bezwaar" op een nogal geruchtmakende persconferentie de publieke opinie op de hoogte zou hebben gebracht van het feit dat de Commissie tegen de voornaamste suikerfabrikanten in de Gemeenschap een procedure ex verordening 17 had ingeleid — en van de redenen daartoe —.

Wij zien niet in hoe zulks aan de rechtsgeldigheid van de administratieve procedure — en van de genomen beslissing — zou kunnen afdoen. Het perscommuniqué heeft verzoeksters geenszins de mogelijkheid ontnomen om te gelegener tijd commentaar op de tegen hen ingebrachte bezwaren te leveren. Het staat vast dat de Commissie, alvorens haar uiteindelijke beschikking te nemen, van hun argumenten had kennis genomen. Of zouden verzoeksters liever hebben gezien dat de Commissie de punten van bezwaar in het Publikatieblad der Gemeenschappen had geplaatst — zoals haar op grond van artikel 2-2° van verordening 99/63 vrijstaat —?

Met alle begrip voor de felheid van de reacties van sommige ondernemingen — of hun beroepsorganisaties UNICE en CEFS — menen wij dat het dispuut dat tussen de Commissie en verzoeksters is gerezen, op een ander plan speelt, namelijk op het niveau van het voorlichtingsbeleid der Commissie. Erkend dient te worden dat de Commissie niet alleen gerechtigd, maar ook verplicht is de openbare mening op de hoogte te stellen van haar zo vaak als te technocratisch of te hoogdravend gehekeld beleid.

2. Wat de mededeling der punten van bezwaar op zichzelf betreft, Südzucker AG en het verkoopkantoor „Südzucker Verkauf" beklagen zich er over dat bij de aan hen betekende grieven geen Duitse vertaling der door de Commissie tot staving van haar standpunt aangehaalde stukken was gevoegd. Die vertaling heeft men hun pas later doen toekomen; zij vertoonde ook onvolkomenheden. Wij zijn — in de lijn van Uw arrest van 15 juli 1970, gewezen in de zaak 41-69 (Chemiefarma, Jurispr. blz. 689) — van mening dat dit de ondernemingen niet heeft belet van bedoelde stukken behoorlijk kennis te nemen en dat de onregelmatigheid — indien daarvan al mag worden gesproken — de processuele positie der betrokken ondernemingen niet nadelig heeft beïnvloed en de mogelijkheid van behoorlijk verweer niet heeft geschaad.

Sommige verzoeksters beklagen zich er over dat de grieven der Commissie hun zijn medegedeeld in één enkele beschikking, waarin onvoldoende zou zijn gespecifieerd welke punten hen idividueel betroffen.

Wij menen dat het nemen van één enkele beschikking te verklaren valt uit het feit dat de Commissie aan een „algemeen" kartel heeft gedacht, en dat hierop bij de behandeling van de zaak ten principale zal moeten worden ingegaan. In ieder geval komt het ons voor dat iedere onderneming in staat geweest is te ontdekken welke grieven in het bijzonder tot haar waren gericht.

3. Een aantal verzoeksters meent dat ook artikel 4 van verordening 99/63 — betreffende het verhoor — is geschonden omdat er in de mededeling der punten van bezwaar een te korte termijn voor het maken van opmerkingen zou zijn gesteld.

De datum waarop die mededeling laatstelijk door de ondernemingen is ontvangen was 1 augustus 1972 en het laatste antwoord der ondernemingen is op 4 oktober ingeschreven. Het komt ons dus voor dat zij tenminste twee maanden de tijd hebben gehad om hun standpunt te bepalen, dat wil zeggen de termijn die hun in de mededeling ook was gesteld; artikel 11 van verordening 99 stelt een minimum van twee weken. Hoewel de hun gestelde termijn deels in de vakantie viel, was zij onzes inziens lang genoeg om desgewenst opmerkingen te kunnen indienen. Het gaat niet aan in dit verband de (natuurlijk veel langere) tijd ter sprake te brengen die de Commissie nodig heeft gehad om de zaak voor te bereiden, dat wil zeggen om het nodige onderzoek te verrichten en alle gegevens te verzamelen die zij voor het inleiden van de inverordening 17 voorziene procedure behoefde.

Gewaarschuwd door de nasporingen op hun kantoor of in hun bedrijven en door de tot hen gerichte verzoeken om inlichtingen, konden verzoeksters reeds tijdens het vooronderzoek weten om welke feiten het in de punten van bezwaar in hoofdzaak zou gaan. Zij zijn door de officiële mededeling zeker niet overrompeld.

Hieraan zij toegevoegd dat sommige verzoeksters — tot 21 november 1972 — nog nadere schriftelijke opmerkingen bij de Commissie hebben kunnen indienen.

4. Voorzover er van het afzonderlijk verhoor van sommige ondernemingen geen procesverbaal is afgegeven dient te worden opgemerkt dat de Commissie daartoe in geen enkel voorschrift wordt verplicht. Integendeel, in verordening 99/63 (artikel 2-2° en artikel 9-3°) zijn aanwijzingen te vinden dat de Commissie het met het oog op het rechtmatig belang dat de ondernemingen hebben bij het bewaren van hun zakengeheim, juist beter niet kan doen.

5. Voorzover er één enkele beschikking ten aanzien van alle verzoeksters is genomen, zij er op gewezen dat onzes inziens aan de Commissie nergens wordt verboden om wanneer sommige adressaten bij hetzelfde feit betrokken zijn, een enkele beschikking aan meerdere feiten te wijden. Ook hier geeft ten slotte de al dan niet algemene aard van het kartel en van de onderling afgestemde gedragingen de doorslag.

Suiker Unie acht artikel 3 van 's Raads verordening nr. 1 van 6 oktober 1968 tot regeling van het taalgebruik in de Europese Economische Gemeenschap (en artikel 191 van het Verdrag) geschonden, nu de Commissie haar niet alleen de Nederlandse versie der tot haar gerichte beschikking heeft doen toekomen, doch ook de andere taalversies, en er niet bij heeft vermeld dat alleen de Nederlandse versie te haren aanzien als authentiek was te beschouwen. Het komt ons voor dat zulks verzoeksters in hun verdediging niet heeft belemmerd: quod abundat non vitiat.

6. Sommige verzoeksters achten voorts een procedurefout gelegen in het feit dat in de bestreden beschikking niet is ingegaan op bepaalde feiten en argumenten die zij te hunner verdediging hadden aangevoerd.

Wij willen er in dit verband aan herinneren dat de Commissie volgens Uw arrest van 14 juli 1972, gewezen in zaak 55-69, Jurispr. 1972, blz. 915) „niet verplicht is in de redengeving harer beschikkingen haar standpunt te bepalen ten aanzien van alle argumenten welke belanghebbende te hunner verdediging kunnen inroepen, doch dat kan worden volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen welke in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn". Daarna hebt U nog uitgesproken dat „de Commissie weliswaar gehouden is haar beschikking met redenen te omkleden, doch niet alle in de loop van de administratieve procedure voorgedragen argumenten behoeft te weerleggen". (arrest van 21 februari 1973, zaak 6-72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 240). Overigens menen wij dat dit middel ten principale zal moeten worden besproken.

7. Dat de Commissie zich ten aanzien van de feiten die zij tijdens de mededeling van de punten van bezwaar aan de ondernemingen wilde verwijten naderhand, in de beschikking, enigszins anders heeft opgesteld, is niets bijzonders; daarvoor is het nu juist een administratieve behandeling. Het ware slechts anders wanneer de Commissie zou komen aandragen met andere grieven dan die waarover de ondernemingen zich hebben kunnen verklaren.

8. Tenslotte betogen twee Italiaanse verzoeksters dat de Commissie, eenmaal vermoedende dat de mededinging in de hierbedoelde sector werd vervalst, tot een onderzoek in deze bedrijfstak had *moeten* overgaan alvorens de procedure tot vaststelling van een inbreuk aan te spannen. Wij willen volstaan met er op te wijzen dat in artikel 12 van verordening 17 slechts van de *mogelijkheid* van zodanig door de Commissie in te stellen onderzoek wordt gesproken.

VI — Bescherming van de Italiaanse markt — het probleem der suikerimporten

De Italiaanse suikerproduktie voldoet, naar men weet, bij lange na niet aan de behoeften van het binnenlands verbruik. In de verkoopseizoenen 1968/1969 tot en met 1971/1972 schommelde de voortbrenging tussen de 1 100 000 en 1 300 000 ton, terwijl het verbruik in ditzelfde tijdvak voortdurend licht is gestegen, te weten van 1 400 000 tot ruim 1 500 000 ton.

Italië is dus aangewezen op invoer, met name uit de Lid-Staten van de gemeenschappelijke markt waar de produktie om structurele redenen een overschot vertoont. Dit geldt vooral voor Frankrijk en België.

De Commissie meent nu dat het in deze situatie, althans toen de grenzen bij de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke marktordening opengingen, wat betreft de invoer van suiker — voor consumptie én voor verwerkende industrie — juist in de eerste plaats in Italië tot een levendige mededinging had moeten komen.

Zij heeft echter vastgesteld dat vrije concurrentie in dat land reeds vanaf het eerste verkoopseizoen in feite was uitgesloten. Zij schrijft dit toe aan het feit dat de Franse en Belgische producenten hun leveringen aan Italië onderling hadden verdeeld, uniforme verkoopcondities waren gaan stellen en bovendien de Italiaanse fabrikanten, hun afnemers, de garantie hadden gegeven aan niet-fabrikanten, en wel vooral aan industriële afnemers, slechts tegen een verhoogde prijs te zullen leveren.

Deze onderling afgestemde gedragingen zouden er vooral zijn gekomen — en verder zijn uitgewerkt — sedert de aanvang van het verkoopseizoen 1969/1970, toen er drie belangrijke importovereenkomsten werden afgesloten tussen:

— enerzijds de groep der „fabrikantenkopers", waartoe aanvankelijk behoorden de vennootschap Eridania die met de coördinatie van deze transacties belast was, en de firma's Industrial degli Zuccheri, Romana, Volano, Cavarzere, Sermide en Sadam, alsook enkele andere ondernemingen — twee daarvan zijn sindsdien door Eridania overgenomen, een derde is de tegenwoordige Société Générale de Sucrerie —;

— anderzijds de groep der „fabrikantenleveranciers", in hoofdzaak omvattende de Franse vennootschappen Béghin, Say, Générale sucrière, Lebaudy-Suc en soms Sucre Union (beide laatsgenoemde bedrijven zijn niet bij Uw Hof in beroep gekomen); in de tweede plaats de Belgische vennootschap Tiense Suikerraffinaderij; en voorts Süddeutsche Zucker AG (alleen in het seizoen 1969/70).

Met uitzondering van de Süddeutsche Zucker AG heeft deze groep de centralisatie van het aanbod en de zorg voor de organisatie van vervoer en levering aan een groothandelaar, de Franse vennootschap Sucres & Denrées, toevertrouwd.

De afstemming van gedragingen zou volgens de Commissie blijken uit de vergaderingen die belanghebbenden achtereenvolgens op 29 juli 1969 te Parijs en op 11 september 1969 te Genua hebben gehouden. Op de eerste bijeenkomst zou zijn gesproken over de middelen waarmede „outsiders" zou moeten worden belet hen op de Italiaanse markt te onderbieden; op de tweede bijeenkomst zouden zij een regeling hebben getroffen voor de leveringsproblemen, terwijl uit de vervolgens gewisselde handelscorrespondentie zou blijken dat de suikerimporten in Italië ook inderdaad met inachtneming van de in gemeen overleg vastgestelde beginselen zijn geschied.

De rechtstreeks aan de Italiaanse fabrikanten geleverde suiker zou voor 75 % door die fabrikanten zijn doorverkocht; zij alleen zouden de beschikking hebben gehad over een organisatie voor de verkoop — rechtstreeks aan de verbruikers dan wel aan de verwerkende industrieën — en die verkoop zou zijn geschied tegen dezelfde prijzen en voorwaarden als waartegen de binnenlands geproduceerde suiker werd afgezet.

Voorzover het al tot vrije verkoop kwam, kwam, zouden de leveranciers zich hebben verbonden een prijsopslag te berekenen die — van seizoen tot seizoen — schommelde tussen 1 FF 25 centimes en 1 FF 75 centimes per 100 kilogram.

Op een nadere bijeenkomst, gehouden op 22 september 1970, zouden de leden van beide groepen hun afspraken hebben bevestigd en uitgewerkt teneinde bepaalde tussen leveranciers en importeurs gerezen moeilijkheden uit de weg te ruimen.

Dit zijn in hoofdzaak de gronden waarop de Commissie in de bestreden beschikking tot de conclusie komt dat deze als onderling afgestemde feitelijke gedragingen — in de zijn van artikel 85, lid 1, van het Verdrag — gequalificeerde handelingen op de Italiaanse markt alle mededinging tussen de deelnemers hebben uitgesloten.

Zonder deze afstemming zouden de fabrikanten in landen met een overschot haars inziens in staat zijn geweest hun produkt individueel aan Italiaanse afnemers te verkopen en wel nadat er over prijzen en hoeveelheden vrijelijk zou zijn onderhandeld, terwijl er voorts van de gewone afzetwegen gebruik zou zijn gemaakt.

Het lijdt ook voor mij geen twijfel dat het tussen afnemers en importeurs inderdaad tot een afstemming van gedragingen is gekomen. Uit de feitelijke vaststellingen van het dossier blijkt wel dat de exporten naar Italië, die in het eerste verkoopseizoen vrij bescheiden bleven als gevolg van het feit dat er uit een eerdere, bijzonder goede oogst nog suiker in voorraad was, in de volgende seizoenen zijn opgelopen tot soms ruim 300 000 ton; en het is ook al nauwelijks voor tegenspraak vatbaar dat het aandeel van de leveranciersgroep in de leveringen aan de Italiaanse fabrikanten geleidelijk tot ten naaste bij 3/4 van de totale suikerimporten is gestegen.

Ook uit een aantal telexberichten, die met name tussen Eridania als vertegenwoordigster van de Italiaanse groep en Sucres et Denrées zijn gewisseld, blijkt wel dat de transacties in de regel zijn afgewikkeld op grondslag van de beginselen die tijdens de door de Commissie genoemde vergaderingen waren vastgesteld.

Ik meen echter, met terzijdestelling van de door sommige verzoeksters ingeroepen middelen van formele aard, aanstonds te moeten overgaan tot bespreking van de — wezenlijke — vraag van materiële aard die in het eerste middel aan de orde komt — en door enige andere verzoeksters ook onverwijld aan de orde is gesteld —.

Hun redenering houdt in dat er in de betrokken periode een Italiaanse — nationale — regeling heeft bestaan, die medebracht dat zij zich wel op de gewraakte wijze moesten gedragen en die op de Italiaanse markt voor mededinging nagenoeg geen ruimte liet.

Heeft de Commissie in haar beschikking niet zelf erkend dat zich op die markt een bijzondere situatie voordeed, zowel

ten gevolge van de communautaire regeling *„als van door de nationale autoriteiten getroffen bijzondere bepalingen"?*

Deze maatregelen behelsden in de eerste plaats de oprichting — bij beschikking 1195 van het Interministerieel prijzencomité, vastgesteld op 22 juni 1968, dat wil zeggen aan de vooravond van de inwerkingtreding van verordening 1009/67 — van de Cassa Congualio Zucchero (egalisatiekas voor suiker), die voor drie eerdere dergelijke kassen in de plaats kwam. Zij had tot taak over te gaan „tot de vereveningen die met het oog op de geleidelijke opneming van het Italiaanse suikerbeleid in dat van de Gemeenschap — en ter verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt — in de suikersector noodzakelijk zijn."

Gefinancierd door een — ongeacht soort en hoedanigheid — op binnenlandse en geïmporteerde suiker geheven „sovrapprezzo", moest deze kas haar inkomsten ongetwijfeld mede besteden aan de bekostiging van de steunmaatregelen die ten behoeve van suikerbietenproducenten en verwerkende industrieën krachtens artikel 34 van de communautaire basisverordening mochten worden genomen, doch daarnaast ook voor andere, in de regeling der Gemeenschap niet voorziene doeleinden, verband houdende met bepaalde nader te bespreken steunmaatregelen die de Italiaanse Regering ten behoeve van de suikerfabrikanten had getroffen.

De bij dezelfde beschikking op 23 lire per kilogram vastgestelde — en tot 1973 op dat bedrag gehandhaafde — „sovrapprezzo" kwam overeen met het verschil tussen de in Italië geldende koersen en de nieuwe koersen binnen de Gemeenschap — ofwel de in Italië geldende afgeleide interventieprijs —.

Anderzijds was het beleid van de Italiaanse regering sinds jaar en dag gericht op één enkele suikerprijs voor het gehele nationale grondgebied, die zowel voor binnenlandse als voor ingevoerde suiker moest gelden, zodat ook consumenten in de regio's die het verst van de produktiecentra waren gelegen, voor dit voedingsmiddel niet meer behoefden te betalen dan verbruikers in de Povlakte.

Voor de communautaire regeling waren er, laatstelijk bij de beschikking van 6 augustus 1965 (nr. 1119), zowel voor verkopen franco-fabriek door de producenten als voor verkopen aan de consument maximumprijzen vastgesteld. Die prijzen waren natuurlijk naar gelang van de kwaliteit verschillend. Deze bij inwerkingtreding van de gemeenschappelijke marktordening afgeschafte regeling werd in november 1969 opnieuw ingevoerd „teneinde de Italiaanse consument niet met schommelingen van de communautaire prijzen samenhangende verhogingen te besparen". Bij beschikking nr. 1236 van het Interministerieel prijzencomité is evenwel geen nieuwe maximumconsumptieprijs vastgesteld, doch — wat op hetzelfde neerkomt — bepaald dat de „prijsverschillen" bij de onderscheiden suikerkwaliteiten en -soorten, de voor verpakking in rekening te brengen bedragen en de handelsmarges bij verkoop aan de consument moeten blijven liggen binnen de grenzen „die voortvloeien uit vergelijking met de bedragen genoemd in beschikking nr. 1119 van 1965", hetgeen diende te gelden „zowel bij verkoop door de producent als bij verkoop aan de consument".

In circulaire nr. 1237 werd de suikerprijs af-fabriek vastgesteld; de uniforme maximum-consumentenprijs kon hieruit rechtstreeks worden afgeleid: men behoeft daartoe slechts de bedragen die deels in communautaire voorschriften houdende vaststelling van de afgeleide interventieprijs, deels in andere voorschriften van het CIP te vinden zijn, bij elkaar op te tellen.

Ondanks de ter terechtzitting op dit punt gevoerde discussie lijkt ons dus vast te staan dat in deze bepalingen niet alleen het stelsel van maximumprijzen opnieuw werd ingevoerd, doch dat die maximumprijzen in werkelijkheid niet slechts in het stadium van de consumptie, doch ook op produktieniveau golden, en wel met name ook bij suikerverkoop aan industriële afnemers.

Voorts wordt niet betwist dat de Italiaanse Raad van State weliswaar — ten verzoeke van de Italiaanse suikerverwerkende industrie — op 29 februari 1972 beschikking 1236 — en de circulaire waarin die beschikking nader was uitgewerkt — heeft nietigverklaard doch ten principale de genomen maatregelen rechtmatig heeft verklaard; de als voormeld totstandgekomen regeling der prijzen is in feite van toepassing gebleven.

De Commissie heeft evenwel zelf met zoveel woorden erkend dat berekening van de gehele „sovrapprezzo" — samen met de transportkosten — suikerinvoer uit de Gemeenschap in Italië feitelijk onmogelijk maakte. De leveranciers konden hun produkten slechts aanbieden boven het maximum dat door de Italiaanse overheid was vastgesteld. Het CIP achtte zelf het voor consumptie beschikbaar stellen van ingevoerde suiker slechts mogelijk tegen hogere prijzen dan in het eigen land golden, hetgeen ook volgens het CIP „tegen de nagestreefde doelstellingen indruist".

Trouwens, reeds voor de gemeenschappelijke marktordening, en wel sedert 1963, bestond er een vereveningskas voor de prijs van ingevoerde suiker, die financiële hulp te bieden ter overbrugging van het verschil tussen de suikerprijs op de internationale markt en de prijzen die voor de binnenlandse markt waren vastgesteld. Dit deficit kwam ten last van de nieuwe Kas die, naar wij zagen, in 1968 werd ingesteld.

Er moest dus iets op worden gevonden om invoer uit de andere Lid-Staten mogelijk te maken.

In februari 1969 werd in een eerste overgangsmaatregel de „sovrapprezzo" forfaitair verlaagd tot 8 lire per kilogram voor industrieel gebruik bestemde importsuiker. Vervolgens werd er in mei 1969 bij beschikking nr. 1215 van het CIP een stelsel van openbare inschrijvingen voor importen in het leven geroepen, dat zo was opgezet dat — overeenkomstig de wens van de Italiaanse administratie — van de inschrijvers het hoogste „sovrapprezzo"-percentage wordt verkregen dat zich nog met de binnenlandse maximumprijs verdraagt.

De in beginsel voor alle belanghebbenden openstaande inschrijvingen werden toevertrouwd aan de CCZ, die het haars inziens als „passend" te beschouwen „sovrapprezzo"-percentage had vast te stellen. Het varieerde tussen 1969 en 1972 van 6,40 tot 11,50 lire per kilogram suiker.

De CCZ bepaalt hoeveelheid en kwaliteit der per inschrijving in te voeren suiker.

Slechts biedingen voor hoeveelheden van meer dan 1 000 ton worden in aanmerking genomen.

Na onderzoek der biedingen wijst de Kas de importen toe naar gelang van de hoeveelheid en het „sovrapprezzo"-bedrag die door betrokkenen worden geboden.

Voor nakoming van de verplichting tot invoer moet een vrij hoge zekerheid worden gesteld. Een inschrijver die zich niet houdt aan de voorwaarden die in het bericht van toewijzing worden gesteld, heeft over de door hem ingevoerde suiker de gehele „sovrapprezzo" te betalen.

Dit systeem is gevolgd bij de invoer van witte suiker; voor ruwe suiker werd buiten iedere inschrijving om op de „sovrapprezzo" een vaste reductie van ongeveer 50 % toegepast.

Tenslotte werd ten behoeve van degenen die niet over een organisatie beschikken die hen tot deelneming aan openbare inschrijvingen in staat stelt — veelzeggende formulering waarmede men met name de industriële afnemers op het oog schijnt te hebben gehad — bij beschikking nr. 1234 van 24 oktober 1969 invoer buiten inschrijving om mogelijk gemaakt, zij het tot beperkte hoeveelheden en tegen een door de Kas vastgesteld „sovrapprezzo"-percentage. Het kon daarbij nooit gaan om meer dan een fractie der toegewezen inschrijvingen.

Zulk een op maximumprijzen en inschrijvingen berustende regeling moest natuurlijk wel een beslissende invloed hebben op het marktgedrag van de Italiaanse producenten-kopers én op dat van de Franse, Belgische en zelfs Duitse leveranciers.

De volgende aspecten vragen hier onze aandacht:

Allereerst: het Italiaanse beleidsoogmerk de invoer te beperken tot de voor dekking van het nationaal produktietekort strikt nodige hoeveelheden, kon worden — en is — verwezenlijkt doordat de Kas niet alleen bevoegd was gelegenheid tot inschrijving te geven, maar ook zelf de van geval tot geval in te voeren hoeveelheden suiker mocht vaststellen.

Men kan zich dus op het standpunt stellen dat de totale invoer uit andere Lid-Staten door de afstemming tussen de kopersgroep en de leveranciersgroep niet meer kon worden beïnvloed.

In de tweede plaats ging het bij de inschrijvingen om hoeveelheden (± 50 000 à 170 000 ton) die het enerzijds voor de kopers zeer aantrekkelijk maakten zich te wenden tot exporteurs die, gezien de omvang hunner produktie, voldoende waarborgen voor geregelde collectieve leveringen — en niet te hoge prijzen — boden en van wie met name ook bijzonder interessante verkoopscondities konden worden bedongen, waarvan de spoorwegen bij geringe partijen niet wilden weten.

Een en ander verklaart dat de kopers zich hebben gewend tot een „pool" van buitenlandse fabrikanten. Met uitzondering van Süddeutsche Zucker AG hebben die fabrikanten het voordeliger geacht de uitvoering der importen toe te vertrouwen aan een internationale handelaar die de onmisbare waarborgen voor het doorgaan dier transacties kon bieden.

Anderzijds was er in Italië geen onafhankelijke verkoopsorganisatie en beschikten de industriële afnemers niet over opslagruimte, zodat zij zich in de regel van dag tot dag moesten bevoorraden en praktisch niet aan de inschrijvingen konden deelnemen; het leed daarom geen twijfel dat alleen de Italiaanse fabrikanten zelf in staat waren deze importsuiker te kopen.

Zoals Sucres & Denrées door de meeste exporteurs werd ingeschakeld, werd Eridania — een der meest vooraanstaande fabrikanten, doch ook een der voornaamste handelaars en financiers in den lande — met het voeren der aan iedere inschrijving voorafgaande onderhandelingen belast.

Uit de stukken krijgen wij ook de indruk dat de concentratie der fabrikanten-kopers rondom Eridania zoal niet door de nationale overheid afgedwongen, dan toch sterk door haar werd „aanbevolen". Eveneens staat vast dat de Italiaanse fabrikanten reeds voor de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke ordening als importeurs optraden.

Voorts möge ik er aan herinneren dat het CIP in zijn beschikking van 24 oktober 1969 bijzondere maatregelen moest nemen teneinde de verbruikers, ook zonder inschrijving, in staat te stellen in zekere mate van de biedingen te profiteren; zij moesten dan het voornemen te kennen hebben gegeven om individueel over te gaan tot invoer van hoeveelheden van ten hoogste de 1 000 ton waarvoor minimaal moet worden ingeschreven.

Zodra deze gebruikers tezamen meer dan 10 000 ton aanvragen, werden ieders rechten naar evenredigheid ingekort. Veel vraag leidde dus tot een slechts gedeeltelijke toewijzing, hetgeen de belangstelling natuurlijk niet ten goede kwam. Zij betrokken hun voorraden dan maar liever bij de binnenlandse fabrikanten. En tenslotte ging het bij de buiten inschrijving om afgegeven toewijzingen om slechts 20 %, later 25 % van de totale invoer.

Gezien de consequenties van deze regeling, betwijfel ik sterk of er bij de invoer van suiker uit de Gemeenschap nog wel ruimte voor werkelijke concurrentie was overgebleven.

Door hun maximumprijzen én door het stelsel van inschrijvingen dat er ten duidelijkste op was berekend goeddeels alleen de fabrikanten aan bod te laten komen, hadden de Italiaanse autoriteiten hun markt kennelijk „afgegrendeld".

Al hebben de kopersgroep en de leveranciersgroep dus wel degelijk onderhandeld en hun marktgedrag onderling afge-

stemd en al zijn er uiteindelijk in geslaagd het daarheen te leiden dat ongeveer 3/4 van de invoer via de inschrijvingen liep, de gewraakte gedragingen moeten nog steeds een *merkbare* verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging tot gevolg hebben.

U hebt in verschillende arresten deze maatstaf — de „merkbaarheid" der verstoring — aangelegd:

— 30 juni 1966 (zaak 56-65 — Technique Minière, Jurispr. 1966, p. 392),

— 6 mei 1971 (zaak 1-71 — Cadillon, Jurispr. 1971, p. 356),

— 25 november 1971 (zaak 22-71 — Béguelin, Jurispr. 1971, p. 960).

U hebt er zich nog niet over uitgesproken of de „merkbaarheid" der mededingingsbeperkingen, waarvan volgens de Commissie met betrekking tot de afgestemde gedragingen sprake zou zijn, zich niet meer voordoet wanneer de normale werking der mededinging reeds aan banden is gelegd of zelfs opgeheven door een nationale regeling van dirigistische aard, die de ondernemers aanleiding geeft zich met elkander omtrent de aanpassing van hun marktgedrag te verstaan. Dit geval lijkt zich in casu voor te doen en het komt mij ook voor dat de beperking van de ruimte voor de mededinging aan de regeling der nationale autoriteiten — zoals die is opgezet en toegepast — moet worden geweten en niet aan de afstemming tussen de importeursgroep en de leveranciersgroep. Maar dan behelzen de leveringen van fabrikant aan fabrikant, althans wat de Italiaanse markt betreft, geen aanwijzing voor een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

De Commissie heeft er zich toe beperkt te gewagen van door de nationale autoriteiten getroffen „bijzondere bepalingen"; zij vraagt zich echter niet af welke consequenties die maatregelen hebben gehad. Zij betoogt kort en goed dat de leveranciers zonder de gewraakte afstemming vrij op de Italiaanse markt hadden verkopen. Doch, getoetst aan de uitkomsten van ons onderzoek naar de voorzieningen der Italiaanse regeling, lijkt mij deze uitspraak niet vol te houden.

Het zal er onzes inziens op zijn minst voor moeten worden gehouden dat de Commissie ten enermate heeft verzuimd dit — wezenlijke — gezichtspunt in haar overwegingen te betrekken, hetgeen heeft geleid tot een beschikking die niet alleen in formele zin ongenoegzaam met redenen is omkleed, doch ook op onvolledige gegevens berust, terwijl voorts een aantal feiten en omstandigheden van doorslaggevend belang buiten beschouwing zijn gelaten.

Reeds deze slotsom zou onzes inziens moeten leiden tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, voorzover daarin op bescherming van de Italiaanse markt gerichte inbreuken op artikel 85, lid 1, bewezen zijn geacht — en deswege straffen zijn opgelegd —.

Ook via een andere redenering kan men tot deze conclusie komen en sommige verzoeksters, met name Générale Sucrière, hebben zich dan ook niet bedacht deze weg te bewandelen — die, zij het om andere redenen, ook door de interveniente: Unione Nazionale Consumatori, werd ingeslagen —.

Het gaat er om of de Italiaanse Regering wel met bepaalde voorschriften van het Verdrag en van verordening 1009/67 verenigbaar is.

Wij zullen hierop aanstonds ingaan; eerst echter enkele opmerkingen.

In de eerste plaats zij er op gewezen dat ofschoon artikel 2, lid 1, van verordening 26/62 artikel 85 van het Verdrag niet van toepassing verklaart op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen die een wezenlijk bestanddeel van een nationale marktorganisatie uitmaken, er geen aanleiding bestaat in dit verband met dit begrip „nationale marktorganisatie" te werken. Het lijdt voor ons geen twijfel dat de onverenigbaarheid van de Italiaanse regeling met het gemeenschapsrecht op zichzelf reeds medebrengt dat deze uitzonderingsbepaling buiten toepassing dient te blijven.

Dat wil echter niet zeggen — en dit is mijn tweede opmerking — dat de Lid-Staten ingevolge verordening 1009/67 — en de latere voorschriften — niet zouden zijn geroepen bepaalde aanvullende nationale maatregelen te nemen om de uitvoering dier voorschriften te verzekeren, al ware het slechts met het oog op de verdeling der aan de Lid-Staten toegewezen hoeveelheden over de op hun grondgebied gevestigde ondernemingen.

Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de Europese suikermarktordening zowel communautaire voorschriften behelst als door de Staten vastgestelde bepalingen, waarin het gemeenschapsrecht wel kan worden aangevuld, doch niet naar opzet en draagwijdte mag worden gewijzigd.

Ter handhaving van de uitsluitende bevoegdheden der communautaire instellingen zijn dan ook in Uw jurisprudentie duidelijk de grenzen afgebakend binnen welke de nationale gezagsorganen nog mogen optreden wanneer er eenmaal een gemeenschappelijk marktordening bestaat.

In het arrest-Bollmann is in beginsel uitgemaakt dat de rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening waarbij zulk een ordening wordt totstandgebracht medebrengt dat de Staten — ten einde de toepassing der verordening te verzekeren — behoudens bepaling van het tegendeel geen maatregelen mogen nemen waarbij haar strekking wordt gewijzigd of aan de verordening bepalingen worden toegevoegd (arrest van 18 februari 1970, zaak 40-69, Jurisprudentie 1970, blz. 80).

In aansluting hierop is in het arrest-SAIL overwogen dat de markten in de sector melk en zuivelprodukten sedert de inwerkingtreding van verordening nr. 804/68 vallen onder een definitieve, zij het in sommige opzichten nog onvolledige ordening en dat sedert dat tijdstip alleen de gemeenschapsautoriteit kon beslissen over de voorlopige handhaving van enige nationale regeling voor de ordening, interventie of controle inzake de betrokken produktie (arrest van 21 maart 1972, zaak 82-71, Jurispr. 1972, blz. 138).

In dezelfde zin het arrest-van Haaster (30 oktober 1974, zaak 190-73, Jurispr. 1974, blz. 1133) waarin U hebt overwogen dat de marktordening in de sector levende planten en produkten van de bloementeelt op een vrij handelsverkeer op basis van eerlijke mededinging berust en „dat een dergelijk systeem elke nationale regeling uitsluit die het intracommunautaire handelsverkeer rechtstreeks of zijdelings, reëel of potentieel, kan belemmeren" (arrest van 21 maart 1972, zaak 82-71, Jurispr. 1972, blz. 138).

Tenslotte — en dat is onze derde opmerking — mag Uw Hof na onderzoek naar de vraag of de Italiaanse regeling bij toetsing aan genoemde jurisprudentie in bepaalde opzichten met de verordeningen der Gemeenschap in strijd blijkt te zijn, ook wanneer dat onderzoek tot bevestigende beantwoording van die vraag zou leiden, zich toch niet over de onrechtmatigheid van bepaalde in Italië geldende maatregelen uitspreken. Het staat Uw Hof, geroepen tot kennisneming van mededingingsgeschillen, niet vrij procedures te doorkruisen zoals die in de artikelen 162 en 92 van het Verdrag bepaaldelijk zijn voorzien en volgens welke het aan de Commissie staat vast te stellen dat een Staat de verplichtingen welke krachtens het Verdrag of de tot uitvoering van het Verdrag vastgestelde verordeningen op hem rusten, niet is nagekomen, dan wel dat bepaalde nationale steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar zijn.

Daarentegen wordt U onzes inziens nergens verboden om enerzijds consequenties te verbinden aan het feit dat de Commissie alvorens inzake de hierbedoelde onderling afgestemde gedragingen een beslissing te nemen, niet serieus heeft onderzocht of de Italiaanse regeling niet werkelijk met de communautaire ordening onverenigbaar was en anderzijds aan de omstandigheid dat zij sedert 1968 heeft nagelaten gebruik te maken van haar bevoegdheid tot het nemen van

maatregelen om de door die regeling geschapen situatie te beëindigen.

Het lijkt mij nauwelijks twijfelachtig dat een aantal aspecten van het Italiaanse systeem de Commissie hadden moeten overtuigen van de noodzaak om, alvorens een beschikking te nemen, zodanig onderzoek in te stellen.

Daar is allereerst de procedure der openbare inschrijvingen die er, naar wij hebben vastgesteld, geheel op is berekend en ingericht dat de importeurs zich zien ingesponnen in een net van bestuurlijke voorschriften die in feite de mogelijkheid tot deelneming aan de inschrijvingen beperken en voor tal van ondernemers, met name voor de suikerverwerkende industrieën, die invoer bemoeilijken. Dat vrije invoer buiten inschrijving om in theorie mogelijk bleef doet hieraan niet af, omdat dan de volledige „sovrapprezzo" moest worden betaald, hetgeen zulke transacties economisch niet haalbaar maakte.

De hoeveelheden suiker waarvoor kon worden ingeschreven, werden trouwens door de CCZ vastgesteld, zodat het stelsel invoercontingentering mogelijk maakte. Het is moeilijk hier niet te denken aan een — in artikel 35, lid 1, van verordening nr. 1009/67 verboden — maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking.

Een tweede opmerking betreft de "sovrapprezzo" op zichzelf. Ofschoon zowel op in het binnenland geproduceerde als op geïmporteerde suiker geheven, was de „sovrapprezzo" niettemin te beschouwen als een heffing van gelijke werking als een douanerecht; in de zaak Capolongo-Maya (77-72, arrest van 19 juni 1973, Jurisprudentie 1973, blz. 624) hebt U immers beslist dat een binnenlandse heffing die „nationale produkten en ingevoerde produkten volgens dezelfde criteria stelselmatig" treft, nochtans „een heffing van gelijke werking als een invoerrecht zijn" kan „wanneer zij uitsluitend bestemd is ter bekostiging van aktiviteiten die met name ten behoeve van het erdoor getroffen nationale produkt worden verricht".

En in feite was de „sovrapprezzo" bestemd om steunmaatregelen ten behoeve van de Italiaanse suikerbietentelers en suikerfabrikanten te financieren, of wij nu denken aan de maatregelen waartoe in verordening 1009/67 machtiging werd verleend dan wel aan die welke eenzijdig door de nationale overheid zijn ingevoerd. Men mag het er dus voor houden dat deze wijze van financiering zowel in strijd is met het in artikel 35, lid 1, van de verordening omschreven verbod van — binnen de Gemeenschap geheven — douanerechten en heffingen van gelijke werking als met het in artikel 95 van het Verdrag neergelegde verbod van discriminerende binnenlandse belastingen.

Bovendien werd de opbrengst van de „sovrapprezzo", naar wij zojuist opmerkten, niet alleen gebruikt voor de financiering van steunmaatregelen die ingevolge de communautaire verordening mochten worden genomen; uit artikel 6 van besluit nr. 1195 van het CCP blijkt dat zij ten dele mede werd besteed om andere aan de Italiaanse suikerfabrikanten toegekende voordelen te bekostigen.

Te denken valt hiet aan de terugbetaling van bepaalde bij de aankoop en het vervoer van suikerbieten geheven belastingen; aan de steun die aan de suikerfabrikanten is verleend ter compensatie van hetgeen zij krachtens een vroeger Italiaans decreet aan de bietentelers hadden te betalen; aan de tegemoetkoming in de kosten van opslag van de zeer goede oogst 1967/1968 of ook aan het wegwerken van het deficit dat zich wegens de verevening — met behulp van de „sovrapprezzo" — van de prijs van ingevoerde suiker bij de vroegere Kas had gevormd.

Ook al zou de „sovrapprezzo" niet zonder meer met artikel 95 van het Verdrag in strijd zijn, dan nog lijken zulke steunmaatregelen onder artikel 92, lid 3, te vallen. En zelfs wanneer ze met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zouden mogen worden geacht, dan zouden zij de mededingingsvoorwaarden toch niet mogen verstoren in een mate die zich met het gemeenschappelijk be-

lang niet verdraagt. Doch het zou nu juist op de weg hebben gelegen van de Commissie — die daarnaar in gemeen overleg met de betrokken Lid-Staat een onderzoek had moeten instellen — om hetzij tot handhaving van de „sovrapprezzo" te machtigen hetzij krachtens artikel 93 intrekking of wijziging te gelasten.

Reeds de wijze van financiering dezer steunmaatregelen kan ze ongeoorloofd maken; U hebt dit beslist in de zaak Frankrijk/Commissie (47-69, arrest van 25 juni 1970, Jurispr. 1970, blz. 493).

Tenslotte zou dan nog de vraag rijzen of de Italiaanse autoriteiten na de inwerkingtreding van verordening 1009/67 en de invoering van communautaire suikerprijzen nog wel maximumprijzen konden opleggen, zelfs in het stadium der consumptie, al ware het op grondslag van prijsverschillen ten opzichte van de afgeleide interventieprijs.

Om al deze redenen is het aan gegronde twijfel onderhevig of de Italiaanse regeling (heffing en besteding van de „sovrapprezzo"; maximumprijzen of vaste relaties tussen de prijzen; stelsel van openbare inschrijvingen) verenigbaar is met de doelstelling en beginselen van verordening 1009/67 en met bepaalde verdragsbepalingen.

Zoals gezegd: U zult zich hierover in de onderhavige zaken niet hebben uit te spreken. Het zij ons echter vergund er op te wijzen dat de Commissie, alvorens verzoekers te veroordelen wegens schending van artikel 85, lid 1, dit probleem terdege had moeten bestuderen en voorzover zij, naar het lijkt op goede gronden, mocht vermoeden dat de Italiaanse nationale regeling in bepaalde opzichten onrechtmatig was, had zij gebruik dienen te maken van de bevoegdheden welke zij aan artikel 169 dan wel aan artikel 92 van het Verdrag ontleent om wijziging of intrekking van die regeling te bewerkstelligen.

Zij heeft evenwel de bestaande toestand laten voortbestaan — en wij hebben opgemerkt dat de mededingingsvoorwaarden en dus ook het marktgedrag van importeurs en leveranciers er onmiskenbaar door zijn beïnvloed —. Pas na zes jaren, op 4 december jl., heeft zij, naar zij het Hof zojuist liet weten, op een bepaald punt — de wijze van financiering van de steunmaatregelen ten behoeve van de suikerbietentelers en de suikerindustrie — met een tot de Italiaanse regering gerichte brief een procedure wegens „stilzitten" ingeleid.

Dit te laat genomen initiatief vermag onze opvatting slechts te staven.

Om al deze redenen stel ik U voor de bestreden beschikking in zoverre nietig te verklaren.

VII — Bescherming van de Nederlandse markt

Met betrekking tot de Nederlandse suikermarkt verwijt de Commissie enerzijds aan de beide Nederlandse fabrikanten — Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij — en anderzijds aan de Tiense Suikerraffinaderij en Pfeifer & Langen inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die in de vier hierbedoelde verkoopseizoenen door de drie eerstgenoemde ondernemingen zouden zijn begaan, terwijl de Duitse onderneming er alleen in het seizoen 1971/1972 bij betrokken zou zijn geweest.

Deze inbreuken bestonden in onderling afgestemde gedragingen die controle op de suikerleveringen uit België en het Westen van Duitsland op de Nederlandse markt — en dus ook bescherming van die markt — ten doel en tot gevolg hadden.

Twee andere juridisch van vorengenoemd bezwaar te onderscheiden, immers op artikel 86 van het Verdrag gebaseerde grieven zijn eveneens gericht tegen de Tiense Suikerraffinaderij, die de twee belangrijkste Belgische handelaren, de firma's Export en Hottlet, economisch onder druk zou hebben gezet teneinde gedaan te krijgen dat zij hun uitvoer naar Nederland of, meer in het algemeen, de uitvoer binnen de gemeenschappelijke markt of voor derde landen bestemd, zouden beperken.

Hunnerzijds volgden de Nederlandse fabrikanten dezelfde gedragslijn jegens de aldaar gevestigde handelaren Internatio, Jacobson en Dudok de Wit, die zij wilden dwingen bepaalde importen, vooral uit Frankrijk, te staken.

Hoewel de in de grieven bedoelde handelwijze der fabrikanten zich op verschillende wijze, namelijk enerzijds in onderling afgestemde gedragingen en anderzijds in misbruik van een machtspositie manifesteerde, hebben deze drie grieven gemeen dat het steeds om eenzelfde vooropgezette bedoeling ging, om een gecoördineerd beleid van de frabrikanten in deze twee landen, dat niet alleen gericht was op behoud van de onderlinge controle over de intracommunautaire suikerhandel door rechtstreekse leveringen van fabrikant aan fabrikant, doch ook bedoeld was om de handelaren die zij in hun macht hadden, te dwingen zich bij hun beleid aan te sluiten en zich bij hun transacties aan de aldus gestelde grenzen te houden.

Voorts zullen wij, alvorens de grieven op hun juistheid te toetsen, een ogenblik moeten ingaan op een middel dat door Suiker Unie voor alle weren is opgeworpen. SU beroept er zich tegenover de Commissie op dat zij pas sinds 2 januari 1971 als rechtspersoon bestaat en dat verweerster haar rechtens geen verwijt mag maken van voordien begane overtredingen.

Tot goed begrip diene dat vier — door bietentelers opgerichte — Nederlandse coöperatieve suikerfabrieken, in 1968 besloten hun aktiviteiten te bundelen en daartoe de „Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA" oprichten, die werd gemachtigd tot het nemen van bepaalde voor alle deelnemers bindende besluiten inzake de exploitatie van verwerkingsinstallaties, investeringen en prijzen, met dien verstande dat de telers voorshands zelf lid bleven van de basiscoöperaties die in het kader van de instructies die zij van Suiker Unie kregen — en onder haar leiding — de afzet van hun suiker bleven behartigen.

Naar de bedoeling van belanghebbenden zou het hierbij echter niet blijven; men wilde uiteindelijk komen tot een volledig geïntegreerde unie, waarvan de telers rechtstreeks lid zouden worden.

Dit werd in 1970 bereikt. Er kwam een nieuwe „Cooperatieve Vereniging Suiker Unie UA" en de reeds bestaande gelijknamige vereniging voegde aan haar naam het woord „Beheer" toe. Per 31 december beëindigde zij haar werkzaamheden, om enkele maanden later te verdwijnen.

Op 2 januari 1971 nam de nieuwe coöperatieve vereniging de plaats in van de vier basiscoöperaties; zijn nam al hun rechten en verplichtingen over en beperkte haar werkzaamheid niet langer tot coördinatie, doch trad nu zelfs als fabrikant op.

Verzoekster beschouwt zich daarom als nieuwe, van de oorspronkelijke coöperatieve vereniging wel te onderscheiden rechtspersoon, ook al heeft zij de naam van haar voorgangster overgenomen. De ken van feiten die door haar voorgangster zouden zijn begaan.

Maar al mocht deze redenering steun vinden in de Nederlandse wetgeving, zij impliceert dat de geldelijke sancties die de Commissie krachtens verordening 17 heeft toegepast straffen stricto sensu zouden zijn.

Maar wij zagen reeds dat dit geenszins het geval is; artikel 15, lid 4, der verordening zegt het duidelijk.

De boeten worden niet aan natuurlijke personen opgelegd, doch aan ondernemingen; en ofschoon de hierbedoelde ondernemingen rechtspersonen zijn heeft men ze als economische eenheden willen treffen.

Het is de economische realiteit die hier de doorslag moet geven, niet de vraag of Suiker Unie de rechtsopvolgster van haar voorgangster is.

In zoverre kan worden volstaan met de vaststelling dat er naar de aanvankelijke opzet vier basiscoöperaties naast elkander bestonden die, ofschoon rechtens eigenaressen hunner installaties, hun ak-

tiviteiten in vergaande mate zagen gecoördineerd door een centrale organisatie die over ruime bevoegdheden beschikte.

De plaats van die organisatie is vervolgens ingenomen door verzoeksters die na overneming van de activa en passiva der basiscoöperaties niet langer alleen maar over coördinerende bevoegdheden beschikt, maar een alomvattende economische eenheid is geworden.

En het lijkt ons in de lijn te liggen van verordening 17 wanneer men aan die economische eenheid de gedragingen van de vroegere organisatie — die zij ook onmiddellijk heeft opgevolgd — toerekent.

Een uitlegging in andere zin zou de verordening zinloos maken en de Commissie de haar in de verordening toegekende bevoegdheden ontnemen in het — niet theoretisch — geval van substitutie tussen het tijdstip waarop ten aanzien van een onderneming van met de mededinging strijdige gedragingen is gebleken en dat waarop de Commissie haar beschikking neemt. De Commissie is dan gerechtigd de vroegere gedragingen aan de nieuwe rechtspersoon toe te rekenen, zolang het maar om dezelfde economische eenheid gaat.

Wij stellen U daarom voor Suiker Unie in limine litis opgeworpen middel te verwerpen.

Thans zal moeten worden onderzocht hoe de Nederlandse fabrikanten enerzijds en de Tiense Suikerraffinaderij (RT) anderzijds zijn tewerkgegaan om de invoer van Belgische suiker naar de Nederlandse markt in vaste banen te leiden.

Daar is allereerst het feit dat Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij gedurende de vier verkoopseizoenen steeds meer witte suiker rechtstreeks bij hun concurrenten hebben aangekocht en — via hun eigen afzetorganisatie — in Nederland tegen dezelfde prijzen en condities als aldaar geproduceerde suiker verkocht, meestal onder hun eigen merk.

De Tiense Suikerraffinaderij (RT) blijkt in dezelfde tijd vrijwel geen andere leveringen op de Nederlandse markt te hebben gedaan, uitgezonderd enkele honderden tonnen die buiten de afstemming om voor denaturering zijn geëxporteerd.

Voorts heeft zij de Belgische handelaren overduidelijk te verstaan gegeven dat eventueel door hen beoogde uitvoertransacties naar Nederland slechts zouden worden gedoogd voorzover die uitvoer op verzoek van — en via — de Nederlandse fabrikanten plaats vond.

Toch heeft het er de schijn van dat deze laatsten tijdens de beide eerste verkoopseizoenen niet geheel in staat waren hun nationale markt te controleren. Of het nu gaat om belangrijke suikerimporten uit Frankrijk — waarover wij nog komen te spreken — of om kleinere partijen die uit België bij kleine van de Tiense Suikerraffinaderij onafhankelijke ondernemingen konden worden betrokken, er deed zich op de Nederlandse markt een vrij hevige concurrentie gevoelen, die zelfs tot de zogenaamde „suikeroorlog" heeft geleid.

Ongetwijfeld in verband hiermede hebben de Tiense Suikerraffinaderij en de Nederlandse fabrikanten met ingang van het seizoen 1970/1971 besloten — via druk op de in hun landen gevestigde handelaren — de suikerhandel tussen beide landen volkomen aan banden te leggen.

Aan de twee Belgische Exporteurs Export en Hottlet verleende de Tiense Suikerraffinaderij het uitsluitend recht in Nederland te verkopen, op voorwaarde dat zij alleen zouden leveren aan kopers of verbruikers die door de fabrikanten aldaar werden erkend alsook alle uitvoer naar de Nederlandse markt van door onafhankelijke Belgische raffinadeurs geproduceerde suiker zouden beëindigen.

Hunnerzijds hebben Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij, die de markt voor consumptiesuiker in Nederland volledig wilden controleren, niet rechtstreekse leveranties van Belgische suiker slechts aanvaard wanneer er gele-

verd werd aan de melkindustrie die per jaar 50 000 à 70 000 ton suiker afneemt en bovendien de door haar geproduceerde blikken gecondenseerde melk naar elders exporteert.

De Nederlandse handelaren die vanouds aan die industrie leverden, waren dus gedwongen te vermelden dat suiker die zij uit België importeerden, inderdaad voor de melkindustrie bestemd was en in hun offertes te verklaren dat zij slechts zouden doorverkopen aan afnemers die door de nationale fabrikanten werden aanvaard.

Eenzelfde dwang werd uitgeoefend bij verkoop van de veel kleinere hoeveelheden suiker voor de chemische industrie.

Met ingang van het seizoen 1970/1971 werden deze handelaren op hun beurt geïntegreerd in het systeem dat door de Tiense Suikerraffinaderij en de Nederlandse fabrikanten gezamenlijk was opgezet, en wel in dier voege dat de leveringen van Belgische suiker door tussenkomst van de groothandel in beide landen zou geschieden.

Kortom, het op bescherming van de Nederlandse markt gerichte beleid berust ernerzijds op — niet weersproken — rechtstreekse leveringen van fabrikant aan fabrikant en anderzijds op het feit dat men de Belgische export naar bepaalde bestemmingen of afnemers als voormeld via de handelaren liet lopen.

Dat men ook volgens dit plan te werk is gegaan, wordt ruimschoots aangetoond door talrijke stukken van de Tiense Suikerraffinaderij zelf en verder in hoofdzaak van Export.

Zonder de inhoud ervan thans gedetailleerd te willen bespreken, wijzen wij op het volgende:

— In de eerste plaats zien wij bevestigd dat er voor alle export naar Nederland welomschreven bestemmingsclausules golden; in telexberichten en brieven gewisseld tussen de Tiense suikerraffinaderij en Export, tussen Export en Jacobsen, tussen de Raffinerie Notre Dame te Oreye en Export —, en voorts in een reeks door Export en Hottlet met de Tiense Suikerraffinaderij gesloten koopcontracten wordt de Nederlandse melkindustrie met zoveel woorden genoemd;

— In de tweede plaats zijn er de handelsdocumenten van de Tiense Suikerraffinaderij, Export, het Comptoir Sucrier d'Anvers dan wel van Belgische fabrikanten die door de Tiense Suikerraffinaderij worden gecontroleerd; deze stukken houden de bevestiging in dat men aan andere Nederlandse verbruikers dan de melkindustrie of de chemische industrie niet heeft willen leveren;

— Tenslotte worden de omstandigheden waaronder de Belgische handelaren zich bij de politiek der fabrikanten hebben neergelegd, duidelijk gereleveerd in de telexberichten die op 19 en 20 augustus tussen de Tiense Suikerraffinaderij en Export zijn gewisseld. Nadat de Tiense Suikerraffinaderij zich bereid verklaard had suiker ten behoeve van de melkindustrie in Nederland ter beschikking van Export te stellen, heeft deze handelsfirma zich bereid verklaard met de raffinaderij mee te gaan „bij het uitwerken van een ondernemersafspraak met Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij".

Export verklaart met name op transacties betreffende Belgische suiker met de Nederlandse kopers-verbruikers niet te zullen ingaan, voor zoveel het gaat over hetgeen zij noemt *„de eigen Nederlandse behoeften"* — enerzijds aan consumptiesuiker, anderzijds aan in Nederland gezoete waren —, „met uitzondering van de melkindustrie". Export's verklaring geldt ook niet voor „de denaturering van suiker en de chemische industrie".

Dan is er, wat betreft de verhouding tussen Nederlandse fabrikanten en handelaren, een nota van Export aan de Tiense Suikerraffinaderij waarin gewag gemaakt wordt van de verbintenis die de drie traditionele Nederlandse importeurs jegens Suiker Unie en de Centrale Suiker Maat-

schappij hadden aanvaard „niet dan met hun toestemming te importeren voor de *Nederlands consumptie*". Dat die verbintenis ook is nagekomen, blijkt uit de handelscorrespondentie die met name tussen Jacobsen en Export is gewisseld.

In wezen houden deze stukken voor de Nederlandse markt een bevestiging in van — en een toelichting op — de beginselen die in het algemeen kader van de afstemming tussen de voornaamste Europese fabrikanten waren opgesteld en die de Tiense Suikerraffinaderij in een 31 augustus 1970 gedagtekende brief aan Export ook beknopt, helder en duidelijk heeft omschreven:

„Wat Nederland betreft, is ons uitgangspunt dat wij niets wensen te doen wat Suiker Unie of Centrale Suiker Maatschappij kan kwetsen, zoals zij van hun kant niets willen doen wat ons niet gelegen komt".

Onomwondener kan het niet worden toegegeven.

De Tiense Suikerraffinaderij was er ook zozeer van doordrongen dat zij het materiaal „overstelpend" noemt. Er zij overigens aan herinnerd dat sommige stukken, die uit haar eigen archieven afkomstig zijn, niet zonder moeite konden worden verkregen; in september 1971 moest de Commissie haar een boete van 4 000 rekeneenheden opleggen omdat zij de enquëteurs onvoldoende en onvolledig had ingelicht.

Zonder de authenticiteit der overgelegde stukken of de juistheid der in die stukken vermelde feiten te betwisten tracht de Tiense Suikerraffinaderij haar gedrag te rechtvaardigen met een beroep op het feit dat haar verhouding jegens Export destijds nogal gespannen was. Export was bang dat zij haar commerciële functie bij de „Tiense" vooral door de rechtstreekse leveringen van fabrikant aan fabrikant geleidelijk zou verspelen.

Omdat zij liever niet met ronde woorden tegen Export wilde zeggen dat „haar eigen belang medebracht dat zij de tussenhandel bij bepaalde transacties moest uitschakelen" had de Tiense Raffinaderij zich volgens haar eigen verklaring „achter haar buitenlandse collega's verschoten".

Met andere woorden: zij zou er de afstemming tussen concurrerende fabrikanten bij hebben te pas gebracht om de geprikkelde stemming van Exports directie te sussen.

Ontegenzeggelijk hebben er ernstige spanningen tussen beide bedrijven bestaan, althans tot op het ogenblik waarop Export zich, als gezegd, uiteindelijk bij de gemeenschappelijke politiek aansloot. En het lijdt geen twijfel dat de Commissie van de afstemming heeft vernomen uit de gewisselde brieven en nota's — waarin de meningsverschillen ter sprake kwamen die tijdens de beide eerste verkoopseizoenen tussen de twee ondernemingen waren gerezen —.

Dat doet echter aan de bewijskracht dezer stukken niet af, niet alleen wat de op Export uitgeoefende druk betreft, maar ook voorzover er uit blijkt welke gedragslijn Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij jegens de belangrijkste Belgische fabrikant en de Belgische exporteurs hebben gevolgd.

Dat ten aanzien van de Nederlandse fabrikanten ook met tussen derde gewisselde correspondentie wordt gewerkt, doet aan het standpunt van de Commissie geen afbreuk, voorzover die correspondentie bewijs oplevert van de ware toedracht der feiten, zoals die door het feitelijk gedrag der Nederlandse ondernemingen ruimschoots wordt bevestigd.

Wij achten dan ook bewezen dat het tussen die ondernemingen en de Tiense Suikerraffinaderij tot onderling afgestemde feitelijke gedragingen is gekomen; zij hebben feitelijke samenwerking willens en wetens voor de risico's der mededinging in de plaats gesteld teneinde aan de Nederlandse fabrikanten het behoud der op hun nationale markt ingenomen posities te verzekeren.

Dit raakte rechtstreeks de handel tussen de twee Lid-Staten.

Bovendien is zo ook de mededinging die zich normaliter had moeten ontwikkelen,

vervalst; consumenten en industriële verbruikers waren niet langer vrij in de keuze van hun leveranciers.

Of wij nu denken aan rechtstreekse leveranties van fabrikant aan fabrikant of aan het in bepaalde banen leiden van de voor bepaalde bestemmingen of adressaten bedoelde Belgische suikerleveranties aan Nederland, het ging in deze transacties om een belangrijk gedeelte van de totale Belgische export. Volgens de Commissie beliepen deze „gecontroleerde" transacties over drie van de hierbedoelde verkoopseizoenen 70 à 80 % van het totaal. De enige belangrijke uitzondering vormt het seizoen 1969/1970, toen de afstemming nog geen volledig succes was en van de Tiense Suikerraffinaderij onafhankelijke Belgische fabrikanten in Nederland nog aan de markt konden komen.

Gezien deze feiten gaat het betoog van verzoekster dat de leveringen van fabrikant aan fabrikant niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag zouden vallen, niet op.

Deze leveringen hielden weliswaar op zichzelf slechts een aanwijzing in, maar zij moeten worden bezien in verband met een onderlinge afstemming waarvan de uitvoering is bewezen; zij vormden een de middelen dier afstemming en mogen er niet van worden losgemaakt.

En al zijn sedert 1970 ook grote partijen door de Tiense Suikerraffinaderij gefabriceerde suiker niet rechtstreeks, doch via de traditionele handelaren aan Suiker Unie of aan de Centrale Suiker Maatschappij geleverd, dat laat onze conclusie ongewijzigd; de aan de Belgische exporteurs afgedwongen bestemmingsclausule is in casu, naar wij zagen, als een hoofdbestanddeel der afstemming te beschouwen.

Alvorens tot bespreking van de relaties tussen Pfeifer & Langen en de Nederlandse markt over te gaan, zullen wij nog aandacht moeten schenken aan een middel van formele aard van Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij: zij achten artikel 190 van het Verdrag geschonden. De bestreden beschikking zou onder meer zijn gemotiveerd met stellingen en beweringen die door hun algemene, summiere en soms onsamenhangende formulering niet aan de in artikel 190 gestelde motiveringseis zouden voldoen.

Men kan zich echter moeilijk voorstellen dat er in een zo lange en gedetailleerde beschikking nergens eens minder zorgvuldige formuleringen of elliptische zinswendingen te vinden zouden zijn. Maar de eis dat beschikkingen krachtens de artikelen 85 en volgende van het Verdrag met redenen omkleed moeten zijn, is gesteld teneinde de betrokken ondernemingen in staat te stellen te begrijpen wat hun in de bestreden beschikking nu precies wordt verweten en de gegrondheid der beschikking behoorlijk te kunnen betwisten. Kennelijk kan de Commissie in casu niet worden verweten dat zij wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden; de redengeving is wat betreft de aard en ernst der punten van bezwaar en de feiten waarop zij berusten, in ondubbelzinnige bewoordingen vervat.

Rest ons in te gaan op een laatste door CSM en de Tiense Suikerraffinaderij gezamenlijk opgeworpen middel. Zij menen dat te hunnen behoeve de tweede uitzondering van artikel 2, lid 1, van verordening 26 had moeten worden toegepast; hun gedragingen konden in ieder geval niet onder artikel 85, lid 1, worden gebracht omdat zij „vereist" waren „voor de verwezenlijking van de in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen".

CSM betoogd van haar kant dat haar produktie- en afzetapparaat maar gedeeltelijk had kunnen worden benut indien zij geen suiker meer bij de Tiense Suikerraffinaderijen zou hebben aangekocht; zij had de Nederlandse bietentelers dan niet meer kunnen betalen dan de minimumprijs die in de ordening der Gemeenschap is voorzien. Een der doelstellingen van artikel 39, te weten „de landbouwbevolking een redelijke levensstandaard te verzekeren", had dan in

Nederland niet kunnen worden verwezenlijkt.

Dit is mijns inziens een loze bewering waarvoor nog geen begin van bewijs is aangevoerd; CSM probeert zelfs niet aan te tonen dat zij alleen door haar suikeraankopen bij de Tiense Suikerraffinaderij in staat geweest is de telers een prijs te bieden die boven het communautair minimum uitgaat. Haar betoog houdt verder in dat de gezagsorganen van de Gemeenschap dit minimum zelf zo laag hadden gesteld dat die doelstelling niet kon worden verwezenlijkt. Het komt mij echter voor dat dit wordt ontzenuwd door het verband dat in verordening 1009 wordt gelegd tussen de interventieprijs voor witte suiker en de minimumprijs die aan de telers wordt verzekerd. Voorts betoogt CSM niet dat de onderling afgestemde gedragingen waarvoor zij zich heeft laten vinden, ook ter verwezenlijking van andere in artikel 39 van het Verdrag omschreven doelstellingen noodzakelijk zouden zijn geweest.

Een soortgelijke redenering volgt de Tiense Suikerraffinaderij; zij beroept zich echter juist op dit verband tussen de interventieprijs voor suiker en de bietenprijs: had zij binnen haar maximumquotum niet een deel van haar overschotten, onder meer in Nederland, kunnen verkopen, dan had zij de Belgische telers niet de zekerheid kunnen bieden dat zij de hun in verordening 1009 gewaarborgde minimumprijs zouden ontvangen. In ieder geval had zij de suiker niet aan het Belgische interventiebureau kunnen verkopen; de Belgische overheid zou haar dat hebben ontraden.

Op deze wijze tracht zij een rechtvaardiging te vinden voor haar beleid dat goeddeels bestond in het verkopen van grote hoeveelheden suiker — rechtstreeks of via de handel — aan concurrerende fabrikanten of grote kopers — vooral ten behoeve van de Nederlandse melkindustrie — tegen een prijs die tenminste op het niveau van de interventieprijs was gelegen.

Haar betoog faalt. Krachtens artikel 9, lid 1, van de basisverordening zijn de interventiebureaus verplicht alle hun door de fabrikanten aangeboden suiker te kopen; op hun verzoek heeft de Commissie ook de nodige stappen genomen om die verplichting door de nationale gezagsorganen te doen eerbiedigen.

In werkelijkheid is de Tiense Suikerraffinaderij het interventiesysteem zoveel mogelijk uit de weg gegaan.

Te minder mag zij de interventieprijs beschouwen als een gegarandeerde minimumprijs; de interventieprijs is alleen als zodanig te beschouwen wanneer het interventiestelsel ook werkt, hetgeen met de suikermarkt niet het geval was, zeker niet in België.

Wat betreft de suiker die zij tegen een lagere prijs voor denaturering heeft verkocht; men weet dat zij, om verlaging van de marktprijs te voorkomen, de handelaren heeft verboden deze suiker op de markt voor menselijke consumptie door de verkopen. Zij mag het niet doen voorkomen alsof zij aldus heeft bijgedragen tot de verwezenlijking van een andere doelstelling van artikel 39, te weten de verzekering van „redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers".

In ieder geval schijnt artikel 39 ons in de weg te staan aan een op grond van afstemming tussen de fabrikanten gevoerd beleid dat op afscherming der nationale markten gericht is.

Wij hebben tot nu toe alleen de betrekkingen tussen de Tiense Suikerraffinaderij en de Nederlandse markt onderzocht. De Commissie heeft echter ook aan de Duitse Firma Pfeifer & Langen een afstemming van gedragingen met de Nederlandse fabrikanten, met name met Suiker Unie, verweten.

Het gaat, wat Pfeifer & Langen's gedrag betreft, om soortgelijke feiten en omstandigheden als aan de Belgische onderneming zijn telastgelegd; voorzover er al geen algemeen kartel van de Europese fabrikanten in tot uiting komt, dan toch een gemeenschappelijk beleid dat erop gericht was eerbiediging der op de on-

derscheiden nationale markten ingenomen posities af te dwingen.

Behalve met het feit op zichzelf dat Pfeifer & Langen door haar suikerleveringen aan de Nederlandse fabrikanten aan de bescherming der Nederlandse markt zou hebben deelgenomen — waarnaast vrijwel geen leveringen aan andere Nederlandse kopers kunnen worden genoemd —, zou haar gedrag volgens de Commissie ook blijken uit sommige zich in het dossier bevindende stukken, ook al zijn die minder talrijk en al spreken ze minder voor zichzelf dan het materiaal dat tegen de Tiense Suikerraffinaderij was aangevoerd en dat zij zelf „overstelpend" noemde.

Een deel van die stukken betreft Pfeifer & Langen's gedrag vóór 1 juli 1970, maar de onderneming wordt alleen vervolgd wegens nadien begane feiten. Toch zouden deze stukken een aanwijzing kunnen behelzen dat het Duitse bedrijf op de Nederlandse markt niets heeft willen ondernemen wat SU en CSM achterdochtig kon maken. Maar in werkelijkheid zijn de paar gevallen van verkoopsweigering die in deze stukken ter sprake komen vanuit de destijds in het westen van Duitsland bestaande produktiesituatie te verklaren; in zoverre kan Pfeifer & Langen dus geen verwijt worden gemaakt.

In de tweede plaats gaat het in de door Export op 23 april en 6 mei 1970 opgemaakte nota's en processen-verbaal alleen om de betrekkingen tussen Export en de Tiense Suikerraffinaderij en niet om het gedrag der Duitse fabrikanten op de Nederlandse markt.

Weliswaar wordt in die bescheiden gesproken van een „globale" afstemming van gedragingen tussen de Europese fabrikanten en worden de grote lijnen dier afstemming aangegeven. Echter dient te worden erkend dat deze bescheiden in zo algemene en zo vage bewoordingen zijn gesteld dat het bewijs dat Pfeifer & Langen en de Nederlandse fabrikanten maatregelen zouden hebben genomen om de afstemming ook tot uitvoering te brengen, niet als geleverd mag worden beschouwd.

Dat de leveringen van Pfeifer & Langen op de Nederlandse markt geen grote omvang hebben bereikt, is ook te verklaren door het feit dat het prijsniveau in het Westen van de Bondsrepubliek blijkbaar niet beneden de Nederlandse prijzen lag; de Duitse onderneming heeft dus waarschijnlijk niet veel gezien in pogingen vaste voet op de Nederlandse markt te verkrijgen, te minder omdat men er op mocht rekenen dat Suiker Unie en CSM tegen serieuse pogingen in die richting krachtdadig zouden optreden.

In deze stand van het geding betwijfelen wij dus ernstig of er inderdaad aan een afstemming van gedragingen tussen de Nederlandse fabrikanten en Pfeifer en Langen uitvoering is gegeven.

Het blijft echter een feit dat deze onderneming begin 1971 aan Limako, een dochteronderneming van Suiker Unie, waarin Suiker Unie het voor het zeggen had, een niet onaanzienlijke hoeveelheid suiker heeft verkocht (20 000 ton volgens de Commissie; slechts 10 000 ton wanneer men Suiker Unie mag geloven) op condities die wel met de algemene opzet der op bescherming van de Nederlandse markt gerichte afgestemde gedragingen in verband moeten hebben gestaan.

Deze door Pfeifer & Langen met overschrijding van het basisquotum na 1 juli 1969 gefabriceerde suiker kon niet naar het volgend verkoopseizoen worden overgebracht in de zin van artikel 32 van verordening 1009, omdat de fabrikant niet had kunnen bewijzen dat hij de suiker vóór 1 juli 1971 in ongewijzigde staat en zonder restitutie buiten de Gemeenschap had geëxporteerd. De suiker moest derhalve krachtens verordening 2645/70 van de Commissie geacht worden op de binnenmarkt te zijn afgezet, zodat er eigenlijk een bedrag op moest worden gelegd overeenkomende met de hoogste heffing vermeerderd met één rekeneenheid per 100 kilogram.

Zoals bekend, heeft de Commissie bij verordening 458/73 op deze suiker als-

nog een forfaitair bedrag van slechts 2 rekeneenheden per 100 kilogram toegepast. Een der voorwaarden gesteld aan de levering van het bewijs van uitvoer was dat de identiteit van de uitgevoerde suiker en de door de betrokken fabrikant geproduceerde suiker moest zijn komen vast te staan. Met alle voorbehoud kan echter worden gezegd dat het er de schijn van heeft dat voor de suiker die Pfeifer & Langen boven haar basisquotum had gefabriceerd, een overeenkomstige hoeveelheid door Suiker Unie met inachtneming van haar basisquotum geproduceerde suiker in de plaats is gekomen. Die hoeveelheid zou inderdaad naar derde landen zijn uitgevoerd, terwijl de aan Limako geleverde suiker door Suiker Unie op de binnenmarkt zou zijn afgezet.

Het zou bij deze transactie dus tenslotte toch om een levering van fabrikant aan fabrikant zij gegaan; ook a contrario zou daarmede dan worden bewezen dat er aan een tussen Pfeifer & Langen en Suiker Unie tot stand gekomen afstemming metterdaad uitvoering is gegeven, voorzover namelijk de aan de dochteronderneming van de Nederlandse fabrikant geleverde suiker tenslotte voor menselijke consumptie bestemd is geweest en dus slechts tussen fabrikanten zou worden verhandeld.

Maar al mocht deze redenering worden aanvaard — en het dossier geeft ons daartoe geen vrijheid —, dan nog komt het ons niet mogelijk voor deze — op zichzelf staande — transactie als een voldoende aanwijzing voor een afgestemde gedraging te beschouwen.

Wij stellen dus voor de tegen Pfeifer & Langen gerichte grief betreffende de bescherming van de Nederlandse markt te verwerpen en de bestreden beschikking in zoverre nietig te verklaren.

Aan de Tiense Suikerraffinaderij heeft de Commissie bepaaldelijk een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag telastgelegd.

Haar machtspositie op de suikermarkt in België en Luxemburg in aanmerking nemend, verwijt de Commissie haar die positie te hebben misbruikt door gedurende de vier hierbedoelde verkoopseizoenen de beide Belgische exporteurs, Export en Hottlet, onder druk te zetten om de hun geleverde suiker slechts aan bepaalde afnemers of voor bepaalde bestemmingen te verkopen en aan haar eigen klanten dezelfde voorwaarden te stellen. Wij wezen er reeds op dat verzoekster deze handelaren, vooral met het oog op de afstemming met de Nederlandse fabrikanten, heeft gedwongen zich naar haar verkooppolitiek te gedragen. Meer in het algemeen heeft zij hun commerciële vrijheid van handelen sterk aan banden gelegd, zowel op het vlak van het intracommunautair handelsverkeer als wat de uitvoer naar derde landen en de verkoop van suiker voor denaturering betreft.

Bij de bespreking van deze grief zullen wij hebben stil te staan bij de drie aan toepassing van artikel 86 gestelde voorwaarden.

Allereerst moet de machtspositie een „wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt" betreffen.

Het gaat hier niet zozeer om het territoir waarop de betrokken onderneming zich doet gelden als wel om haar marktmacht. Of de hierbedoelde voorwaarde is vervuld, hangt dus ook van bepaalde zuiver kwantitatieve factoren — als niveau en structuur van produktie en verbruik — af, maar in nog meerdere mate van kwalitatieve gegevens, waaraan het relatief belang van de markt waarop deze machtspositie zich zou doen gelden — in verhouding tot de gehele gemeenschappelijke markt — kan worden afgelezen. Daarbij moet op bevolkingsdichtheid, levensstandaard en omzet worden gelet.

In casu gaat het om een machtspositie op de Belgisch-Luxemburgse markt. Veelzeggend is reeds de vrij grote suikerproduktie, die van 500 000 ton in 1968/1969 is opgelopen tot 770 000 ton in 1971/1972 — ofwel bijna 10 % van de totale suikerproduktie der Gemeenschap —. Bovendien worden er grote overschotten gekweekt, warvoor in de overige Lid-Staten of buiten de gemeen-

schappelijke markt afzet moet worden gevonden: het toch niet onaanzienlijk verbruik in dit gebied komt niet boven een gemiddelde van 350 000 ton per jaar uit.

De regionale suikereconomie is dus gekenmerkt door een omvangrijke, in de jaren 1968-1972 sterk gestegen produktie.

Eveneens moet rekening worden gehouden met de in verhouding tot het territoir grote dichtheid van een bevolking met hoge levensstandaard en met de hoge industriële ontwikkelingsgraad van België en Luxemburg.

De Belgisch-Luxemburgse markt is dus binnen de Gemeenschap een regionale markt die, vergeleken met de marktgebieden die er noord- en oostwaarts aan grenzen, geheel eigen trekken vertoont.

Met andere woorden, er is hier sprake van een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt; in Uw arrest van 21 maart 1974 (zaak 127-73, BRT - Jurispr. 1974, blz. 315) hebt U dat trouwens reeds uitgesproken.

In de tweede plaats is overduidelijk aangetoond dat de Tiense Suikerraffinaderij op die markt een machtpositie inneemt; zij is er veruit de grootste fabrikant en neemt, volgens haar eigen verklaring, 65 % van de Belgische suikerproduktie voor haar rekening. Dit bewijst reeds dat zij in staat is er een overwegende invloed uit te oefenen. Maar dat is niet het enige. Zij heeft tenminste de helft van het kapitaal in handen van twee andere raffinaderijen, de NV Suikerfabrieken van Vlaanderen te Moerbeke-Waas en de SA Raffinerie Notre-Dame te Oreye; in de raad van bestuur van ieder der drie bedrijven komen we deels dezelfde leden tegen, zij heeft het dus in haar macht deze ondernemingen te controleren. Zij moge tot haar verweer aanvoeren dat zij van die macht in werkelijkheid nimmer gebruik gemaakt heeft, uit de stukken die de Commissie heeft overgelegd blijkt dat deze ondernemingen vrijwel steeds de verkooppolitiek van de Tiense Suikerraffinaderij hebben gevolgd.

In de tussen deze fabrikanten en de Belgische exporteurs afgesloten contracten zijn ook weer de bestemmingsclausules te vinden die verzoekster haar handelaren voorschrijft.

Zo heeft de „groep Tienen" 85 % van de markt in haar greep — de suikerimport is in België van zeer weinig betekenis —. Voorts oefent de Tiense Suikerraffinaderij ook haar invloed op kleinere suikerfabrieken en raffinaderijen uit, via een meerderheidsdeelneming — bijvoorbeeld in Warneton — dan wel door afzetcontracten — bijvoorbeeld met Naveau —.

In niet mindere mate heeft zij de suikerfabrieken te Liers, Embresin, Couplet en Donstiennes in haar macht.

Zo is zij in staat tot een onafhankelijk marktgedrag en kan zij haar politiek vrijelijk bepalen zonder dat zij op haar markt rekening behoeft te houden met hetgeen haar concurrenten, kopers of leveranciers doen.

Ofschoon sommige door haar gecontroleerde ondernemingen zich een enkele maal voor vrije uitvoer naar Nederland of Duitsland hebben laten vinden, rechtvaardigen deze beperkte inbreuken op haar politiek niet de minste twijfel aan haar werkelijke beheersing van de Belgisch-Luxemburgse markt.

Waar zij de suikerproduktie dus goeddeels in handen had, over grote overschotten beschikte, haar politiek op die der Nederlandse fabrikanten — en (naar wij nog zullen zien) voor de markt in het westen van de Bondsrepubliek op die van Pfeifer & Langen — had afgestemd, kon verzoekster niet gedogen dat de Belgische exporteurs zich leenden voor transacties die haar eigen politiek in gevaar zouden kunnen brengen.

Zij moesten er dus toe worden gebracht zich inschikkelijk te betonen dan wel zich zonder meer voor haar verlangens te buigen en haar richtlijnen te volgen. En daarbij heeft de Tiense Suikerraffinaderij haar machtspositie misbruikt.

Om te beginnen spreken de stukken betreffende de voorziening van de Neder-

landse markt en de markt in het westen van de Bondsrepubliek met Belgische suiker een duidelijke taal.

Het gaat in die stukken om de verhouding tussen de Tiense Suikerraffinaderij en de firma's Export en Hottlet en er blijkt uit dat verzoekster hun slechts suiker heeft willen verkopen op voorwaarde dat de verplichtingen die men had aanvaard jegens de buitenlandse fabrikanten wier toestemming voor invoer op hun marktgebied en voor levering aan bepaalde bestemmingen en afnemers moest worden verkregen, stipt zouden worden nagekomen.

Het misbruik van een machtpositie blijkt niet alleen uit de instructies die aan Export en Hottlet werden verstrekt — in het kader van een verkoopsbeleid waarbij zij zich wel moesten aansluiten — doch ook uit de middelen die verzoekster heeft toegepast om het tot dienovereenkomstig marktgedrag te bewegen.

Zij heeft de exporteurs voor een alternatief geplaatst: braaf haar instructies uitvoeren, in welk geval er voor hen, maar vooral voor Export, een betrekkelijk gunstige behandeling zou zijn weggelegd, dan wel verder onafhankelijk zaken doen, maar hun belangrijkste, zo niet enige leverancier kwijt te raken. De Belgische handelaren hebben zich grotendeels toegelegd op uitvoer, vooral naar derde landen. Maar het feit dat de Tiense Suikerraffinaderij nagenoeg een monopoliepositie innam betekende dat zij redelijkerwijze niet mochten verwachten elders dan bij de „Tiense" of bij door haar gecontroleerde raffinadeurs voldoende suiker te kunnen betrekken.

Voorts is komen vast te staan dat verzoekster het dank zij haar buitenlandse concurrenten voor haar uitvoer meestal wel buiten de handelaren kon stellen.

De dreiging die van een en ander op de exporteurs uitging is natuurlijk nooit in ronde woorden geformuleerd.

Zij werd meer genuanceerd tot uitdrukking gebracht, ofschoon uit de correspondentie toch wel heel duidelijk blijkt dat verzoeksters zeker niet zouden toestaan dat de handelaren het met haar eisen op een akkoordje gooiden.

De pressie kwam dus, met name naar gelang van de ontwikkeling der betrekkingen tussen verzoekster en Export, niet steeds op dezelfde wijze tot uiting.

Soms werd aan Export alleen maar te verstaan gegeven binnen welke grenzen haar commerciële medewerking op prijs werd gesteld. Zo in een door Export opgesteld verslag van een op 26 april 1970 met de vertegenwoordigers der Tiense Suikerraffinaderij gehouden bespreking. Daarin wordt bevestigd dat Export het voorkeursrecht op aankoop bij de raffinaderij behield — zonder dat er evenwel van exclusiviteit mag worden gesproken —. Bij wege van morele verplichting zou een deel van de overschotten voor Hottlet worden gereserveerd.

Evenwel zouden, met name wegens de afstemming tussen Europese raffinadeurs, „de handelsbetrekkingen tussen de ‚Tiense' en Export niet gelden voor een aantal rechtstreeks tussen raffinadeurs of producenten lopende zaken".

Export gaat nog een stap verder door in een nota van 23 april haar beduchtheid uit de spreken dat „de politiek der raffinadeurs haar niet zal toestaan in de grensgebieden van de Benelux, Frankrijk en Duitsland te leveren".

In deze nota wordt in twijfel getrokken of „wij een contingent kunnen verkrijgen, want de Tiense Suikerraffinaderij zal wel niet een beleid willen voortzetten dat ingaat tegen de afspraken die zij met de andere raffinadeurs heeft gemaakt".

Hoewel Export hier slechts aan een bij haar gerezen twijfel uiting geeft, kan aan dit stuk Export's beduchtheid voor verkoopweigering worden afgelezen.

In andere gevallen treedt de pressie meer rechtstreeks aan de dag. Bij een transactie betreffende de uitvoer van ruwe suiker naar de Engelse onderneming Tate and Lyle — waarmede de Tiense Suikerraffinaderij ook financiële banden onderhield — werd aan Export voorgesteld als makelaar op te treden, evenwel „op voorwaarde dat de gemeenschappelijke

politiek die ten aanzien van de inschrijvingen voor export was voorgeschreven, zou worden geëerbiedigd."

Export's nota betreffende een onderhoud met een der directieleden van de Tiense Suikerraffinaderij eindigt met de navolgende woorden: „Als tegenprestatie (bij de onderhavige transactie) vraagt hij ons onze vrijheid om deel te nemen aan de inschrijvingen voor export van ruwe en van witte suiker *te laten varen*. Impliciet weigert de Tiense Suikerraffinaderij ons ruwe suiker aan te bieden wanneer wij die kunnen verkopen waar ons goeddunkt".

In dezelfde zin de telexberichten die beide ondernemingen op 19 en 20 augustus 1970 hebben gewisseld; zij kwamen reeds in verband met de bescherming van de Nederlandse markt ter sprake. In die stukken wordt duidelijk omschreven onder welke voorwaarden Export, als tegenprestatie voor het feit dat zij in het exportcircuit naar Nederland was gehandhaafd, voor consumptiesuiker van transacties met de Nederlandse kopersverbruikers heeft moeten afzien. Dat voor de „Tiense" eerbiediging van strenge bestemmingsclausules en de verzekering dat zij voor de toegestane exporten van Export's diensten gebruik zou maken onlosmakelijk samenhingen, blijkt uit deze documenten overduidelijk.

Voor de uitvoer naar derde landen werden soortgelijke offers van Export verlangd; meermalen moest zij, volgens een van de duidelijkste formuleringen, „faire le sacrifice de ses mandants" en niet aan bepaalde inschrijvingen voor export deelnemen of met een kleinere offerte genoegen nemen.

Dit wordt wederom bevestigd in een nota van Export waarin wordt uitgesproken dat de „Tiense" haar vrijheid van handelen en haar mogelijkheden om wat de exportsituaties betreft tot zaken te komen, nog verder heeft beperkt.

Welke eisen de Tiense Suikerraffinaderij ten deze stelde blijkt ten slotte bijzonder duidelijk uit een koopbevestiging die Export op 1 oktober 1970 aan de Nederlandse firma Jacobson deed toekomen en waarin wordt gezegd dat Export en Hottlet voor het seizoen 1970/1971 van de Tiense Suikerraffinaderij het uitsluitend recht tot verkoop van uit België te exporteren suiker hadden verworven, evenwel onder de dwingende voorwaarde dat de handelspolitiek van de groep-Tienen zou worden geëerbiedigd: „in dier voege dat transacties inzake Belgische suiker waarbij men zich niet aan deze gedragslijn houdt door de groep niet kunnen worden toegestaan en ons het verkregen alleenverkoopsrecht doen verliezen".

Verzoeksters relaties met de firma Hottlet moeten in hetzelfde licht worden bezien, zowel wat betreft leveringen voor een tevoren vastgelegde bestemming als wat betreft verkoop van suiker uitsluitend voor denaturering.

Op grond van deze verschillende gegevens mag worden gezegd dat de Tiense Suikerraffinaderij misbruik heeft gemaakt van haar sterke positie op de Belgische en Luxemburgse markt en zowel aan Export als aan Hottlet de mogelijkheid van een zelfstandige handelspolitiek heeft ontnomen. Zij heeft daardoor de mededinging op de suikermarkt, zowel binnen de Gemeenschap als voor de uitvoer naar derde landen, sterk aan banden gelegd.

Deze beide handelaren, die zich in hoofdzaak op de suikerhandel, vooral naar derde landen, hadden toegelegd, namen natuurlijk tegenover een fabrikant die de — goeddeels excedentaire — produktie bijna volledig verzorgt en controleert, een zeer afhankelijke positie in.

Zonder noemenswaarde andere bevoorradingsmogelijkheden konden zij de eisen van een onderneming die nagenoeg een monopoliepositie inneemt, niet naast zich neerleggen.

De Tiense Suikerraffinaderij heeft van die sterke positie geprofiteerd om de exporteurs haar wil op te leggen. Zij heeft de mededinging in de Belgische suikerhandel beperkt, zoal niet uitgeschakeld.

Zulke feiten vallen wel degelijk onder artikel 86 van het Verdrag. Wanneer een sterke onderneming een zwakkere zuster met economisch nadeel bedreigt voor het geval dat zij haar voorwaarden niet aanvaardt, is er misbruik van een machtspositie. Aan een dergelijke situatie moeten objectieve criteria worden aangelegd. Wanneer zij maar resulteren in een economische pressie die de mededinging beperkt, doen de toegepaste middelen weinig meer ter zake.

Volgens artikel 85, zoals het met inachtneming van het beginsel van artikel 3, f, van het Verdrag moet worden uitgelegd, mag de mededinging door zulk een pressie niet worden verstoord, laat staan verhinderd.

Als misbruik is volgens artikel 86, tweede alinea, onder meer te beschouwen:

a) het rechtstreeks of zijdeling opleggen van onbillijke aan- en verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; alsook

b) het beperken van ... de afzet ... ten nadele van de verbruikers.

Wij menen dat de handelwijze van de Tiense Suikerraffinaderij jegens Export en Hottlet onder deze beide rubrieken valt.

Mag de Nederlandse fabrikanten eenzelfde verwijt worden gemaakt?

Ja, zegt de Commissie. Tijdens het verkoopseizoen 1968/1969 hebben de drie Nederlandse handelaren: Internatio, Jacobson en Dudok de Wit, vanouds importeurs van suiker, contracten afgesloten tot aankoop van een grote partij Franse suiker — tenminste 70 000 ton — die in de loop van enige verkoopseizoenen zou worden geleverd.

Na deze transacties zouden de nationale fabrikanten, en wel met name Suiker Unie, die met lede ogen zagen dat een deel van deze suiker op de markt voor menselijke consumptie — die zij als hun domein beschouwden — beneden hun eigen prijs werd verkocht, de handelaren hebben gedreigd dat zij hun traditionele affaire in voor de melkindustrie bestemde, voorlopig door de douane toegelaten importsuiker onmogelijk zouden maken door die industrie tegen de condities van de wereldmarkt zelf te bevoorraden.

De handelaren zouden voor de dreiging zijn gezwicht en zich enerzijds hebben verbonden de uit Frankrijk ingevoerde suiker af te zetten tegen een prijs die, vergeleken met die van in Nederland geproduceerde suiker, niet al te concurrerend zou zijn en anderzijds de laatste partijen als voormeld ingevoerde suiker rechtstreeks te leveren aan de fabrikanten die zelf voor de afzet zouden zorgen; verder zouden zij zonder toestemming der fabrikanten niet meer tot zulke importen in Nederland overgaan.

Op deze wijze zijn er in de volgende seizoenen, 1969/1970 en 1970/1971, meer dan 14 000 ton uit Frankrijk afkomstige suiker door Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij gekocht.

Vervolgens zijn de handelaren opgenomen in de afzetcircuits die door de afstemming tussen de Nederlandse fabrikanten en de Tiense Suikerraffinaderij waren totstandgekomen. Wij zagen dat de import van vooral voor de melkindustrie bestemde Belgische suiker, onder voorbehoud van eerbiediging der bestemmingsclausules, via de traditionele Belgische en Nederlandse handelaren liep.

Dat de Nederlandse handelaren door Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij onder druk zijn gesteld, leidt de Commissie in hoofdzaak af uit een 8 juni 1970 gedagtekende interne nota aan Export.

Wij vernamen dat in die nota, die op verzoek van de president-directeur door de directeur Lemaire is opgesteld, een onderhoud is vastgelegd dat de heer Lemaire enkele dagen te voren had gehad met de heer Dudok de Wit, die toen directeur was van het gelijknamige Nederlandse handelshuis.

Daarin wordt met name gesproken van „bedenkingen" die de Nederlandse fabrikanten door tussenkomst van de heer Lindeboom, directeur van Suiker Unie, ter kennis van de Nederlandse impor-

teurs zouden hebben gebracht en van het „dreigement" ervoor te zullen zorgen dat de handelaren de verzorging van hun traditionele klant, de melkindustrie, zouden verspelen wanneer zij op de hun aldus afgedwongen overeenkomst niet zouden ingaan.

Voornamelijk op grond van deze gegevens komt de Commissie tot de conclusie dat Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij, onderling nauw samenwerkend en tezamen een marktpositie op de Nederlandse suikermarkt innemend, hun condities aan de handelaren hebben opgelegd. De Commissie meent dat zij aldus hun marktpositie hebben misbruikt en daarmede artikel 86 hebben geschonden, omdat het in Nederland heeft geleid tot beperking, ja verhindering van de vrije verkoop van uit andere Lid-Staten — in casu: Frankrijk — afkomstige suiker, waardoor het handelsverkeer binnen de Gemeenschap ongunstig zou zijn beïnvloed.

Omdat Export's nota voor de verificatie der door de Commissie gestelde feiten van zo groot belang is, hebt U besloten niet slechts de opsteller van die nota en zijn gesprekspartner de heer Dudok de Wit als getuigen te horen, doch ook de heer Sanders, destijds procuratiehouder en thans adjunct-directeur van de firma Jacobson, en voorts de heer Lindeboom, wiens optreden door de heer Lemaire met zoveel woorden ter sprake werd gebracht.

De heer Lemaire heeft weliswaar bevestigd dat hij zijn onderhoud met de heer Dudok de Wit getrouwelijk en volledig had weergegeven, maar bleef het antwoord schuldig op de vraag of de „overeenkomst" tussen de Nederlandse fabrikanten en de handelaren „onder een zekere druk dan wel vrijelijk" was tot stand gekomen.

Er zou volgens de heer Lemaire in zoverre sprake geweest zijn van „rapports qui avaient eu lieu en dehors des contacts directs qu'avait EXPORT"; hij kon de vraag dus niet precies beantwoorden.

De heren Dudok de Wit en Sanders hebben uitgelegd dat de Nederlandse handelaren, die zich hadden verbonden in Frankrijk een grote partij suiker te kopen die besteld was op een tijdstip waarop de daling van de koers van de Franse frank die transactie voordelig maakte, zich na de officiële devaluatie van die munteenheid in een moeilijke situatie bevonden. In oktober 1969 nog niet geleverde suiker kon in Nederland nog slechts worden geïmporteerd tegen betaling van compenserende bedragen die de kostprijs dermate drukten dat het moeilijk werd die suiker zonder verlies op de Nederlandse markt af te zetten.

Alleen de Nederlandse fabrikanten waren in staat er op korte termijn grote partijen van te kopen.

Handelaren en fabrikanten onderhielden een geregeld contact; volgens de getuigen schijnen de handelaren zich toen eigener beweging tot Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij hebben gewend om hun suiker van Franse herkomst aan te bieden.

De fabrikanten zouden er dus niet om hebben gevraagd.

Wat betreft het „dreigement" dat door de heer Lindeboom zou zijn geuit: de heer Dudok de Wit heeft verklaard dat de heer Lemaire zijn eigen woorden verkeerd heeft uitgelegd. Dat de fabrikanten te kennen gaven zelf rechtstreeks te willen importeren voor levering aan de melkindustrie, was niets nieuws en men was reeds begonnen aan het daartoe bestaande voornemen uitvoering te geven. Dit feit hield op zich zelf een dreiging voor de Nederlandse handel in. Maar tijdens de onderhandelingen die fabrikanten en handelaren over de afzet van Franse suiker in Nederland hebben gevoerd, zou de heer Lindeboom van dit pressiemiddel in het geheel geen gebruik hebben gemaakt, althans niet in de bewoordingen waarin dat volgens de heer Lemaire zou zijn geschied.

De verklaring van de heer Sanders luidt enigszins anders. Hij geeft toe dat „in de hitte van een gesprek waarbij het er ... om ging ... een gedeelte van onze Franse suiker kwijt te raken, „gezegd [zou]

kunnen worden van wanneer jullie niet ophouden met dat importeren, dan doen wij zus of dan doen wij zo".

Maar zijns inziens was dat dreigement niet erg geloofwaardig: enerzijds was het niet waarschijnlijk dat de fabrikanten om zo te zeggen zichzelf concurrentie zouden aandoen en anderzijds namen de traditionele importeurs met het oog op onderhandelingen op de wereldmarkt een betere positie in dan zij zelf; en tenslotte mochten de fabrikanten er niet op rekenen dat zulke importen ook in de toekomst mogelijk zouden zijn, immers de verordeningen van de Gemeenschap inzake de suikerinvoer uit derde landen konden van het ene seizoen op het andere worden gewijzigd.

De heer Lindeboom ontkent categorisch tijdens de gesprekken die hij ten deze met de Nederlandse handel heeft gevoerd, dreigementen te hebben geuit.

Die contacten zouden ook beperkt zijn gebleven tot een gesprek met de heer Kopmels, destijds directeur van de firma Jacobson, met wie hij persoonlijke betrekkingen onderhield en op vertrouwelijke voet stond. Hij had de heer Kopmels slechts overtuigd dat fabrikanten én handelaren gezamenlijk „zelfdiscipline" zouden moeten opbrengen om het hoofd te bieden aan de risico's waarmede de monetaire situatie de suikerprijzen in Nederland bedreigde. En alleen al de gedachte dat de Nederlandse handel in de persoon van de heer Kopmels zich door Suiker Unie zou hebben laten bedreigen, kwam hem hoogst onwaarschijnlijk voor.

Verzoeksters komen tot de slotsom dat hun houding geen misbruik oplevert en dat er alleen maar een normaal commercieel gedrag in tot uitdrukking komt: de Franse suiker was de traditionele handelaren tegen „dumping"-prijzen aangeboden en het lag voor de hand dat de fabrikanten deze manoeuvre met „price-cutting" beantwoordden. Het was logisch dat zij op het verlies van een deel hunner traditionele markt — die voor menselijke consumptie — reageerden met tijdelijke prijsconcessies op de markt van hun concurrenten (d.w.z. de markt voor gecondenseerde melk). Bovendien zouden de compenserende bedragen na de devaluatie van de Franse frank het voor de handelaren noodzakelijk hebben gemaakt naar een mogelijkheid tot afzet tegen niet zeer concurrerende prijzen te zoeken.

Ter qualificatie van het hierbedoelde marktgedrag zullen wij ons, naar het mij voorkomt, van objectieve en niet van morele criteria hebben te bedienen: voor misbruik in de zin van artikel 86 behoeven er geen dreigementen te zijn uitgesproken en behoeft het ook niet tot een formele boycott te zijn gekomen zoals die tijdens de suikeroorlog jegens de kruideniers is toegepast.

De overwegingen van Uw arrest-Technique Minière van 30 juni 1966 (Jurispr. blz. 391) gelden mutatis mutandis ook voor misbruik. Men dient volgens dat arrest „te letten op de aard en de al dan niet beperkte hoeveelheid der betrokken produkten, de plaats door ... partijen op de betrokken markt ingenomen", na te gaan of het marktgedrag „tot een geheel van overeenkomsten behoort" en „de mogelijkheden die met betrekking tot dezelfde produkten aan andere goederenstromen worden gelaten" in aanmerking te nemen.

Wanneer wij in casu deze maatstaven aanleggen, komen wij tot de volgende vaststellingen:

a) Wat betreft de hoeveelheid: wij weten dat in Nederland de produktie een tekort vertoont; in zulk een schaarstesituatie had de traditionele handel een bijzonder aktieve rol kunnen en moeten spelen.

b) De krachtsverhouding bewijst dat alleen al het belang der handelaren hen inschikkelijk deed zijn. Ten opzichte van de drie traditionele handelaren, die er op uit — en zeer wel in staat waren voor menselijke consumptie bestemde suiker te verkopen, nemen de fabrikanten nagenoeg een monopoliepositie in, verzekerd als zij ook zijn van de medewerking van de eni-

ge overigens in aanmerking komende leverancier (de Tiense Suikerraffinaderij), die zijn handelaren (Export en Hottlet) verbiedt anders te verkopen dan voor bestemmingen die door de Nederlandse suikerindustrie worden aanvaard en de Nederlandse fabrikanten ook ten allen tijde de middelen in handen kan geven om de markt der traditionele handelaren te breken.

c) De handelwijze die aan de Nederlandse fabrikanten wordt verweten, past in een globale opzet. Evenals voor de Tiense Suikerraffinaderij was ook voor Suiker Unie/Centrale Suiker Maatschappij de uitsluiting van de traditionele handelaren het verlengstuk van hun algemene strategie: de afstemming met de andere fabrikanten mocht door de traditionele handel niet wederom in gevaar worden gebracht; de handel moest dus onder controle worden gehouden.

De feiten hebben zich als volgt toegedragen:

na de weigering van Sucre-Union de resterende bestellingen te annuleren, hebben de Nederlandse fabrikanten de Franse suiker rechtstreeks gekocht en onder hun eigen merk verhandeld. De nadien door de Belgische aan de Nederlandse handelaren verkochte suiker ging steeds naar de condensindustrie (zo de 5 000 ton die op 1 oktober 1970 door Export aan Jacobson is verkocht). Toen Hottlet op 3 augustus 1971 suiker bij RT kocht, moest die suiker in door de koper te verstrekken polyethyleen-jutezakken van 50 kg worden gedaan, waarop het merk Suiker Unie was aangebracht; en de suiker ging naar Nederland — Suiker Unie —.

Het misbruik acht ik dus objectief bewezen; die bewijs vloeit voort uit de marktontwikkeling zelf, zoals die in het concrete gedrag der ondernemingen tot uitdrukking komt.

Export's nota van 8 juni 1970 moge voor beter begrip van het gedrag der ondernemingen interessant zijn, wij hebben haar nauwelijks nodig.

Uit het verhoor der hoofdpersonen waartoe U, meer dan vijf jaar na de feiten, bent overgegaan heeft — zoals in zulke gevallen ook normaal is — ieder het zijne trachten te halen. Het bracht een accentverschuiving, understatements, een terugkomen op wat aanvankelijk was gezegd, en, gezien de professionele status der betrokkenen, is dat ook alleszins begrijpelijk; maar het kan de objectieve analyse der feiten niet vervangen en het mag niet voor de stukken in de plaats worden gesteld.

Het enige punt van twijfel is of de episode van de „suikeroorlog" met een formeel geldige overeenkomst tussen handelaren en fabrikanten is besloten.

Het schijnt dat er wel degelijk de nodige besprekingen tussen de Nederlandse handelaren en hun Franse leverancier hebben plaats gevonden, waarbij men getracht heeft een regeling te treffen voor de nog resterende leveringen (met name wat de verpakking betreft); en anderzijds heeft er een schriftelijke afspraak tussen de Belgische en de Nederlandse handel bestaan (verkoopbevestiging van Export aan Jacobson dd. 1 oktober 1970, met verzoek aan deze laatste een duplicaat ondertekend terug te zenden).

Maar het feit dat Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij met de traditionele handelaren „overeenkwamen" dat deze laatsten alleen de condensindustrie met buitenlandse suiker zouden bevoorraden — en dat die marktverdeling ook is geëerbiedigd — mag onzes inziens, gezien de machtspositie der fabrikanten, niet anders worden gequalificeerd dan de handelwijze van de Tiense Suikerraffinaderij jegens de Belgische handel of wel het — nog te bespreken — door Süddeutsche Zucker AG en Südzucker-Verkauf GmbH en hun handelsvertegenwoordigers ingevoerde systeem. Wij zouden haast zeggen dat zich in deze modaliteiten de verschillende nationale temperamenten weerspiegelen.

Is er een machtspositie en kan de mededinging niet corrigerend optreden, dan is

het voor misbruik, zoals dat reeds in artikel 66 — 7° van het EGKS-Verdrag ter sprake komt, voldoende wanneer de onderneming die bedoelde machtspositie inneemt, die positie „gebruikt voor doeleinden strijdig met de doelstellingen van dit Verdrag".

Aan die maatstaven getoetst, valt het gedrag van Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij onzes inziens niet te rijmen met de doelstellingen van de gemeenschappelijke marktordening en is het, hun machtspositie in aanmerking genomen, ook als misbruik van die positie te beschouwen. Deze verzoeksters hebben, om het met artikel 86 te zeggen, „ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden [toegepast]", en hun daarmede nadeel bij de mededinging berokkend. Heeft er ook nog een overeenkomst bestaan, dan kan er nog slechts van een „Diktat" worden gesproken.

VIII — Bescherming van de markt der Bondsrepubliek Duitsland

In mindere mate dan Nederland en in veel mindere mate dan Italië was de Bondsrepubliek Duitsland een Lid-Staat waar voor de overschotten van andere landen der Gemeenschap afzetmogelijkheden hadden moeten worden gevonden. Het belang van dit potentiële goederenverkeer was echter, naar gelang van de behoeften en de jaarlijks beschikbare hoeveelheden in het eigen land geproduceerde suiker, streeksgewijze verschillend.

In zoverre kan men onderscheiden tussen het licht deficitaire Westen van de Bondsrepubliek en het Zuiden waar, met het Saargebied als belangrijke uitzondering, behoeften en voorzieningsbronnen elkaar ten naaste bij in evenwicht houden, seizoenschommelingen buiten beschouwing gelaten. Opgemerkt zij ook dat de suikerbietenteelt zich sinds de invoering der gemeenschappelijke ordening in zuidelijke richting heeft verplaatst en uitgebreid en dat het Zuiden thans bijna in de eigen behoeften kan voorzien. De belangrijkste onderneming in dit gebied, de Süddeutsche Zucker AG, heeft dan ook aan de Italiaanse inschrijvingen deelgenomen en naar Italië jaarlijks 10 000 à 20 000 ton suiker uitgevoerd.

Wij zullen derhalve ten deze tussen twee markten onderscheiden: die in het Westen en die in het Zuiden van de Bondsrepubliek.

Zij hebben één trek gemeen: tot 30 juni 1968, datum van inwerkingtreding van de gemeenschappelijke ordening, vielen de suikerproduktie en -handel er onder een nationale marktorganisatie.

Het Zuckergesetz van 1951 werd nadien uitgewerkt in drie andere regelingen, die onderscheidenlijk de suikerbietenprijs, de suikerprijs en de verevening der transportkosten betroffen. Onder vigeur van die wet was het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland in verkoopzones verdeeld. Ter vermijding van economisch niet rendabele transporten had men iedere fabriek een bepaalde sector toegewezen; alleen binnen die sector mocht zij haar produktie verkopen. De Vereveningskas verleende alleen restituties voor leveringen binnen de zone die aan de betrokken fabriek was toegewezen. Het contractueel verlengstuk dezer ordening was een regeling nopens de afzetwegen — die belanghebbende de keus liet uit een aantal varianten —.

Evenals voor de andere Lid-Staten, bracht de overgang van deze organisatie naar de gemeenschappelijke ordening der markten voor de Bondsrepubliek een fundamentele heroriëntering mede en bij de Wirtschaftliche Vereinigung Zucker heeft stellig de bedoeling voorgezeten het zichzelf en haar leden gemakkelijker te maken zich in de nieuwe situatie te vinden, toen zij een advocatenbureau te Stuttgart opdroeg „een advies over de mededingingsvraagstukken verband houdende met de gemeenschappelijke ordening der suikermarkten" uit te brengen.

Wij weten dat de afspraken tussen de Duitse fabrikanten weliswaar aan de vooravond van het eerste communautaire suikerverkoopseizoen (1 juli 1968) zijn gewijzigd, ongetwijfeld met het oog op de nieuwe ordening, doch ook medebrachten dat er drie verkoopkanto-

ren kwamen — en in bedrijf werden gesteld —.

Deze overeenkomsten zijn bij de Commissie aangemeld en worden in een nog hangende procedure onderzocht. Men kan slechts betreuren dat dit gezichtspunt dat stellig in het onderhavig geding meespreekt, nog niet is opgehelderd: beoordeling van de mérites der tot de Duitse fabrikanten en hun verkoopkantoren — en hun partners op de gemeenschappelijke markt — gerichte verwijten en wetenschap van de overeenkomsten die aan de Commissie zijn betekend en van de afspraken waaraan fabrikanten of kantoren en tussenhandelaren-wederverkopers gebonden zijn, hangen ten nauwste met elkander samen.

Pogingen de ontwikkeling van de markt in de Bondsrepubliek te beoordelen zouden onzes inziens in ieder geval vruchteloos worden ondernomen zolang er geen rekening wordt gehouden met de afstemming tussen de Duitse suikerfabrieken en de suikerindustrieën in de andere staten, met genoemde opsplitsing van de nationale markt in verkoopzones en voorts met het doen en laten van de verkooporganisatie der fabrikanten.

U zult daarom wel goedvinden dat wij afzonderlijk stilstaan bij enerzijds het feitencomplex dat het Westen van de Bondsrepubliek betreft — en de beide punten van bezwaar die op dat marktgebied betrekking hebben: afstemming tussen de Tiense Suikerraffinaderij en Pfeifer & Langen en overeenkomsten van Pfeifer & Langen en de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft met hun tussenhandelaren — en anderzijds het Zuiden van de Bondsrepubliek:

afstemming tussen de Süddeutsche Zukker AG en Béghin, waarbij komen de afstemming tussen Franken, dochteronderneming van de Süddeutsche Zucker AG en Sucre Union en overeenkomsten tussen Südzucker-Verkauf — met de Süddeutsche Zucker AG als belangrijkste lid — en de wederverkopers.

1. Wat betreft de bescherming van de markt in het Westen van Duitsland maakt de Commissie gewag van gedragingen die tijdens de drie verkoopseizoenen 1969/1970 tot en met 1971/1972 tussen de Tiense Suikerraffinaderij en de firma Pfeifer & Langen zouden zijn „afgestemd".

Deze gedragingen kunnen onder de volgende rubrieken worden gebracht:

— De meeste leveringen van Belgische suiker in dit gebied van de Bondsrepubliek hebben reststreeks van fabrikant aan fabrikant plaats gehad en wel — tenminste wat witte suiker betreft — onder soortgelijke condities als op de Nederlandse markt bleken te zijn gesteld.

Deze in het eerste verkoopseizoen betrekkelijk geringe leveringen hebben in de volgende jaren geleidelijk een aanzienlijke omvang bereikt; van 3 400 ton in 1968/1969 — waarvan er slechts 800 rechtstreeks aan Pfeifer & Langen zijn geleverd — liepen zij in het laatste verkoopseizoen op tot 45 300 ton, waarvan bijna 30 000 aan Pfeifer & Langen werd geleverd.

Het aandeel der rechtstreekse leveringen beliep in de beide laatste verkoopseizoenen ongeveer 75 % van de totale Belgische uitvoer naar dit gebied.

Wel moet worden bedacht dat deze transacties goeddeels ruwe suiker betroffen; wij komen op dit aspect nog terug.

— Jegens Pfeifer & Langen blijkt de Tiense Suikerraffinaderij in grote trekken dezelfde politiek te hebben gevolgd als ten opzichte van de Nederlandse fabrikanten. In een 11 september 1970 gedagtekende telexbericht van Export aan verzoekster wordt ten duidelijkste herinnerd aan haar instructies, namelijk „niets te doen wat in het kader van Pfeifer & Langen's klantenkring de structuur van de suikermarkt in Duitsland kan verstoren". Dit beginsel wordt bevestigd door een 14 september gedagtekend schrijven van Export aan een Duitse groothandelaar.

— Bezien in samenhang met deze politiek, wordt ook duidelijk dat de Tiense Suikerraffinaderij soms niet aan Duitse handelaren heeft willen leveren en dat

aan de Belgische exporteurs de verplichting werd opgelegd bij hun verkopen aan Duitse verbruikers prijzen aan te houden die zo dicht mogelijk lagen bij die welke in het gebied van bestemming werden berekend, zulks teneinde de kopers te ontmoedigen.

— Ook in de pressie van de groep-Tienen op de Belgische exporteurs, die ertoe moesten worden gebracht slechts met goedvinden van Pfeifer & Langen te exporteren, is een afspiegeling te zien van verzoekster's marktgedrag inzake de exporten naar de Nederlandse markt. Die pressie was onmiskenbaar bedoeld om bepaalde bestemmingsclausules af te dwingen.

Voorzover deze afgestemde gedragingen leveringen van witte suiker betroffen, lijkt ons aangetoond dat zij voortkwamen uit een afstemming tussen de Tiense Raffinaderij en Pfeifer & Langen en in de lijn liggen van een zorgvuldig gecoördineerd marktgedrag van deze beide ondernemingen.

De stukken spreken hier een zeer duidelijke taal.

Toen de Tiense Suikerraffinaderij in juli 1969 bemerkte dat voor denaturering verkochte Belgische suiker in werkelijkheid op de Duitse markt voor menselijke consumptie werd geïmporteerd, heeft zij fel gereageerd en er op gewezen dat het voor consumptie beschikbaar komen van deze suiker „slechts mogelijk was dank zij prijzen die gelegen waren beneden die welke door de Duitse fabrikanten werden gevraagd; zij betreuren dan ook ten zeerste dat hun markt aldus onder druk is komen te staan." Zij dringt er daarom bij de Belgische handelaren op aan zulke transacties stop te zetten. Zowel Export als Hottlet blijken zich vervolgens te verplichten voor denaturering gekochte suiker ook alleen voor denaturering door te verkopen.

Ook in de vele brieven die tussen de Belgische handelaren en de Tiense Suikerraffinaderij — of door haar gecontroleerde fabrikanten — zijn gewisseld, wordt — wat 1970 betreft — bevestigd dat de exporteurs zich hadden verplicht in Duitsland geen suiker voor menselijke consumptie te leveren.

De hun opgelegde verplichting zich behoudens goedvinden van Pfeifer & Langen van vrije leveringen aan industriële verbruikers of in het aan België grenzend gebied van de Bondsrepubliek te onthouden dan wel alleen te leveren tegen prijzen die aan de prijzen van de Duitse onderneming waren aangepast, wordt uitdrukkelijk genoemd in stukken die van Export zijn uitgegaan en de geest ademen van het procesverbaal van 30 april 1970 dat in de reeds aangehaalde bewoordingen wijst op de door de Tiense Suikerraffinaderij vastgestelde politiek: „pas de mouvement de sucre de pays à pays si ce n'est en concertation de producteur à producteur".

Het kan dan ook geen verbazing wekken dat de Tiense Suikerraffinaderij in een reeks tussen Export en haarzelf gewisselde telexberichten naar aanleiding van een belangrijke bieding die aan Export was gedaan door een Duitse handelaar die Pfeifer & Langen al te zeer zou onderbieden, een hogere prijs heeft verlangd — onder condities die er toe hebben geleid dat de transactie ten slotte geen doorgang vond —.

Voorts wijzen een aantal door Export en Hottlet in het verkoopseizoen 1969/1970 aan Belgische fabrikanten gezonden biedingen of verkoopbevestigingen er op, dat zij voor Duitsland bestemde suiker slechts hebben willen verkopen tegen een prijs af-fabriek die hoger lag dan zij voor andere bestemmingen moesten aanhouden.

De weigeringen om op de markt in het Westen van de Bondsrepubliek te verkopen worden ook bewezen door de correspondentie tussen de Tiense Suikerraffinaderij en Export, blijkens welke de groep-Tienen zich soms bedektelijk, door het verlangen van niet aantrekkelijke prijzen, tegen verkopen op de Duitse markt heeft verzet. Een bevestiging hiervan is ook te vinden in het feit dat de Duitse handelsbedrijven er dan weer hun spijt over uitspraken dat zij van de Belgische handelaren niet tijdig biedingen te-

gen voldoende interessante prijzen hadden ontvangen.

Op deze stukken baseert de Commissie haar stelling dat aan deze gedragingen een afstemming ten grondslag moet hebben gelegen. Wat ons betreft: het komt ons voor dat deze stukken niet slechts zeer overtuigend zijn, doch ook aan het licht brengen dat hier eenzelfde werkwijze is toegepast als in de verhouding tussen RT en de Nederlandse fabrikanten bleek te zijn gevolgd. De gedragingen die er in naar voren komen zijn redelijkerwijze alleen te verstaan als middelen ter uitvoering ener algemene afstemming tussen de fabrikanten behelzende politiek.

Hoe anders zijn de weigeringen of de terughoudenheid te verklaren waarmede biedingen van Duitse handelaren of verbruikers werden beantwoord ofschoon de Belgische produktie in de drie hierbedoelde verkoopseizoenen grote overschotten vertoonde en er in het Westen van de Bondsrepubliek veel vraag naar suiker bleek te bestaan? Uit een en ander spreekt de bedoeling van de groep-Tienen Pfeifer & Langen op haar eigen terrein geen concurrentie aan te doen.

Evenals Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij ontzeggen verzoeksters al dadelijk alle bewijskracht aan stukken waarin de betrekkingen tussen de Tiense Suikerraffinaderij en de Belgische exporteurs, vooral Export, slechts in algemene zin worden becritiseerd. Er is echter geen enkele reden om aan te nemen dat de gegevens die aan deze brieven of zelfs aan de interne nota's van Export kunnen worden ontleend, bezijden de werkelijkheid zouden zijn. Zij vinden trouwens bevestiging in een briefwisseling met bepaalde Duitse handelaren.

Pfeifer & Langen heeft er op gewezen dat Export's belangen in deze zaak tegengesteld waren aan die van RT — wier politiek meermalen aan door Export beoogde transacties in de weg zou hebben gestaan —, maar het komt ons voor dat dit aan de geloofwaardigheid van Export's bescheiden in het geheel geen afbreuk doet; integendeel, die belangentegenstelling levert op zichzelf bewijs voor het gedrag der Tiense Suikerraffinaderij — die ook niet heeft gesteld dat haar verklaringen door Export zouden zijn verminkt of verdraaid —.

Ten slotte: de argumenten van Pfeifer & Langen, die betoogt nooit met zoveel woorden als deelneemster aan de afstemming te zijn genoemd, houden geen steek. Wordt in sommige stukken slechts in algemene termen van „Duitse fabrikanten" gewaagd, elders wordt de firma met zoveel woorden genoemd. Het bedrijf van Pfeifer & Langen was trouwens kennelijk dichter bij België gelegen dan de andere Duitse fabrikanten, zodat het op haar weg lag onmiddellijk met de groep-Tienen te concurreren.

Het enkele feit dat zij rechtstreeks Belgische suiker heeft aangekocht en vervolgens tegen dezelfde prijs als haar eigen suiker — alsook op dezelfde condities en onder haar eigen merk — heeft doorverkocht, stempelt haar tot RT's partner bij bedoelde afstemming. Voorts betwist verzoekster niet in ernst dat zij haar prijzen af-fabriek aan RT heeft medegedeeld en dat die informatie — binnen het bestek waarin zij werd verzocht en verkregen — slechts als een aanvulling op de afgestemde gedraging was te beschouwen — des dat de Belgische fabrikanten erdoor in staat werden gesteld de prijs van naar Pfeifer & Langen's verkoopzone uitgevoerde Belgische suiker aan te passen in dier voege dat die onderneming op haar eigen marktgebied geen concurrentie ondervond, c.q. de Belgische handelaren tot zodanige aanpassing werden verplicht —.

Om de redenen die wij bij onze bespreking van de bescherming der Nederlandse markt reeds hebben uiteengezet, zijn wij dan ook van mening dat de onderling afgestemde gedragingen waarmede men op dezelfde wijze de markt in het Westen van de Bondsrepubliek heeft willen beschermen, bewezen moeten worden geacht. Zij hebben kennelijk de handel tussen de beide Lid-Staten in ongunstige zin beïnvloed en waren er ook op gericht de mededinging die zich op dit

marktgebied had moeten ontwikkelen tegen te gaan, waardoor Pfeifer & Langen in staat werd gesteld een eenmaal ingenomen positie te behouden.

Het is nu nog slechts de vraag of deze — voor de affaire in witte suiker rechtstreeks bewezen — afgestemde gedragingen ook voor waar moeten worden gehouden voor de ruwe suiker die door RT aan Pfeifer & Langen is geleverd — het zou over de drie hierbedoelde seizoenen gaan om een totaal van omstreeks 55 000 ton —.

Waar het om rechtstreekse leveringen ging, heeft de Commissie ze bij gebreken van documenten waarmede een afgestemde gedraging kon worden bewezen, in het kader van de globale afstemming geplaatst, stellende dat RT bij zulke leveringen geen enkel belang had. Enerzijds beschikte zij over een raffinagecapaciteit die haar — met die van Oreye — in staat stelde alle door haar zelf geproduceerde suiker te raffineren; anderzijds was het haar, gezien de grote vraag naar Belgische suiker van de Duitse handelaren en verbruikers — die, naar wij zagen meestal niet werd bevredigd —, mogelijk geweest haar kopers witte suiker van eigen fabrikaat te leveren, en zij zou daarbij wegens de raffinage-marge ook belang hebben gehad. Noch de transportkosten (haar kopers woonden in een zeer nabijgelegen gebied) noch het feit dat zij een eigen verkooporganisatie had moeten opbouwen, zouden volgens de Commissie onoverkomelijke hinderpalen hebben opgeleverd.

Afgezien van de door haarzelf geproduceerde suiker, kon Pfeifer & Langen, om haar raffinagecapaciteit ten volle te benutten, aanvullende voorraden kopen bij fabrikanten in Noord-Duitsland. Zij heeft dat ook gedaan. Zij had RT's ruwe suiker dus helemaal niet nodig. En de prijs die zij voor Belgische ruwe suiker betaalde was bovendien zo hoog dat zij zelf aan een normale raffinage-marge niet toe kwam.

Het marktgedrag van verzoeksters kon dus slechts zijn verklaring vinden in wilsovereenstemming van beide ondernemingen die er op uit waren te voorkomen dat bedoelde aan Pfeifer & Langen geleverde hoeveelheden ruwe suiker door Belgische raffinadeurs tot witte suiker zouden worden verwerkt — om als eindprodukt naar het verkoopgebied van de Duitse onderneming te worden geexporteerd. —.

Verzoeksters zijn ter bestrijding van dit betoog komen aandragen met cijfermateriaal en overwegingen van technische aard, voornamelijk betreffende hun wederzijdse raffinagecapaciteit. De capaciteit van de Tiense Suikerraffinaderij zou kleiner zijn geweest dan de Commissie wil staande houden: 200 000 en geen 225 000 ton 's jaars; met name zou bij haar eigen capaciteit die van de Raffinerie Notre-Dame — die buiten de oogstperiode geen ruwe suiker kan raffineren — niet mogen worden opgeteld. Ook zou er rekening mee moeten worden gehouden dat verzoeker verplicht was de ruwe suiker te raffineren welke haar enige niet op raffinage ingerichte Belgische suikerfabrieken ter beschikking werd gesteld en hetzelfde zou gelden voor de stroop („égouts de sucreries") die werd geproduceerd in acht tot haar complex behorende vestigingen.

De Tiense Suikerraffinaderij zou zo per jaar gemiddeld de beschikking hebben gehad over 230 000 ton ruwe suiker. Zij moest daarvan een gedeelte rechtstreeks verkopen, niet alleen aan Pfeifer & Langen, maar ook aan raffinadeurs in andere Lid-Staten en zelfs in derde landen. Het lag dus in haar (ondernemers- én handels) belang liever rechtstreeks aan Pfeifer & Langen ruwe suiker te verkopen tegen een voor haarzelf voordelige prijs, dan — op gevaar af Pfeifer & Langen als afneemster te verliezen — voor witte suiker afzet te zoeken bij Duitse handelaren of verbruikers.

Wilde deze onderneming, die 260 000 ton per jaar, dat wil zeggen veel meer dan haar eigen produktie kon raffineren, van die capaciteit een enigszins lonend gebruik maken, dan zou zij genoodzaakt zijn geweest niet alleen bij RT maar ook bij andere fabrikanten vooral in Noord-

Duitsland, zeer grote hoeveelheden ruwe suiker op te kopen. De leveringen van de Belgische fabrikant waren daarvan trouwens maar een fractie. Pfeifer & Langen zou bovendien belang hebben gehad bij een grotere spreiding harer voorzieningsmogelijkheden, vooral om het hoofd te kunnen bieden aan een mogelijke, zoal niet waarschijnlijke teruggang van de leveringen uit Niedersachsen. Ten slotte zou zij met de uit België afkomstige ruwe suiker hoogwaardige witte suiker hebben kunnen fabriceren, waarvan de verkoop ook winstgevender zou zijn geweest.

Wij willen ons niet begeven in een technisch debat over de raffinagecapaciteit van de Tiense Suikerraffinaderij en van Pfeifer & Langen, te minder omdat de Commissie in zoverre een ander standpunt inneemt dan verzoeksters. Wij menen de zaak van een andere kant te moeten benaderen.

Eigenlijk heeft de Commissie niet zozeer bezwaar tegen het feit op zichzelf dat RT ruwe suiker aan Pfeifer & Langen heeft geleverd als wel tegen het feit dat er daarnaast geen noemenswaarde leveringen van witte suiker hebben plaatsgevonden, ofschoon RT in haar eigen welbegrepen belang naar zulke verkopen op de vrije markt van het Westen van de Bondsrepubliek had moeten streven en daartoe ook de middelen had — en het ontbreken van een verkooporganisatie een drogreden is —. In feite zijn deze leveringen van ruwe suiker voor die van witte suiker in de plaats gekomen. Zij verdienen afkeuring waar er een dienovereenkomstige hoeveelheid witte suiker uit België winstgevend op deze markt had kunnen — en moeten worden afgezet.

Het verdient overigens opmerking dat er in de loop van het verkoopseizoen 1970/1971, toen er in Duitsland een tekort aan witte suiker bestond, tegenover leveringen van ruwe suiker van de Tiense Suikerraffinaderij aan Pfeifer & Langen grotere partijen door Franse fabrikanten aan deze zelfde onderneming geleverde witte suiker stonden.

Een ander punt, waarop de Commissie met nadruk heeft gewezen, is dat deze leveringen, mede gezien de afstand Liers — Elsdorf, voor Pfeifer & Langen betrekkelijk kostbaar zijn geweest; de Commissie stelt daartegenover de winst die RT, door niet een gelijkwaardige kwaliteit witte suiker te verkopen, heeft gederfd.

De Commissie heeft niet nagelaten te wijzen op de innerlijke tegenstrijdigheid van Pfeifer & Langen's standpunt dat zij, ondanks haar wens de „Tiense" — wat witte suiker betreft — verre te houden van haar marktgebied, er anderzijds belang bij zou hebben gehad ruwe suiker van haar te kopen. Om niet de indruk te vestigen dat de leveringen van ruwe suiker het achterwege blijven van leveringen van witte suiker op haar markt konden verklaren, heeft Pfeifer & Langen in antwoord op dienaangaande door het Hof gestelde vragen doen zeggen dat zij bij RT's leveringen van ruwe suiker niet een zodanig belang had dat zij alleen daarom anderzijds op haar markt voor witte suiker concurrentie van RT zou hebben aanvaard. Maar dan mag men zich afvragen of het bij de Tiense Suikerraffinaderij niet net zo was gesteld: bij het verkopen van ruwe suiker aan Pfeifer & Langen had een onderneming van het formaat van RT, wanneer zij in normale omstandigheden een zelfstandig beleid had gevolgd, niet een zodanig belang dat zij alleen daarom van de verkoop van witte suiker in Pfeifer & Langen's verkoopgebied kan hebben afgezien.

In antwoord op de stelling der Commissie dat de leveringen der Tiense Suikerraffinaderij alleen te verklaren zijn door het feit dat Pfeifer & Langen voor de ruwe suiker een „bijzonder interessante" prijs heeft betaald — hetgeen door RT ook wordt erkend — verklaart Pfeifer & Langen ten slotte, stellende ook harerzijds alle belang bij deze raffinage te hebben gehad, dat de verkoop van ruwe suiker voor RT zo voordelig is geweest omdat zij deze onderneming praktisch evenveel gewin bracht als zij zou hebben behaald indien zij de ruwe suiker zelf had geraffineerd. Pfeifer & Langen zou

voor deze ruwe suiker alleen een zo hoge prijs hebben betaald omdat zij bestemd was te worden verwerkt tot bijzondere soorten — waarvoor de verwerkingsmarge erg hoog is en die door RT als buitenlandse fabrikant niet in de Bondsrepubliek Duitsland konden worden verkocht —.

Het valt voor een leek niet mee al deze gedachtenkronkels te volgen en vervolgens op zo technisch-economisch gebied tot een categorische uitspraak te komen. Ik zou alleen maar willen opmerken dat terwijl de prijs van witte suiker op de wereldmarkt in tijden van overproduktie en overtollige voorraden (vooral van witte suiker) soms wel beneden die van ruwe suiker kan dalen, zulk een situatie zich op de markt van de Gemeenschap nauwelijks — en in geen geval gedurende een aantal verkoopseizoenen — kan voordoen.

Zouden wij alleen met deze leveringen van ruwe suiker te maken hebben, dan mag betwijfeld of er werkelijk tot een afstemming had kunnen worden geconcludeerd.

Maar dit aspect van het tot Pfeifer & Langen en de Tiense Suikerraffinaderij gerichte verwijt moet onzes inziens in verband worden gebracht met de afstemming ten aanzien van witte suiker, die wij bewezen achten.

Op het feit dat de ene fabrikant de andere halffabrikaten levert is niets af te dingen wanneer zij elkander met betrekking tot het eindprodukt maar concurrentie aandoen. Het wordt echter anders zodra deze fabrikanten zich met elkander verstaan om zodanige concurrentie achterwege te laten. En dat is nu juist in casu gebeurd.

Wij menen dan ook dat de moeite die de Tiense Suikerraffinaderij zich heeft getroost om haar beweerdelijk reeds overbelaste raffinagecapaciteit te ontzien en de capaciteit van Pfeifer & Langen, die niet geheel zou worden gebruikt, volledig te benutten, deze leveringen van ruwe suiker — die merkwaardigerwijze voor twee concurrenten bijzonder voordelig zouden zijn geweest — onvoldoende rechtvaardigen. Zij kunnen alleen hun verklaring vinden in de zekerheid dat de Tiense Suikerraffinaderij dan ook weg zou blijven van Pfeifer & Langen's vrije markt voor witte suiker. Naast die zekerheid stond de garantie dat biedingen van klanten in de grensgebieden ondanks gunstige transportcondities beleefdelijk zouden worden afgewezen. Zo hebben de feiten zich in casu toegedragen.

Wij zijn daarom van mening dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging ook wat deze leveringen van ruwe suiker betreft, als bewezen is te beschouwen.

2. Behalve het feit dat zij met de Tiense Suikerraffinaderij heeft deelgenomen aan een onderling afgestemde gedraging die er op gericht was haar markt tegen invoer uit België te beschermen, ziet Pfeifer & Langen zich verweten dat zij zich met het oog op die marktbescherming ook met haar handelaren heeft verstaan.

Sedert de totstandbrenging der gemeenschappelijke ordening heeft de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft voor de afzet van in dit gebied geproduceerde suiker gebruik gemaakt van de diensten van vier streekcommissionairs — met wie zij „commissiecontracten" afsloot — terwijl Pfeifer & Langen voor de verkoop van haar eigen produktie twaalf vertegenwoordigers had ingeschakeld, met wie „handelsvertegenwoordigerscontracten" werden aangegaan; sommigen hunner waren tevens commissionairs van de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft. De werkzaamheid dezer tussenpersonen was tot bepaalde gebieden beperkt en zij mochten zonder schriftelijke toestemming van de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft of van Pfeifer & Langen geen suiker van andere binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde fabrikanten verhandelen.

De antwoorden op de door het Hof gestelde vragen houden de bevestiging in dat alle door Pfeifer & Langen met haar vertegenwoordigers afgesloten contracten een clausule nopens een binnen de Bondsrepubliek in acht te nemen territo-

riale beperking behelsden (op een bij het contract gevoegde kaart was de verkoopzone van iedere vertegenwoordiger ingetekend) en er geen suiker van andere fabrikanten binnen de gemeenschappelijke markt mocht worden verkocht. Deze beperkingen zijn ook gesteld aan één handelaar — en misschien zelfs wel aan drie handelaren — die tot Pfeifer & Langen in geen enkele contractuele relatie stonden.

De Commissie leidt hieruit af dat de invoering van dit verkoopsysteem berust op een afstemming van gedragingen waarbij alle fabrikanten in het Westen van de Bondsrepubliek Duitsland betrokken waren en er toe geleid heeft dat de „vrije" handelaren die op eigen naam en voor eigen rekening suiker verkopen, voor zover de in dit gedeelte van Duitsland gefabriceerde suiker betreft van deze verkopen waren uitgesloten — zoals ook bij de andere verkoopkantoren het geval was —. Ongeacht de afstemming van gedragingen der fabrikanten — gericht op bescherming van de markt in het Westen van de Bondsrepubliek Duitsland —, meent zij dat dit systeem de mededinging op handelsniveau beperkt en in strijd is met artikel 85, lid 1: de commissionairs en vertegenwoordigers van de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft en Pfeifer & Langen mochten slechts de suiker van hun opdrachtgevers verkopen; verkoop van suiker van andere fabrikanten was hun verboden en bovendien hadden zij zich tot een bepaald grondgebied te beperken.

Pfeifer & Langen, de enige onderneming die tegen dit gedeelte van de beschikking is opgekomen, heeft geantwoord dat haar vertegenwoordigers volkomen afhankelijke en geheel in haar verkooporganisatie geïntegreerde handelaren zouden zijn. Naar Duits recht zouden zulke handelaren hun lastgever niet mogen beconcurreren; dit zou reeds volgen uit de loyaliteit waartoe zij jegens hem gehouden zijn.

Bovendien zou de Commissie in haar bekendmaking van 24 december 1962 „met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs" zelf hebben verklaard dat artikel 85 op deze tussenpersonen niet van toepassing is wanneer zij voor het verrichten van een „hulpfunctie" in het bedrijf van hun opdrachtgever zijn opgenomen.

Het is best mogelijk dat een handelsvertegenwoordiger naar Duits recht zaken doet in naam en op rekening van zijn opdrachtgever.

De Commissie heeft er echter terecht op gewezen dat dan moet worden nagegaan of men te maken heeft met een geheel in de onderneming van de opdrachtgever geïntegreerde hulpfunctionaris; het komt derhalve niet zo zeer op de naam als wel op de functie van betrokkene aan.

Een handelaar mag volgens de Commissie niet geacht worden de opdrachtgever alleen maar „behulpzaam" te zijn wanneer hij behalve als vertegenwoordiger ook op aanzienlijke schaal als onafhankelijk handelaar voor eigen rekening zaken doet.

Dit is volgens de Commissie het geval met verzoeksters vertegenwoordigers. Zij beroept zich op het — onzes inziens vaststaande — feit dat sommige van deze vertegenwoordigers als erkende grossiers of importeurs zijn ingeschreven. Bedoelde firma's moeten onzes inziens dan ook op dezelfde voet worden behandeld als andere handelaren wier namen U uit zaken betreffende de denaturering of de export van suiker bekend zijn.

In antwoord op de door het Hof gestelde vragen heeft verzoekster bevestigd dat haar vertegenwoordigers niet alleen voor haar rekening, doch ook als onafhankelijke handelaren optraden. De „streekcommissionairs", die hun intrede deden na de invoering der gemeenschappelijke ordening, zijn flinke groothandelsbedrijven in levensmiddelen, met een aanzienlijke omzet die zij niet alleen aan de verkoop van door haar leden geproduceerde suiker binnen het haar aangewezen verkoopgebied te danken hebben, maar ook aan hun speciale activiteiten op het terrein van de export naar derde landen of aan transacties betreffende de invoer van

denatureringssuiker — naar wij vernamen, is deze sector in andere landen, zoals België en Nederland, ook aan de „traditionele handel" „overgelaten" —.

Als deze handelaren zulke transacties — verkoop van denatureringssuiker en export naar derde landen — hebben afgesloten, hadden zij zeer wel ook suiker voor menselijke consumptie van niet-leden in andere verkoopzone's kunnen verkopen. Krachtens een overeenkomst met hun opdrachtgever hebben zij er echter van afgezien.

Voorts heeft de Commissie er terecht op gewezen dat reeds volgens het nationale recht, vervat in het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, alleenvertegenwoordigingsbedingen ongeldig kunnen worden verklaard voorzover zij de mededinging beperken. De schrijvers zijn het er niet over eens of aan vertegenwoordigers opgelegde restricties onder paragraaf 18 van die wet vallen. Wij behoeven ons echter niet in dat meningsverschil te begeven en volstaan met de vaststelling dat zij wel onder artikel 85 van het Verdrag van Rome vallen.

Uw Hof heeft ten aanzien van „verticale overeenkomsten" (waartoe de litigieuze clausules onzes inziens mogen worden gerekend) reeds overwogen dat:

„een overeenkomst tussen handelaren, optredende in verschillende stadia zonder dat van misbruik ener machtspositie sprake is de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en tevens ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zodat zij onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt" (13 juli 1966, zaak 32-65, Italië/Commissie, Jurispr. blz. 609);

en voorts dat „artikel 85 — mits aan de overige voorwaarden is voldaan — weliswaar het verbod van toepassing verklaart op een tussen verschillende ondernemingen gesloten overeenkomst en aldus het geval van een onderneming welke de bediening van haar eigen distributienet in haar bedrijf integreert, uitsluit, doch hieruit nog niet volgt, dat op grond van een zekere economische analogie — welke overigens onvolledig en met bedoelde tekst in strijd is — ook de uit een overeenkomst tussen een producerende en distribuerende onderneming voortvloeiende contractuele verhoudingen wettig moeten worden geacht" (13 juli 1966, zaken 56 en 58-64, Grundig, Jurispr. blz. 513).

Wij vinden trouwens een bevestiging van het standpunt der Commissie in het niet als toevallig te beschouwen feit dat de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft na de bestreden beschikking de contracten met haar commissiehandelaren heeft gewijzigd, terwijl de vertegenwoordigers met wie Pfeifer & Langen alleen maar mondelinge afspraken had gemaakt, er althans sedert januari 1973 door haar van zijn verwittigd dat zij niet langer zijn gehouden uitsluitend voor haar te werken en er op 2 januari tussen verzoekster en deze twaalf commissionairs een nieuwe vertegenwoordigingsovereenkomst — zonder alleenvertegenwoordigingsbeding — is afgesloten.

Het is best mogelijk dat deze „commissionairs" niet erg geestdriftig reageerden toen hun ten aanzien van de verkoop van voor menselijke consumptie bestemde suiker een bescheidener rol (alleen bestaande in verkoop van suiker van de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft en haar leden binnen het overeengekomen territoir) werd toebedeeld, maar dat komt er al bijna op neer dat het afspreken van zodanige beperking misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 behelst (evenals er in de verhouding Tiense Suikerraffinaderij/Belgische handel en in die tussen Suiker Unie/Centrale Suiker Maatschappij en de Nederlandse handel van misbruik sprake bleek te zijn). Pfeifer & Langen neemt trouwens noch uit hoofde van haar eigen produktie noch op grond van haar aandeel in voornoemd verkoopkantoor een positie in die met die van de Süddeutsche Zucker AG kan worden vergeleken. Maar al ware dit anders, dan is daar nog Uw uitspraak „dat de beïnvloeding van de mededin-

ging, die is verboden indien zij het gevolg is van de in artikel 85 bedoelde handelwijzen, niet rechtmatig kan worden, indien deze handelwijzen door toedoen van een overheersende onderneming zich concretiseren in een vervlechting der ondernemingen" (21 februari 1973, zaak 6-72, Continental Can, Jurispr. blz. 245).

De alleenvertegenwoordigingsbedingen die tussen de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft en Pfeifer & Langen met hun commissionairs zijn overeengekomen, zijn dus in strijd met artikel 85, lid 1; op „voorlopige geldigheid" — omdat er geen aanleiding zou hebben bestaan die contracten aan te melden — kunnen verzoeksters geen aanspraak maken, immers de bekendmaking der Commissie droeg een zuiver informatief karakter en bracht niet mede dat de ondernemingen geen belang meer hadden bij een negatieve verklaring of bij uitsluitsel omtrent de rechtens bestaande situatie — via de individuele beschikking —. In werkelijkheid waren zij met de bestaande toestand best tevreden.

3. De Zuid-Duitse markt wordt, evenals die in het Westen des lands, gekenmerkt door concentratie der fabrikanten in een verkoopkantoor, de Südzucker-Verkauf GmbH, — met een aantal nauwkeurig afgebakende verkoopzones —. De vijf tot dit kantoor behorende ondernemingen zijn goed voor 38 % van de totale Duitse produktie ofwel ongeveer 800 000 ton 's jaars. Het kantoor heeft in zijn verkoopgebied meer dan 90 % van de markt in handen.

De hoofdrollen bij de gestelde afstemming zouden zijn gespeeld door twee „suikerreuzen":

— enerzijds Béghin, die na tijdens de procedure een fusie te zijn aangegaan met Say, thans tezamen met de gemeenschappelijke dochtermaatschappijen de eerste Franse suikerfabrikant is geworden en — na de Engelse firma Tate and Lyle — de tweede suikerfabrikant in de Gemeenschap;

— anderzijds Süddeutsche Zucker AG die in haar verkoopkantoor een meerderheidspositie (51,5 %) inneemt; met acht suikerfabrieken is zij goed voor 70 % van de produktie van dit kantoor ofwel voor 29 % van de totale Duitse produktie; zij neemt dus in het zuiden van de Bondsrepubliek een — regionale — machtspositie in.

Twee andere ondernemingen zijn betrokken bij de onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarvan op deze markt sprake is:

— aan Franse zijde: de vennootschap Sucre-Union, een verkooporgaan dat in 1966 door 23 Franse suikerfabrieken is opgericht;

— aan Duitse zijde de Zuckerfabrik Franken die, met vier fabrieken, meer dan 8 % van de totale Duitse produktie in handen heeft. Süddeutsche Zucker AG neemt in deze onderneming voor 25 % deel.

Evenwel is noch aan Sucre-Union noch aan Franken een geldboete opgelegd. Zij zijn tegen de bestreden beschikking dan ook niet in beroep gekomen.

In het kader van deze grief rijst er ten aanzien van de Südzucker Verkauf GmbH een bijzonder probleem. Vast staat dat dit kantoor in het dispositief der bestreden beschikking (artikel I, 1, sub 4) niet is genoemd als een der ondernemingen die aan deze afstemming zouden hebben deelgenomen.

Wel wordt haar onder 2, sub 3, een inbreuk op artikel 86 verweten.

Tijdens de procedure heeft de Commissie evenwel gesteld dat de grief inzake afstemming op de Zuid-Duitse markt ook Südzucker-Verkauf — en de aan deze vennootschap opgelegde geldboete alleen haar deelneming aan de inbreuk op artikel 85, lid 1, — betrof. Dit zou volgens de Commissie volgen uit de redengeving der beschikking en uit de aanhef van artikel 1, 2: „vastgesteld wordt dat de volgende maatregelen die *in samenhang met voornoemde onderling afgestemde feitelijke gedragingen* zijn beoor-

deeld, ook op zichzelf genomen inbreuken op artikelen 86 en 85 ... van het Verdrag vormen".

Zien wij het goed, dan legt de Commissie verband tussen gedragsafstemming en misbruik ener machtspositie — in dier voege dat het tweede delict er toe heeft bijgedragen het eerste te realiseren —.

Wij zijn geneigd ons bij die redenering aan te sluiten en wij zouden de beide grieven dus als niet geheel onlosmakelijk willen beschouwen voor zover het oprichten van het verkoopkantoor stellig tot beperking van de invoer van witte suiker binnen het aan dat kantoor toegewezen gebied heeft bijgedragen. Wij zouden hieraan echter pas bij bespreking van het aan Südzucker-Verkauf verweten misbruik ener machtspositie consequenties willen verbinden.

Voor het ogenblik zullen wij ons moeten beperken tot de afstemming tussen de fabrikanten; de hun door de Commissie verweten afgestemde gedragingen zijn van dezelfde aard als die welke op de markt in het westen van de Bondsrepubliek waren vastgesteld.

Het gaat in de eerste plaats om rechtstreekse leveringen van fabrikant aan fabrikant. Süddeutsche Zucker AG en Franken hebben sinds het verkoopseizoen 1970/1971 steeds meer ruwe suiker bij Béghin — en witte suiker bij Béghin en Sucre-Union-gekocht. Na veredeling van de ruwe suiker hebben zij dit produkt tegen dezelfde prijzen en verkoopvoorwaarden als door henzelf geproduceerde suiker — en onder hun eigen merk — verkocht.

Het ging bij deze leveringen om vrij grote partijen, vooral wat betreft de door Béghin aan Süddeutsche Zucker AG geleverde ruwe suiker — 11 200 ton in het seizoen 1970/1971, 13 900 ton het jaar daarna — en de suiker die zij aan Franken heeft geleverd — 9 200 ton in 1971/1972 —. De leveringen van witte suiker waren minder groot: verkocht Béghin de Süddeutsche Zucker AG minimale hoeveelheden (286 ton), Sucre-Union leverde haar 4 500 ton en daarnaast 4 000 ton aan Franken.

Vooral verdient echter opmerking dat, afgezien van deze rechtstreekse leveringen, de importen voor Duitse industriële afnemers en handelaren in Südzucker's verkoopgebied zeer beperkt zijn gebleven, behalve wat betreft voor denaturering of voor export naar derde landen bestemde suiker.

De Commissie leidt hieruit af dat de beide Franse ondernemingen de Zuid-Duitse markt niet onder druk wilden stellen. Krachtens afstemming met hun concurrenten zouden zij aan de afscherming van die markt hebben bijdragen.

Uiteraad trachten verzoeksters hun gedrag te rechtvaardigen met een beroep op de economische logica.

Door leveringen van fabrikant aan fabrikant werden de Franse ondernemingen in staat gesteld de produktieschommelingen op te vangen en de beschikbare raffinagecapaciteit zo goed mogelijk te gebruiken door de levering van ruwe of inferieure witte suiker voor verwerking tot vloeibare suiker. Dit zou te voordeliger zijn geweest omdat het vervoer van ruwe suiker met betrekkelijk geringe kosten gepaard gaat. Daarentegen zouden de leveranciers er geen enkel belang bij hebben gehad in Duitsland een kostbare verkooporganisatie op te zetten — en het risico te lopen met voorraden te blijven zitten —.

Daartegenover zou voor de Duitse kopers het voordeel hebben gestaan dat zij zo geen klanten of marktaandelen behoefden te verliezen.

Tenslotte zouden de rechtstreekse leveringen van fabrikant aan fabrikant aan het op gang komen van ander intracommunautair handelsverkeer in het betrokken gebied niet in de weg hebben gestaan.

Het moet gezegd dat Sucre-Union althans in het seizoen 1970/1971 aan onafhankelijke handelaren niet onaanzienlijke partijen suiker heeft geleverd; dit is dan ook de reden waarom de Commissie haar geen geldboete heeft opgelegd.

Daarentegen staat als onweersproken vast dat Béghin dit niet heeft gedaan.

Maar zij beroept zich erop dat haar rechtstreekse leveringen aan Süddeutsche Zucker AG en aan Franken bijna uitsluitend betrekking hadden op ruwe suiker uit haar fabriek te Sillery, in de omgeving van Reims. En de aldaar gefabriceerde ruwe suiker is steeds aan — Franse of buitenlandse — raffinadeurs verkocht omdat het een economische dwaasheid zou zijn geweest indien Béghin ze in haar eigen fabriek te Thumeries bij Lille had laten raffineren; zij had dan eerst voor vervoer van de Marne naar het noorden des lands moeten zorgen en de aldus verkregen witte suiker weer naar Zuid-Duitsland moeten verzenden.

Bovendien zou de produktie van ruwe suiker te Sillery tussen 1967/1968 en 1970/1971 practisch zijn verdubbeld, terwijl de reeds op volle toeren draaiende raffinaderij te Thumerie de extra ruwe suiker uit Sillery in geen geval had aangekund.

Süddeutsche Zucker stelt dat zij in 1970/1971 te weinig suiker in voorraad had, zodat zij met het oog op langlopende leveringscontracten ruwe suiker moest invoeren, zoals zij ook voor 1968 reeds meermalen had gedaan. De aankopen bij Béghin en bij Sucre-Union moesten dienen dit probleem uit de wereld te helpen; zij had het trouwens al bij andere fabrikanten, onder meer in Niedersachsen, geprobeerd.

Volgens verzoekster zouden de omstreden transacties dus hun rechtvaardiging hebben gevonden in dringende behoeften van industriële en commerciële aard; en alleen al op grond van die behoeften zou hier in het geheel niet aan een afstemming behoeven te worden gedacht.

Wij zijn daarvan echter niet geheel en al overtuigd. Aan Béghin wordt eigenlijk niet zozeer verweten dat zij rechtstreeks aan de fabrikanten in Zuid-Duitsland ruwe suiker heeft geleverd als wel dat zij door het achterwege laten van leveringen van witte suiker aan in die streek gevestigde handelaren of industriële verbruikers tot de afscherming van die markt heeft bijgedragen. Wij moeten er dan echter op wijzen dat bij de discussie die zich dienaangaande tussen partijen heeft ontwikkeld een belangrijke gesprekspartner heeft ontbroken: Saarland.

Weliswaar zou het uitblijven van een duidelijke contraprestatie het verwijt van een onderling afgestemde gedraging aan kracht doen inboeten en wanneer mocht worden aangetoond dat de betrokken Franse fabrikanten van hun wegblijven op de Zuid-Duitse markt in het geheel geen voordeel hebben gehad, zou mogen worden betwijfeld of hun marktgedrag wel op afstemming met hun concurrenten berustte.

Maar onzes inziens was er wel degelijk sprake van een contraprestatie, en wel van één die er wezen mocht: het „overlaten" van het Saargebied aan de Franse suikerbelangen.

Laat er geen misverstand rijzen over deze termen „tegenprestatie" en „overlaten": men behoeft helemaal niet met zoveel woorden te zijn overeengekomen: „voor wat hoort wat"; het lag om zo te zeggen in de gegeven constellatie besloten en men behoefde de eerdere gedragslijn alleen maar voort te zetten. Dat neemt niet weg dat dit aspect bij de afgestemde gedraging een beslissende rol heeft gespeeld.

Sedert het einde van de laatste oorlog (vóór het Saar-referendum) werd het Saargebied met suiker uit Frankrijk bevoorraad. Die stand van zaken is vervolgens officieel vastgelegd in het Verdrag tussen Frankrijk en Saarland, volgens hetwelk het per 31 december 1959 tussen beide landen tot een monetaire en douane-unie zou komen en er zelfs nog nadien bepaalde produkten van oorsprong en herkomst uit de Frank-zone — binnen de grenzen gesteld door de contingenten van „lijst A", waarop suiker voorkwam, — vrij van douanerechten in het Saarland konden worden ingevoerd. Zo werden er jaarlijks ten naaste bij 35 000 ton witte suiker in het Saarland afgezet.

Bij de afschaffing van de laatste douanerechten (1 juli 1968) en de inwerkingtreding van verordening nr. 1009 (zelfde datum) was er rechtens geen enkele re-

den waarom deze situatie zou moeten worden bestendigd; het Saarland neemt in de Bondsrepubliek Duitsland en in het Europa van de Gemeenschappen een sleutelpositie in en het valt niet in te zien waarom het zich bij gebreke van daartoe strekkende speciale voorschriften aan de regels inzake de gemeenschappelijke markt zou mogen onttrekken.

De situatie heeft zich echter sinds de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke markt niet aanzienlijk gewijzigd; hoewel alle douanerechten en contingenten tussen de Lid-Staten zijn afgeschaft (artikel 35 der verordening) en er geen overeenkomst bestaat als die welke het goederenverkeer tussen West-Berlijn en de Duitse Democratische Republiek regelt, gaat er nog steeds ongeveer even veel Franse witte suiker naar Saarland: ± 30 000 ton.

Deze situatie werkt voorts nog enigszins door in het feit dat Saarland niet is opgenomen in een van de verkoopgebieden die door de Duitse fabrikanten waren gecreëerd, maar deze bijzonderheid schijnt te moeten worden toegeschreven aan een privaatrechtelijk akkoord: toen men vóór de ondertekening van het akkoord tussen Frankrijk en Saarland met het verdelen van het grondgebied de hoeksteen legde voor de nationale marktordening van de Bondsrepubliek Duitsland, moest men met de bijzondere status van dit gebied rekening houden. Naar het schijnt, zijn er in Saarland ook geen suikerfabrieken of raffinaderijen.

Toch had er na 1 juli 1968 zeer wel een wijziging kunnen intreden: enerzijds hadden de dichtstbijgelegen Duitse fabrieken (van de Süddeutsche Zucker AG: Worms, ongeveer 100 km, Obrigheim, Waghäusel; van Pfeifer & Langen: Euskirchen) best een poging kunnen ondernemen om „de markt van Saarland te heroveren" (de voornaamste ondernemingen uit het gebied van de Gemeenschap met de grootste overschotten liggen soms op ongeveer 350 km afstand: Reims, Soissons, Lille), zij het dat zij er de handelswegen niet in dezelfde mate onder controle hebben als in de rest van Zuid-Duitsland.

Anderzijds was het voor de Franse fabrieken in verband met hun voorraadpositie en wegens hun gunstige vervoerscondities al evenmin uitgesloten in Zuid-Duitsland hun markt uit te breiden.

Zo blijkt uit correspondentie, op 27 juni 1968 gewisseld tussen een handelaar in Saarland en een nabij Saarland gevestigde Duitse klant, dat die handelaar aanvankelijk — gezien de ophanden zijnde inwerkingtreding der communautaire ordening — bereid was aan die klant te leveren. Op 6 augustus 1968 liet hij die klant evenwel weten dat „de Duitse suikerindustrie er tijdens de te Parijs gevoerde permanente onderhandelingen bij de Franse leveranciers op had aangedrongen zich bij hun leveringen op de Duitse markt — via Saarland naar het overige deel van de Bondsrepubliek Duitsland — terughoudend te betonen.

De Commissie verwijt Béghin en de Süddeutsche Zucker AG kennelijk niet dat zij zich hebben verstaan teneinde de oude toestand in Saarland te handhaven, want in zoverre was er sprake van intracommunautair ruilverkeer dat helemaal in de lijn van de marktordening lag.

Maar wij geloven dit aspect niet buiten beschouwing te kunnen laten; het komt trouwens in de beschikking overal om de hoek kijken.

Het schijnt bovendien dat er enige beweging in de toestand is gekomen: gelijk op met een langzame „herovering" van de markt in Saarland door de dichtstbijgelegen Duitse ondernemingen drongen de westelijk van Saarland gelegen Franse fabrieken langzaam Zuid-Duitsland binnen. De Duitse en Franse ondernemingen stelden zich op zijn minst voor dat deze verlegging ordelijk, via leveringen van fabrikant aan fabrikant en zonder schade zou verlopen, zoals ook tussen de Tiense Suikerraffinaderij en Pfeifer & Langen was gebeurd: wanneer er dan al Franse suiker in Zuid-Duitsland moest terechtkomen, dan alleen door levering — van ruwe suiker — van fabrikant aan fabri-

kant tegen een prijs die voor de Duitse kopers interessant was en hun het gewin der raffinage liet, terwijl er ook een overeenkomstige hoeveelheid witte suiker niet buiten de door de importeur gecontroleerde circuits om zou worden verhandeld. Het zou geen economische dwaasheid zijn geweest indien Béghin de suiker van Sillery (Reims) te Thumeries (Lille) had laten raffineren — waarmee zij de raffinagemarge zou hebben geïncasseerd — terwijl de Zuid-Duitse raffinaderijen zelf nogal veraf waren gelegen en grensoverschrijding het transport nooit vlotter doet verlopen. Gold dat trouwens niet ook voor de naar Saarland en naar Italië geleverde witte suiker? Een afstand van 100 kilometer meer zou voor de Franse ondernemingen nauwelijks een onoverkomelijke hinderpaal hebben opgeleverd.

De voornamelijk bij deze afstemming belanghebbende ondernemingen waren enerzijds de Süddeutsche Zucker AG (en haar dochteronderneming Franken), dat wil zeggen de grootste Duitse onderneming; anderzijds Béghin, een der grootste Franse fabrikanten. En juist tussen hen zijn, soms ook met deelneming van de verkoopmaatschappij Sucre-Union, de litigieuze suikerleveringen geschied. Anderzijds hadden deze ondernemingen zich zowel wegens hun geografische ligging als in verband met hun produktiemogelijkheden het meeste belang bij Saarland.

Vergelijkt men — buiten beschouwing latende hetgeen aan Saarland en voor denaturering is geleverd — de Franse verkopen op deze regionale „vrije" markt, waar de koersen zich ongeveer op het peil van de richtprijs handhaven, met de gezamenlijke behoeften van dit gehele gebied, dan blijken zij niet van grote omvang te zijn geweest, terwijl de uitvoer van witte en ruwe suiker naar Süddeutsche Zucker AG en haar dochteronderneming Franken (leveringen van fabrikant aan fabrikant) een stijgende lijn vertoonden. De bezwaren van de Commissie betreffen dit aspect.

Afgezien van het feit dat — Saarland buiten beschouwing gelaten — de importen van het zuiden van de Bondsrepubliek alleen van fabrikant naar fabrikant liepen, is de bescherming van dit gebied, om zo te zeggen aan het andere eind van de keten, op doeltreffende wijze voltooid door het stelsel van getrouwheidskortingen en door de vertegenwoordigingscontracten van Südzuckerverkauf, die de suikers van Süddeutsche Zucker AG en Franken had te verhandelen.

Een en ander treedt duidelijk aan het licht in een aantal bescheiden:

Een 18 april 1972 gedagtekende brief van een groothandelaar in het zuiden van de Bondsrepubliek Duitsland: „Wij delen U mede tot onze spijt uit een brief van Süddeutsche Zucker AG te hebben vernomen dat wij over het afgelopen verkoopseizoen geen getrouwheidspremie zullen ontvangen".

Een telexbericht van een der weinige onafhankelijke handelaren in het zuiden van de Bondsrepubliek Duitsland aan Sucre-Union, gedagtekend 23 augustus 1971, waarin de desbetreffende bepaling uit de contracten van Südzucker Verkauf wordt aangehaald, alsook een brief die dezelfde importeur op 29 september 1971 aan Sucre-Union schreef:

„De firma" (een handelshuis uit het zuiden van de Bondsrepubliek) „heeft mij doen weten dat Süddeutsche Zucker AG voorbehouden heeft gemaakt naar aanleiding van de aankopen van witte suiker in Frankrijk. De firma zou het risico lopen de jaarlijkste getrouwheidspremie niet te ontvangen. Bij de verlenging van het contract met Süddeutsche Zucker AG heeft genoemde firma de jaarlijkse getrouwheidspremie ontvangen op voorwaarde dat zij zich in de toekomst van aankopen bij andere verkopers en uit Frankrijk zou onthouden".

Deze handelaar had het met zijn leveranciers aan de stok, maar zijn correspondentie lijkt ons, in verband met de verschillende genoemde aspecten, een ernstige aanwijzing op te leveren.

De onderling afgestemde gedraging lijkt ons dus bewezen.

In verbamd met deze „grief" zullen wij echter nog enkele door verzoeksters ingeroepen middelen van formele aard moeten onderzoeken.

In de eerste plaats zou artikel 4 van verordening 99 zijn geschonden: volgens Süddeutsche Zucker AG wordt in de mededeling van de punten van bezwaar geen gewag gemaakt van het belang van de suikerimporten uit de Gemeenschap in Zuid-Duitsland. Het komt ons, integendeel, voor dat dit belang nu juist zowel aan de mededeling van de punten van bezwaar als aan de beschikking ten grondslag ligt.

In de tweede plaats wijst deze zelfde verzoekster erop dat haar in het dispositief een met Sucre-Union afgestemde gedraging gedurende de seizoenen 1970/1971 en 1971/1972 is telastgelegd, terwijl in de redengeving der beschikking wat het eerste dier seizoenen betreft geen aankoop van Süddeutsche Zucker AG bij Sucre-Union wordt genoemd: alleen in het verweerschrift is voor dat seizoen sprake van een levering van 4 600 ton witte suiker van Sucre-Union aan een dochtermaatschappij van Süddeutsche Zucker AG.

Wij geloven dat deze kritiek eigenlijk nergens toe leidt: in het tot de Duitse verzoeksters gerichte verwijt gaat het in hoofdzaak om een met Béghin afgestemde gedraging; de Commissie heeft er ook van afgezien aan Sucre-Union een maatregel op te leggen. Bij het gedrag van deze laatste onderneming, die niet werd beboet en geen beroep heeft ingesteld, behoeft niet verder te worden stilgestaan. Sucre-Union is ook geen producent, hetgeen verklaart dat zij soms een andere strategie heeft toegepast dan Béghin.

Volgens Süddeutsche Zucker AG en Béghin zou in de mededeling van de punten van bezwaar de fabrikant niet zijn genoemd aan wie wordt verweten geen witte suiker in Zuid-Duitsland te hebben verkocht en ook niet worden gezegd met welke ondernemingen Süddeutsche Zucker AG haar gedrag zou hebben afgestemd. Alleen in de beschikking zouden de litigieuze leveringen en bedoelde fabrikanten zijn genoemd.

Zoals wij bij de bespreking der algemene middelen van formele aard reeds zeiden, komt het ons voor dat er bij Béghin en bij de Süddeutsche Zucker AG geen misverstand kan zijn gerezen over hetgeen de Commissie hun wilde verwijzen; zij hebben tijdens de administratieve procedure ook hun standpunt te dien aanzien bepaald.

4. Wij zullen dan thans moeten ingaan op het tot Südzucker Verkauf gerichte verwijt dat zij sinds het verkoopseizoen 1968-1969 haar handelaren zou hebben belet niet van haar leden afkomstige suiker te verkopen en haar klanten door toekenning van getrouwheidspremies zou hebben gebonden.

Ik moge er aan herinneren dat het Bundeskartellamt op 24 maart 1969 aan deze verzoekster een vragenlijst heeft voorgelegd, die met name betrekking had op de „getrouwheidskortingen" welke zij haar klanten toekende en op de contracten die zij met haar handelsvertegenwoordigers afsloot. Op 8 juli 1971 deed het Bundeskartellamt haar weten dat het de haar betreffende procedure had stopgezet.

Volgens het jaarverslag van het Bundeskartellamt over 1969 zou men zich er in kringen van de suikerverwerkende industrie en de levensmiddelenhandel over hebben beklaagd dat sommige suikerfabrieken sedert de inwerkingtreding van de gemeenschappelijke ordening van de suikermarkt, en vooral sinds de vaststelling van prijzen af-fabriek — die erop is gevolgd — wegens de transportkosten in bepaalde gebieden een machtspositie innamen. „Zelfs in gebieden met een overschot waar veel suikerbieten worden geteeld en de fabrieken elkander kunnen beconcurreren, heeft de totstandbrenging van gemeenschappelijke suikerverkooporganisaties de mededinging in aanzienlijke mate beperkt. Deze ontwikkeling leidde tot buitensporige suikerprijzen, tot produktiebeperking wat betreft suiker van de goedkopere categorie II en vooral

ook tot stopzetten van de fabricage van suiker in de categorie III. De daardoor gerezen verdenking dat sommige suikerfabrieken plaatselijk een machtspositie innamen en daarvan misbruik maakten, gaf aanleiding tot een diepgaand onderzoek. Het vermoeden dat er van regionale machtsposities mocht worden gesproken, werd door de uitkomsten van dat onderzoek *deels bevestigd, deels versterkt.* Maar de verdenking dat er wat de vaststelling der suikerprijzen betreft sprake zou zijn van misbruik werd niet bevestigd. Van voldoende aanwijzingen voor een weloverwogen beperking van de produktie der goedkopere suiker van categorie II is niet gebleken".

„Het Bundeskartellamt", zo vervolgt het verslag, „heeft op grondslag van de gegevens van de detailhandel de procedure van paragraaf 22 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ingeleid tegen de groothandelaren in bepaalde gebieden van de Bondsrepubliek. Die ondernemingen zouden in hun verkoopzone een machtspositie innemen. De detailhandelaren hadden zich er over beklaagd dat de groothandelaren de goedkopere suiker van de basiscategorie alleen leveren wanneer tegelijkertijd ook de duurdere geraffineerde suiker wordt afgenomen. Het onderzoek bracht aan het licht dat als gevolg van verkeerde vraagcalculaties en bevoorradingsmoeilijkheden de voorraden der basissoorten bij bepaalde fabrikanten waren geslonken en er slechts op beperkte schaal was geleverd. De betrokken groothandelaren hadden daarom tot contingentering moeten overgaan". Maar ook hier waren de procedures niet voortgezet.

De Commissie meent dat de door dit kantoor aan zijn 17 handelsvertegenwoordigers opgelegde verplichting om zonder zijn toestemming geen suiker van niet-leden te verkopen, de vrijheid van het handelsverkeer tussen Lid-Staten heeft beperkt, immers de vrije handelaren heeft belet de industriële verbruikers te bevoorraden — met name met uit de Gemeenschap ingevoerde suiker —. Daarbij kwam het toekennen van getrouwheidspremies aan de klanten, een collectief kortingsysteem waarvan het percentage uitsluitend werd bepaald door de totale aankopen bij de aangesloten fabrikanten. Wilden zij die kortingen niet verspelen, dan dienden de kopers hun bestellingen alleen bij de Duitse fabrikanten te doen: het verlies van de getrouwheidspremie leverde een nadeel op dat het voordeel verbonden aan de aankoop van suiker uit het buitenland meer dan tenietdeed.

Het komt ons voor dat Südzucker Verkauf haar regionale machtspositie heeft gebruikt om deze distributiecontracten — en dit stelsel van getrouwheidskortingen — aan haar wederverkopers op te leggen, en wij menen dat deze handelwijze valt onder de omschrijving van artikel 86: „het ... opleggen van onbillijke ... prijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden"; „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties" en dus met deze verbodsbepaling in strijd is.

Verzoekster betoogt dat deze distributiecontracten en deze contractuele kortingen op zichzelf niet bij de Commissie behoefden te worden aangemerkt, omdat er slechts ondernemingen uit één enkele Lid-Staat aan deelnamen, terwijl zij ook geen betrekking zouden hebben op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten (artikel 4, tweede alinea, al. 1° van verordening nr. 17).

Dit laatste punt lijkt mij twijfelachtig, gezien Uw arrest LTM van 30 juni 1966 inzake de alleenvertegenwoordigingsovereenkomsten.

Het is echter iets anders wanneer men daaruit wil concluderen dat een geldboete alleen zou kunnen worden opgelegd wegens handelwijzen verband houdende met contracten of contractsclausules. Het door de Commissie vastgestelde en gewraakte misbruik betreft het systeem dat verzoekster heeft gemeend te moeten toepassen bij de afzet van de produktie harer leden (met inbegrip van de suiker die zij bij de Franse fabrikanten hadden gekocht), bezien in verband met de afge-

stemde gedraging van Süddeutsche Zukker AG bij de leveringen van Franse suiker.

Deze handelwijze heeft een concurrentiestructuur in gevaar gebracht en druist daarmede in tegen artikel 3, sub f, van het Verdrag, waarnaar in Uw arrest-Europemballage van 21 februari 1973 (zaak 6-72, Jurispr. 1973, blz. 244) wordt verwezen; de term „misbruik" is er dus op toepasselijk.

Zij kon niet alleen „de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden" dan wel — om het te zeggen met de bewoordingen van Uw arrest-Grundig van 13 juli 1966 (zaken 56 en 58-64, Jurispr. 1966, blz. 495) — „direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrije handel tussen de Lid-Staten op zodanige wijze beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad", doch heeft ook feitelijk tot die gevolgen geleid; dit blijkt wel uit de stukken die wij bij onze bespreking van de grief inzake de afstemming van gedragingen op de Zuid-Duitse markt hebben aangehaald.

Er rijst echter in verband met deze grief een vraag betreffende de toerekening en de qualificatie.

In haar mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie de door Südzucker AG aan hun klanten opgelegde maatregelen zowel aan artikel 85 als aan artikel 86 willen toetsen:

— zij hield het er voor dat de verplichting die Südzucker Verkauf in haar verschillende distributieovereenkomsten had opgenomen om, behoudens haar toestemming, geen andere suiker dan die van haar kantoor of van haar leden te verhandelen onder artikel 85 viel;

— zij hield het er ook voor dat in het door Süddeutsche Zucker AG en Südzucker-Verkauf opgezette vertegenwoordigingssysteem misbruik van een machtspositie aan de dag trad (artikel 86). En — nog steeds vanuit de gezichtshoek van artikel 86 — meende zij ook dat het verlenen van jaarrabatten aan klanten — door Südzucker-Verkauf - eveneens misbruik van de door Süddeutsche Zucker AG ingenomen machtspositie behelsde.

In de beschikking zelf wordt vastgesteld dat het in de loop van het seizoen 1970/1971 tot een onderling afgestemde gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is gekomen tussen de Süddeutsche Zucker AG (die een overwegende invloed uitoefent in de Südzukker-Verkauf) en Franken enerzijds, Béghin en Sucre-Union anderzijds.

Vastgesteld wordt dat er sedert het verkoopseizoen 1968/1969 misbruik in de zin van artikel 86 is gepleegd door Südzucker-Verkauf, die met de verhandeling van de suikers van de Süddeutsche Zukker AG belast was.

Er aan herinnerend dat dit misbruik reeds in verband met de onderling afgestemde gedraging ter sprake kwam en oordelende dat de beide door deze gedragingen gepleegde inbreuken ter bepaling van het bedrag der geldboete tezamen moeten worden bezien, heeft de Commissie in haar beschikking terzake van het eerste feit een geldboete van 700 000 rekeneenheden en terzake van het tweede feit een geldboete van 200 000 rekeneenheden opgelegd, waarvan de eerste ten laste van de Süddeutsche Zucker AG en de tweede ten laste van Südzucker-Verkauf is gebracht. Het komt ons daarom voor dat de Commissie Südzucker-Verkauf in ieder geval heeft willen straffen op grond van artikel 86, al is het niet uitgesloten dat die strafoplegging naar haar bedoeling eveneens krachtens artikel 85 plaats vond. Zo heeft deze vennootschap het althans blijkens haar beroepschrift begrepen.

Deze verschillen in uitleg zijn nauwelijks verbazingwekkend: de grens tussen hetgeen onder artikel 85 en onder artikel 86 kan worden gebracht, is vloeiend; vaak heeft men te maken met situaties die veel gelijkenis vertonen en die men voorzover mogelijk ook analoog zou willen behandelen; veelal ook kunnen deze beide arti-

kelen, die in dezelfde afdeling (gemeenschappelijke mededingingsregels voor de ondernemingen) staan, tegelijk toepassing vinden.

In artikel 86 van het Verdrag gaat het er om dat „een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan". Hier wordt duidelijk een soort verband gelegd tussen de ondernemingen die zulk een misbruik zouden begaan.

Dit verband kan in de eerste plaats bestaan in een door hen gemaakte afspraak; men kan zelfs zeggen dat de gevaarlijkste ondernemerafspraken de afspraken zijn die in de richting van een monopolie of een machtspositie tenderen. Dan rijst er zeer dikwijls een probleem: moet dan van de beide voorschriften, artikel 85 en artikel 86, het strengst worden toegepast — en welk voorschrift is dan als het strengste te beschouwen — of kunnen beide bepalingen cumulatief worden toegepast? Omdat wij ons hier niet op strafrechtelijk terrein bevinden, achten wij dit laatste uitgesloten.

Er kan echter ook sprake zijn van een structurele samenhang; men denke aan de dochtermaatschappijen, de holdings en de voor de jongste ontwikkeling zo kenmerkende financiële participaties.

De samenhang is minder stevig bij de „interlocked directorships". In sommige landen mag het er op grond van eenzelfde gedragslijn van een aantal ondernemingen voor gehouden worden dat zij, althans wat de hun verweten gedraging betreft, een machtspositie innamen.

Het komt ons dan ook onnodig voor na te gaan of de Commissie Südzucker-Verkauf alleen wegens haar deelneming aan een afgestemde gedraging heeft willen straffen dan wel wegens misbruik van een machtspositie en of een gedragsafstemming misbruik van een machtspositie dan wel of dat misbruik een voortgezette afscherming der markten heeft mogelijk gemaakt — en het lijkt ons nutteloos ten behoeve van verzoekster nu eens met het dispositief, dan weer met de redengeving der bestreden beschikking te werken — om haar uiteindelijk geheel vrijuit te laten gaan —.

Het is een sofisme te stellen dat de Commissie, waar Südzucker in het dispositief in verband met de afgestemde gedraging niet wordt genoemd, terwijl dit kantoor in de redengeving wel degelijk in verband met die gedraging ter sprake komt en de Commissie voor dupliek zou hebben gezegd dat Südzucker miskent dat de geldboete haar niet wegens het misbruik, bedoeld in het dispositief, maar wegens de afgestemde gedraging is opgelegd, op grond van al deze nuances zou moeten worden geacht de inbreuk op artikel 86 onbestraft te hebben willen laten; het dispositief komt ons alleszins duidelijk voor en behoeft niet in het licht van latere uiteenzettingen te worden uitgelegd.

Dit geldt te meer nu er in ieder geval een uitspraak zal moeten komen inzake artikel 2 der beschikking, waarin Südzucker-Verkauf, voor zoveel haarzelf betreft, wordt opgedragen onmiddellijk een einde aan de te haren laste vastgestelde inbreuk (artikel I) te maken, van welk artikel zij de nietigverklaring heeft verlang.

Het ware ongerijmd de artikelen 85 en 86 in tegengestelde zin uit te leggen, ofschoon met beide bepalingen hetzelfde wordt beoogd (arrest van 21 februari 1973, zaak 6-72, Jurispr. 1973, blz. 247) en de ondernemingen de gelegenheid te geven zich — om aan het Verdrag te ontkomen — in een soort „niemandsland" te verbergen c.q. zich achter een andere kwalificatie of een toerekeningskwestie te verschuilen: in materiële zin zijn Süddeutsche Zucker AG en Südzucker-Verkauf hoofdelijk aansprakelijk.

Het ware ook in strijd met de volledige rechtsmacht krachtens welke Uw Hof bevoegd en verplicht is haar onderzoek verder uit te strekken dan tot rechtmatigheidskwesties: U hebt niet slechts de beschikking, doch de zaak zelf in ieder opzicht te beoordelen.

Vermeden moet worden dat een onderneming voor eenzelfde feit tweemaal wordt gestraft, doch ook dat een woor-

denkwestie er toe leidt dat een inbreuk uiteindelijk ongestraft blijft omdat zij door meer dan een onderneming is begaan.

IX — Afstemming ten aanzien van de openbare inschrijvingen voor de restituties bij de uitvoer van suiker uit de Gemeenschap naar derde landen

Wij hebben thans ons onderzoek naar de gezamenlijke grieven betreffende onderling afgestemde feitelijke gedragingen ter afscherming en bescherming van de nationale of regionale markten binnen de Gemeenschap — en het misbruik van machtsposities dat door sommige verzoeksters zou zijn begaan — voltooid.

Alvorens aan dat onderzoek consequenties voor de opgelegde geldboeten te verbinden, zullen wij nog moeten nagaan of en — casu quo — in hoeverre de Commissie terecht tegen het optreden van enerzijds de Tiense Suikerraffinaderij en anderzijds de drie Franse fabrikanten Générale Sucrière, Say en Béghin en de handelsonderneming Sucres & Denrées een laatste bezwaar heeft ingebracht — dat de uitvoer van suiker naar derde landen betreft —. Wij willen er nog op wijzen dat twee andere Franse firma's — Lebaudy-Suc en Sucre-Union —, voor wie dezelfde grief gold, niet bij uw Hof in beroep zijn gekomen.

Teneinde uitvoer van een deel der communautaire produktieoverschotten naar derde landen mogelijk te maken tegen de prijzen op de wereldmarkt — die destijds aanmerkelijk beneden de prijzen in de Gemeenschap waren gelegen — en om bepaalde traditionele handelsstromen in stand te kunnen houden, heeft men in verordening nr. 1009 de mogelijkheid van exportsteun — in de vorm van restituties — voorzien. De algemene bepalingen betreffende dit stelsel zijn te vinden in 's Raads verordening nr. 766/68.

Deze tegelijk met verordening nr. 1009 in werking getreden verordening bracht voor de vaststelling der restituties twee verschillende regelingen. Naast de periodieke vaststelling (iedere twee weken) staat die met behulp van openbare inschrijvingen — waarvan pas vanaf het tweede verkoopseizoen, 1969/70, gebruik is gemaakt —.

De in artikel 4 van verordening nr. 766 voorziene procedure van inschrijvingen werd om zo te zeggen de gewone gang van zaken, ofschoon er daarnaast ook periodieke — doch meestal lagere — restitutievaststellingen bleven plaatsvinden.

De inschrijvingen betreffende toe te kennen restitutie — in dier voege dat ondernemingen elkander onderbieden en hun aanbod binnen een bepaalde termijn moeten doen, terwijl de inschrijving gegund wordt aan degenen die zover mogelijk blijven beneden het maximumbedrag dat de Commissie, het Comité van Beheer gehoord, heeft vastgesteld —.

In het bestek van deze regeling zouden de betrokken ondernemingen zich in het jaar 1970 hebben verstaan over de hoeveelheden uit te voeren suiker én over de restitutiebedragen waarvoor zij zouden inschrijven. Daarmede zouden zij de mededinging hebben vervalst die bij individuele en zelfstandige biedingen der verschillende gegadigde ondernemingen normaliter zou zijn ingetreden.

Weliswaar betrof deze afstemming de uitvoer van suiker naar derde landen, dat neemt volgens de Commissie niet weg dat de handel tussen Lid-Staten er de gevolgen van kon ondervinden; het ging immers enerzijds om binnen de gemeenschappelijke markt geproduceerde suiker, terwijl de bij de afstemming betrokken ondernemingen op deze manier ook de hoeveelheden suiker die ieder hunner anders op de markt van de Gemeenschap zou hebben afgezet, konden wijzigen.

Fabrikanten met grote overschotten of hun tussenhandelaren zouden bij voorbeeld genoodzaakt zijn geweest daarvoor buiten hun nationaal machtgebied, in de andere Lid-Staten, afzet te zoeken.

Zo sloot de afstemming der gegadigden — die alle onzekerheid over de mogelijkheid om tegen bepaalde condities te exporteren uitschakelde — aan bij de ge-

meenschappelijke gedragslijn die de fabrikanten ter bescherming van sommige nationale markten hadden uitgestippeld.

Dit is, in grote trekken, het standpunt der Commissie; bij onze bespreking zullen wij achtereenvolgens hebben stil te staan bij de bewijsmiddelen die voor de beweerde afstemming worden aangevoerd en, mocht die afstemming als bewezen zijn te beschouwen, bij de invloed die daarvan op de handel binnen de Gemeenschap en op de mededinging is uitgegaan, in aanmerking genomen de condities waaronder de inschrijvingen voor de restituties werden opengesteld en de bevoegdheden waarover de Commissie ten deze beschikte om zowel de uit te voeren hoeveelheden suiker te controleren en te beperken alsook de financiële condities der exporten door bepaling van het maximum-restitutiebedrag vast te stellen.

De vraag of de afstemming bewezen is kan slechts bevestigend worden beantwoord.

Het bewijs der afstemming wordt in de eerste plaats geleverd door documenten van algemene aard die het Hof inzicht geven in de bedoelingen der fabrikanten; in de tweede plaats door correspondentie en telexberichten die tussen sommige verzoeksters en hun handelaren, met name tussen de Tiense suikerraffinaderij en Export, zijn gewisseld over de inschrijvingen op zichzelf; en tenslotte ook door de feiten die door de Commissie zijn aangedragen en waaruit blijkt dat de biedingen van verzoeksters voor het bedrag der exportrestitutie identiek waren of elkaar zeer dicht benaderden.

In het algemeen zij er aan herinnerd dat de Europese fabrikanten aan de invoering der gemeenschappelijke marktordening aanstonds de conclusie verbonden dat er ten deze twee markten moesten worden onderscheiden, namelijk de markt voor menselijke consumptie binnen de Gemeenschap en de markt voor de overschotten die voor denaturering of voor export naar derde landen bestemd waren, en dat er redelijkerwijze op elk van beide markten eenzelfde gemiddelde opbrengst moest kunnen worden behaald, welk gemiddelde werd verkregen door afweging van de hoeveelheden die op de consumptiemarkt zouden worden afgezet en het kwantum dat zou worden uitgevoerd of gedenatureerd.

Op dat ogenblik was de afstemming voor de suikeruitvoer in kiem aanwezig.

Die afstemming vindt met name bevestiging in een nota van de firma Export d.d. 17 februari 1970. Daarin wordt met zoveel woorden melding gemaakt van aan de inschrijvingen voorafgaande periodieke bijeenkomsten waaraan door de betrokken Franse fabrikanten en door Sucres et Denrées is deelgenomen, terwijl de Tiense Suikerraffinaderij om met de afstand verband houdende redenen met de partners telefonisch contact onderhield.

Het doel dier bijeenkomsten wordt nader aangegeven: het ging erom, „het algemeen niveau der restituties" te bespreken alsook „de hoeveelheid waarvoor door de onderscheiden leden zou worden ingeschreven", terwijl „men eventueel tijdens multilaterale besprekingen tot elkaar kwam".

Dit stuk draagt weliswaar een intern karakter, maar is te veelzeggend nu Export zich, na met Hottlet en sommige Franse commissiehandelaren aanvankelijk, voor de eerste inschrijvingen van 1970, voor bijzonder lage restituties te hebben ingeschreven en aldus export certificaten voor grote partijen te hebben verkregen, alsnog bij de politiek der fabrikanten heeft aangesloten.

Deze politiek wordt uitdrukkelijk vastgelegd in een telexbericht van de Tiense Suikerraffinaderij aan Export van 23 juli 1970: het ging om „opheffing van de mededinging voor de uitvoerrestituties ten einde voor iedere fabrikant althans de interventieprijs te waarborgen. Derhalve staking van de strijd om de afzet op de binnenlandse markt, waar de prijs zekerder is dan bij uitvoer".

Onder druk van de Tiense Suikerraffinaderij had Export reeds de consequenties uit deze afstemming der fabrikanten ge-

trokken en zich blijkens de nota van haar president van 25 maart 1970, waarin naar de bijeenkomsten van Parijs wordt verwezen, bij de afstemming aangesloten.

De andere stukken die de Commissie heeft overgelegd houden de bevestiging van deze afstemming in; zij wordt door verzoeksters ook niet in ernst bestreden. Wel trachten zij de afstemming te bagatelliseren; volgens sommigen hunner zouden er alleen maar inlichtingen zijn uitgewisseld, volgens anderen zou er bij iedere inschrijving opnieuw even contact zijn opgenomen.

Gezien de in het geding gebrachte stukken, kan dit niet worden volgehouden.

Er blijkt niet alleen duidelijk uit dat het er verzoeksters gezamenlijk om begonnen was bij de inschrijvingen alle mededinging uit te schakelen; men kan zonder meer spreken van een gemeenschappelijk plan van aktie, waarvan de uitvoering wordt bevestigd door de resultaten van alle dan wel van de meeste in 1970 opengestelde inschrijvingen.

Ook al werden de pogingen der verzoeksters om een betrekkelijk hoge restitutie te verkrijgen bij de eerste zes inschrijvingen gedwarsboomd doordat Export en Hottlet en Franse commissiehandelaren hen onderboden, de inschrijvingen van de fabrikantengroep waren zorgvuldig gecoordineerd en lagen nagenoeg even hoog.

Sedert april 1970 blijken hun dan belangrijke partijen te zijn gegund onder omstandigheden die duidelijk maken dat zij er op uit waren de uit te voeren hoeveelheden onderling te verdelen, terwijl zij hun biedingen op enkele centen nauwkeurig aanpasten.

Waar de feiten als zodanig vaststaan, moet worden nagegaan of de afspraak de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden en of zij een vervalsing van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tot doel of gevolg had.

Ofschoon Uw Hof tot nu toe nog niet de gelegenheid heeft gehad zich in het kader van artikel 85, lid 1, uit te spreken over ondernemersafspraken die uitsluitend de uitvoer van produkten naar derde landen betroffen, hebt U al wel uitgesproken dat overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen niet strikt genomen de handel tussen Lid-Staten behoeven te betreffen, willen de in die bepaling vervatte verboden van toepassing zijn. Met behulp van deze term heeft men volgens Uw jurisprudentie trouwens alleen maar de bevoegdheden van de instellingen der Gemeenschap en die der nationale gezagsorganen onderling willen afbakenen. Het is dus in ieder geval voldoende wanneer bedoelde afspraken of afgestemde gedragingen de handel tussen Lid-Staten kunnen beïnvloeden, al is het maar indirekt.

Daaraan zij toegevoegd dat U ten aanzien van artikel 86, aan toepassing waarvan dezelfde voorwaarde is gesteld, in de zaak Commercial Solvents/Commissie (arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7-13, Jurispr. 1974, blz. 223) met zoveel woorden hebt overwogen dat de term „ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten" niet op zodanige wijze mag worden uitgelegd dat „de toepassing van het gegeven verbod beperkt [wordt] tot industriële en commerciële aktiviteiten ter bevoorrading van de Lid-Staten" en dat het geïncrimineerde gedrag derhalve moet worden beschouwd „in al zijn gevolgen voor de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt, ongeacht of de produktie bestemd is voor afzet binnen de gemeenschappelijke markt dan wel voor uitvoer".

Deze redenering gaat mutatis mutandis ook op voor de toepassing van artikel 85, lid 1. Het feit waar de Commissie bezwaar tegen maakt is ook niet dat de totale uitvoer naar derde landen als gevolg van de afstemming tussen de fabrikanten heeft kunnen toenemen en dat er dientengevolge voor het ruilverkeer binnen de Gemeenschap minder is overgebleven. Het ging haar om de inbreuk welke die afstemming betekende voor de *concurrentiestructuur* binnen de gemeenschappelijke markt.

Verweerster meent dus dat er tussen de afgestemde gedragingen en de mededingingssituatie in ieder geval een indirekte causaliteit bestaat voorzover de gedragingen ten doel of tot gevolg hebben gehad dat ten behoeve van die ondernemingen iedere onzekerheid met betrekking tot hun exporten buiten de Gemeenschap werd uitgeschakeld, zodat zij zich niet langer genoodzaakt zagen onder concurrerende omstandigheden voor althans een deel van hun overschotten afzet of afzetmogelijkheden te zoeken op de intracommunautaire markt.

Het is deze probleemstelling die ons aanleding zal geven twee van de door verzoeksters opgeworpen middelen te verwerpen.

Allereerst zou de Commissie er in haar betoog dat de mededinging buiten de gemeenschappelijke markt is belemmerd, van zijn uitgegaan dat de inschrijvingen uitvoer van *op het gebied van de gemeenschappelijke markt geproduceerde suiker* mogelijk maakten.

Verzoeksters stellen deze redengeving ongenoegzaam en ook juridisch onhoudbaar te achten aangezien de plaats van produktie voor de toepassing van artikel 85 in beginsel niet ter zake doet.

In de tweede plaats zou de afstemming volgens de Tiense Suikerraffinaderij niet de suikermarkt hebben betroffen, doch de inschrijvingen voor de restituties, met andere woorden alleen de voorwaarden voor de verlening van exportvergunningen.

Beide middelen moeten op grond van dezelfde overwegingen worden verworpen.
In de eerste plaats wordt in de bestreden beschikking weliswaar overwogen dat de inschrijvingen de uitvoer van suiker naar derde landen betroffen — zodat zij de uitvoer van binnen de Gemeenschap geproduceerde suiker mogelijk maken —, het gaat hier echter om een feitelijke vaststelling waarmede de Commissie heeft willen aantonen dat de inschrijvingen slechts als een middel dan wel als een noodzakelijke procedure waren te beschouwen met behulp waarvan men de machtiging tot uitvoer van het betrokken produkt wilde verkrijgen.

In antwoord op het betoog van de Tiense Suikerraffinaderij zij dus vastgesteld dat het geen twijfel lijdt of de afstemming inzake de inschrijvingen betrof op deze manier ook de suikermarkt zelf.

Verzoeksters trachten dan aan te tonen dat de Commissie in het kader van de procedure der openbare inschrijvingen in ieder geval over zo uitgebreide en dermate vergaande bevoegdheden beschikt dat zij op het gebied van de exporten de volledige zeggenschap had en dus in staat is geweest te voorkomen dat zij door hun omvang de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt zouden verstoren en de handel tussen Lid-Staten ongustig zouden beïnvloeden.

Hiervan uitgaande komen zij tot de slotsom dat wanneer de hun verweten afstemming, als zodanig en naar doelstelling, al mocht vaststaan, de Commissie het in de hand had te voorkomen dat er van bedoelde gedragingen ook maar het geringste schadelijke gevolg uitging.

Deze stelling lijkt verleidelijk; inderdaad kent de ordening der Gemeenschap aan de Commissie prerogatieven toe die het haar mogelijk maken om, de situatie op de binnenmarkt in aanmerking genomen, zowel met betrekking tot de totale export uit de Gemeenschap als ten aanzien van het bedrag der restituties handelend op te treden, in aanmerking genomen de mogelijkheden om de netto overschotten van de produktie der Gemeenschap ook zonder export, en wel door denaturering, af te zetten.

Toch achtten wij deze redenering niet steekhoudend: de bevoegdheden welke aan de Commissie zijn ingeruimd stellen haar niet in staat een afstemming als die van verzoeksters tegen te gaan en evenmin de bedoeling dier afstemming, namelijk ervoor te zorgen dat bepaalde ondernemingen wél en andere ondernemingen geen uitvoervergunningen voor de betrokken hoeveelheden verkrijgen, te verijdelen.

Zoals gezegd, was het er om begonnen de ondernemingen met behulp van de af-

gestemde gedragingen in staat te stellen elkander, naar gelang van hun voorraadposities, te vervangen, zodat de nationale markten — of bepaalde nationale markten — niet zouden zijn blootgesteld aan de mededinging — die de fabrikanten met behulp van de formule „chacun chez soi" zoveel mogelijk wilden beperken, zoal niet volledig uitschakelen —.

Over welke rechtsmiddelen beschikt de Commissie ten deze eigenlijk? Van de beide stelsels van verordening nr. 766/68 behelst dat van de periodieke prefixatie der te betalen restituties niet de bevoegdheid de uit te voeren hoeveelheden werkelijk te controleren. Dit heeft de Commissie aanleiding gegeven de werking van dit stelsel als het ware te neutraliseren door bijzonder lage restitutiebedragen aan te houden.

Zij gaf de voorkeur aan de procedure der — permanente of gedeeltelijke — openbare inschrijvingen; prefixatie zou het Europees Oriënterings- en Garantiefonds voor de Landbouw al te zwaar belasten en de wereldkoersen ongunstig beïnvloeden.

Daarentegen gaf het stelsel van inschrijvingen de Commissie een aantal beleidsmiddelen in handen:

— zij beslist over de frequentie, het ritme der inschrijvingen;

— zij kan per inschrijving de maximaal te exporteren hoeveelheid suiker bepalen;

— zij stelt het maximumrestitutiebedrag vast;

— zij kan, wanneer de economische aspecten der beoogde exporten daartoe aanleiding geven, besluiten aan een bepaalde inschrijving geen gevolg te geven;

— ten slotte: zij is bevoegd de permanente inschrijvingen op te schorten.

Wat betreft de ondernemingen: om te kunnen inschrijven moeten zij binnen een bepaalde termijn een bod doen voor bepaalde hoeveelheden (die zich verplichten ook werkelijk uit te voeren) met vermelding van het restitutiebedrag dat zij wensen te ontvangen. Maar de bevoegdheden der Commissie zijn dan in dier voege beperkt dat zij de bieding moet honoreren van iedere gegadigde die blijft beneden het door de Commissie vastgestelde restitutiebedrag; en de toewijzing geeft aanspraak op afgifte van een uitvoercertificaat waarin het aangeboden restitutiebedrag wordt vermeld. Voorts kan men met behulp van een systeem waarbij de desbetreffende hoeveelheid suiker naar gelang van het in de biedingen vermelde restitutiebedrag en uitgaande van het laagste percentage tussen de inschrijvers wordt verdeeld, zulk een hoeveelheid ook volledig wegwerken.

En ten slotte is het zo dat wanneer — zoals meestal gebeurt — meerdere inschrijvers restitutiebedragen hebben geboden die beneden het in het kader van een inschrijving vastgestelde maximum blijven, ieder hunner zich het recht ziet toegekend om volgens zijn bieding te exporteren, met dien verstande dat met de laagste bieding wordt begonnen, zodat de maximum hoeveelheid suiker waarvoor kon worden ingeschreven, ook volledig wordt uitgevoerd.

Wanneer een aantal biedingen waarin hetzelfde restitutiebedrag is vermeld tezamen het maximum kwantum te boven gaan, kunnen die bedragen slechts naar evenredigheid van de door ieder hunner geboden hoeveelheid in aanmerking worden genomen.

Uit deze ingewikkelde regeling blijkt dat de stellig niet geringe bevoegdheden die de Commissie ten deze zijn ingeruimd haar ongetwijfeld toestaan om, naar gelang van de situatie op de markt van de Gemeenschap enerzijds en de toestand op de wereldmarkt anderzijds, eventueel de totale hoeveelheid binnen de Gemeenschap geproduceerde en voor export naar derde landen geleverde suiker te controleren en te beperken. Ook kan zij, door met het maximumrestitutiebedrag te manipuleren, de uitvoer in zekere mate beperken. Ten slotte beschikt zij over de mogelijkheid aan een inschrijving geen gevolg te geven wanneer de biedin-

gen voor de restituties haar te hoog lijken.

Maar wanneer met deze verschillende middelen al een zekere algemene koersbepaling en een controle der exporten in een verkoopseizoen als geheel kan worden bereikt, dan nog kan daarmede tegen een afstemming van het marktgedrag der inschrijvers niet worden opgetreden; bij iedere inschrijving was de Commissie onder de hiervoor beschreven condities gehouden de inschrijving te gunnen aan degenen dit met hun bieding niet boven het door haar vastgestelde maximum gingen of daaronder bleven. Er had dus voor haar niets anders op gezeten dan de inschrijvingen op te schorten. Maar een dergelijk radikaal middel zou, indien stelselmatig toegepast, de export hebben stilgelegd.

Het mag er ook voor worden gehouden dat de Commissie de afstemming pas na bestudering en vergelijking van de uitkomsten van een betrekkelijk groot aantal inschrijvingen heeft kunnen blootleggen. Zij kon dus ook pas betrekkelijk laat in het geweer komen. Het is veelzeggend dat er alleen in 1970 uitvoering aan de afstemming is gegeven.

Wij moeten voorts ingaan op het argument dat de Tiense Suikerraffinaderij heeft ingebracht tegen het stelsel der inschrijvingen dat ten doel had het resitutiebedrag te verlagen, haars inziens had het de ondernemingen kunnen noodzaken beneden de interventieprijs te verkopen. Voor zover zij allereerst de rechtmatigheid van de voorschriften inzake de procedure der inschrijvingen, getoetst aan de beginselen der basisverordening, in twijfel mocht willen trekken, zij er slechts aan herinnerd dat in artikel 17 dier verordening de mogelijkheid wordt geboden het verschil tussen de koersen op de wereldmarkt en de prijzen in de Gemeenschap door uitvoerrestituties te overbruggen, waarna dan in lid 3 van ditzelfde artikel met zoveel woorden wordt bepaald dat die restituties via de procedure van openbare inschrijvingen kunnen worden toegekend, terwijl de Raad ten deze bevoegd verklaard wordt de desbetreffende algemene voorschriften vast te stellen — waarbij zij over ruime discretionaire bevoegdheden beschikt —. Het woord inschrijving („adjudication") zegt reeds dat gegadigden elkaar via de biedingen voor de restituties concurrentie aandoen.

In de tweede plaats zij opgemerkt dat de interventieprijs alleen een gegarandeerde prijs is voor zover de producenten zich ook tot de interventiebureaus wenden — hetgeen zij ook konden doen —. Maar wij zagen dat zij daarvan in de regel niet wilden weten. Dat geldt met name voor de Tiense Suikerraffinaderij.

De basisverordening behelst dus geen enkel beginsel volgens hetwelk het toegekende restitutiebedrag in ieder geval uitvoer tegen tenminste de interventieprijs mogelijk zou moeten maken.

Wij zullen ons ten slotte nog moeten uitspreken over de vraag of de gewraakte afstemming de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar in ongunstige zin kon beïnvloeden — hetgeen door verzoeksters, en vooral door Béghin, Say en Générale Sucrière uitdrukkelijk of stilzwijgend wordt betwist —.

U hebt partijen ook gevraagd zich hierover nader te verklaren, de ondernemingen verzocht de hoeveelheden witte en ruwe suiker op te geven die ieder hunner in het jaar 1970 naar derde landen had geëxporteerd en de Commissie gevraagd om opgave van de hoeveelheden die door andere ondernemingen of lichamen in de Gemeenschap zijn uitgevoerd.

De balie heeft met een schitterend betoog, waarin zelfs de theorie der verzamelingen ter sprake kwam, getracht ervan te overtuigen dat enerzijds de intracommunautaire handel qua omvang praktisch beperkt bleef tot de som van de tekorten der invoerende Lid-Staten en anderzijds de door verzoeksters na inschrijving uitgevoerde hoeveelheid nog geen 3 % bedroeg van de totale suikerproduktie der Gemeenschap, die voor 1970 op 7 000 000 ton werd begroot.

Het ligt niet in mijn bedoeling een punt

van discussie van de gestelde cijfers te maken en ik laat dus daar of het hier gaat om ongeveer 175 000 ton, zoals verzoeksters beweren, dan wel om 300 000 ton, zoals de Commissie meent. Maar wel wil ik betwisten dat een vergelijking tussen de hoeveelheden die in het kader der afstemming zijn uitgevoerd en de totale produktie der Gemeenschap ter zake dienende is.

Leerzamer is het mijns inziens in de eerste plaats de hoeveelheden suiker die verzoeksters door gedragsafstemming bij de inschrijvingen konden uitvoeren te vergelijken met hetgeen er in 1970 in totaal naar buiten de Gemeenschap is uitgevoerd en anderzijds deze hoeveelheden te leggen naast de cijfers betreffende de intracommunautaire handel.

De eerste vergelijking maakt het ons mogelijk ons een denkbeeld te vormen van de omvang der afstemming: van de ongeveer 700 000 ton suiker die er in dat jaar naar derde landen zijn uitgevoerd, zouden er dan — volgens de uiteenlopende schattingen van verzoeksters en van de Commissie — 25 à 45 % door bij de afstemming betrokken ondernemingen zijn geleverd.

Bovendien mag dan alleen worden gelet op de via inschrijving uitgevoerde suiker ofwel ± 450 000 ton. Het aandeel van verzoeksters blijkt dan, wanneer men de laagste schatting aanhoudt, 1/3 en volgens de cijfers van de Commissie zelfs 2/3 van dit totaal te bedragen.

De tweede vergelijking leert dat de bijna 800 000 ton die in het kader der afstemming naar derde landen zijn geëxporteerd, in verhouding tot hetgeen er tussen de Lid-Staten is verhandeld, stellig niet te verwaarlozen waren.

Men dient te bedenken dat deze intracommunautaire markt overschotten had weg te werken en zonder een op afscherming der nationale markten gericht beleid terdege de mededinging van fabrikanten met overtollige voorraden zou hebben ondervonden.

Door zich met het oog op de uitvoer naar het buitenland met elkander te verstaan hebben verzoeksters feitelijke samenwerking willens en wetens voor de risico's der mededinging in de plaats gesteld en eenmaal ingenomen posities bevroren ten detrimente van het vrije verkeer van suiker binnen de gemeenschappelijke markt.

Wij zijn dan ook van mening dat de Commissie hun terecht overtreding van artikel 85, lid 1, te last gelegd heeft.

X — *De opgelegde geldboeten*

Wij kunnen dan thans overgaan tot bespreking van de problemen verband houdende met de geldboeten die de Commissie heeft opgelegd.

Het komt ons dienstig voor te herinneren aan de beginselen die in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 besloten liggen — en waaraan de Commissie zich heeft te houden wanneer zij gebruik maakt van de haar in deze bepaling verleende bevoegdheid om aan ondernemingen die inbreuken op de artikelen 85 of 86 van het Verdrag hebben begaan, boeten op te leggen —.

Wij kunnen dan tevens antwoorden op hetgeen sommige verzoekers in dit verband hebben betoogd.

Zoals wij reeds mochten opmerken, dragen de geldelijke sancties van verordening nr. 17 geen strafrechtelijk karakter. Ook al zou het niet met zoveel woorden zijn bepaald, dan zouden wij ons toch op dit standpunt moeten stellen omdat — naar de Advocaat-Generaal Gand in zijn conclusie inzake het internationaal kininekartel heeft opgemerkt — „de Lid-Staten de Gemeenschap geenerlei strafrechtelijke bevoegdheid hebben toegekend."

Volgens de Advocaat-Generaal Roemer dragen de in het gemeenschapsrecht voorziene boeten eenzelfde rechtskarakter als de administratieve boeten die krachtens het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kunnen worden opgelegd — terzake van administratieve delicten —.

In de tweede plaats hebben deze sancties ten doel „zowel ongeoorloofde gedragingen tegen te gaan als herhaling daarvan te voorkomen".

Uit deze doelstelling hebt U afgeleid dat „de bevoegdheid der Commissie om boeten op te leggen geenszins wordt aangetast door de omstandigheid dat het een overtreding opleverend gedrag en de mogelijkheid dat dit schadelijke gevolg heeft hebben opgehouden te bestaan" (arresten van 15 juli 1970, kininezaken, Jurispr. 1970, blz. 703). Het middel dat aan de opgelegde boeten ten onrechte terugwerkende kracht zou toekomen, moet dus worden verworpen.

In artikel 15 van verordening 17 wordt aan oplegging van geldboeten de voorwaarde gesteld dat de bewezen geachte inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid moet zijn begaan.

Onder opzet is te verstaan dat de ondernemingen en de voor hun rekening handelende personen zich er bewust van zijn geweest dat van hun afgestemde gedragingen of van het misbruik dat zij van hun machtspositie hebben gemaakt een concurrentiebeperkend effect uitging, zodat zij onder artikel 85, lid 1, of onder artikel 86 vielen. Opzet is echter niet nodig. Reeds onachtzaamheid — in die zin dat de ondernemingen van de ongeoorloofde aard van hun gedrag niet onkundig konden zijn — is voor de oplegging van een geldboete voldoende.

U heb trouwens uitgesproken dat willens en wetens handelen een strafverzwarende omstandigheid oplevert waarmede de Commissie bij vaststelling van het boetebedrag rekening mag houden (arrest van 15 juli 1970, Böhringer/Commissie, zaak 45-69, Jurispr. 1970, blz. 810).

De Commissie is gehouden haar beschikking in zoverre te motiveren. Zij heeft dat in casu ook gedaan, zonder evenwel één voor één bij de afzonderlijke grieven stil te staan. Wij geloven niet dat de algemene formulering waarvan zij zich heeft bediend als ongenoegzame redengeving kan worden beschouwd: zij is voor ieder der betrokken ondernemingen ten duidelijkste nader uitgewerkt in de gedetailleerde en gemotiveerde uiteenzetting der feitelijke omstandigheden waaronder de inbreuken zijn begaan.

Materieel is het aan geen enkele twijfel onderhevig dat de ondernemingen willens en wetens hebben gehandeld. Wij hebben vastgesteld dat zich in het dossier een groot aantal stukken bevinden waaruit niet alleen blijkt dat de inbreuken in feite begaan zijn, doch waarin ook licht wordt geworpen op de bedoelingen der verzoeksters en op hun gezamenlijk wilsbesluit de mededinging tussen fabrikanten op hun onderscheiden markten uit te schakelen en met het oog op de exporten naar derde landen onderling tot een verdeling te komen.

In de derde plaats wordt de Commissie in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 nergens verplicht — zoals vooral door Say, Béghin, Générale Sucrière en Sucre et Denrées wordt staande gehouden — aan te geven welk deel van de boete aan de onderscheiden bewezen geachte feiten moet worden toegeschreven.

Het aan de tekst ontleende argument dat het woord „inbreuk" in het enkelvoud is gebruikt, vermag die conclusie niet te dragen.

De inbreuken op de communautaire mededingingsregelen kunnen niet met strafbare feiten in de zin van het strafrecht worden gelijkgesteld en de Commissie is bij de vaststelling van het boetebedrag slechts gebonden aan het dubbele maximum van verordening 17: één miljoen rekeneenheden dan wel 10 % van de omzet der betrokken onderneming over het voorafgaande boekjaar.

De Commissie beschikt dus, onder 's Hofs controle, over een ruime discretionaire bevoegdheid en is bij meerdere overtredingen niet verplicht de boete over die verschillende feiten om te slaan.

Wat meer is: het individualiseringsbeginsel sluit niet uit dat men eerst bepaalt welk globaal boetebedrag er over de verschillende leden van een kartel c.q. deelnemers aan afgestemde gedragingen zal worden verdeeld; in die zin Uw arrest van 15 juli 1970, Böhringer/Commissie (zaak 45-69, Jurispr. 1970, blz. 812).

Wel moet de Commissie het boetebedrag bepalen naar gelang van de ernst en de duur der bewezen geachte feiten.

In hetzelfde arrest hebt U uitgemaakt dat die boetebepaling dient te geschieden onder afweging in het bijzonder van de aard der aan de mededinging gestelde beperkingen, van het aantal en het gewicht de betrokken ondernemingen, van het deel van de markt dat zij binnen de Gemeenschap controleren, alsmede van de marktsituatie ten tijde waarop de overtreding werd begaan.

De Commissie is hiermede niet in gebreke gebleven toen zij zich in algemene termen over de ernst der feiten uitliet. Zij heeft ten laste van verzoeksters overwogen dat suiker voor de verbruiker een produkt is van bijzondere betekenis en dat de bewezen geachte gedragingen duidelijk tegen de beoogde marktintegratie ingaan omdat zij op afscherming van de nationale of regionale markten en op behoud van eenmaal door de fabrikanten ingenomen posities gericht zijn.

In het algemeen betogen verzoeksters dat de boetebedragen, met name wanneer men ze legt naast de geldstraffen die de Commissie bij eerdere inbreuken op de mededingingsvoorschriften heeft opgelegd, duidelijk te hoog zijn. Huns inziens blijkt daaruit dat er tijdens de procedure stelselmatig repressieve bedoelingen hebben voorgezeten; dit zou worden geïllustreerd door de informatie welke de Commissie, nog voordat de beschikking definitief was vastgesteld, heeft openbaar gemaakt.

Het moet gezegd dat de opgelegde geldboeten, in absolute zin, zeer zwaar kunnen lijken. De Commissie ontveinst ook niet dat zij tegen de mededinging gerichte handelwijzen strenger heeft willen straffen dan bij eerdere gelegenheden het geval was.

Zij wijst er echter op dat deze sancties, gezien de omzet der ondernemingen over het laatste boekjaar voor de beschikking, in ieder geval ver blijven beneden de maximumgrens van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. De boetebedragen variëren, naar gelang de mate van hun aansprakelijkheid, van 0,5 tot 2 % hunner omzetten. Afgezien van handelsondernemingen als Sucres & Denrées en Südzucker-Verkauf, achten wij, in aanmerking nemende de ernst der in de beschikking telastgelegde feiten en de gevolgen welke zij voor de handel binnen de Gemeenschap hebben gehad, de opgelegde bedragen niet te hoog.

Wel dient rekening te worden gehouden met de eigensoortige regeling van verordening 1009/67 die ons aanleiding gaf op te merken dat van het prijzensysteem en vooral van het stelsel der nationale quota op zichzelf een zekere prikkel uitging de suikerhandel tussen Lid-Staten te beperken en een zekere afscherming van de nationale markten te laten voortbestaan.

Het wil mij echter voorkomen dat de Commissie een en ander zelf reeds — als tot op zekere hoogte verzachtende omstandigheden — in aanmerking heeft genomen.

Zij heeft dat ook met zoveel woorden gezegd, en wel toen zij

— enerzijds in aanmerking nam dat de fabrikanten gewend waren aan de marktordeningen die voor 1 juli 1968 bestonden, hetgeen hun aanpassing aan de nieuwe situatie die met de gemeenschappelijke ordening geschapen werd, niet vergemakkelijkte;

— anderzijds overwoog dat die gemeenschappelijke ordening bepaalde beperkingen medebracht — zonder evenwel de mededinging onmogelijk te maken —.

Wanneer wij dus om de hiervoor uiteengezette redenen niet zelf hadden voorgesteld bepaalde grieven te verwerpen, dan zouden wij er veel voor gevoelen U te vragen de opgelegde boeten — behalve die voor de ondernemingen-niet fabrikanten — te bevestigen.

Wij zullen echter de nodige consequenties moeten verbinden aan de uitkomsten waartoe wij kwamen met betrekking tot enerzijds de grief inzake de op bescherming van de Italiaanse markt gerichte onderling afgestemde gedragingen, anderzijds de niet in praktijk gebrachte afstemming tussen de Nederlandse fabri-

kanten en de firma Pfeifer & Langen met betrekking tot de Nederlandse markt.

Wanneer U onze zienswijze deelt, dan zult U termen aanwezig achten de bestreden beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren, namelijk voor zover er ten laste van de betrokken ondernemingen inbreuken op artikel 85, lid 1, bewezen zijn geacht. U zult dan ook artikel 3 dier beschikking moeten vernietigen, voor zover de betrokken ondernemingen uitsluitend wegens deelneming aan de afstemming met betrekking tot de suikerleveringen naar Italië zijn veroordeeld. Dit is het geval met:

„Eridania" Zuccherifici Nazionali, Società Italiana per l'Industria degli Zuccheri, Cavarzere Produzioni Industriali, Società Agricola Industriale Emiliana, Zuccherificia del Volana, alsmede SADAM.

Daarentegen zal artikel 3 der beschikking wat betreft de overige betrokken ondernemingen, te weten de vennootschappen Béghin, Say, Générale Sucrière, Sucre & Denrées alsmede de Tiense Suikerraffinaderij en ten slotte de Süddeutsche Zucker AG, slechts in zoverre moeten worden gewijzigd dat de aan ieder hunner opgelegde geldboete wordt verlaagd.

Bij die verlaging zal moeten worden te rade gegaan met de relatieve ernst van het deel der telastlegging dat de op bescherming van de Italiaanse markt gerichte feiten betreft.

Wij rekenen het ons niet tot taak uit te maken in welke mate de onderscheiden boeten moeten worden verlaagd, maar het zou ons billijk voorkomen indien in aanmerking zou worden genomen dat de grief betreffende de leveringen op de Italiaanse markt door de Commissie bijzonder ernstig werd geacht. Inderdaad had het — naar verweerster heeft betoogd — in Italië, het gebied van de gemeenschappelijke markt waar de tekorten het grootst zijn, bij uitstek tot mededinging bij het intracommunautair handelsverkeer moeten komen; eveneens is waar dat de hoeveelheden suiker van Franse, Belgische of zelfs Duitse herkomst die in het kader van de gestelde gedragsafstemming in dit land zijn geïmporteerd, in de loop van de vier hierbedoelde verkoopseizoenen ten naaste bij 650 000 ton hebben belopen.

Het lijdt dan ook welhaast geen twijfel dat deze grief bij de vaststelling der boetebedragen bijzonder zwaar heeft gewogen. Minstgenomen staat vast dat die grief in de gedachtengang der Commissie een veel zwaardere sanctie rechtvaardigde dan die betreffende de inschrijvingen voor de exporten naar derde landen.

Wat de bescherming van de Nederlandse markt betreft: het komt ons voor dat aan het — onzes inziens ten onrechte — aan Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij enerzijds en aan Pfeifer & Langen anderzijds gemaakte verwijt een veel geringere betekenis toekwam, al ware het slechts op grond van de marktsituaties in Nederland en in het Westen van de Bondsrepubliek die in ieder geval slechts beperkte Duitse suikerimporten op de Nederlandse markt mogelijk maakten.

Wij hebben trouwens gezien dat het bij de enige levering van zulke suiker — van Pfeifer & Langen aan Limako — slechts om een betrekkelijk geringe partij ging. Ofschoon wij U hebben voorgesteld deze grief te verwerpen, geven wij tevens in overweging de aan deze drie ondernemingen opgelegde boeten maar weinig te verlagen.

Ten slotte vraagt het door Sucres & Denrées opgeworpen bijzonder probleem nog om een oplossing. De Commissie heeft erkend de boetebedragen min of meer op de omzetcijfers der betrokken ondernemingen te hebben afgestemd. Wij achten zulk een rekenmethode juist met betrekking tot de fabrikanten, maar niet ten aanzien van een handelsonderneming die als tussenpersoon optreedt — als makelaar dan wel in dier voege dat zij eigenares wordt van de suiker die zij voor rekening van de producenten zal uitvoeren —. Zij wordt evenwel slechts eigenares in het tijdsverloop dat met het vervoer der suiker en het afsluiten der transactie is gemoeid. Sucres & Denrées

heeft deze weg dikwijls bewandeld, vooral met het oog op de suikerexporten naar Italië; daarmede werd de kwaliteit van de uitgevoerde suiker en de financiële soliditeit der transactie gegarandeerd.

Men mag dus zeggen dat de Commissie bij vaststelling van de aan Sucres & Denrées opgelegde boete in zekere zin dezelfde omzetten twee maal getroffen heeft, namelijk eerst de omzet der Franse fabrikanten die zaken met haar doen en vervolgens ook de omzet die zij zelf schijnt te hebben gemaakt, terwijl zij op provisiebasis werkte.

De Commissie is dan ook bij vaststelling der aan deze onderneming opgelegde boete van een onjuiste waardering uitgegaan. Wij zouden daarmede rekening willen houden en aan Sucre & Denrées alleen haar deelneming aan de onderling afgestemde gedragingen betreffende de exporten buiten de Gemeenschap willen aanrekenen; de boete dient daarom onzes inziens te haren aanzien in veel sterkere mate te worden verlaagd dan de aan Say, Générale Sucrière en Béghin opgelegde bedragen.

Wij zouden het billijk achten indien ten aanzien van het verkoopkantoor Südzucker-Verkauf eenzelfde gedragslijn werd gevolgd: de haar door de Commissie telastgelegde inbreuk op artikel 86 in bewezen te achten, maar bij de vaststelling van het boetebedrag dient te worden bedacht dat wij hiers niet met een fabrikant, doch met een verkoopkantoor te maken hebben.

Wij concluderen ten slotte:

1. tot nietigverklaring van de bestreden beschikking (artikel I, eerste alinea, lid 1), voorzover betreffende inbreuken op artikel 85, lid 1, die zouden hebben bestaan in een onderling afgestemde gedraging die controle op de suikerleveringen op de Italiaanse markt — en bescherming van die markt — ten doel en tot gevolg had;

   mitsdien: tot nietigverklaring van artikel 2 der bestreden beschikking, voorzover betreffende de in genoemd lid van artikel I (eerste deel) bedoelde ondernemingen en tot nietigverklaring van artikel 3 dier beschikking, voorzover daarbij geldboeten zijn opgelegd aan de navolgende ondernemingen:

   — „Eridania" Zuccherifici Nazionali (lid 1, letter f)

   — Società Italiana per l'Industria degli Zuccheri (lid 1, letter g)

   — Cavarzere Produzioni Industriali (lid 1, letter h)

   — Società Agricola Industriale Emiliana (lid 1, letter i)

   — Zuccherificio del Volano (lid 1, letter j)

   — SADAM (lid 1, letter k)

2. tot verwijzing van de Commissie in de kosten gevallen op de zaken 45, 46, 50, 111, 113 en 114-73;

3. tot verwerping van de conclusie, in interventie genomen door de Unione Nazionale Consumatori, met verwijzing van interveniënte in de op de interventie gevallen kosten;

4. tot nietigverklaring van de bestreden beschikking (artikel I, eerste alinea, lid 2), voorzover betreffende inbreuken begaan door Suiker Unie en de Centrale Suiker Maatschappij enerzijds, Pfeifer & Langen anderzijds, die zouden hebben bestaan in een onderling afgestemde gedraging die controle op de suikerleveringen op de Nederlandse markt uit het Westen van de Bondsrepubliek — en mitsdien bescherming van die markt — ten doel en tot gevolg had;

   mitsdien: tot nietigverklaring van artikel 2 der bestreden beschikking, voorzover deze ondernemingen terzake van die onderling afgestemde gedraging betreffende;

5. tot wijziging van artikel 3, houdende vaststelling der boetebedragen in voege als voormeld;

6. tot verwerping van de beroepen in de zaken 40 t/m 44-73, 47 en 48-73, 54 t/m 56-73 voor het overige;

7. tot verwijzing van verzoeksters en van de Commissie in de kosten naar evenredigheid van de mate waarin de aan ieder der verzoeksters opgelegde boeten zullen worden verlaagd.